



**PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS PORTUGUESES SOBRE A PROPOSTA
DE LEI N.º 182/XIII, DA PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS**

Intróito

A presente proposta de Lei visa adaptar o ordenamento jurídico-penal e processual penal português à Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de órgãos humanos (doravante, “Convenção”), aberta à assinatura em Santiago de Compostela em 25 de Março de 2015 e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 236/2018, de 7 de Agosto e ratificada pelo decreto do Presidente da República n.º 48/2018, de 7 de Agosto.

A Proposta de Lei propõe uma adequada execução das obrigações internacionais que decorrem, para o Estado Português, da referida Convenção, importando, todavia, salientar alguns aspetos legais que, em cumprimento de tais obrigações, carecem de eventual adaptação, para além daqueles que resultam da mesma.

I. Aplicação da Lei penal portuguesa a factos ocorridos fora do território nacional

A proposta e Lei pretende um aditamento ao elenco dos crimes previstos o artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal, disposição legal da qual resulta a aplicação da Lei penal portuguesa a factos ocorridos fora do território nacional, nas situações em que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português.

Quanto a este aspecto, a proposta de Lei procurou enquadrar a obrigação resultante do disposto no artigo 10.º, n.º 6, da Convenção, nos termos do qual as partes contratantes assumiam a obrigação de *“estabelecer a sua competência sobre as infrações estabelecidas em conformidade com a presente Convenção, nos casos em que o alegado autor esteja presente no seu território e não o extradite para outro Estado, unicamente com base na sua nacionalidade.”*

REPUBLICA DA REPUBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
CACDLO
Número 635765
Data 23/06/2019



O enquadramento dessa obrigação – que radica apenas nas hipóteses em que os suspeitos da prática dos crimes abarcados pela Convenção não possam ser extraditados em razão da respectiva nacionalidade – acaba por, na proposta de Lei, ser enquadrada numa causa de aplicação da Lei penal portuguesa que vai para além daquelas hipóteses. Neste domínio, a proposta de Lei vai para além da obrigação decorrente do disposto no artigo 10.º, n.º 6, da Convenção, na medida em que fica salvaguardada a possibilidade de aplicação da Lei penal portuguesa a factos ocorridos fora do território nacional quando o agente nele for encontrado e *“não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português”*, podendo tal impossibilidade radicar em causas diversas da questão da nacionalidade do agente.

Neste sentido, deverá ser ponderada a extensão do domínio de aplicação da Lei penal portuguesa a factos ocorridos fora do território nacional, uma vez que a obrigação decorrente da Convenção apenas prevê as hipóteses de impossibilidade de extradição emergentes da nacionalidade do agente que for encontrado em Portugal.

II. Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas

Prevê-se no artigo 11.º, n.º 1, da Convenção, que: *“[c]ada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para garantir que as pessoas coletivas possam ser consideradas responsáveis pelas infrações estabelecidas em conformidade com a presente Convenção cometidas em seu benefício por qualquer pessoa singular, agindo individualmente ou como membro de um órgão da pessoa coletiva, que nela ocupe uma posição dominante baseada: a) no poder de representação da pessoa coletiva; b) na autoridade para tomar decisões em nome da pessoa coletiva; c) na autoridade para exercer controlo no seio da pessoa coletiva.”*

Por seu turno, dispõe-se no n.º 2, do mesmo artigo, da Convenção, que *“[a]lém dos casos previstos no n.º 1, cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para garantir que as pessoas coletivas possam ser consideradas responsáveis sempre que a falta de vigilância ou de controlo por parte de uma pessoa referida no n.º 1 tenha tornado possível a prática de uma infração estabelecida em conformidade com a presente Convenção, em benefício dessa pessoa coletiva, por uma pessoa singular sujeita à sua autoridade.”*



A proposta de Lei pretende incluir o novo crime de tráfico de órgãos humanos (que, caso a proposta venha a ser aprovada com a redacção divulgada passará a estar previsto no artigo 144.º-B, do Código Penal) no elenco dos crimes previstos no artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal.

Nos termos dessa disposição legal, as pessoas coletivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado e de pessoas colectivas de poder público no exercício e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes aí previstos – entre os quais passará a prever-se o crime de tráfico de órgãos humanos – quando cometidos *“em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança ou por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.”*

Neste domínio, duas questões ressaltam: por um lado, o texto da Convenção não exclui as pessoas coletivas e entidades (nacionais ou internacionais) públicas da imputação de responsabilidade penal.

Em Portugal, a opção legislativa assumida pelo Legislador na Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro foi no sentido de manter tais entidades excluídas do círculo de agentes passíveis de responsabilização criminal.

Entendendo a Ordem dos Advogados que uma alteração aos limites desse círculo sempre deveria ser precedida – por implicar uma extensão das margens da punibilidade – de uma adequada ponderação e estudo, e que os mesmos não podem ter a sua sede própria ao nível da necessidade, por decorrência de obrigações internacionais, de criminalização de tipos concretos de acções ou omissões, antes pressupondo uma análise mais profunda, uma vez que aquilo que está em causa é o esquema jurídico de imputação de responsabilidade criminal a pessoas colectivas e entidades equiparadas, não pode, todavia, deixar de notar que a Lei penal portuguesa, ao contrário da convenção, deixa de fora as pessoas colectivas e entidades equiparadas públicas, sejam estas nacionais ou internacionais.

No que respeita ao disposto no artigo 11.º, n.º 2, da Convenção, a condição de punibilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas prevista é acolhida, desde Setembro de 2007, na alínea b), do artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal, a qual permite a imputação de responsabilidade criminal a tais entidades quando o ilícito seja praticado por subordinados, nas situações em que os dirigentes das mesmas hajam incumprido os seus deveres de vigilância ou de controlo.



III. O novo crime de tráfico de órgãos humanos

A grande novidade que a proposta de Lei pretende introduzir no ordenamento jus-criminal é o crime de tráfico de órgãos humanos. Tal incriminação resulta do Capítulo II, artigos 4.º a 9.º, da Convenção.

Neste domínio, muitas das exigências colocadas pela Convenção já encontram – como, de resto, se refere no preâmbulo da proposta de Lei – previsão legal em Portugal. A exigência de punição do “auxílio”, da instigação e da tentativa dos factos que Portugal se obrigou a qualificar como crimes resultam já de disposições contidas na parte geral do Código Penal Português. Nesse sentido, a punição do “auxílio” ou, melhor dito, da cumplicidade e da instigação encontram já acolhimento legal nos termos das várias proposições contidas no artigo 26.º, do Código Penal Português.

No que tange à punição da tentativa, atendendo a que as várias infracções que o Legislador se propõe consagrar no artigo 144.º-B têm como limite máximo da pena abstractamente aplicável 10 ou 5 anos, não carece de ressalva especial a punição da tentativa, tendo em conta o disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal.

No que tange às modalidades da acção típica constantes da proposta de Lei, a Ordem dos Advogados Portugueses chama a atenção para a circunstância de o artigo 6.º, da Convenção fazer assentar a conduta típica das infracções na realização do implante *“fora do âmbito do sistema nacional de transplantes”* ou *“quando o implante for realizado em violação dos princípios fundamentais da legislação nacional sobre transplantes.”*

A segunda das circunstâncias típicas encontra, em nosso entender, adequada resposta ao nível da configuração das várias modalidades do crime de tráfico de órgãos humanos previstas no artigo 144.º-B. Todavia, a primeira delas não encontra, i.e., nada se refere na proposta de Lei acerca da relevância típica da circunstância de o implante ser realizado fora do âmbito do sistema nacional de transplantes.

Uma vez que a Ordem dos Advogados está convencida de que tal modalidade da conduta típica corresponde, internacionalmente, às situações em que maior acuidade reveste a prevenção e o



combate ao tráfico de órgãos humanos, permite-se chamar a atenção para a circunstância de a proposta de Lei tê-la deixado de fora.

No n.º 6, do projectado artigo 144.º-B, do Código Penal encontra-se prevista uma causa de atenuação especial da pena nas situações em que *“o agente, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação de outros responsáveis.”* Trata-se de uma solução normativa que não é objecto de qualquer obrigação resultante da Convenção e que replica a solução legal constante do artigo 374.º-B, n.º 2, alínea a), do Código Penal, onde se prevê a possibilidade de atenuação especial da pena, com idêntico fundamento, no domínio dos crimes de corrupção.

Tratando-se de uma proposta de solução normativa sem cobertura no texto da Convenção, a Ordem dos Advogados Portugueses não encontra qualquer explicação plausível para a mesma, sendo de sublinhar que as razões de política criminal que estiveram na base da norma constante do artigo 374.º-B, n.º 2, alínea a), do Código Penal são, em seu entender, mais do que discutíveis, sobretudo porque prevêem um mecanismo de colaboração activa até ao encerramento da audiência de julgamento quando a mesma, a ser admitida, apenas o deveria ser até à dedução de acusação, por força das exigências decorrentes do princípio do acusatório e que implicam a delimitação do objeto do processo em dois momentos processuais-chave: a acusação e a decisão instrutória.¹

A Ordem dos Advogados Portugueses tem as maiores reservas quanto à solução legal vertida no artigo 374.º-B, n.º 2, alínea a), do Código Penal, a qual se restringe, não obstante, aos crimes de (e em volta da) corrupção, recomendando uma adequada ponderação na aplicação da mesma a todos os crimes – e não apenas aos crimes passíveis de serem enquadrados no círculo dos crimes de corrupção, que se encontram previstos no projectado artigo 144.º-B, n.º 1, alínea b) e n.º 3 – tipificados na proposta de Lei.

¹ A este propósito, vide José Manuel DAMIÃO DA Cunha, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Lei n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Abril de 2011, a pp. 104.



IV. Disposições de natureza processual

No que tange às soluções de natureza processual contidas na proposta de Lei, a Ordem dos Advogados nada tem obstar à inclusão do crime de tráfico de órgãos humanos no círculo das infracções relevantes para efeitos de determinação do conceito de “*criminalidade altamente organizada*”, objecto de referência no artigo 1.º, alínea m), do Código de Processo Penal, nem à exclusão ao princípio da publicidade que, nos termos da proposta de Lei, passará a abranger os crimes de tráfico de órgãos humanos, por via da sua inclusão no elenco de infracções previstas no artigo 87.º, n.º 3, do mesmo Código.

O mesmo se diga no que diz respeito ao crime de desobediência passível de imputação nos termos do disposto no artigo 88.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, concretamente, no que tange à inclusão da identidade das vítimas dos crimes de tráfico de órgãos humanos entre os elementos cuja divulgação está vedada aos meios de comunicação social e à possibilidade de recolha de declarações para memória futura a essas mesmas vítimas, nos termos que a proposta de Lei pretende ver aditada ao artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

V. Notas finais

Sem prejuízo dos aspectos que foram sendo destacados ao longo do presente Parecer como carecendo de ponderação, ou por irem além dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português por via da Convenção ou por ficarem aquém dos mesmos, a Ordem dos Advogados Portugueses entende que, globalmente, a presente Proposta de Lei resulta num texto normativo que cumpre as exigências de incriminação resultantes da Convenção e cuja premência, independentemente das obrigações internacionais por via da mesma assumidas pelo Estado Português, justificam a intervenção penal nos termos que, globalmente, dela resultam.

A Ordem dos Advogados, entende, todavia, ser seu dever sublinhar que sendo a Convenção do Conselho da Europa, os mecanismos de cooperação judiciária intracomunitários terão como fonte primordial a Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, a qual já contempla, no seu artigo 2.º, n.º 2, 15.º travessão, como situação de dispensa do requisito da dupla incriminação, para efeito



de execução do mandado de detenção europeu, a imputação, pelo Estado requerente, do crime de tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos. Ora, esta previsão ainda não foi acolhida no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, circunstância passível de criar alguma assimetria no funcionamento deste mecanismo de cooperação judiciária intracomunitária, no que diz respeito aos crimes que a proposta de Lei se propõe introduzir no nosso ordenamento jurídico. Esta circunstância deve ser objecto de adequada ponderação na redacção final do diploma.

Lisboa, 5 de Junho de 2019

Guilherme Figueiredo

Bastonário

