

## ***SOME VICTIMS ARE BETTER THAN OTHERS:***

### **SENTIDO, NATUREZA, ÂMBITO E PROJEÇÕES NORMATIVAS DA IM(P)UNIDADE DAS VÍTIMAS DE TRÁFICO DE PESSOAS\***

*Pedro Caeiro*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Investigador do Instituto Jurídico

*pcaeiro@fd.uc.pt*

#### **1. O problema**

1.1. A protecção das vítimas de tráfico de pessoas é seguramente uma das políticas de protecção de vítimas que mais tem atraído a atenção das agências públicas e privadas<sup>1</sup>.

Essa política inclui uma original cláusula de impunidade, constante de vários instrumentos internacionais com força vinculativa variável, em favor das vítimas de tráfico que cometam factos ilícitos relacionados com a situação de constrangimento em que se encontram — seja por causa do tráfico propriamente dito, seja no contexto da situação de exploração a que estão sujeitas, seja até como meio de se libertarem dessa situação<sup>2</sup>.

---

\* Agradeço ao Prof. Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto as observações que fez ao presente estudo.

<sup>1</sup> Sobre ela, ver o artigo de CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Pessoas tratadas como não pessoas e o desafio que representam para a justiça penal (os problemas específicos suscitados pelas vítimas de tráfico de seres humanos)”, *neste volume*, p. 89 e ss.

<sup>2</sup> Vd. a classificação oferecida por ANDREAS SCHLOENHARDT / REBEKKAH MARKEY-TOWLER, “Non-criminalisation of victims of trafficking in persons — principles, promises, and perspectives”, *Groningen Journal of International Law* 4-1 (2016), p. 13 e ss., que distingue entre “consequential”, “status” e “liberation offences”.

Inicialmente, aquela cláusula parece ter tido por finalidade permitir o afastamento da punição das vítimas de tráfico por violação das leis relativas ao exercício da prostituição (incluindo o auxílio), entrada e permanência ilegal, uso de documentos falsos e falsas declarações. Mas o problema pode pôr-se também, com frequência, em relação a furtos, distribuição e cultivo de estupefacientes, fraude na obtenção de subsídios, participação em organizações criminosas e, até, em relação ao próprio tráfico de pessoas, cujas redes algumas vítimas acabam por integrar. Violência, medo, clandestinidade, ilegalidades várias, tudo se conjuga para que as vítimas de tráfico cometam elas próprias crimes de diversa natureza.

A complexidade do tema revela-se logo na ambiguidade da expressão “a impunidade da vítima”. Na verdade, o estatuto e o regime da impunidade não são ainda totalmente claros, sobretudo porque dependem, em larga medida, das opções tomadas pelos legisladores nacionais, para quem se remete em último termo o desenho e a implementação da cláusula.

As reflexões seguintes versam sobre o sentido político-criminal desta cláusula de impunidade, a sua natureza dogmática, o seu âmbito de aplicação e as consequências que produz no direito penal substantivo, no direito processual e no direito da cooperação judiciária.

**1.2.** Devo começar por esclarecer que os termos *imunidade* e *impunidade*, que utilizarei como sinónimos, podem ser equívocos. Por um lado, o conceito de imunidade pertence, em rigor, à doutrina da jurisdição. Por outro lado, a expressão “impunidade” é habitualmente utilizada num sentido crítico, para designar situações em que certas pessoas não são punidas, embora devessem sê-lo.

Porém, ambos os termos vão aqui usados como abreviatura de impunibilidade, i.e., uma situação em que certo facto não é punível porque não se verificam todos os pressupostos da punição, ou em que certo facto não é susceptível de perseguição penal porque não se verificam os pressupostos de procedibilidade.

## 2. A cláusula de impunidade das vítimas de tráfico de pessoas no direito internacional e europeu

2.1. O Protocolo adicional à Convenção de Palermo<sup>3</sup>, que constitui o instrumento internacional mais importante sobre o tratamento do tráfico de pessoas, não acolheu a cláusula de impunidade. Porém, ela surge em outros instrumentos internacionais, sob a forma de *hard* e *soft law*, de entre os quais se podem destacar a Lei Modelo contra o Tráfico de Pessoas das Nações Unidas, de 2009<sup>4</sup>, o Relatório da primeira sessão do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Tráfico de Pessoas, também de 2009<sup>5</sup>, a Convenção ASEAN contra o Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, de 2015<sup>6</sup>. Ainda assim,

---

<sup>3</sup> *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças*, adoptado em 15-11-2000 (em vigor para Portugal desde 9-06-2004).

<sup>4</sup> UNODC, *Model Law against Trafficking in Persons*, 2009, art. 10.º: “1. A victim of trafficking in persons shall not be held criminally or administratively liable [punished] [inappropriately incarcerated, fined or otherwise penalized] for offences [unlawful acts] committed by them, to the extent that such involvement is a direct consequence of their situation as trafficked persons. 2. A victim of trafficking in persons shall not be held criminally or administratively liable for immigration offences established under national law. 3. The provisions of this article shall be without prejudice to general defences available at law to the victim. 4. The provisions of this article shall not apply where the crime is of a particularly serious nature as defined under national law”. Vd. também, com interesse, os comentários ao mesmo artigo, nas p. 32 e ss. do documento.

<sup>5</sup> Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Working Group on Trafficking in Person, *Report on the meeting of the Working Group on Trafficking in Persons held in Vienna on 14 and 15 April 2009*, CTOC/COP/WG.4/2009/2, de 21-04-2009 (disponível em [https://www.unodc.org/documents/treaties/organized\\_crime/Final\\_report\\_English\\_TIP.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Final_report_English_TIP.pdf)). O Grupo de Trabalho recomenda aos Estados-Partes que “consider, in line with their domestic legislation, not punishing or prosecuting trafficked persons for unlawful acts committed by them as a direct consequence of their situation as trafficked persons or where they were compelled to commit such unlawful acts” (Recomendação n.º 12).

<sup>6</sup> *ASEAN Convention Against Trafficking in Persons, Especially Women and Children (ACTIP)*, de 21-11-2015, art. 14.º, n.º 7: “Each Party shall, subject to its domestic laws, rules, regulations and policies, and in appropriate cases, consider not holding victims of trafficking in persons criminally or administratively liable, for unlawful acts committed by them, if such acts are directly related to the acts of trafficking”.

o 4.º relatório do Grupo GRETA, também de 2015<sup>7</sup>, dá conta do escasso número de jurisdições que incorporam no regime do tráfico a cláusula de impunidade.

O direito internacional e europeu mais relevante para Portugal prevê a cláusula da impunidade na Convenção do Conselho da Europa de 2005<sup>8</sup> e na Directiva relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos de 2011<sup>9</sup>.

**2.2.** As formulações da Convenção e da Directiva têm algumas diferenças entre si, pelo que os Estados obrigados por ambas devem consagrar no direito interno a soma dos deveres dali resultantes.

*a)* Em relação ao tipo de condutas que devem ficar impunes, a norma convencional é mais ampla do que a directiva (“actividades ilícitas / “actividades criminosas”), e a solução que apresenta é perfeitamente justificada. Com efeito, não se compreenderia que as razões que justificam a impunidade no direito criminal não fossem bastantes para produzir o mesmo efeito em outros ramos do direito que sancionam condutas menos graves (v. g., os ilícitos administrativos). A restrição constante da Directiva — aliás insólita — nem parece poder compreender-se em função das limitações da “competência” da União Europeia para legislar sobre estas matérias, na medida em que a impunidade das vítimas pode ser levada à conta da competência para

<sup>7</sup> Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings — GRETA, *4th General Report on GRETA's activities, covering the period from 1 August 2013 to 30 September 2014*, Council of Europe, March 2015, p. 52 e ss.

<sup>8</sup> *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings* — CETS No. 197, de 16-05-2005, art. 26.º: “Each Party shall, in accordance with the basic principles of its legal system, provide for the possibility of not imposing penalties on victims for their involvement in unlawful activities, to the extent that they have been compelled to do so”.

<sup>9</sup> Directiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5-04-2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, art. 8.º: “Os Estados-Membros devem, de acordo com os princípios de base do respectivo sistema jurídico, tomar as medidas necessárias para garantir que as autoridades nacionais competentes tenham o direito de não instaurar acções penais ou de não aplicar sanções às vítimas de tráfico de seres humanos pela sua participação em actividades criminosas que tenham sido forçadas a cometer como consequência directa de estarem submetidas a qualquer dos actos referidos no artigo 2.º”.

legislar em matéria de direitos das vítimas da criminalidade, que se inscreve, precisamente, no art. 82.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, (genericamente) invocado na Directiva como base de competência.

b) A Directiva exige expressamente que o acto ilícito seja praticado pela vítima como consequência directa dos actos de tráfico enunciados no respectivo art. 2.º, ao passo que a Convenção parece ir mais além e abarcar quaisquer actos a que as vítimas tenham sido obrigadas (presume-se, em virtude da sua situação de traficadas).

c) Por fim, no que diz respeito às formas que deve assumir a impunidade, a Directiva parece impor um dever mais extenso, ao aludir à possibilidade de “não instaurar acções penais ou não aplicar sanções”. Todavia, na minha perspectiva, isto não significa que os Estados tenham de prever ambas as formas. Claro que a aplicação da cláusula de impunidade num momento precoce, que evite a sujeição da vítima ao rito do processo penal, serve mais perfeitamente os interesses da protecção. Porém, esse tipo de soluções não é facilmente compaginável com sistemas que obedecem ao princípio da legalidade processual, e tanto a Convenção como a Directiva quiseram expressamente que os Estados encontrassem soluções de implementação da cláusula *no respeito pelos princípios essenciais dos seus sistemas jurídicos*<sup>10</sup>. Além disso, pode suceder que a identificação do agente como vítima de tráfico ocorra apenas num momento do processo em que já há acusação, não restando outra hipótese senão ponderar a *não-aplicação* das sanções penais.

2.3. Em suma, no que ao nosso tema diz respeito, o Estado Português tem os seguintes deveres:

- identificar as vítimas do tráfico como tais<sup>11</sup>;

---

<sup>10</sup> A remissão da concretização da cláusula de impunidade para os legisladores nacionais em termos muito amplos não permite afirmar que o art. 8.º da Directiva estabelece uma obrigação precisa e incondicional, pelo que a norma aí contida não produz efeito directo e, conseqüentemente, não pode ser invocada pelos particulares perante as autoridades dos Estados que não a tenham transposto para o respectivo direito interno.

<sup>11</sup> Neste sentido, vd. o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Rantsev c. Rússia e Chipre* (Proc. n.º 25965/04), de 7-01-2010, § 296-298, onde o Tribunal decidiu que a violação da obrigação positiva de identificar vítimas do tráfico constitui uma violação do art. 4.º da CEDH.

- prever um quadro legal que, no respeito pelos princípios essenciais do ordenamento jurídico interno, permita às autoridades nacionais “não instaurar acções penais” e / ou “não impor sanções” a vítimas de tráfico que tenham sido compelidas a participar de actividades ilícitas em virtude dos actos de tráfico ou da exploração subsequente;
- ponderar a aplicação da cláusula de impunidade no caso concreto, de forma consistente com os deveres de proteger as vítimas do tráfico e de perseguir e punir os traficantes.

### **3. Implementação no ordenamento jurídico português**

Vejamos agora os elementos que a cláusula de impunidade deve conter, tanto do lado da hipótese como da estatuição.

#### **3.1. Hipótese**

É necessário que tenha havido já um crime de tráfico consumado (embora não tenha de já se ter iniciado a exploração), pois só aí pode materializar-se o estado de constrangimento pressuposto pela impunidade.

Seguidamente, a vítima / agente / possível beneficiária(o) da impunidade deve ter participado (como autor ou participante) numa conduta ilícita (onde parece deverem englobar-se também, como vimos, ilícitos administrativos, embora esta análise verse apenas as condutas criminalmente relevantes).

Por último, é necessário que tenha havido constrangimento à prática da conduta ilícita. Aparentemente, este requisito tanto pode dizer respeito a situações em que a compulsão de deve a acções de terceiros (o traficante ou quem explora a vítima), como por via de factores objectivos (abarcando, p. ex., os crimes que a vítima precisou de cometer para escapar à situação de exploração, escravidão, etc.). Porém, neste último caso, as situações caberão normalmente nas comuns causas de justificação (legítima defesa, direito de necessidade e direito de necessidade defensivo) ou de exculpação (estado de necessidade desculpante).

## 3.2. Estatuição

### 3.2.1. *A necessidade de um mecanismo de direito substantivo*

Uma vez identificada uma vítima de tráfico como tal, e perante a suspeita de que tenha participado em actividades ilícitas (em particular crimes), o sistema português não parece permitir que a autoridade competente — no caso, o MP — não “instaure uma acção penal” (quer dizer, não deduza acusação). E isto por várias razões.

Com efeito, a fórmula “não instaurar acções penais” parece pensada para os sistemas que adoptam o princípio da oportunidade na prossecução penal. Nesses sistemas, o acusador pode decidir não acusar, com base em critérios de conveniência, ainda que existam indícios fortes da prática do crime e da identidade do seu autor.

No ordenamento jurídico português, parece não haver lugar para que a cláusula de impunidade se traduza na possibilidade de arquivamento imediato de um inquérito pelo Ministério Público. Naturalmente que algumas situações de cometimento de crimes pelas vítimas de tráfico poderão preencher os pressupostos de mecanismos de diversão já existentes (como a suspensão provisória do processo ou o arquivamento em caso de dispensa de pena), mas estes mecanismos não são um modo de cumprir os deveres internacionais. Por um lado, porque têm pressupostos próprios, que podem não se verificar no caso; por outro lado, porque a intencionalidade que lhes está subjacente é manifestamente incompatível com o propósito de não perseguir ou não punir as vítimas de tráfico por crimes que hajam praticado no contexto do tráfico ou da exploração.

Neste contexto, a criação de uma causa específica de arquivamento do inquérito para estes casos entraria em frontal contradição com o princípio da legalidade processual. Assim, a única forma de continuar a respeitar este princípio e, simultaneamente, abrir a possibilidade de o Ministério Público não acusar vítimas de tráfico por crimes praticados nestas circunstâncias passa por uma intervenção no plano do direito substantivo, nos moldes que descreverei a seguir.

### 3.2.2. *Um mecanismo específico*

Na verdade, o direito substantivo contempla já algumas causas de impunidade que podem verificar-se nestes casos, nomeadamente o direito de necessidade e o estado de necessidade desculpante. Porém, a atribuição da impunidade visada pelo regime internacional e europeu vai mais além do que aquilo que estes institutos permitem, pois não se exige a sensível superioridade do bem a salvaguardar típica do direito de necessidade, nem uma situação actual e concreta de inexigibilidade excludente da culpa.

Por outras palavras: no direito português, a verificação dos elementos da hipótese da cláusula de impunidade nunca permite, por si só, o afastamento das sanções. Daqui decorre que, para implementar o regime internacional / europeu, é necessário consagrar-se uma causa de impunidade *específica* para estas situações, destinada a afastar a aplicação de sanções, em termos que veremos mais adiante.

Além disso, é preciso identificar os *critérios* que devem guiar as autoridades nacionais na decisão de aplicar, ou não, a cláusula de impunidade. Vimos já que os legisladores nacionais gozam aqui de uma razoável margem de apreciação, pelo que agora devemos voltar a nossa atenção para a forma de cumprir os deveres internacionais que seja mais adequada no plano interno.

A questão que assim se levanta é a de saber de que forma pode o sistema jurídico-penal racionalizar e assimilar esta causa de impunidade, visto que, por definição, ela extravasa dos cânones tradicionais da exclusão da ilicitude ou da culpa. Além disso, ela cria uma situação de aparente desigualdade, porque permite uma solução de impunidade para as vítimas de certos crimes e já não de outros (p. ex., de escravidão, ou da simples coacção). Consequentemente, é necessário justificar este tratamento diferenciado, o que procurarei fazer nos apartados seguintes.

## 4. O sentido político-criminal da cláusula de impunidade

### 4.1. A referência directa da impunidade ao “sistema pessoal”

#### a) *Um direito humano a não ser punido?*

De acordo com certa corrente de opinião, que parece encontrar expressão no considerando 14 da Directiva<sup>12</sup> e nas recomendações da

<sup>12</sup> “As vítimas de tráfico de seres humanos deverão, ao abrigo dos princípios



Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) sobre a impunidade das vítimas de tráfico, de 2013<sup>13</sup>, a impunidade das vítimas seria justificada pela protecção dos seus direitos humanos — ou talvez até de um direito humano *per se*, acolhido no art. 4.º da CEDH, que proíbe a escravidão e a servidão e impõe obrigações positivas aos Estados. Em abono desta tese, invoca-se o acórdão do TEDH *Rantsev c. Rússia e Chipre* (2010), já referido, onde se declarou que o art. 4.º cobre também as situações de tráfico, identificando os deveres dos Estados para tornar efectiva a protecção contra o mesmo.

Não discutirei aqui a questão de saber se o tráfico de pessoas pode ser equiparado à escravidão e à servidão sob qualquer ponto de vista<sup>14</sup>. Claro que existem momentos de conexão entre ambos. Porém, convém lembrar que o desenho legal do crime de tráfico não exige que a vítima seja efectivamente explorada (basta que seja traficada com esse intuito) e, além disso, que a progressiva ampliação do tipo legal do tráfico foi estendendo a incriminação a um leque de situações de gravidade muito variável, que podem ter uma natureza social e jurídica qualitativamente diferente da escravidão ou mesmo da servidão<sup>15</sup>.

---

fundamentais das ordens jurídicas dos Estados-Membros em causa, ser protegidas da instauração de uma acção penal ou da aplicação de sanções em consequência de actividades criminosas, tais como a utilização de documentos falsos ou a violação da legislação relativa à prostituição ou à imigração, em que tenham sido obrigadas a participar como consequência directa de serem objecto de tráfico. O objectivo desta protecção é salvaguardar os direitos humanos das vítimas, evitar uma vitimização adicional e encorajá-las a testemunhar nos processos penais contra os autores dos crimes. Esta salvaguarda não exclui a acção penal ou a punição das infracções quando alguém voluntariamente tiver cometido essas infracções ou nelas participado”.

<sup>13</sup> OSCE, Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, *Policy and Legislative Recommendations towards the Effective Implementation of the Non-Punishment Provision with Regard to Victims of Trafficking* (22 April 2013) SEC.GAL/73/13: “the non-punishment principle constitutes an «essential element of a human rights approach”.

<sup>14</sup> Existe abundante literatura nesse sentido: vd., por último, NICOLE SILLER, “«Modern Slavery» — Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking?”, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), p. 405 e ss., que dá nota da progressiva sobreposição dos conceitos na retórica e na prática judiciária, advogando por isso uma clarificação da relação entre os dois crimes no plano do direito internacional.

<sup>15</sup> Criticando a equiparação dos dois crimes, vd. JEAN ALLAIN, “*Rantsev v Cyprus and Russia: the European Court of Human Rights and trafficking as slavery*”,

É verdade que a expressão “escravidão moderna” até já ganhou estatuto oficial na designação da recente lei inglesa sobre o tráfico (o *Modern Slavery Act*, de 2015). Todavia, a meu ver, ela não é feliz. Em primeiro lugar, porque contribui para aquilo que se pode chamar a *diluição axiológica* da política criminal contemporânea, sempre pronta a promover, sem critério, certas formas de criminalidade a patamares ocupados por crimes mais graves, com a extensão dos respectivos regimes. Em segundo lugar, porque *desvaloriza* a verdadeira escravidão, que não é um fenómeno do passado: a escravidão moderna existe, e chama-se, precisamente, escravidão. É um crime contra o direito internacional e é punido pela lei portuguesa com penas razoavelmente mais severas do que o tráfico.

Seja como for, é preciso distinguir: uma coisa é equiparar o tráfico à escravidão para efeitos de aplicação do art. 4.º da CEDH; outra coisa é afirmar que o Estado viola os direitos humanos das vítimas do tráfico se as responsabilizar penalmente pelos crimes que cometeram. Com efeito, como nota Marija Jovanovic, mesmo admitindo aquela equiparação para efeitos do art. 4.º da CEDH, nenhum dos instrumentos referenciados indica de que maneira a responsabilização penal de uma vítima do tráfico pelos crimes que tenha cometido nessa situação atenta contra os seus direitos humanos, nem sequer o direito que, em concreto, estaria em causa<sup>16</sup>. Além disso, uma interpretação do art. 4.º que resultasse na conclusão de que a punição das vítimas do tráfico importaria uma violação dos respectivos direitos humanos seria dificilmente compatível com a margem de manobra deixada aos Estados no desenho da cláusula de impunidade, tal como prevista na Convenção e na Directiva.

---

*Human Rights Law Review* 10-3 (2010), p. 546 e ss.; JANIE A. CHUANG, “Exploitation creep and the unmaking of human trafficking law”, *The American Journal of International Law* 108-4 (2014), p. 609 e ss., esp. p. 629 ss.; HARMEN VAN DER WILT, “Trafficking in human beings, enslavement, crimes against humanity: unravelling the concepts”, *Chinese Journal of International Law* 13 (2014), p. 297 e ss.; também no sentido de que se trata de dois crimes distintos, NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, p. 42.

<sup>16</sup> MARIJA JOVANOVIĆ, “The principle of non-punishment of victims of trafficking in human beings: a quest for rationale and practical guidance”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 1-1 (2017), p. 52 e ss. Na verdade, não pode pretender-se que todas as medidas de protecção das vítimas de tráfico se traduzem em direitos humanos — e o TEDH também não o afirmou.

Para concluir este ponto, a relação entre a impunidade e a salvaguarda dos direitos humanos das vítimas de tráfico é tudo menos clara, como mostra convincentemente Marija Jovanovic<sup>17</sup>, bem como o propósito de evitar uma “vitimização adicional”. A responsabilidade por um facto ilícito e culposo — isto é: onde não intervenham causas de exclusão da ilicitude ou da culpa — não pode ser vista como uma vitimização, nem como um ataque aos direitos humanos de ninguém, seja ou não vítima de tráfico, ou de outros crimes.

*b) Uma causa de exclusão da culpa?*

Passando à segunda alternativa, os elementos constantes da hipótese da cláusula de impunidade não apontam para uma causa de exclusão da culpa. Apesar de incluírem o constrangimento, não fazem referência à inexigibilidade de outro comportamento, nem à inexistência de uma alternativa razoável. Além disso, todos os sistemas jurídicos conhecem, sob pressupostos mais ou menos apertados, uma exclusão da culpa por *vis compulsiva*, pelo que não faria muito sentido estar a particularizar a situação das vítimas de tráfico.

**4.2. A referência da impunidade aos interesses do sistema sócio-jurídico: a possível falta de dignidade penal dos factos praticados em virtude da sua conexão com a situação particular das vítimas de tráfico**

Não obstante o que se expende no considerando 14 da Directiva, não existe no dispositivo da Convenção ou da Directiva qualquer indício de que a impunidade esteja dependente ou tenha qualquer relação com a colaboração na perseguição dos agentes do tráfico, que surge apenas como efeito desejado mas secundário.

Deste modo, o fundamento da cláusula de impunidade parece assentar na *política de protecção especial deste tipo de vítimas*, onde se congregam alguns dos tópicos indicados<sup>18</sup>. O fundamento da impunidade pode descrever-se assim:

- atendendo à situação de constrangimento e, portanto, de

---

<sup>17</sup> *Ibidem, passim.*

<sup>18</sup> Sobre o tipo de nexos exigido entre o facto e a situação de tráfico(a), vd. ANDREAS SCHLOENHARDT / REBEKKAH MARKEY-TOWLER, *cit.*, p. 34 e ss., que se referem aos “compulsion, causation and presumption models”.

menor exigibilidade, em que se encontram as vítimas de tráfico,

- e atendendo também a que a política de protecção destas pessoas pelas entidades públicas dificilmente se coaduna com uma punição por factos praticados nessas condições,
- *pode* suceder que os factos ilícitos que as vítimas tenham sido compelidas a cometer em consequência directa daquela situação não tenham dignidade punitiva que justifique a aplicação de uma pena e o concomitante sacrifício da política de protecção. Na sua tradução dogmática, pode faltar aqui a categoria da *punibilidade*, como concretização da ideia de dignidade punitiva do facto globalmente considerado, na teorização que dela fazem Figueiredo Dias<sup>19</sup> e Frederico da Costa Pinto<sup>20</sup>, traduzindo-se a impunidade na *opção político-criminal*<sup>21</sup> de, em certas circunstâncias, dar prevalência à protecção das vítimas de tráfico em vez de as punir pelos ilícitos-típicos culposos por elas praticados.

Na impossibilidade de estabelecer esse juízo em abstracto, há que entregá-lo ao aplicador, juntamente com critérios que lhe permitam tomar a decisão no caso concreto. Assim, a verificação dos pressupostos da cláusula de impunidade deve provocar *sempre* uma decisão sobre a respectiva aplicação, mas *nunca* uma aplicação automática.

## 5. Os critérios da decisão de não punir

A referência à dignidade punitiva do facto não pode deixar de levar em conta o género de factos praticados, pois o uso de um documento falso não é a mesma coisa do que um homicídio. É por essa razão que algumas legislações — como a já referida lei inglesa — não permitem a impunidade quando se trata dos crimes mais graves<sup>22</sup>.

Porém, se atentarmos no fundamento da impunidade, não parece

---

<sup>19</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Ed., 2007, p. 668 e ss.

<sup>20</sup> FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo II, Almedina, 2013, p. 870 e ss., p. 893 e ss., p. 1069 e ss. e *passim*.

<sup>21</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *cit.*, p. 675.

<sup>22</sup> Vd. de novo GRETA, *4th General Report, cit.*, p. 52 e ss.

adequado proceder a uma limitação estrita e taxativa em função da gravidade dos factos. Não está excluído que, mesmo perante factos muito graves (p. ex., a participação em lenocínio de menores, sequestros, organizações criminosas, ofensas corporais graves, etc.), o elevado grau de constrangimento da vítima-agente, não sendo embora suficiente para levar à exclusão da culpa, possa justificar a prevalência das finalidades de protecção em detrimento da punição.

Assim, parece mais adequado implementar um modelo inspirado no n.º 11 do art. 177*bis* do Código Penal Espanhol, com algumas adaptações, e consagrar uma *causa de exclusão de pena* cuja aplicação dependa de uma acentuada diminuição da culpa da vítima-agente, a qual variará na proporção inversa da gravidade do facto e na proporção directa do grau de constrangimento<sup>23</sup>. Quando exista, essa acentuada diminuição da culpa conduz a um enfraquecimento da gravidade do facto *como um todo*, que por sua vez permite dirimir o conflito entre a pretensão punitiva e a específica política de protecção das vítimas de tráfico, abundantemente promovida nos vários instrumentos que identificámos, em favor da segunda. No plano dogmático, pode afirmar-se que a dignidade penal do facto é excluída em virtude de uma *combinação* entre a “degradação significativa do tipo de punibilidade inerente à incriminação aplicável”<sup>24</sup> resultante da acentuada diminuição da culpa e a “protecção de interesses juridicamente relevantes acolhidos em sectores da vida com os quais o sistema penal tem de se articular”<sup>25</sup>.

Coerentemente com o seu fundamento (prossecução de políticas públicas que entram em tensão com a pretensão punitiva), parece que a cláusula de impunidade deverá ter um campo de aplicação mais amplo e menos problemático quando se trate de crimes sem vítima ou de infracções puramente administrativas. Não havendo bens jurídicos

---

<sup>23</sup> Creio que é também neste sentido (*sc.*, como um critério de medida da exigibilidade de um comportamento diverso) que deve entender-se a referência da lei espanhola à “proporcionalidade” entre a “situação” de exploração em que a vítima se encontra e o facto praticado, e já não num sentido objectivo que se esgota em si próprio, capaz de oferecer uma valoração imediata, pois a gravidade do facto e a intensidade do constrangimento são grandezas diferentes, que, nesse plano puramente objectivo, não podem estabelecer uma relação directa entre si.

<sup>24</sup> F. COSTA PINTO, *cit.*, p. 1078.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 1076.

personais afectados pela conduta da vítima-agente, será mais fácil compreender que o Estado abdique de punir a violação dos seus interesses em benefício de outros interesses que também prossegue (a protecção das vítimas de tráfico).

Por outro lado, e continuando a tomar como referência a lei espanhola, parece mais conveniente não limitar a hipótese aos casos em que os factos derivam directamente da exploração, porque pode haver situações em que a vítima comete factos ilícitos (p. ex., o uso de documentos falsos, falsas declarações, etc.) depois ou enquanto é traficada mas antes de ser explorada, ou depois de ter terminado a situação de exploração, e que podem reclamar a mesma protecção.

Em suma: a questão a que as autoridades devem responder é a de saber se as concretas circunstâncias em que a vítima se encontrava, e, em particular, o grau de constrangimento que a afectava, diminuam substancialmente a exigibilidade de se conformar com a proibição, em termos de justificar a prevalência das finalidades de protecção e o concomitante afastamento da punição.

## 6. As projecções normativas da causa de exclusão de pena

A consagração da causa de exclusão de pena no direito substantivo tem também certas consequências no plano do direito processual e no direito da cooperação judiciária.

No que ao primeiro diz respeito, a consagração desta cláusula específica permitirá ao Ministério Público não deduzir acusação pelos factos, por não se encontrarem preenchidas as condições do art. 283.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, sempre que a verificação judicial da causa de exclusão de pena e a inerente absolvição sejam, no caso concreto, mais prováveis do que a aplicação de uma reacção criminal<sup>26</sup>. Além disso, como a existência de uma causa de exclusão da pena impede a aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial<sup>27</sup>, parece que a *possibilidade* de ela se verificar, quando não seja de molde a fazer extinguir o procedimento, impõe uma exigência redobrada à aplicação de medidas de coacção, sobretudo das que impliquem privação da liber-

<sup>26</sup> Cf. F. COSTA PINTO, *cit.*, p. 1125 e 1127 e ss.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 1131 e ss.

dade, coerentemente com o intuito de afastar as vítimas-agentes, tanto quanto possível, do universo penal e do seu aparelho.

No âmbito da cooperação judiciária internacional, a decisão de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, o despacho de não-pronúncia e a sentença de absolvição fundados na aplicação da cláusula são susceptíveis de produzir o efeito *ne bis in idem*, nos termos gerais, em relação a eventuais pedidos de extradição / entrega, pelos mesmos factos, por parte de outros Estados<sup>28</sup>. Porém, se o Estado Português receber pedidos de entrega / extradição relativos a factos sobre os quais não tem (ou não exerce) jurisdição, a eventual verificação dos pressupostos da cláusula, em abstracto, não tem a virtualidade de impedir a extradição / entrega, pois não fundamenta nenhuma causa de recusa, visto que a consubstanciação de uma causa de exclusão da pena no ordenamento do Estado requerido não afecta a dupla incriminação.

## 7. Conclusão

As vítimas do tráfico de pessoas são susceptíveis de se encontrar numa situação de intenso constrangimento que perdura no tempo, caracterizada pelo medo e pelo desamparo, que justifica uma política de protecção específica por parte do Estado. No contexto dessa situação, podem ser compelidas a cometer actos ilícitos, em circunstâncias que ainda são imputáveis ao dito constrangimento, mas que não se integram nas dirimentes da ilicitude ou da culpa tradicionais.

A Convenção do Conselho da Europa e a Directiva da União Europeia relativas ao tráfico contemplam essa situação particular, impondo aos Estados que, no respeito pelos princípios fundamentais dos respectivos ordenamentos jurídicos, implementem mecanismos por meio dos quais a perseguição e/ou a efectiva punição das vítimas de tráfico possa ser afastada, em certas circunstâncias, criando espaço para a aplicação integral das medidas de protecção previstas nos mesmos instrumentos.

Tendo em conta o princípio da legalidade que rege o direito processual penal português, parece que o meio mais expedito de dar cum-

---

<sup>28</sup> Art. 8.º, n.º 1, al. a), da L. 144/99, de 31 de Agosto (Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal), e arts. 11.º, al. b), e 12.º, n.º 1, al. c), da L. 65/2003, de 23 de Agosto (Lei do Mandado de Detenção Europeu).

primamente àquelas obrigações internacionais é a criação de uma causa de exclusão da pena, que importe a não punibilidade dos factos típicos, ilícitos e culposos praticados pelas vítimas-agentes. Essa solução assenta na opção político-criminal de abdicar da pretensão punitiva e dar prevalência a medidas de protecção com ela dificilmente compatíveis, sempre que, atendendo à gravidade do facto praticado e ao grau de constrangimento em que o agente se encontrava, se verifique uma acentuada diminuição da exigibilidade de um comportamento lícito e, portanto, da culpa.

Tratando-se ainda de elementos relativos ao facto, casos haverá em que o próprio Ministério Público ou o juiz de instrução poderão decidir-se pelo arquivamento do inquérito ou pelo despacho de não-pronúncia, se a exclusão da pena se mostrar mais provável do que a condenação, dando dessa forma guarida ao interesse em que as vítimas do tráfico sejam afastadas o mais cedo possível da investigação e perseguição penal que as tenham por objecto.