



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Mestrado em Ciências Jurídico - Forense.

**“AS CRIANÇAS TALIBÉS”, PRÁTICAS RELIGIOSAS OU
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MENOR NA
GUINÉ - BISSAU.**

TRÁFICO DE MENOR E INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

MÓNICA MARLEY DE SÁ NOGUEIRA COOPER

PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO - FORENSE

LISBOA

2018

Dedicatória

Ao Dexter Basil Cooper Júnior, meu filho,
as crianças de todo o mundo e as da
Guiné-Bissau, em particular.

Agradecimentos

A Deus, o Clemente e o Misericordioso, por seu amor, zelo e bênçãos;

Ao meu orientador Doutor Paulo De Sousa Mendes, do Departamento de Ciências Jurídico-Forense da FDUL, pela sua atenção dispensada ao meu pedido de orientador para a realização deste trabalho;

A Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a ANP da República da Guiné-Bissau, às ONG AMIC, DJAMATUL HUDA SOS CRIANÇAS TALIBÉS - Bafatá, Serviços de Migração e Fronteira da Guiné Bissau, Comando da Guarda Nacional, Liga Guineense dos Direitos Humanos, a UNICEF, os Imames, Marabus, Crianças estudantes de Alcorão, pelos apoios proporcionados, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado;

Ao meu querido esposo Dexter Basil Cooper, que continuamente me apoia e me acompanha nos momentos difíceis e de alegria;

Ao meu amado filho Dexter Basil Cooper Júnior, pelo carino incondicional;

Aos meus Irmãos Rui Francisco Pinto Ribeiro, Beatriz Marcelina de Sá Nogueira, Alzidia Isabel de Sá Nogueira, Aurizanda Emília Pinto Ribeiro de Moya e António Arlindo Gomes pelo carinho, companheirismo e cuidado;

Aos colegas, amigos e compatriotas pela amizade e apoio incondicional Ireneo Francisco Silva, Mariama Seidi Dias, Isabel Mendes Pereira, Viona Tavares, Felisberta Aurora Moura Vaz e Samarise de Almeida Teixeira Barbosa;

Ao Ilustre Administrador da ONG AMIC, o Dr. Laudolino Carlos Medina;

Ao meu colega e companheiro da infância em Gêba, o Sr. Arafam Mamba e Maimuna Fati, pela aventura da nossa viagem a Senegal e o enorme ajuda na compreensão da religião islâmica e no suporte da tradução nas entrevistas e o Sr. Caramó Injai (Sissé), o meu parceiro no levantamento das escolas corânicas em Bissau e as respetivas entrevistas;

A todos os professores do Departamento de Ciências Jurídico Forense da FDUL pelos ensinamentos e,

A todos aqueles que me apoiaram para o sucesso deste nobre trabalho.

Muito obrigado

Resumo:

O Tráfico de Seres Humanos é uma prática de décadas. Embora as questões relativamente a sua dinâmica ainda não estão muito bem especificadas, são traficadas cerca de 12,3 milhões de pessoas, anualmente e em todo o mundo, de acordo com o relatório (2010), do Departamento dos Estados Unidos apoiado em dados da OIT. Tendo em conta a relevância deste número, a UNICEF-GB, através de um estudo de caso realizado em 2010 acredita que cerca de 2.500 crianças guineenses são traficadas todos os anos.

Para combater este fenómeno deve-se primeiramente, compreender as suas origens (TSH), e fazer valorizar mais a implementação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em especial a dos Direitos da Criança. Para além de constituir uma violação aos direitos humanos, a prática do tráfico de seres humanos, engloba igualmente, o trabalho infantil e outras formas de exploração humana.

A ausência de uma política real de ensino e formação de crianças e jovens na Guiné-Bissau impede com que muitas crianças com idade escolar estejam a frequentar a escola, como também que os diplomados do ensino secundário tenham emprego, uma vez que o desemprego juvenil representa a mais importante fatia em termos da população que compõem a Guiné-Bissau. Para além disso, o persistente clima de instabilidade político-militar, faz com que muitas crianças, especialmente as da comunidade muçulmana sejam enviadas para os países da sub-região, casos concretos do Senegal, da Guiné-Conakri e da Gâmbia, para o estudo e aprendizagem do “alcorão”.

Tudo isto, faz com que se agravam os problemas sociais, e com que o tráfico de crianças ganhasse terreno cada vez mais. Neste contexto e considerando a forte ligação histórico-cultural da Guiné-Bissau com alguns países da sub-região, concretamente o Senegal, e a Guiné-Conakri em consequência de uma história comum ligada aos impérios de Mali e de Gabú, pode-se encontrar respostas para o atual fenómeno “talibismo” (crianças em movimento), na Guiné-Bissau.

Palavras-chave:

Criança; Mendicidade; Trabalho Forçado; Tráfico de crianças; Exploração de menor; Direitos fundamentais da Criança; Dignidade da pessoa humana; Crianças talibés; Guiné-Bissau.

Dhara: escola.

Talibés: estudante.

Marabu: Professor de estudos corânico.

Gamo: leitura do Alcorão durante a noite.

Talibés: estudante, *“Murundade” Trabalho de “Astrologia” com base nos estudos corânicos.*

Abstract:

Trafficking of Human Beings is a decades-old practice. While the issues regarding their dynamics are still not very well specified, some 12.3 million people are trafficked annually and worldwide, according to the United States Department of ILO.

Given the relevance of this issue, UNICEF-GB, through a case study carried out in 2010, believes that about 2,500 Guinean children are trafficked every year. In order to combat this phenomenon, it is necessary first to understand their origins (TSH), and to make more significant the implementation of the Universal Declaration of Human Rights, especially the Rights of the Child. As well as constituting a violation of human rights, the practice of trafficking of human beings also includes child labor and other forms of human exploitation.

The absence of a genuine education and training policy for children and young people in Guinea-Bissau prevents many school-aged children from attending school, as well as secondary school graduates who are employed, as youth unemployment represents the most important slice of the Guinea-Bissau population. In addition, the persistent climate of political and military instability causes many children, especially those from the Muslim community, to be sent to countries in the subregion, such as Senegal, Guinea-Conakri and The Gambia to study And learn the "Qur'an".

All this leads to the worsening of social problems, and to the fact that child trafficking is gaining more and more ground. In this context, and considering Guinea-Bissau's strong cultural-historical link with some countries of the subregion, namely Senegal and Guinea-Conakri as a consequence of a common history linked to the empires of Mali and Gabu, one can find Answers to the current phenomenon "talibismo" (children in movement) in Guinea-Bissau.

Key words:

Child; Beggary; Forced labour; Trafficking of children; Exploration of children; Fundamental Rights of the Child; Dignity of human person; Talibés children; Guinea Bissau.

Lista de Siglas

AMIC: Associação dos Amigos das Crianças

ANAFSA: Uma ONG Senegalesa que produziu filme sobre talibé

CADH: Carta Africana dos Direitos do Homem

CADBC: Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar das Crianças

CDC: Convenção de Direitos da Criança

CDEAO: Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental

CNI: Comité Nacional de Infância

CNJI: Comunidade Nacional da Juventude Islâmica

CC: Código Civil

CPC: Código de Processo Civil

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

CRGB: Constituição da República da Guiné-Bissau

CSIGB: Conselho Superior Islâmico da Guiné-Bissau

Dahara: Denominação de escolas corânicas

HIV/SIDA: Síndrome da Imunodeficiência Aaquirida

HRW: Olhar dos Direitos Humanos (Human Rights Watch)

IMC: Instituto da Mulher e da Criança

INEP: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa

Murundade: Trabalho de “Astrologia” com base nos estudos corânico.

OIM: Organização Internacional para Migração

OMS: Organização Mundial da Saúde

ONG: Organização Não-Governamental

ONU: Organização das Nações Unidas

OIT: Organização Internacional do Trabalho

PARRER: Partenariat pour le Retrait et la Ré insertion des Enfants de la Rue.

PGR: Procuradoria Geral da República

PLAN Internacional: ONG Internacional

PIR: Polícia da Intervenção Rápida

PFDC: Protocolos Facultativos da Convenção de Direitos das Crianças.

RAO: Associação Réseau Afrique de L'Ouest

SAB: Sector Autónomo de Bissau

SAMUSOCIAL: Uma ONG Senegalesa que se ocupa dos “*talibés*”

S.O.S Talibé: ONG Guineense que Acolhe e Reagrupa as Crianças Talibés

TP: Tráfico de Pessoas

TSH: Relatório de Tráfico de Seres Humanos

UA: União Africana

OUA: Organização da Unidade Africana

UNESCO: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNICEF: Fundo das Nações Unidas para a Infância

UNODC: Organização das Nações Unidas contra Drogas e Crime

ÍNDICE	Págs.
Dedicatória -----	2
Agradecimentos -----	3
Resumo -----	4
Palavras Chave -----	5
Abstract -----	6
Key Words -----	6
Lista de Siglas -----	7
Introdução -----	13
CAPÍTULO 1: BREVE HISTÓRICO DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E SUA INFLUÊNCIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS -----	16
1.1. Breve histórico de instrumento internacional -----	16
1.1.1. A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1924 -----	16
1.1.2. Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 -----	17
1.2. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 -----	18
1.2.1. Aspetos Gerais da Convenção dos Direitos da Criança -----	21
I. Os Princípios Orientadores -----	22
a) O princípio da responsabilidade Estatal -----	22
b) O princípio da universalidade -----	22
c) O princípio da indivisibilidade e da interdependência dos direitos -----	22
II. Os Princípios Fundadores -----	22
a) A não Discriminação -----	22
b) O princípio de interesse superior da criança -----	24
c) O princípio do direito a vida, a supervivência e ao desenvolvimento ---	24
d) Respeito pelas opiniões da criança -----	25
1.2.2. A Harmonização das Leis guineense em Harmonia com a CDC -----	26
a) No caso de código civil -----	27
b) No caso de código de processo civil -----	27
c) No caso de Código Penal e de Processo Penal -----	27
d) Em relação a Lei Geral de Trabalho -----	28
e) Referente ao Código de Registo Civil -----	28
f) Lei orgânica do Tribunal do Sector -----	28
1.2.3. Implementação da CDC na Guiné-Bissau -----	30
1.2.4. Os Obstáculos na implementação da CDC -----	31

1.2.5. As Causas que dificulta a implementação da CDC na Guiné-Bissau -----	32
1.3. A Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança-----	33
1.3.1. As Obrigações do Estado Parte -----	35
1.4. A Convenção das Nações Unidas sobre a Criminalidade Organizada e Transnacional – Convenção de Palermo / Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição de Tráfico de Pessoas em especial de Mulheres e Crianças «Protocolo de Palermo» -----	37
1.4.1. Convenção de Palermo 2000 -----	37
1.4.1.1. Aspectos Gerais sobre a Elaboração da Convenção e o Protocolo Adicional ---	38
1.4.1.2. Objetivo da Convenção e o Protocolo Adicional -----	39
1.4.1.3. A Criminalidade Organizada e o seu Caracter Transnacional -----	40
1.5. Definição do Tráfico de Criança dada pelo Protocolo de Palermo -----	42
1.5.1. Aspectos Conceituais de tráfico de crianças segundo o Protocolo de Palermo no ordenamento jurídico Português, Brasileiro, Mexicano, Senegalês e na Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei de prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças na Guiné-Bissau -----	46
a) Portugal -----	46
b) Brasil -----	48
c) México -----	49
d) Senegal -----	49
e) Guiné-Bissau - Definição do Tráfico de Pessoas segundo a Lei n.º 12/2011, de 6 de julho -----	50

CAPÍTULO 2: “CRIANÇAS TALIBÉS”, PRÁTICA RELIGIOSA OU TRÁFICO DE MENOR NA GUINÉ-BISSAU----- 56

2.1. Considerações Gerais -----	56
2.1.1. Crianças Talibés na Guiné-Bissau -----	60
2.1.2. Crianças Talibés, Práticas Religiosa e Direitos Perdidos -----	62
2.2. A Mendicidade no Tráfico de Menor -----	65
2.2.1. A Exploração no Crime de Tráfico de Pessoa -----	72
2.3. Do Tráfico de Pessoas -----	74
2.3.1. Estatística Global sobre o Tráfico de criança -----	75
2.3.2. Relação entre a (i)migração e o Tráfico de pessoas -----	78
2.4. O tráfico de pessoas na Guiné-Bissau, “a Lei n.º 12/2011, de 6 de julho de 2011, lei de prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, em particular Mulheres e crianças” ---	85
2.4.1. Considerações Gerais da Lei n.º 12/2011, de 6 de julho -----	85
2.4.2. Tráfico de Criança na Lei n.º 12/2011, de 6 de julho-----	87

CAPITULO 3: DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS/CRIANÇA -----	91
3.1. Considerações Gerais dos tipos legais de crime -----	91
3.2. O Bem Jurídico protegido com o crime de tráfico de pessoas / crianças-----	91
3.3. Elementos do tipo -----	93
3.3.1. O tipo objetivo do crime de tráfico de pessoas/criança -----	94
a) O tipo objetivo no ilícito de tráfico de pessoas adulta -----	94
1- Exploração sexual -----	94
2 - Exploração de trabalho -----	95
3 - A mendicidade -----	96
4 - A escravidão -----	96
5 - A extração de órgãos -----	97
6 - A exploração de outras atividades criminosas -----	97
b) Tipo objetivo de tráfico de menor -----	97
c) O tipo objetivo de alienação de menor -----	98
d) O tipo objetivo da utilização da vítima do tráfico -----	99
e) O tipo objetivo de subtração de documentos -----	99
3.3.1.1. Elementos do tipo objetivo no crime de tráfico de pessoas -----	99
a) A Entrega -----	99
b) O Recrutamento -----	100
c) O Transporte -----	100
d) A Transferência, o Alojamento e o Acolhimento -----	100
3.3.1.2. Os meios utilizados no crime de tráfico de pessoas -----	100
a) A Violência -----	100
b) O Rapto -----	102
c) A Ameaça -----	103
d) O Engano ou manobra fraudulenta -----	104
e) Os meios das ações de oferecimento, entrega ou aliciamento o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar -----	105
f) O aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima -----	105
g) Casamento Forçado -----	107
h) A obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima ---	108
3.3.2. Tipo Subjetivo -----	110
3.4. Ilícitude -----	112
3.5. Culpabilidade -----	115
3.6. Punibilidade -----	117

CAPÍTULO 4: A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS LEIS ORDINÁRIA FACE AO DIREITO CONSUETUDINÁRIO ----- 126

4.1. Direito e Religião -----	126
4.1.1. Costume: Definição e Elementos -----	127
4.1.2. Modalidades do Costume -----	129
4.2. Reconhecimento do costume na lei guineense atual -----	131
4.3. O Costume como fonte primária do Direito na ordem jurídica Guineense -----	134
4.4. O problema da legitimidade do costume contra legem -----	135

CAPÍTULO 5: A JURISPRUDÊNCIA GUINEENSE – CRIME DE TRÁFICO DE CRIANÇAS NA GUINÉ-BISSAU (CRIANÇAS TALIBÉS) ----- 137

5.1. Primeiro Acórdão sobre o Crime de Tráfico de Crianças Talibés -----	137
Proc. 57/2015 Tribunal Regional de Bafatá	
I – Relatório -----	137
II - Fundamentação (Factos provados e não provados) -----	137
III - Motivação da Decisão (Fundamentação) -----	138
IV - Enquadramento jurídico-penal (Apreciação) -----	138
V – Decisão -----	139
5.2. Comentário ao Acórdão sobre o Crime de Tráfico de Crianças Talibés -----	139

SUMÁRIO

SUMÁRIO (do comentário)

5.2.1. Resumem dos factos -----	140
5.2.2. Comentário do Acórdão -----	141
I - Relatório -----	141
II - Os Factos -----	143
III – Fundamentação -----	147
IV - Apreciação -----	148
V - Decisão -----	154
CONCLUSÃO -----	156
ANEXO -----	161
BIBLIOGRAFIA -----	163

INTRODUÇÃO

“AS CRIANÇAS TALIBÉS: PRÁTICAS RELIGIOSAS OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO MENOR NA GUINÉ-BISSAU" (TRÁFICO DE MENOR).

O tráfico de crianças destina-se a todas as variantes de exploração infantil como a mendicância, trabalho escravo, a exploração sexual, a extração do órgão, a adoção ilegal, etc.

O fenómeno não é novo seja em África ou no mundo. Tem raízes nos comportamentos sociais, culturais e no empobrecimento das sociedades.

Este fenómeno, em especial o tráfico de crianças, deve ser examinado no contexto mais geral das migrações internacionais, transfronteiriças e internas das zonas pobres em direção as zonas mais prósperas. Mas, há elementos específicos que diferencia o tráfico da imigração, por este se caracterizar geralmente por a existência de uma transação, a intervenção de terceiros, a deslocação da pessoa e a intenção de explorar económica, laboral e ou sexualmente a pessoa vítima do tráfico; existindo assim a violação da dignidade e da integridade das pessoas, da sua liberdade de movimentos e até, em certos casos, do seu direito à vida.

É nesta perspetiva que em 2000 “O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças” define o tráfico e põe em destaque a instauração de respostas legislativas e repressivas.

Diariamente, em várias partes do mundo, existem crianças que são compradas, vendidas e transportadas para longe de suas casas. O tráfico de seres humanos é um negócio multimilionário que continua a crescer em todo o mundo, apesar das tentativas das autoridades de detê-lo.

O tráfico de pessoa em especial o tráfico de menor constitui uma das mais graves violações dos direitos humanos no mundo atual e ocorre em todo mundo.

A cada ano, centenas de milhares de crianças são contrabandeadas através das fronteiras e vendidas como objetos. Sem direito à educação, à saúde, a família, estas crianças são exploradas por adultos, enquanto o seu desenvolvimento físico e emocional e sua capacidade de sobreviver estão ameaçados.

O tráfico de menores e a violação dos direitos fundamentais de menores, ganha cada vez mais contornos inalcançáveis para as autoridades e movimenta-se hoje com extrema facilidade e ligeireza aproveitando as facilidades de comunicação existentes no mundo informacional e a intensa circulação de pessoas, capitais e bens, assim como as vulneráveis situações económicas, a ausência das autoridades e das leis no que concerne à regulação das práticas religiosas.

Guiné-Bissau, como um Estado de Direito Democrático, numa região de fácil acesso, de localização e composição geográfica privilegiadas, sem um sistema eficiente de vigilância e a ausência das autoridades na maior parte do território e nos locais mais vulneráveis, tem servido de palco a fortes investidas por parte de redes criminosas altamente organizadas.

As práticas religiosas na Guiné-Bissau e alguns países vizinhos como o Senegal, Gâmbia e a vizinha República da Guiné, vêm ganhando muitas formas de interpretações e de práticas que divergem com os Direitos Fundamentais plasmados na Carta Magna, nas Declarações dos Direitos dos Homens e nas Convenções das Nações Unidas sobre os Direitos de Menores.

De la o objetivo do nosso trabalho “sobre o estatuto das crianças “talibé” e sua ligação com o fenómeno de tráfico de crianças” dentro e fora do território nacional”.

No nosso País, a Guiné-Bissau, a prática Religiosa de estudos corânicos fora do território nacional, remonta desde a era imemorial, quando os jovens com uma certa autonomia e por iniciativas próprias saíam das suas tabancas em busca de mais conhecimentos sobre o alcorão, contrario do que acontece na atualidade, cuja deslocação são de caracter obrigatório.

Atualmente no País o ensino corânico apresenta três principais componentes: o corânico tradicional, a madrassa e o misto, cuja expansão no país refere as identidades muçulmana nas zonas de maioria muçulmana como no leste e sul do país, concretamente nas regiões de Bafatá, Gabu e Quinara, virado para o sexo masculino.

A nova vertente de crianças talibés praticantes da mendicidade nas ruas e vulneráveis a todo tipo de maltrato infantil vem ganhando força nos finais do seculo vinte, repercutindo-se sobre todos os aspetos da vida das crianças sujeitos a este tipo de educação a nível pessoal, familiar, social e até profissional.

Estas crianças na sua maioria são enviadas pelos próprios progenitores ou tutores para uma outra cidade, Região ou País com o intuito de adquirirem conhecimentos profundos do alcorão, tendo a mendicidade como parte da carga horaria do ensino corânico.

Os progenitores ou tutores enviam os seus educandos para os Marabus que normalmente são pessoas conhecidos e das suas confianças, conhecedores do alcorão e possuidores de estabelecimentos chamados Dharas (escolas) para os estudos corânicas.

Na verdade, crianças talibés abre caminho a grande fenómeno da atualidade conhecido como a criminalidade organizada transnacional, que se tornou cada vez mais uma matéria de interesse comum a todo Estados de Direito Democrático e não são poucas as ações de maximização de mecanismos de prevenção e repressão desse fenómeno à escala mundial.

Neste âmbito, a Guiné-Bissau, viu-se na necessidade de aprovação de uma Lei específica que regula os critérios no âmbito do tráfico de pessoas. E assim, em 2011, foi aprovada a Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, a Lei da Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, em particular Mulheres e Crianças.

A aplicação das leis internas para o combate deste novo flagelo nacional que é o tráfico de crianças camuflados na tradicional prática religiosa de estudos corânicas no país, nos abre o caminho para o estudo do tema supramencionado e consideramos importante começar no capítulo I: com um “breve histórico de instrumentos jurídicos internacionais para a proteção dos direitos da criança e sua influência nos ordenamentos jurídicos nacionais”. Não seria possível uma correta aplicação destes instrumentos internacional, sem a orientação de uma lei interna, o qual funciona como instrumento legal interno para punição dos sujeitos da atividade ilícita, «a lei n.º 12/2011, de 6 de julho».

Munidos de um instrumento legal interno, no capítulo II, procederemos ao estudo de “crianças talibés, prática religiosa ou tráfico de menor na Guiné-Bissau”, a mendicidade e a exploração no tráfico de menor, a consequência na sociedade Guineense e a forma de punição.

No capítulo III, conheceremos do “crime de tráfico de criança” no panorama do tráfico de pessoas propriamente dito, dos bens protegidos ao alcance das penas.

No capítulo IV, iremos falar da “ineficácia da aplicação das leis ordinárias face ao direito consuetudinário”, a luta da imposição das leis sobre o costume e do costume sobre a lei.

Finalmente, no capítulo V, analisaremos a “jurisprudência Guineense”, apresentando um caso prático e sua decisão final no âmbito do crime de tráfico de crianças na Guiné-Bissau; o crime de tráfico de pessoas praticado contra a pessoa do menor na Guiné-Bissau, é camuflado com a prática de estudos corânicos dentro e fora do território nacional, conhecidos como crianças talibés.

A questão principal deste trabalho é, si a mendicidade obrigatória, com animo lucrativo praticada pelas chamadas crianças talibés no âmbito do ensino corânico, constitui ou não uma forma de exploração no crime de tráfico de menor! Sendo o crime de tráfico de criança, um dos crimes mais horrendos que possa ser cometido contra a pessoa do menor.

Para a obtenção destas e outras respostas, veremos ao longo deste trabalho as definições, características, o bem jurídico violado, o tipo objetivo e subjetivo de todos os elementos que compõem o crime de tráfico de seres humanos em especial o tráfico de menor, caracterizando a mendicidade praticada pelas crianças talibés no crime tráfico de pessoas na Guiné-Bissau.

CAPÍTULO 1: BREVE HISTÓRICO DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E SUA INFLUÊNCIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS

*«Crianças, são as flores da nossa revolução
e a razão da nossa luta»
Amílcar Lopes Cabral*

1.1. Breve histórico de instrumentos internacionais da proteção de menor

1.1.1. A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1924

A Declaração dos Direitos da Criança aprovado em Genebra, reconhece a necessidade de regular um conjunto de direitos que protege as crianças; mas, na prática esta Declaração não teve um impacto significativo no pleno reconhecimento internacional dos direitos da criança, devido a pouca adesão dos Estados a incorporarem suas regras no ordenamento jurídico interno, já que a Declaração não continha nenhuma clausula que impunha aos Estados Partes a obrigatoriedade da sua aplicação.

A Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 adotou o primeiro e mais importante instrumento internacional para a defesa dos direitos civis, político, económico, social e cultural em benefício dos seres humanos, a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”¹. Este instrumento jurídico, enuncia direitos de todos os homens incluindo as crianças, que em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.

No território guineense, apesar da CRGB, não ter definido de forma exclusivo os direitos fundamentais de criança, podemos ver estes direitos plasmados no artigo 24.º que determina o seguinte: «todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de raça, sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção filosófica» e outros direitos plasmados nos termos dos artigos 26.º, 37.º, 49.º, do mesmo diploma, para citar alguns dos direitos do menor plasmado na CRGB.

Porem, foi só com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, é que se reconheceu pela primeira vez e de uma forma universal, que a criança deve ser objeto de cuidados e atenções especiais. Este reconhecimento deu-se por força do artigo 25.º n.º 2 da DUDH, onde se dispôs claramente que "a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social". Imposição esta constante nos termos do artigo 26.º da CRGB e o artigo 1.º a 4.º da lei n.º 4/76, de 4 de Maio de 1976, lei que aboliu a discriminação entre os filhos legítimos e ilegítimos² na Guiné-Bissau.

¹ “Declaração Universal dos Direitos do Homem”: Artigo 1.º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

² Lei n.º 4/76, de 5 de maio de 1976: Artigo 1.º - Todos os filhos são iguais e têm iguais direitos e deveres, qualquer que seja o estado civil dos seus progenitores.

Por força deste dispositivo, as NU, passou a proteger os direitos da criança por meio de tratados internacionais de caráter geral; com os pactos internacionais de direitos humanos, preparando assim a comunidade internacional para o surgimento de um instrumento específico relativo aos direitos da criança. Exemplo disso é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966³, assim como o pacto internacional sobre direitos económicos, sociais e culturais de 1966, adotado e aberto à assinatura na Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro do mesmo ano, entrou em vigor a 03 de janeiro de 1976.

Apesar dos esforços e boa vontade da Assembleia da Sociedade das Nações em adotar esta resolução a qual fora endossado a Declaração dos Direitos da Criança, pela organização não governamental “Seve the Children Internacional Union” em acautelar as necessidades das crianças, todavia não abrangia todas as necessidades das crianças e isso levou as Nações Unidas em 1959 a elaborar uma nova Declaração Universal dos Direitos da Criança.

1.1.2. Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959

Ao finalizar a segunda guerra mundial, foi fundado em 1946 o “Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças” anexado a Declaração de Genebra, com o objetivo de canalizar a atenção do mundo para os problemas urgentes relacionados com as crianças no período de pós-guerra. Anos mais tarde, vendo as necessidades de prosseguir com o trabalho do Fundo de Emergência, a Assembleia Geral das Nações Unidas optou pela continuidade do mesmo por um período indeterminado, tendo alterado o nome para o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) no ano de 1950.

Depois deste importante instrumento jurídico que regula todos os direitos civis e político do homem, foi Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959, por unanimidade a chamada “Declaração dos Direitos da Criança”.

Artigo 2.º - Os pais têm os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos nascidos no casamento ou fora dele.

Artigo 3.º - Reconhecida a filiação, nos termos da legislação vigente, o regime legal aplicável aos filhos, qualquer que seja o estado civil dos seus progenitores, é o estabelecido na lei em vigor para os filhos nascidos na constância do matrimónio.

Artigo 4.º - Fica proibido o uso de designações discriminatórias relativamente à filiação.

³ Artigo 24.º 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação económica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após o seu nascimento e deverá receber um nome.

3. Toda criança terá direito a adquirir uma nacionalidade.

Artigo 25.º 4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos."

Este documento apenas criou uma obrigação de carácter moral para com os Estados, foi amplamente ratificada por todos os países membro da ONU com a exceção dos E.U.A. e a Somália.

A Declaração dos Direitos da Criança de 1959, reconhece a criança o direito a um nome, uma nacionalidade, segurança social, alimentação, alojamento, etc; e as crianças física ou mentalmente diminuída ter o direito de receber o tratamento e cuidados especiais⁴, e sobre tudo orienta os países membros a respeitarem as necessidades básicas das crianças.

O cumprimento dos seus preceitos é fiscalizado pela UNICEF, cuja função principal é integrar as crianças na sociedade e zelar pelo seu bem-estar social, cultural, educacional, entre outro.

O que também ficou bem assente neste texto é o direito da criança a um desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, o direito a educação e sobre tudo o direito da criança não ser traficada⁵, estabelecido no princípio 9º deste diploma: *“A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma. Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral”*. Estes são alguns dos direitos abrangidos pela declaração, que foi por muitos anos o enquadramento moral para os direitos da criança.

No ano do vigésimo aniversário da promulgação da Declaração de Direitos da Criança, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou aquele ano (o ano 1979) como Ano Internacional da Criança, com o objetivo de promover os interesses da criança e consciencializar o público e os políticos nas necessidades especiais da criança.

Em 1989, dez anos após a iniciativa da proclamação do ano internacional de criança, foi aprovado o que é hoje o instrumento mais completa e importantes para a proteção dos direitos dos infantes conhecido internacionalmente como: “A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança”.

1.2. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989

Após muitos esforços por parte das Nações Unidas, em estabelecer um conjunto de normas (primeiro não vinculativas) que acautela os direitos de menor na sociedade, a

⁴ Princípios da DDC de 1959; 1º. Princípio: “A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família”. http://hff.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/06/declaracao_dos_direitos_da_criancadoc.pdf

⁵ Princípio 9.º da DDC de 1959: A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objecto de tráfico, sob qualquer forma. Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira no seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

http://hff.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/06/declaracao_dos_direitos_da_criancadoc.pdf

Assembleia Geral das Nações Unidas, aprova em Nova York a 20 de Novembro de 1989⁶ o mais importante e abrangente instrumento jurídico para a defesa e a proteção dos direitos e bem-estar da criança (com carácter vinculativo) conhecido como “A Convenção sobre os Direitos da Criança” (doravante designado por CDC).

Este documento, que até a data presente conta com muita aceitação a nível dos países membros signatários da convenção, é ratificada por quase todos os países membros das Nações Unidas, com a exceção dos Estados Unidos da América.

A Guiné-Bissau, assinou a Convenção de Direitos da Criança, à 29 de janeiro de 1990, foi aprovada à 18 de abril, e sua ratificação se deu à 20 de agosto e entrou em vigor no nosso País à 20 de setembro, todos do ano de 1990. A ratificação torna os Estados legalmente responsável, assim o Estado da Guiné-Bissau, é legalmente responsável desde o dia da ratificação deste documento.

Em primeiro lugar, que é uma Convenção? Hora bem, a Convenção *é um acordo de vontades, celebrado por escrito entre Estados; tem por objetivo estabelecer normas de conduta gerais sobre determinada matéria, estando regida pelo direito internacional e cria obrigações para os Estados signatários, que se comprometeram através da sua assinatura.*

Neste âmbito a CDC, criou a responsabilização dos Estados partes pela não realização do convencionado ou a não obtenção dos resultados pretendidos⁷, sob os auspícios do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). A CDC, foi o primeiro instrumento de direito internacional a criar verdadeiramente obrigações para os Estados signatários e incorpora todo um amplo elenco de Direitos Humanos, civis e políticos, mas também económicos, sociais e culturais de todas as crianças⁸ e os seus princípios guias orientam a forma como cada direito deve ser cumprido, respeitado e serve igualmente como linha de referência para a implementação e monotorização dos direitos da criança.

Neste sentido a Guiné-Bissau, ao ratificar a CDC assim, como qualquer outro instrumento de carácter internacional como a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, as Convenções e seus Protocolos, etc., compromete-se a respeitar o seu conteúdo e a aplica-lo em benefício de todas as crianças e seres humanos do mundo.

A adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança, veio mudar a perspetiva da visão ao entorno da criança, estas eram vistas apenas como um ser indefeso e vulnerável, e passaram a serem vistos como sujeitos de direitos; e por outro lado, este instrumento jurídico internacional, veio a constituir e a integrar num só documento o conjunto de disposições sobre os direitos de criança que estavam dispersos em diferentes textos jurídicos internacionais, a contar desde a adoção da resolução da ONU endossando a declaração dos direitos da criança de 1924 até a adoção da CDC em 1989.

A Convenção transformou-se numa referência normativa obrigatória, servindo de inspiração para legislações internas em matéria de direitos e bem-estar da criança,

⁶ ALBUQUERQUE Catarina, ob. Cit., p. 31; lembra que “a data de adoção da Convenção, não foi determinado ao acaso, o mesmo corresponde a trigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança e foi decretada pela ONU como o Dia Universal da Criança”.

⁷ SAIAS, Marco Alexandre, A Convenção sobre os Direitos da Criança. Pp. 807.

⁸ Id., ibid.

começando pela definição da criança. Assim, e apesar do controverso no universo jurídico sobre a definição da criança, a Convenção no seu artigo 1.º, define a criança da seguinte forma: “*Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*”.

Esta definição de criança, foi dotada por muitos Estados subscritores deste instrumento jurídico, por constituir a base dos demais instrumentos internacionais sobre a matéria infantil; para tanto, só se considera criança todo aquele que não tenha atingido os 18 anos de idade, exceto em alguns casos onde a criança adquire a maioridade atempadamente através de algumas concepções plasmadas nos ordenamentos jurídico de cada Estado.

No caso da Guiné-Bissau, a maioridade foi regulada antes da aprovação da CDC, baixando dos 21 anos de idade como limite da maioridade para os 18 anos de idade tal como está estabelecido pela convenção. Por conseguinte, o mesmo se encontra regulada nos termos do artigo 122.º n.º 1 do código civil guineense, através do artigo 1.º, da lei da Lei nº 5/76, de 3 de maio de 1976, publicada no 1º Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 4 de Maio de 1976⁹; determina o referido preceito o seguinte: Artigo 1.º, «Atinge a maioridade, adquirindo plena capacidade de exercício de direitos e ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor de seus bens, todo o individuo de um e ou outro sexo que perfizer dezoito anos de idade». Salvo o estabelecido nos termos do artigo 2.º da mesma lei, assim como o estabelecido no artigo 132.º do código civil guineense, que regula a aquisição antecipada da maioridade, o qual podemos ver na Convenção sobre os Direitos da Criança, que, na definição da Criança faz inclusão de “*salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável atingir a maioridade mais cedo*”, sendo esta, a forma que a CDC encontrou para acomodar as diferenças culturais e religiosas, refletidas nos limites nacionais de idade.

A lei interna da Guiné-Bissau, abre exceção a aquele indivíduo que não atingiu os 18 anos de idade, de poder adquirir em plenitude a dita maioridade antecipada, conforme o estabelecido no artigo 2º da Lei nº 5/76, de 3 de maio de 1976¹⁰, estabelecendo que “A emancipação do menor só poderá ser concedida aos 16 anos de idade, preenchidos os requisitos exigidos pela lei vigente”.

Esta aquisição antecipada da maioridade é regulada no nosso ordenamento jurídico através de vários pressupostos tais como reza o artigo 132º do código civil, determinando os factos constitutivos da emancipação.

A emancipação pode resultar:

- a) Do casamento do menor;
- b) De concessão do progenitor que exerça plenamente o poder paternal;
- c) De concessão do conselho de família, na falta dos pais ou estando eles inibidos do poder paternal;
- d) De decisão do tribunal de menores.

Tal como reza o artigo 132º al. a) do código civil Guineense, o casamento é um dos quatro formas de emancipação, através do qual, a criança atinge atempadamente a maioridade e, por conseguinte, a totalidade dos direitos cívicos; contrario de Portugal (a título de

⁹ Código Civil Guineense, ano 2006, pág. 613.

¹⁰ Lei nº 5/76, de 3 de maio de 1976 publicada no 1º Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 4 de maio de 1976,

exemplo) que com a reforma de 1977, operada pelo Decreto-Lei nº 496/77, a única causa de emancipação que se manteve foi a que ocorre através do casamento, isto porque entendeu-se que, a partir do momento em que a maioridade se alcança aos 18 anos de idade, deixa de haver necessidades práticas que justifiquem a concessão de emancipação abaixo desse limite. Contudo, manteve-se a emancipação através do casamento, aos 16 anos, uma vez que a idade núbil passou também a ser de 16 anos¹¹; uma reforma bem introduzido no ordenamento jurídico português, porque de facto não faz sentido manter as demais formas de emancipação pela pouca diferença de tempo existente entre o limite da maioridade e a idade da emancipação.

Além de termos como limite da idade núbil os 16 anos, o código penal guneense nos termos do artigo 10.º fixa a idade da responsabilidade criminal a partir dos 16 anos de idade, tendo o tribunal no caso de uma condenação de jovens delinquentes de esta idade e menos de vinte anos a obrigatoriedade da aplicação de uma pena abstrata correspondente ao tipo de ilícito violado especialmente atenuada, nos termos dos artigos 12.º, 70.º a 72.º do mesmo diploma. Pelo que, na minha modesta opinião, acho que a manutenção das diferentes formas de aquisição da maioridade, deixou de fazer sentido e a par de Portugal, uma reforma neste sentido seria uma mais valia para o sector judiciário.

1.2.1. Aspetos Gerais da Convenção dos Direitos da Criança

Atualmente, a Convenção dos Direitos da Criança (CDC), é o instrumento jurídico internacional mais completa em matéria de direitos da criança, e nela está elencado todos os direitos intrínsecos das pessoas nascidas, reconhecendo naturalmente o direito a vida, a sobrevivência e ao desenvolvimento, o direito de conhecer e de ser educado pelos próprios pais, o direito ao nome e a nacionalidade e a proteção da sua identidade.

Porem, o Estado deve permitir a todas as crianças o acesso a saúde, a educação, á informação, e deve também garantir o direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, direito ao descanso, ao lazer, a atividades artísticas e culturais, direito a ser protegida contra abusos, exploração e discriminação, direito a exprimir os seus pontos de vista e opiniões, direito aos cuidados especiais e assistência, direito à proteção e á privacidade¹².

Sendo a Convenção dos Direitos da Criança, o instrumento que reuniu num só documento um conjunto de Direitos, cuidados e obrigações que uma criança precisa para o seu desenvolvimento físico e moral sustentável para o seu crescimento e por outro lado elenca os deveres e as obrigações dos Estados Partes no seu cumprimento e aplicabilidade.

Para tal, a CDC conta com alguns princípios que permite a interpretação dos preceitos da convenção, tais como: *Os princípios orientadores*: que elenca a responsabilidade estatal, universalidade, individualidade e interdependência dos direitos; e *Os princípios*

¹¹ LIMA, Pires e VARELA, Antunes, in Código Civil Anotado, vol. I, Coimbra Editora, limitada, 1987. Pp. 144.

¹²https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/new/unicef_convencao_sobre_os_direitos_da_crianca.pdf

https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

UNICEF Edição. Convenção sobre os Direito da Criança.

fundadores: nos trás uma serie de aspetos fundamentais que garante um crescimento saudável de um menor dentro da sociedade como, a não discriminação, interesse superior da criança, direito a vida, á sobrevivência e ao desenvolvimento, e respeito pelas opiniões da criança.

I. OS Princípios Orientadores

a) *O princípio da responsabilidade Estatal*: os Estados ao ratificar livremente o instrumento jurídico lhes torna legalmente responsáveis e passam a reconhecer e aceitar as obrigações contidas nos tratados relativos aos Direitos Humanos e também significa que aceita implementar o tratado e ser responsabilizado pelo seu cumprimento dentro da sua área jurisdicional.

b) *O princípio da Universalidade*: neste princípio, os direitos da criança reconhecidos e estatuídos na CDC, são baseados em valores humanos universais, já que tudo o que puder ser dito acerca da universalidade dos direitos humanos em geral também se aplica aos direitos da criança.

c) *O princípio da indivisibilidade e da interdependência dos direitos*: este é um dos princípios básicos de direitos humanos; como constatou o Comité de Direitos de Criança, todos os direitos são indivisíveis e interligados, cada um individualmente e todos no seu conjunto são inerentes para a dignidade humana da criança.

II Os Princípios Fundadores

a) *A Não Discriminação*: este princípio vem expressa no artigo 2.º n.º 1 da CDC, estipula este preceito que: - “O Estado parte compromete-se respeitar e garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação”¹³.

Apesar de não haver na legislação guineense um capítulo ou preceitos dedicados exclusivamente a direitos de menor, temos no título II, referente aos direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais os artigo 24.º e seguintes da CRGB, acautelados os principais direitos fundamentais do menor, tendo destacado o plasmado no art.º 24.º da Carta Magna, “*Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de raça, sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção filosófica*”.

Estes princípios ou Direitos fundamentais acima elencados são aplicados para todos os cidadãos guineenses incluindo as crianças, que através deste preceito e seguintes, têm a garantia dos seus direitos plasmados na nossa Carta Magna. Para tanto, é dever do Estado tanto pela CRGB assim como pelos compromissos assumidos na assinatura da CDC, respeitar e sobre tudo garantir o seu cumprimento nos termos do artigo 29.º¹⁴ da CRGB.

¹³ Idem.

¹⁴ CRGB: Artigo 29º, n.ºs 1 - Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional. 2 - Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A ideia base deste princípio assenta na atribuição ao estado parte o dever de assegurar que as crianças sob a sua jurisdição tenham a possibilidade de gozarem todos os seus direitos, não devendo nenhuma criança ser vítima de discriminação e que os direitos plasmados nesta Convenção sejam aplicados a todas as crianças sem exceção e o estado tem a obrigação de proteger a criança contra todas as formas de discriminação e de tomar medidas positivas para promover seus direitos.

Quer dizer, que segundo a CDC, a igualdade de oportunidade de todas as crianças é a mesma, sejam crianças deficientes, de origem estrangeira, as crianças pertencentes a grupos autóctones ou minorias e as crianças refugiadas. Infelizmente e apesar do artigo 24.º da CRGB ter assegurado estes direitos para os mais pequenos, estes continuam a ser vítimas de crenças religiosas, misticismo e práticas de usos e costumes contrárias a lei, principalmente crianças nascidas com algum tipo de anomalia física e psíquica (os chamados crianças irã, albinos, crianças com trissomia 21, entre outros); são casos em que as práticas de usos e costumes derivados das crenças religiosas ou místicas, muitas vezes sobre põem ao direito positivo e se converte em práticas violadores das leis internas e dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado da Guiné-Bissau, com as assinaturas das Convenções, com a maior destaque para a CDC.

Por outro lado, eis uma diferença entre a CRGB e a CDC, isso porque a Constituição da República reconhece a personalidade jurídica dos mais pequenos nos termos do artigo 24.º ao estabelecer a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, querendo com isso dizer que as crianças sendo parte dos cidadãos referidos neste preceito “são iguais perante a lei”; o que não acontece na CDC, mas, apesar de a convenção omitir o conceito de que *todas as crianças são iguais perante a lei*, o autor Van Buren, considera que o reconhecimento da personalidade jurídica da criança é uma pré-condição do seu reconhecimento como portadora de direitos, e considera ainda que o artigo 2.º, n.º 1, não pode ser considerado autónomo por apenas regular a proibição da discriminação de direitos existentes na CDC e assim, qualquer outro direito que não esteja na CDC, por exemplo o direito de propriedade, liberdade de circulação, que estão fora do regime de proteção da CDC¹⁵.

O autor Marco A. Saias, não o acha criticável, e afirma que a dependência perante os pais e a responsabilidade que estes têm para com os filhos, quer a nível de segurança, quer a nível de promoção e proteção dos direitos, onde se inclui o direito de propriedade e a liberdade de movimento, permite que (respeitando sempre o artigo 3.º) haja sobre estes uma obrigação de providenciar pela segurança da criança¹⁶. E para o autor, esta omissão e todos os direitos são-lhes aplicados da mesma forma e sem exceção. Como afirma o Van Buren, este princípio da “não discriminação” representa uma ideia que já está amplamente difundida por diversos instrumentos jurídicos internacionais de carácter universal ou regional.

Resumindo o já exposto, veremos que, a ideia base deste princípio assenta na atribuição aos Estados partes do dever de assegurar o gozo de todos os direitos das crianças sob sua jurisdição e o artigo 24.º, da Constituição da República da Guiné-Bissau, assegura que “Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de raça, sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção filosófica. Este princípio consagrado na nossa Constituição

¹⁵ SAIAS, Marco Alexandre, A Convenção sobre os Direitos da Criança, Pág. 821.

¹⁶ Idem.

da República, pauta pela defesa da igualdade entre os seres humanos, direito estes que não se verificava antes da aprovação de alguns instrumentos jurídicos que eliminou algumas formas de discriminações existentes nas leis coloniais que vigorava no país após a independência. Por exemplo, a aprovação da Lei nº 4/76, de 4 de maio de 1976, proíbe a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, assim como o uso de qualquer denominação discriminatória.

Desde então o Estado da Guiné-Bissau, se desdobrou no trabalho de reformas ante a ANP, com o objetivo de eliminar toda discriminação negativa entre as crianças e harmonizar o direito interno com os princípios enunciados nas anteriores e atuais Convenção e nos outros instrumentos tais como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos povos, entre outros.

Deste modo, o artigo 29.º da CRGB, garante a sua aplicabilidade independentemente ou não da ratificação dos instrumentos jurídicos internacional. Até porque esta disposição estabelece que “o direito fundamental consagrado nesta constituição não exclui qualquer outra disposição das demais leis da República e das normas aplicáveis de direito internacional”.

b) *O princípio de Interesse Superior da Criança*: regulada no artigo 3.º n.º 1 da CDC, que, “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança”; este princípio tem haver mais com a separação dos pais, a adoção e a tutela legal.

Por exemplo, no caso de desacordo sobre a guarda da criança, este é dada a pessoa que possa oferecer ao menor uma maior proteção; em alguns casos pode não ser um dos progenitores, já que o Tribunal ou as instituições administrativas só têm em conta o interesse superior da criança (para todos os privilégios a seu favor); podemos encontrar na lei guineense o preceito que regula e garante o princípio de interesse superior da criança, no capítulo V seção III, subseção V, artigo 92.º e seguintes do Regulamento de Assistência Jurisdicional aos Menores¹⁷.

No caso da Tutela Judicial, houve muitas reformas legais principalmente no que tange a processo penal onde haja um menor implicado; e pela falta da capacidade do menor para se representar o Ministério Público garante a defesa dos seus interesses.

c) *O princípio do direito a vida, a sobrevivência e ao desenvolvimento*: é um princípio consagrado para todos os seres humanos têm direito a vida, a integridade física, honra, etc. no caso das crianças e por sua condição de fragilidade, a sociedade deve assumir o papel de garante na proteção de direito a saúde e de viver num entorno saudável que permita um desenvolvimento harmonioso; A CRGB nos termos dos artigos 37.º regula a inviolabilidade da integridade moral e física dos cidadãos e o art.º 36.º protege a vida com a abolição da pena de morte.

O Estado guineense, criou vários mecanismos de proteção nas instituições competente como na saúde, educação e infraestrutura, mas que não se mostraram suficientes para fazer face a este princípio, cuja falta se desencadeia numa flagrante violação destes

¹⁷ Regulamento de Assistência Jurisdicional aos Menores, Boletim Oficial da Guiné-Bissau, Suplemento n.º 21 de 24 de maio de 1972.

direitos, e temos como exemplo o caso das crianças talibés praticantes da mendicidade nas ruas.

d) *Respeito pelas Opiniões da Criança*: este princípio, estabelece que os pontos de vista e a voz da criança devem ser ouvidas e respeitadas¹⁸; este princípio está diretamente relacionado com o princípio do Interesse Superior da Criança, onde a opinião e os pontos de vista da criança devem ser tomadas em consideração nos assuntos que diz respeito a realização dos seus direitos. Para a materialização deste princípio e de todos os direitos enunciados na CDC, o Governo da Guiné-Bissau, em 2000 criou o Instituto da Mulher e Criança (IMC), que atualmente se ocupa dos assuntos da infância.

No âmbito desta iniciativa, foi desenvolvido diversas atividades para a promoção da voz e opinião do menor, tal como a criação de parlamento infantil, lugar onde se tem em conta a opinião da criança quando está em jogo o seu interesse.

Ora bem, na prática a eficácia na implementação destes direitos, depende do Estado Parte, e a própria CDC na sua primeira parte, obriga o Estado Parte a comprometer-se a respeitar e a garantir todos os direitos previstos na convenção e a sua aplicação a todas as crianças sem exceção, e sobre tudo protegendo as crianças contra todas as formas de discriminação e promover os seus direitos, (tais como o direito a um nome, nacionalidade, direito a opinião, liberdade de expressão, pensamento, consciência e religião, direito a saúde, a educação, direito a lazer proteção a vida, proteção contra todas as formas de maus tratos, etc).

Deste modo, as normas desta CDC, não pode em caso algum afetar as disposições mais favoráveis à realização dos direitos da criança que possam figurar na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor (artigos 2.º, 4.º e 41.º da CDC)¹⁹.

1.2.2. A Harmonização das Leis em Harmonia com a CDC

¹⁸ SAIAS, Marco Alexandre. A Convenção sobre os Direitos da Criança, p. 824.

¹⁹ ARTIGO 2.º, N.ºs 1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação.

2. Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas para que a criança seja efetivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção decorrentes da situação jurídica, de atividades, opiniões expressas ou convicções de seus pais, representantes legais ou outros membros da sua família.

ARTIGO 4.º Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias à realização dos direitos reconhecidos pela Presente Convenção. No caso de direitos económicos, sociais e culturais, tomam essas medidas no limite máximo dos seus recursos disponíveis e, se necessário no quadro da cooperação internacional.

ARTIGO 41.º Nenhuma disposição da presente Convenção afeta as disposições mais favoráveis à realização dos direitos da criança que possam figurar:

- a) Na legislação de um Estado Parte;
- b) No direito internacional em vigor para esse Estado.

A segunda parte desta Convenção, prevê a obrigatoriedade dos Estados partes em tornar conhecido os direitos contidos na Convenção a todos os adultos como também para as crianças, como sendo os principais titulares destes direitos.

Visto isto, pode-se afirmar que a CDC apresenta um catálogo muito desenvolvido dos direitos da criança e por além disso, a CDC também reconhece inúmeras categorias de crianças em risco, entre os quais figuram: as crianças trabalhadoras, crianças submetidas a tortura e crianças submetidas as práticas tradicionais nefastas. Um dos maiores exemplos destas inúmeras categorias de crianças em risco na sociedade guineense, são os chamados “crianças talibés” praticantes da mendicância nas ruas durante longas horas definida pela OIT como trabalho forçado; sendo a mendicância uma das mais nefastas práticas tradicionais de usos e costumes no âmbito religioso de formação corânica, não podemos descartar a violabilidade dos direitos destas crianças acutelados tanto na Carta Magna (art.º 24.º, 37.º da CRGB) assim como na CDC.

Neste âmbito o Estado da Guiné-Bissau, ao ratificar tais instrumentos, assumiu um compromisso perante outros Estados em adotar, respeitar e aplicar o conteúdo da CDC em benefício de todas as crianças que se encontram no seu território.

A Guiné-Bissau, como Estado Parte, na assinatura e ratificação da CDC nos anos 90 se esforçou (mesmo que de uma forma insuficiente) junto dos parceiros que atuam na área da infância (ONGs, UNICEF, PNUD, Curadoria de menor, tribunal de família e menor, etc.), na implementação dos preceitos contidos nesta CDC, em primeiro lugar, com a harmonização das legislações nacionais em matéria da mulher e criança, com os instrumentos jurídicos internacionais e com o processo de ratificação dos Protocolos Facultativos da Convenção de Direitos das Crianças (PFCDC) e a seguir a sua divulgação e implementação.

Na harmonização das legislações nacionais, a comissão se deparou com a existência da Lei nº1/73, de 24 de setembro de 1973, que manteve a vigência de muitas leis que se aplicavam no período colonial, algumas delas estabeleciam regras contrárias aos instrumentos internacionais.

Para a implementação do procedimento da harmonização, foram inventariados alguns instrumentos necessários para a adequação das normas internas com as normas internacionais, com destaque para a Declaração do Direito do Homem, a Convenção sobre os Direitos de Criança, a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, etc, entre os quais figuram «o Código Civil, em vigor desde 1967 (especialmente os Livros da Família e das Sucessões), o Código de Processo Civil, o Código Penal e de Processo Penal, Lei Geral do Trabalho, Estatuto da Assistência Jurisdicional de Menor, Código de Registo Civil e a Lei orgânica dos Tribunais de Sectores».

O resultado do processo de harmonização, culminou com a apresentação de algumas propostas de revisão legislativa, e aprovação de algumas leis, que de seguida veremos de forma resumida as suas conformidades com a CDC:

a) *No caso de código civil*: foi aprovado a Lei nº 5/76, de 3 de maio de 1976, que fixa a maioria em 18 anos de idade a semelhança do estabelecido na CDC, com as necessárias adaptações e torná-la exequível.

Foram também apresentadas propostas de revisão ao livro da família para evitar a discriminação entre filhos nascidos dentro e fora de casamento, impedimentos de

casamentos de menores que podia ser a partir dos 14 anos de idade, regulado pela Lei nº 4/76, de 3 de maio de 1976, abole as discriminações entre filhos legítimos e ilegítimos²⁰.

b) *No caso de código de processo civil*: reviu-se as normas relativas ao acesso a justiça nas causas em que o interesse da criança está em jogo, como a legitimidade, poder ser estendida a mais familiares, a maior atenção da opinião da criança, ainda se reforçou as normas que possibilitam a criação de secção de família e Menor nos locais onde não existem condições de criação de uma jurisdição particular. Assim, foi previsto a concessão do representante do Ministério Público, como Curador de Menor, maiores prerrogativas, em termos de demandar, arbitrar os casos de exercício do poder paternal e tutela provisória dos menores e a fixação dos seus alimentos; de salientar que este gabinete só funciona na capital do país (Bissau), deixando todo o resto do território nacional (com mais de um milhão de habitantes) sem esta assistência, que veio a facilitar a proteção das crianças nos seus mais variados efeitos.

c) *No caso de Código Penal e de Processo Penal*: Como os instrumentos internacionais, em especial a CDC, recomendam a abolição de todas as formas de abuso e de privação de Liberdade das Crianças, propôs-se a agravação dos crimes contra as crianças através do reforço das molduras penais dos crimes de violação, abuso sexual, tráfico, torturas, sequestro, entre outros.

Ainda se propôs a classificação de todos os crimes que atingem direta ou indiretamente as crianças de crimes públicos, para os quais o procedimento não depende da queixa dos seus representantes, mas sim de todas as pessoas que tenham conhecimento de certas situações de violação dos direitos das crianças²¹; de salientar ainda que, estes dois pontos do relatório apresentado a NU em 2008, não passa de um projeto no papel, já que até a data presente não houve reformas no código penal e código de processo penal com respeito as referidas propostas.

Refere o artigo 10.º do código penal que, “As pessoas singulares apenas são suscetíveis de responsabilidade penal a partir dos 16 anos de idade”. A título de exemplo, no caso de condenação de uma criança nesta faixa etária de entre os 16 a 18 anos de idade (atenuação extensível até aos vinte anos de idade) terá o privilegio de usufruir de atenuação especial nos termos do artigo 12.º do código penal. Mas, na Guiné-Bissau, a criança condenada é encaminhada para a cela de delitos comuns do estabelecimento prisional nacional e não para um centro de reabilitação, pela inexistência no território nacional destes tipos de centros destinados ao acolhimento de menor em conflito com a lei.

Por outro lado, as penas para os crimes de violação e abuso sexual, mantem-se na mesma (com uma pena não superior a 12 anos de prisão), sendo também, que nestes tipos de delitos o procedimento criminal depende da queixa, e são classificados como crimes semipúblicos (vide artigos 133.º, 134.º e 138.º do código penal guineense).

No caso das custas judiciais para a constituição de assistente nos processos crimes que envolvem os menores, este é pago nos termos da Lei 8/2010, de 4 de junho de 2010, referente as custas judiciais; a falta de tratamento e seguimento dos casos que pode afetar o crescimento físico e intelectual das crianças vitimas, constitui um dos fatores de violação de Direitos de Criança.

²⁰ Lei nº 4/76, de 3 de maio de 1976 1º Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 4 de Maio de 1976.

²¹ UNICEF. Edição. Relatório sobre aplicabilidade da CDC na Guiné-Bissau, 2008, p. 17 e 18.

d) *Em relação a Lei Geral de Trabalho*: fez-se harmonizações não só para ir ao encontro das previsões da CDC, mas sobretudo das convenções da OIT, que a Guiné-Bissau, assinou e ratificou. Elevou-se a idade mínima para que a criança possa ser empregue (aos 18 anos de idade) e as condições em que tal pode ser feita em termos da evolução física e instrução. Mesmo com estes instrumentos jurídicos, o país continua a violar estes princípios, com milhares de crianças vítimas de trabalho infantil principalmente nas lavouras, nas práticas diárias de mendicância nas ruas, nos trabalhos domésticos, entre outros. A mendicância é considerada como uma das formas de trabalho infantil mais desumana; na Guiné-Bissau as crianças talibés, são submetidas a mais de 12 horas diárias a vagar pelas ruas pedindo esmolas, com um aspeto degradante e exposto (em anexo ver fotos) a todo tipo de perigo desde o atropelamento até as ofensas corporais e psicológicas.

e) *Referente ao Código de Registo Civil*: ainda hoje, resulta difícil o acesso a registo principalmente para a população das zonas rurais do país. A centralização dos serviços de registos e notariado na capital e agora estendida a algumas cidades das regiões, continua a ser o fator primordial para a não aquisição de registo de nascimento de uma criança; razão pela qual muitas crianças e até mesmo adultos ficam sem um documento oficial que lhes acreditam como cidadãos nacionais e pessoas jurídicas.

Por esta razão, muitas crianças são transportadas para fora do território nacional com o objetivo de frequentarem os estudos corânicos, são levados sem documentos que lhes identificam como guineense, dificultando assim o controle de número exato de crianças guineenses que se encontram nos países vizinhos sob o pretexto de estarem a estudar o alcorão, mas, que na realidade são crianças submetidas a exploração de mendicância nas ruas com animo lucrativo.

f) *Lei Orgânica do Tribunal do Sector*: o tribunal de sector, é uma instituição mais perto da população e a mais concorrida também; por outro lado este diploma admite a possibilidade de os juizes dessa instância aplicarem os usos e costumes dos locais onde se encontram e acontece que muitos costumes locais são contrários, não só ao direito positivo vigente mas também como a própria CDC, por isso, foram impostas limitações (ainda que insuficientes) nas aplicações das normas costumeiras quando põem em causa os direitos fundamentais tanto da criança assim como de um adulto, tendo como exemplo a aplicação da Lei nº 5/98, de 28 de Abril de 1998, que aprova a Lei da Terra²².

O trabalho que a Guiné tem feito em relação a harmonização das Leis, será suficiente para uma implementação adequada dos compromissos assumidos com a assinatura da CDC?

No concernente a harmonização das leis nacionais em conformidade com o estipulado na CDC, eis a minha preocupação, ao deparar com a falta de progressos do Estado Guineense em vários aspetos relacionados com o cumprimento deste compromisso, principalmente na matéria legislativa começando com a insuficiência relacionado com a défice na harmonização da legislação nacional com a Convenção dos Direitos da Criança e outros padrões internacionais relacionados; isto porque, a sociedade guineense conta com muitos aspetos do direito consuetudinário que constitui o maior obstáculo à implementação da Convenção, principalmente a presença das práticas nefastas e a utilização de menores na prática de mendicância em nome da religião.

²² UNICEF. Edição. Relatório sobre aplicabilidade da CDC na Guiné-Bissau, 2008, p. 17 e 18. Lei nº 5/98, de 28 de Abril de 1998, aprova a Lei da Terra – SBO nº 17, de 28 de Abril de 1998.

Na Guiné-Bissau, são muitos os exemplos do direito consuetudinário que obstaculiza a implementação da CDC e viola os direitos da criança, tais como:

- A persistência da discriminação (aspeto este abolido por força do disposto no artigo 24.º da CRGB), mas, a sua prática é frequente em todo o território nacional;
- A persistência de assassinatos através de rituais místicos ou religiosos de albinos, de crianças com deficiências, gémeos e outras crianças acusadas da prática da feitiçaria. A prática de usos e costumes permite a violação de um dos mais importantes dos direitos fundamentais de um ser humano que é o direito a “vida”, protegido pela CRGB, com direitos, liberdade, garantias e deveres fundamentais dos cidadãos, sendo abolido a pena de morte (art.º 36.º da CRGB) para assim preservar o direito a vida de todos por mais horrendo que for o crime que tenha cometido (art.º 24 e seguintes da CRGB), contrario de todo o plasmado no título II da CRGB;
- A persistência da violência contra criança dentro do seio familiar e na sociedade, pese a sua proibição nas escolas (art.º 37.º da CRGB e os artigos 19.º, 37.º e 39.º da CDC);
- A persistência de existência de crianças privadas de convivência num ambiente familiar (art.º 26.º CRGB e os artigos 5.º, 18.º (parág. 1-2), 9.º a 11.º, 19.º a 21.º, 25.º, 27.º (parág. 4) e 39.º da CDC; nesta violação dos direitos da criança por usos e costumes, temos como exemplo as crianças «catanderas» que desde a mais tenra idade são privados de convivência no seio familiar em nome de um costume tradicional e outra flagrante violação de direito de menor na nossa sociedade é o envio para longe do seio familiar de crianças para as escolas corânicas, desde os quatro anos de idades; também, temos um aumento considerável dos números de crianças que abandonam as suas comunidades, podendo assim, estarem a mercê de exploração infantil, de estar envolvidas em mendicidade, tráfico sexual, ou a viver em condições precárias; e,
- A deficiência, e o precário sistema de saúde básica e bem-estar para a criança (art.º 6.º, 18.º (parág. 3), 23.º, 24.º, 26.º, 27.º (parág. 1-3) da CDC; esta situação reforça ainda mais o poder do usos e costumes, fazendo com que a população se interesse ainda mais nos tratamentos tradicionais do que frequentarem aos centros hospitalares do país.

Infelizmente são muitos os direitos violados em nome das práticas de usos e costumes na Guiné-Bissau, com destaque para um novo fenómeno dos chamados crianças talibés. São crianças explorados economicamente, incluindo trabalho infantil em todo o território nacional e nos países vizinhos.

Porem, podemos resumir o seguinte: apesar de todos os constrangimento em relação a défice da legislação em matéria infantil, houve alguns avanços com a criação das leis que incrimina, combate e reprime algumas práticas de usos e costume contrario aos direitos das crianças tais como a lei que incrimina a incisão feminina e a lei de prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças (lei n.º 14/2011 e a lei 12/2011, ambos de 6 de julho respetivamente) para minimizar os efeitos da violação dos direitos de menor no âmbito das práticas de usos e costumes e no cumprimento do plasmado na CDC e garantir assim todos os direitos fundamentais do menor protegidos pela Carta Magna.

Mas, isto não tira a preocupação do fato da Lei do Tráfico de menor aprovado em 2011, não esteja suficientemente implementada e sobre tudo que a lei não tenha resultado em nenhuma condenação até à data presente, pese aos enormes indícios do cometimento de fatos que consubstanciam o crime de tráfico.

Face ao exposto, o Estado guineense deve assegurar que todas as leis nacionais em vigor relacionadas com as crianças sejam consistentes e conformes com a Convenção, aceitando o direito consuetudinário apenas enquanto ele for compatível com a Convenção (art.º 29.º da CRGB e o art.º 3.º do cc).

Por outra parte, é imprescindível que o Estado guineense considere a adoção de um Código da Criança abrangente que pudesse incorporar as cláusulas da Convenção, proibir e sancionar as práticas de usos e costumes contrárias as leis e enveredar os esforços para promover ainda mais o conhecimento da pouca legislação nacional que existe referente a menor, principalmente nas comunidades que aplicam o direito consuetudinário que afeta as crianças e por ultimo adotar uma legislação específica que proíba todo tipo de discriminação contra qualquer criança.

1.2.3. Implementação da CDC na Guiné-Bissau

Para a implementação da CDC na Guiné-Bissau, foi preciso uma serie de diligências que marcou a década de 90, pela euforia nacional no que concerne a matéria dos direitos da criança. Neste sentido, por além da aprovação e ratificação de vários instrumentos internacionais sobre a matéria, ouve também, a criação de várias instituições nacionais, como a Comité Nacional de Infância (CNI), o Instituto da Mulher e Criança (IMC) e conta também com uma ampla rede das ONG's todos ligados a execução, monitorização, divulgação e aplicação das medidas previstas na Convenção, como forma de fazer face aos compromissos internacionais, assim como a divulgação massiva dos instrumentos de proteção dos direitos da criança tais como: campanhas de sensibilizações, conferências, debates, difusão radiofónicos, teatros, ateliers, seminários, entre outros e a participação nos eventos internacionais sobre a infância. Atualmente o país dispõe de uma larga rede de organizações que se dedicam a promover direitos das crianças constantes na CDC.

Os mecanismos da monitorização são compartilhados entre as entidades Estatais e as Organizações não Governamentais, tais como:

1 - No âmbito Nacional temos a CNI, IMC, AMIC, RENLUV, REJE, S.O.S talibé, Casa Emanuel, Missão Católica, entre outros; e

2 - No âmbito das Instituições Internacionais contamos com a Plan Internacional Guiné-Bissau, Intercooperação Portuguesa e algumas agências multilaterais, sendo eles a OMS, UNICEF e FNUAP.

Por outro lado, contamos com o empenho e a participação ativa das próprias crianças na luta para a implementação da CDC na Guiné-Bissau; as crianças participam de uma forma direta e ativa na aplicação de projetos das organizações não governamentais, onde recebem formação sobre o conteúdo da CDC, tornando-se assim, nas principais promotoras do conteúdo do mesmo junto dos seus familiares.

Graças ao apoio destas ONG's foram criados grupos infantis para facilitar a participação das crianças na promoção dos seus direitos nas suas comunidades através das atividades de desenvolvimento, educação e cultura. Por exemplo, o parlamento infantil nacional e regional e o Carnaval infantil (através de representação artística e cultural sobre os temas

que servem de sensibilização), são meios pelos quais as crianças expõem as suas aspirações, contribuindo para a implementação da CDC²³.

O relatório também demonstrou que o conteúdo da CDC foi amplamente divulgado, pois 86% dos inqueridos declararam ter conhecimento da existência deste instrumento contra apenas 14%²⁴ que indicaram ignorar a sua existência. Cabe salientar de que se verificou que os encarregados de educação analfabetos, os que frequentaram as escolas corânicas e os que dispõem do ensino básico complementar (ciclo) são os que mais ignoram a existência desta convenção; e quanto ao meio da apreensão da existência da convenção, a rádio constitui um dos mais privilegiados com mais de 90% tanto no meio rural como nas cidades²⁵.

Isto demonstra que a alta taxa de analfabetismo e o baixo nível do ensino, dificulta sobre maneira a chegada de informação do conteúdo da CDC para a camada que constitui o grosso da nossa população; em todo o caso, a Guiné conta com a ajuda das ONG's que atuam na área da Infância, que fizeram o possível que a publicação da convenção tivesse um resultado positivo, como demonstra o estudo feito no âmbito da aplicabilidade da convenção de direitos da criança na Guiné-Bissau e mesmo assim, constatamos ainda existir muito por fazer quanto a implementação da CDC em todo o território nacional, para assim erradicar ou minimizar as práticas nefastas violadores dos direitos da criança.

1.2.4. Os Obstáculos na implementação da CDC

Apesar da harmonização das normas internas com as normas internacionais, a aprovação e ratificação de vários instrumentos internacionais sobre a matéria e a criação de várias instituições nacionais e as ONGs, instrumentos estes que facilita a implementação do plasmado na CDC, a Guiné-Bissau, continua a apresentar muitos outros fatores que dificulta e obstaculiza a implementação na prática da CDC assim como de muitos outros instrumentos jurídicos internacionais cuja Parte faz.

- Com destaque temos as constantes dissoluções e paralisações da Assembleia Nacional Popular (ANP) impossibilitando assim o agendamento e a correspondente aprovação dos instrumentos jurídicos em conformidade com os instrumentos jurídicos internacionais ratificados pelo Estado guineense e assim poder avançar de uma forma positiva na harmonização das legislações nacionais em matéria da criança.

- Outro fator que obstaculiza a implementação da CDC, é a centralização das medidas de proteção da criança.

Contudo, o Estado guineense, através do Ministério de Solidariedade Social, Família e Luta contra a Pobreza (MSSFLP) prosseguiu a descentralização das medidas de proteção de criança, com a criação da Direção-Geral da Solidariedade Social e Família (DGSSF) e o Instituto da Mulher e Criança (IMC) mas, mesmo assim não deu abasto na promoção e implementação do conteúdo plasmado na CDC em todo o território nacional; primeiro,

²³ MANÉ, Abulai Fodé. Relatório sobre aplicabilidade da Convenção de Direitos da Criança na Guiné-Bissau, Dezembro de 2008, doc. pdf pág. 20.

²⁴ Id, abd. Pp. 20.

²⁵ MANÉ, Abulai Fodé. Relatório sobre aplicabilidade da Convenção de Direitos da Criança na Guiné-Bissau, Dezembro de 2008, doc. pdf pág. 21.

pela falta de representações dos mesmos nas regiões e zonas rurais do país, e segundo, pelas imensas dificuldades em termos de recursos humanos, mas também em termos materiais e financeiros para o desempenho das suas atividades e muitas vezes viu-se na necessidade de recorrer a financiamentos externos tais como a da Cooperação Portuguesa, a UNICEF, da Plan Internacional Guiné-Bissau, etc.

Estas debilidades financeiras e técnicas que as instituições estatais apresentam em todas as esferas no país, torna difícil a realização das suas tarefas, neste caso a realização da tarefa de promoção e implementação dos direitos da criança através da descentralização.

- As dificuldades económicas, técnicas e de recursos humanos, tornou-se na imperativa necessidade de uma colaboração com as ONG's que trabalham na área da infância, para colmatar alguns défices deixado pelo Estado, principalmente nas zonas rurais onde se regista pouca (ou nada) intervenção do Estado no domínio da criança.

- A vulnerabilidade económica cada vez maior de agregados familiares guineenses, podemos afirmar que a implementação da CDC, após estes anos da sua ratificação pelo Estado da Guiné-Bissau, não saiu da face embrionária e isto trás consigo flagrantes violações dos preceitos sobre os Direitos da Criança e com ele o flagelo de Tráfico de Criança, em proveito das fragilidades do nosso sistema judiciária, social, cultural e religioso.

1.2.5. As Causas que dificulta a implementação da CDC na Guiné-Bissau

O cumprimento na prática da divulgação e a implementação do conteúdo da CDC na Guiné-Bissau, está longe de ser uma realidade, devido as inúmeras causas que dificulta a implementação efetiva do seu conteúdo tais como:

- A constante instabilidade política – militar que o país vive desde a guerra de 07 de junho de 1998, que com frequência impossibilita o normal funcionamento da Assembleia Nacional Popular, órgão competente para a aprovação dos instrumentos jurídicos nacional.

- A falta da vontade política no concernente a fiscalização e implementação de Direitos de Criança.

- Outro fator importante é a falta de recursos económicos, este fator constitui um cancro na nossa sociedade e limita todas as ações do Estado Guineense e a isso somamos a falta de recursos humanos, principalmente no que tange a fixação de posto de trabalho nas zonas rurais do país.

- A fraca infraestruturas adequados para o funcionamento dos ensinos básicos elementar, a saúde e outras dependências governativas nas regiões do país, torna ainda mais difícil a implementação das obrigações contraídos pelo Estado da Guiné-Bissau, perante a comunidade internacional e do plasmado na Carta Magna do país referente a Direitos da Criança.

- Ademais, constata-se um enorme vazio por parte do Estado da Guiné-Bissau, com respeito a criação de instituições, equipas e células que atuam na área da infância capaz de dar cobertura em todo o território nacional em resposta a divulgação e implementação da CDC, dotando-os de capacidades humanos e recursos económicos para o cumprimento das suas tarefas.

- A falta do empenho do Estado guineense na harmonização das normas jurídicas nacionais com os instrumentos jurídicos internacionais e aprovação de novas Leis para fazer face a fenómeno que se traduz na flagrante violação de Direitos da Criança.

Todas estas causas que obstaculiza a implementação da Convenção de Direitos da Criança na Guiné-Bissau, contribuem sobre maneira a não implementação dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado guineense; isto permite a continuação sucessiva de violações de direitos de crianças no país.

Porem, de sublinhar que a implementação da CDC no país, minimizaria o elevado índice de violações de direitos de crianças principalmente as violações derivadas de usos e costumes e em especial o correspondente a práticas religiosos como é o caso das crianças talibés.

1.3. A Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança

Outro dos compromissos internacional assumido pelo Estado Guineense na esfera da criança, é a assinatura da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, subscritos a nível de um continente que conta com cinquenta e quatro nações e uma vasta diversidade de culturas, línguas, raças e tradições. Muitos das nações africano, alcançaram a sua independência a meados do século XX e rapidamente os Estados independentes se organizaram formando a “Organização da Unidade Africana” (OUA).

Em 1979, a OUA, cria a Declaração Sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança Africana, adotado em Monróvia, Libéria de 17 a 20 de julho de 1979, na sua Decima Sexta Sessão Ordinária, pela Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização, hoje denominada por “União Africana” (UA) que reconheceu a necessidade de tomar medidas adequadas para promover e proteger os direitos e o bem-estar da Criança Africana, devido a situação da maioria das crianças Africanas ter permanecido critica por diversos fatores tais como: a imaturidade física e mental duma criança, a baixa situação socioeconómica, a baixa índice de desenvolvimento do continente, a vasta diversidade cultural e tradicional dos seus povos, somando a estes fatores, os desastres naturais, os conflitos armados, a fome, a exploração laboral e o tráfico de menor.

Com a enorme necessidade que a África tinha de proteger as suas crianças, foi adotada pela Vigésima Sexta Sessão Ordinária da Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana, em Addis-Abeba, Etiópia, em julho de 1990, um instrumento jurídico denominada “Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança”, que veio a revogar a Declaração Sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança Africana, anteriormente adotado em Monróvia e que contou com a ratificação de mais de 40 países Africano.

Analisando o conteúdo da Convenção sobre os Direitos da Criança, depara-se com a omissão de certas questões considerados de grande importância para o continente negro como: crianças soldados, crianças no regime de apartheid, excisão feminina, casamento precoce e a mendicidade; mas também, o contexto de precariedade na qual vive uma criança Africana e a necessidade de proteção dos direitos da criança no continente Africano, motivou a existência de uma Carta Africana específica aos Direitos e Bem-Estar das crianças em África.

A Carta africana de Direitos e Bem-Estar de Criança, reconhece que a criança ocupa uma posição privilegiada na sociedade e para tal a mesma precisa de uma proteção especial

que protege o seu desenvolvimento de forma saudável. Assim, são enunciados na Carta um conjunto de conteúdo dos direitos da criança, tais como os Direitos civis e liberdades fundamentais:

- Direito à vida e interdição da pena de morte para as crianças (art. 5º);
- Direito ao nome, ao registo de nascimento e a uma nacionalidade (art. 6º);
- Liberdade de expressão (art. 7º);
- Liberdade de associação (art. 8º).

Por além dos direitos enunciados pela Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, este definiu e delimitou o limite da idade de um menor.

O que significa “Criança” para a Carta Africana de Direitos e Bem-Estar da Criança, a CDC e no ordenamento jurídico guineense?

No universo jurídico a definição da criança não é consensual já que o mesmo diverge essencialmente no começo da faixa etária; no direito é aceitável defender que ser criança começa ao nascer, mas também pode-se defender que o início da infância começa com a existência do feto em gestação pelos direitos a ele inerentes. Mas para o tema a abordar «*O Tráfico de Menor*», o ser criança ocorre com a existência da vida, quer dizer com o ser humano já propriamente dito.

A própria OUA, ao reconhecer que a “criança ocupa uma posição única e privilegiada na sociedade”, esta a referir a uma vida que começa ao nascer e não a um feto em gestação (também com direitos) e tendo em conta as virtudes do património cultural, histórico e os valores da civilização Africana, que inspirou e caracterizou o conceito dos direitos e bem-estar da criança.

Porem, tomaremos como referencia a definição da criança dada pela Carta Africana de Direito e Bem-Estar da Criança, na Convenção do Direito da Criança e no ordenamento jurídico da Guiné-Bissau nomeadamente o Código Civil.

Vejamos então, o estabelecido na Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, no seu artigo 2º relativo a definição da Criança, “Para os propósitos julgados importantes na presente Carta, ser uma criança significa, todo o ser humano com uma idade inferior a 18 anos de idade”²⁶.

Essa definição jurídica da criança deriva da definição dada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, que estabelece o seguinte no seu artigo 1º: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”²⁷.

Ambos instrumentos jurídicos, (a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança), define a criança como todo o ser humano

²⁶http://cdh.uem.mz/images/pdfs/Carta_Africana_dos_Direitos_e_Bem-Estar_da_Crianca.pdf

²⁷https://www.google.pt/search?q=a+conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+os+direitos+da+crian%C3%A7a&rlz=1C1GGRV_enPT759PT759&oq=a+conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+os+direitos+da+crian%C3%A7a&aqs=chrome..69i57.16008j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

menor de 18 anos de idade. Definição esta que foi dotado por muitos Estados subscritores de destes instrumentos jurídicos principalmente aos subscritores da Convenção dos Direitos de Criança de 1989, por constituir a base dos demais instrumentos internacionais sobre a matéria da infância; para tanto, só se considera criança todo aquele que não tenha atingido os 18 anos de idade, podendo no caso de uma responsabilidade civil ter em conta o último minuto anterior a do parto registado oficialmente ou caso for usar a teoria de dezoito menos um (18-1), exceto em alguns casos onde a criança adquire a maioridade atempadamente através de algumas conceções plasmadas nos ordenamentos jurídico de cada Estado.

Na Guiné-Bissau, até o ano de 1976, a maioridade só era alcançada aos vinte e um anos de idade conforme rezava o artigo 122.º do código civil, estabelecendo textualmente o seguinte: “São menores as pessoas de um e outro sexo enquanto não perfizerem vinte e um anos de idade”.

Em virtude da entrada em vigor da Lei nº 5/76, de 3 de Maio de 1976, publicada no 1.º Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 4 de Maio de 1976, veio a revogar o estabelecido no artigo 122.º do código civil, (“São menores as pessoas de um e outro sexo enquanto não perfizerem vinte e um anos de idade”), estabelecendo o seguinte no seu *artigo 1.º* “*Atinge a maioridade, adquirindo plena capacidade de exercício de direitos e ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor de seus bens, todo o individuo de um e outro sexo que perfizer dezoito anos de idade*”.

Assim, o artigo 122.º do código civil passa a ter a seguinte formulação: “São menores as pessoas de um e outro sexo enquanto não perfizerem dezoito anos de idade”²⁸.

Esta definição é dada a todo ser humano inferior a 18 anos de idade, para assim poder delimitar o começo e o fim de protecionismo dos direitos de um individuo que por natureza vê a sua capacidade mental e psíquico inferior à de um adulto, precisando de uma protecção jurídica e judiciaria especial para o seu bem-estar e desenvolvimento na sociedade.

Mas para o efeito do presente trabalho, falar-se-á do regime da criança, suas limitações para o exercício de certas tarefas indignas para o bom desenvolvimento psíquico e físico de um menor e a necessidade de sua protecção contra a exploração.

1.3.1. As Obrigações do Estado Parte

A par da CDC, a Carta Africana de Direitos e Bem-Estar da Criança, é um instrumento vinculativo para todos os Estados Membros com as obrigações estabelecidos nos termos do artigo 1º do presente instrumento jurídico, que determina o seguinte: nº 1. “Os Estados Membros da Organização da Unidade Africana que constituem parte da presente carta reconhecerão os direitos, liberdade e deveres guardados em relicário nesta Carta e devem realizar ações que estejam ao seu alcance para que passos necessários sejam dados, de acordo com os seus Processos Constitucionais e com a provisão da presente Carta por

²⁸ Código Civil guineense: Em virtude da entrada em vigor da Lei nº 5/76, de 3 de Maio de 1976, publicada no 1º Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 4 de Maio de 1976, a maioridade passou a ser atingida por quem perfizer dezoito anos de idade (cf. artigo 1º), considerando-se revogadas, nos termos do artigo 3º desse mesmo diploma, todas as disposições que o contrariem. Neste caso, fica revogada a parte do artigo 122º do Código Civil que contradiz a Lei nº 5/76, pelo que este preceito deve ter na Guiné-Bissau a seguinte formulação: “São menores as pessoas de um e outro sexo enquanto não perfizerem dezoito anos de idade”.

forma a adotar tal legislação ou outras medidas que possam ser necessárias para tomar a provisão desta Carta efetiva”²⁹.

Por conseguinte os Estados Membros estão na obrigatoriedade de reconhecer os direitos, liberdades e deveres plasmados nesta Carta, e envergando ações que torna efetiva o conteúdo do mesmo, para assim poder cumprir cabalmente com a sua obrigação que é estabelecer mecanismos propícios para a implementação destes direitos (como por exemplo a elaboração e aprovação das leis em matéria do menor para prevenir, combater e sancionar todo tipo de violação dos direitos da criança plasmada nos instrumentos jurídicos internacionais.

O povo africano, devido a sua peculiar forma de “ser e estar”, muitas vezes, vemos o direito costumeiro em conflito direto com as leis ordenarias do Estado. Onde o costume, tradição, cultura e práticas religiosas, sobrepõe as leis, violando sobremaneira os direitos fundamentais estabelecidos na nossa carta magna, inclusive o direito a vida, o direito a inviolabilidade da integridade física de uma pessoa, o direito a não submissão de ninguém a trabalho forçado, entre outros; tendo como exemplo verídico de uma destas violações na nossa sociedade, à da utilização de crianças talibés no trabalho forçado em nome da religião.

Mesmo com a subscrição dos países membros a este e demais instrumentos jurídicos portadores de proteção dos direitos do homem, o continente negro devido a seu multiculturalismo continua a praticar rituais abomináveis e desumana para a raça humana e principalmente em relação as crianças que constituem a classe mais vulnerável da sociedade, tudo isso em nome de costume, tradição, cultura ou pratica religiosa.

Eis a importância do estabelecido no artigo 1.º n.º 3 da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, que incentiva os Estados partes a desencorajar estas praticas que vão contra os interesses superior do menor; sito: (art.º 1 n.º 3) “Qualquer costume, tradição, cultura ou pratica religiosa que se mostre inconsistente em relação aos direitos, deveres e obrigações contidas na presente Carta, devem de acordo com a tal inconsistência, serem desencorajadas”³⁰.

Assim, estabelece o código civil nos termos do artigo 3.º n.º 1 o seguinte, “Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine”; e o n.º 2 estabelece ainda que “As normas corporativas prevalecem sobre os usos”. Podendo assim ver que este preceito delimita a fronteira entre os atos derivados de usos e costumes violadores dos direitos de menor e as normas jurídicas protetores destes direitos.

Em África, é de suma importância que tais práticas devem ser desencorajadas com a elaboração dos instrumentos jurídico nacionais que regula as obrigações do Estado, elencar os direitos a serem protegidos e combater e punir todo tipo de tradição, cultura, costume ou prática religiosa nocivo para o desenvolvimento cabal de uma criança.

Na Guiné-Bissau, um dos maiores exemplos de desencorajamento e eliminação de uma prática religiosa é a aprovação da lei n.º 14/2011, a lei que visa prevenir, combater e reprimir a excisão feminina em todo o território Nacional. A aplicação correta deste

²⁹ http://cdh.uem.mz/images/pdfs/Carta_Africana_dos_Direitos_e_Bem-Estar_da_Crianca.pdf

³⁰ Idem.

instrumento jurídico, causou de uma forma positiva, um impacto na sociedade guineense para a extinção da prática de excisão feminina no país;

O artigo 1.º n.º 3, da Carta Africana de Direitos e Bem-Estar da Criança, exorta aos Estados Membros a desencorajar as práticas de qualquer costume, tradição, cultura ou prática religiosa, que se mostre inconsistente em relação aos direitos, deveres e obrigações contidas na presente Carta, mas para tal não basta só, aprovações das leis, si estas não serão aplicadas de forma efetiva e correta como aconteceu com a entrada em vigor da Lei n.º 12/2011, de 6 de Julho de 2011, que visa prevenir e combater o tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau, pese os indícios de cometimento deste ilícito no território nacional, ainda não ouve a aplicação efetiva deste instrumento de forma a por fim ou um freio a flagelo do tráfico de pessoas, principalmente o tráfico de criança.

1.4. A Convenção das Nações Unidas sobre a Criminalidade Organizada e Transnacional – Convenção de Palermo / Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição de Tráfico de Pessoas em especial de Mulheres e Crianças – «Protocolo de Palermo 2000»

1.4.1. Convenção de Palermo

Dada a gravidade e a rápida expansão do flagelo de tráfico de seres humanos, levou as Nações Unidas na elaboração de um documento cujo objetivo é lutar contra a proliferação deste mal.

De aí o surgimento deste importantíssimo instrumento jurídico internacional conhecido como “*Protocolo Adicional a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças*” ou simplesmente o «*Protocolo de Palermo*».

Este documento de importância internacional para a luta contra o tráfico de seres humanos e em especial na luta contra o tráfico de crianças nos dias de hoje, teve e tem uma grande aceitação por parte dos Países Partes das NU, que acolheram este instrumento jurídico como suporte na elaboração dos seus instrumentos jurídicos internos para a prevenção e combate deste crime considerado hediondo para a sociedade.

O Estado da Guiné-Bissau assinou este instrumento jurídico internacional em 14 de dezembro de 2000 e o ratificou em 10 de setembro de 2007, assim como é assinado e ratificado por maioria dos países Partes das NU, entre os quais:

- . Portugal, que assinou em 12 de dezembro de 2000 e ratificou em 10 de maio de 2004;
- . Senegal, assinou em 13 de dezembro de 2000 e ratificou em 27 de outubro de 2003;
- . Brasil assinou a Convenção e seu Protocolo em 12 de dezembro de 2000 e ratificou em 29 de janeiro de 2004; e,
- . México assinou o mesmo documento em 13 de dezembro de 2000 e ratificou em 4 de março de 2003, para citar alguns dos países Partes da Convenção, para citar alguns.

Este importante instrumento jurídico internacional de luta contra o crime organizado transnacional, entrou em vigor no dia 25 de dezembro de 2003, e hoje conta com mais de 120 países parte e constitui fonte de inspiração dos Estados Parte na luta contra este flagelo que mexe com o mais sagrado dos direitos fundamentais de uma pessoa, a dignidade da pessoa humana.

1.4.1.1. Aspetos Gerais sobre a Elaboração da Convenção e o Protocolo Adicional

A criminalidade ganha hoje em dia novos contornos que ultrapassam as barreiras culturais, sociais, linguísticas e geográficas entre os Estados, tornando-se uma preocupação cada vez mais de todos para a proteção de bens jurídicos essenciais à própria existência das Nações, nomeadamente a paz e a segurança das pessoas.

Este fenómeno, em comparação a tradicional forma de tráfico nos primórdios da era de escravidão ou da trata de mulheres branca, que vincula diretamente o tráfico com a mão de obra dos negros escravos para o suporte económico das potências europeias nas suas colónias e mais tarde a vinculação direta de tráfico com a exploração da prostituição, atualmente conta com um conteúdo muito mais amplo que engloba diversas formas de captação de seres humanos, adultos ou crianças de ambos os sexos com finalidade de exploração.

E isso fez ver que com que as convenções já existentes nesta matéria não abrangiam as múltiplas e insidiosas facetas que o problema vinha assumindo, dando lugar a que a Assembleia Geral das Nações Unidas, no seguimento da Cimeira de Nápoles de 1994 e o IX Congresso de Cairo de 1995 sobre prevenção do crime e tratamento do delincente, houve por bem, através da Resolução 53/111, de 9 de Dezembro de 1998, formar um “Comité ad hoc” para a elaboração de uma Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional e com o encargo de preparar também o Protocolo que visa Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças.

No decorrer do trabalho, o Comité encontrou pelo caminho muitos encontros e desencontros, para a elaboração de um mecanismo legal que engloba uma estratégia de combate a criminalidade organizada transnacional, no que tange ao tráfico de pessoas, de forma a vincularem todos os Estados Membros da ONU, quanto a concreta definição de conceitos, princípios e normas que pudessem ser universalmente aceites. Mas vencendo todas as barreiras, o Comité elaborou ambos instrumentos a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional e o Protocolo que visa Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças.

Assim, durante a Conferência Política das Nações Unidas em Dezembro de 2000, em Palermo – Itália, foi firmada por 121 países, a Convenção Internacional contra a Criminalidade Organizada Transnacional e oitenta destes países firmaram o seu 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, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução n.º 55/25, de 15 de Novembro de 2000³¹.

³¹ FREIRE, Ivna Cristina de Melo; Tese sobre “A proteção e o combate ao tráfico de crianças analisando no âmbito do protocolo de palermo. Pp. 16.

Com isto, em 2000, a ONU assumiu um compromisso conjunto de combate ao crime organizado transnacional através da adoção da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (doravante denominado por Convenção de Palermo) e subsequentes Protocolos Adicionais relativos ao Tráfico de Pessoas, em especial as Mulheres e Crianças, ao Tráfico de Migrantes, entre outros.

Estes instrumentos jurídicos que visa prevenir, punir e reprimir o crime organizado transnacional no que tange o tráfico de pessoas e em especial de mulheres e crianças, teve uma aceitação por parte dos Estados Membros pelo consenso do denominador comum que reflete nos textos finais.

O Protocolo é um documento adicional a Convenção e as suas aplicações dependem de um e de outro, por estarem interligados, tanto assim que um Estado Parte ou uma organização regional de integração económica, só pode ser parte no Protocolo, si é parte na Convenção, por força do artigo 37.º n.º 2 da Convenção Internacional contra a Criminalidade Organizada Transnacional; determina este preceito que: “Para se tornar Parte num protocolo, um Estado ou uma organização regional de integração económica deverá igualmente ser Parte na presente Convenção”. Pelo que se pode dizer que o Protocolo completa a Convenção, cuja interpretação deve ser conjunto e as disposições da Convenção serem aplicados de forma “mutatis mutandis” nos termos do artigo 1.º da Convenção³², isto porque podem ocorrer mudanças de interpretação ou aplicação, somente se necessárias correspondentes a cada caso.

A Convenção conta com a UNODC como guardião e a dos seus respetivos Protocolos.

Este instrumento foi elaborado para enfrentar o tráfico de pessoas a luz do direito penal, mas também, oferece total ênfase aos direitos fundamentais, sob perspectiva de direitos internacional dos direitos humanos. Estes direitos humanos³³, é conjunto de regras jurídicas internacionais qualquer que seja a fonte de onde emanam, que reconhecem sem discriminação, aos indivíduos, direitos e faculdades que asseguram a liberdade e a dignidade da pessoa humana e que beneficiam de garantias institucionais. Essa multiplicidade de fontes e de órgãos não deve, todavia, fazer esquecer que todos convergem num ponto: o reconhecimento a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer espécie dos direitos inerentes a dignidade humana.

Assim, o documento prevê que na luta contra o tráfico de pessoas, faz-se necessário por parte dos Estados, uma proteção das vítimas desse delito, de seus direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos.

1.4.1.2. Objetivo da Convenção e o Protocolo Adicional

³² Artigo 1.º: 1. “O presente Protocolo completa a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional. O mesmo será interpretado em conjunto com a Convenção.

2. As disposições da Convenção aplicar-se-ão mutatis mutandis ao presente Protocolo, salvo se no mesmo se dispuser o contrário.

3. As infracções estabelecidas em conformidade com a artigo 5 do presente Protocolo serão consideradas como infracções estabelecidas em conformidade com a Convenção”.

³³ MARTINS, Ana Maria Guerra, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Coimbra, Portugal, Editora Almedina, abril de 2006, pág. 82 e segts.

Pode-se afirmar que depois de o Comité ter deparado com vários obstáculos pelo caminho na elaboração da Convenção e seu Protocolo Adicional, logrou os seus propósitos que é a elaboração de um documento jurídico que engloba um conjunto de requisitos que reuniria o consenso entre os países membros da ONU.

De facto o Comité, conseguiu criar os mecanismos legais adequados para suportar a operacionalização de estratégia global de combate à criminalidade organizada transnacional de tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, cujo objetivo principal é prevenir, combater e punir o tráfico de pessoas, prestando uma especial atenção as mulheres e crianças; proteger e ajudar as vítimas do tráfico, assegurando os seus direitos humanos e por outro lado punir os traficantes com penas de prisão e ainda promover a cooperação entre Estados Partes, conforme o artigo 2.º do Protocolo³⁴.

A promoção de cooperação entre Estados Partes, facilita o combate a crime organizado em todas as modalidades dos ilícitos cometidos, tanto no tráfico de pessoas como o crime de branqueamento de capitais, tráfico de estupefaciente, tráfico de órgãos, tráfico de armas, entre outros. Para que haja uma devida supressão dos crimes que ultrapassam as fronteiras, faz-se necessária a cooperação internacional, com o devido auxílio entre os Estados.

Um dos objetivos primordiais do Protocolo, é a colaboração na luta contra o crime de tráfico de pessoas. Tal como estatui o artigo 10.º do protocolo, o intercambio de informações entre as autoridades competentes, no compartilhamento de dados sobre os traficantes, os documentos de viagem e as rotas, constitui uma das colaborações que integra a operação simultânea entre os Estados.

1.4.1.3. A Criminalidade Organizada e o seu Caracter Transnacional

A Convenção fala de crime organizado porque é um tipo de crime que é praticado por um grupo criminoso organizado, ou seja, por um grupo estruturado de três ou mais pessoas que existe há algum tempo e que atua concertadamente a fim de cometer uma ou mais infrações penais puníveis com pena de prisão no mínimo de 4 anos para obter, direta ou indiretamente um benefício económico ou outro benefício material.

Por outro lado, a Convenção de Palermo possui o carácter transnacional devido:

- Ao facto de se considerar que estes crimes são aqueles que foram cometidos em mais de um Estado;
- Ou praticados apenas num Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- Mas também, os que foram cometidos apenas num só Estado, por grupos criminosos organizados que operam em mais de um Estado; ou
- Cometidos apenas num só Estado, mas que produza efeitos substanciais noutra Estado, tal como reza o artigo 3.º n.º 2 da Convenção.

³⁴ Artigo 2.º: “Os objetivos do presente Protocolo são os seguintes: a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e as crianças; b) Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e c) Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos”.

Os crimes cometidos no âmbito da criminalidade transnacional, são identificados como:

- Crimes cuja participação num grupo criminoso organizado;
- Lavagem do produto do crime;
- Corrupção;
- Obstrução à justiça;
- Infrações graves puníveis com pena de privação da liberdade cujo limite máximo é superior a 4 anos ou com pena superior.

A Convenção de Palermo além de criminalizar as condutas acima referidas no próprio texto da Convenção, abre a possibilidade de se identificarem outras condutas cujas gravidades se possam considerar como crimes transnacionais. Nisto, os protocolos adicionais à Convenção vêm criminalizar:

- O tráfico de pessoas;
- O tráfico de migrantes e alguns atos que o visam possibilitar, tais como a elaboração, obtenção, fornecimento ou posse de documentos de viagem de forma fraudulenta, bem como a viabilização da permanência de quem não preencha os requisitos necessários num Estado de que não seja nacional;
- O fabrico e tráfico ilícito de armas de fogo, suas partes, componentes e munições e os atos de falsificar, apagar, retirar ou alterar ilegalmente as marcas apostas nas armas de fogo;
- A tentativa, a participação como cúmplice, a organização da prática de uma das referidas infrações penais ou a orientação de outros para que a pratiquem.

Além destas infrações penais, a criminalidade transnacional expressa-se cada vez mais noutros tipos de crimes, entre eles, os crimes cibernéticos (ou cibercrime), os crimes de identidade pessoal, o tráfico de património cultural, os crimes ambientais, a pirataria, o tráfico de órgãos e a fraude de medicamentos.

Para que haja crime transnacional não basta o crime ser preparado, cometido e produzir efeitos no mesmo estado, tem que haver sempre um outro estado envolvido, seja na preparação, no envolvimento ou que haja produzido os seus efeitos para que o crime seja considerado transnacional.

Porem, o crime de tráfico de pessoas que envolve as crianças talibés também pode se manifestar de forma transnacional, já que a prática deste ilícito se divide em dois fases, a de “preparação ou recrutamento” e a de “concretização do tráfico propriamente dito”.

Na fase da preparação ou recrutamento, o que conta é o método a ser utilizado para a obtenção dos resultados pretendidos que é ter a criança sob sua tutela; daí é que entra o método «engano» para a obtenção do consentimento de quem de direito, que lhe entregue a criança para os seus cuidados e assim poder transporta-lo quase sempre para fora do território nacional, longe do alcance dos olhares familiares e conseqüentemente do Estado. Deste modo o traficante fica amplamente livre para por em prática os seus objetivos.

Na fase da concretização do tráfico propriamente dito, o ilícito do tráfico culmina com a implementação dos seus objetivos, pondo em prática o verdadeiro ato que motivou o

recrutamento, que é a prática de mendicância nas ruas que gere a obtenção extraordinárias de dividendos para o agente (mestre), assim como a aplicação de mão de obra barata nos campos de cultivos.

Mas também, o tráfico de crianças é considerado uma forma de exploração em todas as suas vertentes (desde a exploração sexual, a escravidão, trabalhos forçados, a mendicância, entre outros) de todo indivíduo menor de 18 anos de idade. Este tipo de prática não requer o uso de dolo ou coação para que tenha lugar o crime de tráfico de criança, pelo simples fato que caracteriza uma criança, tal como a imaturidade, a presunção da sua incapacidade no âmbito da limitação de idade determinada pela CDC e adotado por muitos Estados Parte da ONU como Portugal, Guiné-Bissau, Senegal, etc.

Por outro lado, as variadas formas de tráficos, caracterizam-se pelos constrangimentos da deslocação e de intimidação no caso das crianças, que se deparam com uma espécie de prisão cujo retorno se torna praticamente impossível.

Por tanto, Criança, requer por parte do Estado, dos pais, familiares e de toda a sociedade cuidados especiais que lhe garante um crescimento saudável como pessoa humana.

Para tal, é necessário e imprescindível a aplicação na prática e de uma forma eficaz de todos os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais referentes a proteção e defesa dos direitos fundamentais da criança, com intuito de erradicar ou minimizar o elevado índice de violações de direitos de crianças, a prática de crime organizado e sobre tudo para lutar contra o crime de tráfico de menor. Tendo a lei 12/2011, de 6 de julho, como o maior instrumento da luta contra o tráfico de menor na Guiné-Bissau.

1.5. Definição do Tráfico de Criança dada pelo Protocolo de Palermo

Não podemos falar de um conceito de tráfico de pessoas, sem mencionar a definição do tráfico de escravo (como era chamado na altura) a quando do Tratado de Paris celebrado entre Inglaterra e França para a abolição da escravatura em 1814.

O Tráfico de Escravo: “compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de um indivíduo para vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão por venda ou câmbio de um escravo, adquirido para vendê-lo ou trocá-lo, e em geral todo ato de comércio ou de transporte de escravos”.

Com o passar do tempo, a modalidade de tráfico deixou de cingir tão somente no concernente ao comércio de escravos, dando lugar a variadíssimas formas de tráfico incluindo o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, despertando assim a preocupação da comunidade internacional face a este novo flagelo.

Deste modo, resultou a aprovação do Protocolo Adicional a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, que tentou obter num só documento uma forma clara e abarcador possível de todos os elementos constitutivos de crime de tráfico de pessoas e que de uma forma ou outra a maioria dos países membros da ONU se consiga rever-se dentro do conceito de tráfico para o melhor combate do mesmo.

Neste âmbito, o referido Protocolo veio a definir o Tráfico de pessoas, em especial Mulheres e Crianças, no seu artigo 3.^{o35}, que serviu de base para os países membros na elaboração de um conceito mais amplo de tráfico de seres humanos.

Porem, seguem esta definição muitos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais como por exemplo, no âmbito de direito europeu, a Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002 relativo a luta contra o tráfico de seres humanos no seu art.º 1.^{o36} contem uma definição ampla de tráfico de pessoas, e no artigo 4.º da Convenção de Varsóvia de 2005 sobre combate ao tráfico de seres humanos³⁷, que se limitou a transcrever a definição já constante da Decisão-Quadro do Conselho de 2002. Para estes dois importantíssimos

³⁵ «Protocolo de Palermo» Artigo 3.º. Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares a escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O Consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente artigo;

d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>

³⁶ Artigo 1.º: 1. Cada Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para garantir que os seguintes atos sejam puníveis: o recrutamento, o transporte, a transferência, a guarda e o subsequente acolhimento de uma pessoa, incluindo a troca ou a transferência do controlo sobre ela exercido, sempre que: a) Seja utilizada coação, força ou ameaças, incluindo rapto; ou b) Seja utilizada manipulação ou fraude; ou c) Haja abuso de autoridade ou de uma posição de vulnerabilidade de tal ordem que essa pessoa não tenha outra alternativa real ou aceitável senão submeter-se a esse abuso; ou d) Sejam efetuados pagamentos ou recebidos benefícios para alcançar o consentimento de uma pessoa que tenha controlo sobre outra pessoa, para efeitos da exploração do trabalho ou dos serviços dessa pessoa, incluindo, pelo menos, trabalhos ou serviços forçados ou obrigatórios, escravatura ou práticas semelhantes à escravatura, ou para efeitos da exploração da prostituição de outrem, ou de outras formas de exploração sexual, incluindo a pornografia. 2. O consentimento de uma vítima de tráfico de seres humanos na sua exploração, potencial ou efetiva, é irrelevante quando tiverem sido utilizados quaisquer dos meios indicados no n.º 1. 3. Sempre que o comportamento a que se refere o n.º 1 incidir sobre crianças, deve ser considerado uma infração de tráfico punível, ainda que não tenha sido utilizado nenhum dos meios a que se refere o n.º 1. http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-629-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2002.629_JAI_Trafico_de_serres_humanos.pdf?nocache=1199978622.33 Consultado no dia 22 de Agosto de 2017.

³⁷ <https://rm.coe.int/168008371d> Consultado no dia 22 de Agosto de 2017.

“Trafficking in human beings” shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability...” “The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered “trafficking in human beings” even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article”.

instrumentos internacionais de luta contra o tráfico de pessoas, fundamentalmente para a Europa, a sua essência não se divergiu com o já explanado no Protocolo de Palermo, podendo mesmo afirmar que ambos instrumentos seguiram esta base do conceito de tráfico de pessoas constantes no Protocolo de Palermo, permitindo assim um melhor e mais amplo enquadramento do crime de tráfico de pessoas nos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados Partes.

Nos âmbitos nacionais muitos são os países cuja definição do tráfico de pessoas vai em conformidade ou mais além da ampla definição brindada pelo Protocolo de Palermo, que serviu como base de inspiração dos Estados Partes, para a construção de um conceito mais abrangente e que permita a inclusão de novas formas de tráfico de pessoas e sua tipificação. Temos como exemplo Portugal, México, Brasil, Senegal, entre muitos outros Estados Parte do Protocolo de Palermo.

Esta definição dada pelo protocolo, constante nos termos do seu artigo 3.º, se divide em duas partes: a primeira parte da definição do tráfico de pessoas, é referente a tráfico de pessoa adulto onde é considerado vítima de tráfico, aqueles que são recrutados, transportados, através de meios abusivos de controle como a ameaça, o uso da força, ou outras formas de coação e por fim a exploração por meio de prostituição, outras formas de exploração sexual, trabalho forçado, serviços, escravidão, servidão ou remoção de órgãos, conforme o disposto na alínea a) do artigo 3.º do Protocolo de Palermo.

E, a segunda parte fez referência a tráfico de pessoa menor de dezoito anos de idade; quanto a isto os elementos como violência, coerção ou fraude, são irrelevantes para instituir o crime de tráfico de menor, porque aqui, o crime se institui bastando que a pessoa seja menor de idade e movimentado para fins de exploração, conforme a alínea c) do protocolo.

Nesta definição fica evidente, a ênfase dada ao tráfico de criança, em função da vasta proteção que se encontra no seu texto. Não foi atoa que esta definição fora aceite internacionalmente; podemos constatar que este conceito do tráfico de seres humanos, engloba inúmeras formas criminosas como o trabalho forçado de crianças, a exploração sexual de menores, a adoção ilegal, a servidão, a escravidão, entre outras.

Neste ilícito, temos de ter em conta, que independentemente da finalidade de exploração, o tráfico é um fenómeno abrangente e que muito antecede a esses elementos opressores.

Por tanto, segundo a definição dada pelo protocolo, vemos que a definição do tráfico de criança difere do significado do tráfico de pessoa adulto, já que o protocolo define o tráfico de crianças como: “o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração”, serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente artigo.

Uma definição abrangente e complexa de proteção a criança e todas as pessoas em geral, que reúne vários elementos diferenciados, como o transporte, receção e a colocação num contexto de exploração, visto como uma garantia de um amparo integral de direitos humanos para as crianças, mas, apesar de todos estes mecanismos, infelizmente não radicou o tráfico de crianças cujas medidas complementares se tornam necessárias na luta contra este flagelo.

No tráfico de seres humanos, podemos retirar três elementos basilares, compostos pela “conduta, meios e objetivos”.

- A *conduta*, consiste no recrutamento, traslado, na acolhida ou na recetação de pessoas;

- *Os meios*, são todos os artifícios utilizados pelos agentes do tráfico para o aliciamento que consiste na ameaça, uso da força, rapto, fraude, engano, abuso de poder, etc.; e

- *Os objetivos*, que correspondem a exploração da pessoa traficada.

O crime de tráfico engloba sempre a prática de coerção, fraude, engano, etc., que obriga as vítimas a aceitarem o tráfico, mas no caso das crianças essa aceitação é irrelevante já que todos os seres humanos considerados menores de idade conforme a CDC, não possuem a capacidade suficiente para fornecer anuência válida, fazendo com que o delito de tráfico se configura. Por além disso, o texto do protocolo exclui a necessidade de haver os meios de violências, engano, ou coação para o menor ser considerado vítima de tráfico de criança e mesmo o consentimento parental é considerado irrelevante na defesa de uma acusação de tráfico de criança.

O tráfico de criança, pelas consequências que este ilícito ocasiona, é considerado uma das piores formas de trabalho infantil, tal como é enfatizado pela OIT.

O trabalho forçado, serviços forçados e escravatura ou práticas similares à escravidão, foram definidos pelo artigo 2.º, n.º 1, da Convenção n.º 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório e no artigo 1.º, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas sobre Escravidão³⁸, respetivamente. Referente a servidão ou remoção de órgãos, estes não apresentam uma definição concreta reconhecidos internacionalmente, com a exceção do artigo 1.º da convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravidão, define as instituições e práticas análogas a escravidão, que podem ser consideradas como formas de servidão; enquanto que a Exploração da vítima, é fundamental na definição do tráfico, apesar de o protocolo não o ter dado uma definição específica.

Para muitos, o tráfico de seres humanos, é considerado como o deslocamento de uma pessoa, de um país de origem para um país de destino, o que caracteriza as infrações de natureza transnacional, e que envolvam grupos de criminosos organizados. Esta conceitualização ocorre porque o protocolo é anexo a convenção das NU contra o crime organizado transnacional; mas, no entanto, deve se considerar ainda como tráfico, as infrações que ocorram internamente, caracterizadas pela movimentação e exploração em uma única região ou país e praticados pelos criminosos que não pertencem a redes organizadas.

Temos como exemplo o tráfico de crianças talibés que como já vimos, a concretização deste crime não precisa da intervenção de grupos criminosos organizados e nem que as

³⁸ O artigo 2º, n.º 1, da Convenção sobre o Trabalho Forçado, de 1930, da OIT, estabelece que: Em consequência da presente Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designa todo trabalho ou serviço exigido a um indivíduo, sob a ameaça de uma pena qualquer, e para o qual esse indivíduo não se oferece voluntariamente. Disponível em:

http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/Legislacao_sobre_escravatura/Trabalho%20For%C3%A7ado%20e%20Pr%C3%A1ticas%20Similares%20-%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2029%20-%201930.pdf

Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas sobre a escravidão, assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926, estabelece o seguinte: Para os fins da Presente Convenção, fica entendido que, “A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade”. Disponível em:

http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_escravatura_genebra_1926.pdf

vítimas sejam deslocadas de um país para um outro país de destino, bastando com que as infrações tenham ocorrido internamente e praticada por um só agente do crime que não pertença a nenhum grupo criminoso.

Daí, a importância do estabelecido nos termos do art.º 34.º n.º 2, da Convenção das NU contra o Crime Organizado Transnacional: “As leis internas devem compreender tanto o tráfico transnacional, como o tráfico interno. Ainda que o crime de tráfico não esteja determinado no texto, este deve ser aplicado também ao referente delito. Por isso é que o protocolo foi elaborado dentro do alcance de todos os Estados Partes para poderem cumprir na medida das suas possibilidades com os requisitos elencados no protocolo, com o intuito de uma maior aprovação por parte das nações.

Por outro lado, os Estados Partes, são instados a tipificar em suas legislações internas o crime de tráfico de pessoas, em conformidade com o estipulado no artigo 3.º do protocolo, e ainda considerar a tentativa, participação, cumplicidade e instigação para a prática do crime.

Assim sendo, o art.º 5.º do referido instrumento, estabelece que todas as nações que firmaram a convenção e o protocolo, devem criar medidas destinadas a combate do tráfico de seres humanos e sobre tudo o Estado deve assegurar que a vítima do tráfico não seja punida como traficante.

A segunda seção do protocolo é dedicada exclusivamente a proteção das vítimas. A lei 12/2011, de 6 de julho, acolhe este estipulado pelo protocolo nos artigos 20.º e seguintes da presente lei. Sendo que o protocolo será sempre empregado em benefício das vítimas, como os outros instrumentos internacionais do qual o Estado é Parte.

Assim sendo, os diversos instrumentos internacionais referentes a proteção do direito da criança jogam um papel preponderante na luta contra todo tipo de violações de direitos fundamentais dos menores e principalmente na luta contra o tráfico de criança.

1.5.1. Aspetos Conceituais de tráfico de crianças segundo o Protocolo de Palermo no ordenamento jurídico Português, Brasileiro, Mexicano, Senegalês e na Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei de prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças na Guiné-Bissau

O Protocolo Adicional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, que acompanha a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, assinada em Palermo³⁹, expressa claramente uma definição do tráfico de pessoas, que é aceite internacionalmente.

Nos âmbitos nacionais citaremos os seguintes países Portugal, Brasil, México e Senegal como referência de portadores de uma definição mais abrangente do tráfico de seres humanos e posteriormente veremos o conceito de tráfico de pessoas dada pela lei 12/2011, de 6 de julho.

a) Portugal

³⁹ Conceito do protocolo disponível: http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/protocolotraficopt.pdf «consultado no mês de Novembro de 2016».

Das referidas definições do tráfico de pessoas, o que mais me chamou a atenção é a definição constante nos termos do artigo 160.º do código penal português. Tal como o Dr. Vaz Patto, também acho de que a revisão de código penal português de 2007, traz consigo uma assinalável inovação no que ao crime de tráfico de pessoas diz respeito⁴⁰; isso porque, antes da revisão, o código penal português tipificava o crime de tráfico de pessoas como aquele que só se destina a exploração da prostituição e de atos sexuais de relevo, a semelhança da maioria dos Estados Parte nesta Convenção e nos próprios instrumentos internacionais que consideravam o tráfico de pessoas, matéria exclusiva de exploração sexual para fim comercial, tendo-o incluído no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (artigo 169.º do cp).

Mas, com a revisão do código penal em 2007, o crime de tráfico de pessoas passou a abranger não só o tráfico destinado a exploração sexual, mas também a exploração laboral e a extração de órgãos, e passa a estar integrado no capítulo relativos aos crimes contra a liberdade pessoal.

Hora bem, o que mais mereceu a minha atenção nesta notável inovação do concernente a crime de tráfico de pessoas no código penal português, depois da revisão de 2007, é a inclusão de outras formas de tráfico de pessoas dentro da legislação portuguesa através da lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto de 2013, que alargou o âmbito da incriminação do tráfico de pessoas para qualquer tipo de exploração, com a introdução da exploração sexual, a exploração do trabalho, a *mendicidade*, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas.

Porem, o artigo 160.º do código penal português, considera o tráfico de pessoas:

1. Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos, ou a exploração de outras atividades criminosas:

- a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;
- b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;
- c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;
- d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou
- e) Mediante a obtenção de consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima; é punido com pena de prisão de três a dez anos.

No caso de tráfico de criança, o código penal nos termos do artigo 160.º n.º 2, determina que a mesma pena é aplicada a quem por qualquer meio recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos, a adoção ou a exploração de outras atividades criminosas.

O mesmo preceito alínea 3, veio a agravar a pena de prisão de três a dez anos para uma pena de três a doze anos. No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar

⁴⁰ PATTO, Pedro Maria Goudinho Vaz. O crime de tráfico de pessoas no código penal revisto, análise de algumas questões. In Revista do CEJ, jornada sobre a revisão do código penal, n.º 8, ano: 2008, pág. 179.

qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa.

E sendo a agravação da pena para este ilícito constantes nos termos do artigo 160.º n.º 4 do código penal⁴¹, vem em conformidade com o estatuído nos termos do considerando 12 da Diretiva n.º 2011/36/EU do Parlamento Europeu. Por outro lado, o n.º 8 do artigo 160.º do código penal, estabelece que «o consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude do facto», estatuidando assim a irrelevância do consentimento dado pela vítima.

Segundo o estatuído neste preceito (art.º 160.º cp), o crime de tráfico de criança, é um crime de execução livre, cujo cometimento é por qualquer meio e sem a necessidade da utilização dos meios descritos no n.º 1 do mesmo preceito. Vimos também, que o legislador decidiu agravar a pena de prisão estatuído para o crime de tráfico de adulto de três a dez anos de prisão para três a doze anos de prisão no caso em que se trata de vítima menor de idade.

Também, nos países como o Brasil, o México e a vizinha República de Senegal, o conceito de tráfico de pessoas, vão em conformidade com a definição dado pelo Protocolo de Palermo. No caso do México e Senegal, o que mereceu a minha atenção, a semelhança da definição dada pela legislação portuguesa, é a incriminação da “Mendicidade” como uma das formas de tráfico de criança.

b) Brasil

No Brasil, o código penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940), passou a vigorar acrescido do artigo 149.º-A, da Lei 13.344/2016, sobre o “Tráfico de Pessoas”, definido nos termos do artigo 2.º⁴².

Esta lei foi um avanço importante na legislação brasileira, e sua aprovação e respetiva transformação em norma jurídica representou a adaptação da lei brasileira ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, do qual o Brasil é signatário.

⁴¹ ALBUQUERQUE. Paulo Pinto; Comentário do Código Penal Português à Luz da CR e da Convenção Europeia do Direitos do Homem, 3.º Edição Universidade Católica Editora, págs. 226 e 227: 4 - As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta neles referida: a) tiver colocado em perigo a vida da vítima; b) tiver sido cometida com especial violência ou tenha causado à vítima danos particularmente graves; c) tiver sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções; d) tiver sido cometida no quadro de uma associação criminosa; ou e) tiver como resultado o suicídio da vítima.

⁴² Artigo 2.º - Para os efeitos desta Política, o tráfico de pessoas significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça, uso da força, ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, à situação de vulnerabilidade, a pagamentos ou a benefícios, visando obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

1 - O tráfico de pessoas incluirá a exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos, dentre outras formas de exploração.

Ainda o n.º 2 estabelece que: A intermediação, promoção ou facilitação do recrutamento, do transporte, da transferência, do alojamento ou do acolhimento de pessoas para fins de exploração também configura tráfico de pessoas. E ainda, o consentimento dado pela vítima é irrelevante para a configuração do tráfico de pessoas. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/trafico-pessoa.htm

Uma das inovações que a nova lei de tráfico de pessoas no Brasil, troce por além da ampla definição do tráfico de seres humanos que incluiu novas formas de tráfico, diz respeito a fixação da pena; houve aumento na pena mínima e, hoje, o tráfico de pessoas é punido com pena de prisão de quatro a oito anos, em vez de três a oito anos de prisão, como constava antes da entrada em vigor desta lei n.º 13.344/2016; ademais, a pena pode ser agravada de um terço até a metade se o crime for cometido contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência e se a vítima for retirada do território nacional.

A agravação da pena de um terço no caso de o crime for cometido contra a criança, demonstra o envolvimento do Estado Brasileiro na luta contra este flagelo e do seu envolvimento na defesa dos direitos das crianças.

A nova lei também mudou a tipificação do crime e ampliou as situações que podem caracterizar o tráfico de pessoas. Antes o tráfico era caracterizado apenas quando o fim era a exploração sexual, mas agora também é tráfico recrutar pessoas para trabalho escravo, qualquer tipo de servidão, remoção de órgãos e tecidos e adoção ilegal.

c) México

No México, la Lei Geral para prevenir, sancionar e erradicar los delitos em materia de Trata de Personas e para a protección e asistencia a las víctimas destes delitos, publicada no Diário Oficial da Federação de 19/03/2014, definiu o tráfico de pessoas, no seu artigo 10.⁴³ como sendo, “Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación.

Se entenderá por explotación de una persona a:

I. La esclavitud, La condición de siervo, La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, La explotación laboral, El trabajo o servicios forzados, *La mendicidad forzosa*, La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, El matrimonio forzoso o servil, Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, Experimentación biomédica ilícita en seres humanos.

A nova lei mexicana de tráfico de pessoas, mudou a tipificação do crime que vai de 5 a 30 anos de prisão e ampliou as situações que podem caracterizar o tráfico de pessoas.

A semelhança de muitos instrumentos internacionais, antes da aprovação do protocolo de Palermo, caracterizavam o tráfico como exploração sexual, mas que agora o tráfico é recrutar pessoas para trabalho escravo, qualquer tipo de servidão, remoção de órgãos e tecidos, experiencias biomédica ilícita com pessoas, adoção ilegal e a mendicidade.

Nestes países, a prática da mendicidade ou a utilização de menor na mendicância, é derivada da pobreza e ou organizados por grupos da rede de exploração infantil, mas o seu recrutamento, transporte, alojamento e a prática da exploração da mendicidade do menor não é camuflado por questões da religião considerado práticas de usos e costumes, como acontece em alguns países da África Ocidental tal como o Senegal e a Guiné-Bissau.

d) Senegal

⁴³ Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos em Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Última reforma publicada DOF 19-03-2014. http://www.shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/MarcoJuridicoGlobal/Leyes/299_Igppsedmtp.pdf

No Senegal, falar do tráfico de criança ou da exploração de menor na prática da mendicância nas ruas de Dakar, é como falar deste fenómeno nas ruas de Bissau; é um fenómeno que esta a ganhar terreno a velocidade de luz, gerando elevados lucros para os seus praticantes, fazendo com que haja mais crianças vítimas da prática de mendicância nas ruas.

No senegal a criminalização do tráfico de pessoas e a criminalização da mendicância como uma das formas de tráfico de criança, constam do ordenamento jurídico senegalês, nos termos dos artigos 1.º e 3.º da Loi n.º 2005-06 du mai 2005, relatif à la lutte contre la traite des personnes et pratiques assimilées et à la protection des victimes⁴⁴.

A definição do ilícito de tráfico de seres humanos no ordenamento jurídico senegalesa, vai em conformidade com o estatuído no Protocolo de Palermo, resultado dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado senegalês.

Determina a lei senegalesa (a lei n.º 2005-06 de maio de 2005), de que a execução da sentença não será suspensa quando a ofensa for cometida contra um menor, uma pessoa particularmente vulnerável por causa de sua idade ou seu estado de saúde que tenha levado a uma deficiência física ou mental, de várias pessoas, de recurso ou uso de restrições, violência ou manobras fraudulentas sobre a pessoa envolvida na mendicância.

Isto demonstra a vontade do legislador na luta contra o tráfico de seres humanos quando se trata de vítima menor de idade, já que são a faixa etária mais vulneráveis devido a suas incapacidades de se governarem por si, fazendo delas merecedores de uma proteção especial no âmbito social assim como no âmbito jurídica.

e) Guiné-Bissau - Definição do Tráfico de Pessoas segundo a Lei n.º 12/2011, de 6 de julho

⁴⁴ A Loi n.º 2005-06 du mai 2005, relatif à la lutte contre la traite des personnes et pratiques assimilées et à la protection des victimes, estabelece nos seus artigos 1.º - Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement, l'accueil de personnes par menace ou recours à la violence, enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou de situation de vulnérabilité ou par l'offre ou l'acceptation de paiement d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant l'autorité sur une autre, aux fins d'exploitation sexuelle, de travail ou de services forcés, d'esclavage ou de pratiques analogues à l'esclavage, de servitude est puni d'un emprisonnement de 5 à 10 ans et d'une amende de 5 à 20 millions de francs. L'infraction est constituée lorsque le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil concerne un mineur, même si aucun des moyens énumérés à l'alinéa précédent n'est utilisé.

La détention criminelle de 10 à 30 ans est encourue lorsque l'infraction est commise en recourant à des actes de torture ou de barbarie ou en vue de prélèvements d'organes humains ou qu'elle expose la victime à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une infirmité permanente. E,

3.º - Quiconque organise *la mendicité* d'autrui en vue d'en tirer profit embauche, entraîne ou détourne une personne en vue de la livrer à la mendicité ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle mendie ou continue de le faire est puni d'un emprisonnement de 2 à 5 ans et d'une amende de 500,000 francs à 2.000,000 de francs. Il ne sera pas sursis à l'exécution de la peine lorsque le délit est commis à l'égard d'un mineur, d'une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge ou de son état de santé ayant entraîné une déficience physique ou psychique, de plusieurs personnes, de recours ou d'emploi de contrainte, de violences ou de manœuvres dolosives sur la personne qui se livre à la mendicité.
https://www.unodc.org/res/cld/document/loi-no--2005-06-du-10-mai-2005_html/Loi_No._2005-06_FR.pdf

Este importantíssimo instrumento jurídico nos define o tráfico de pessoas, no seu artigo 3.º al. a) da seguinte forma: *Entende-se por tráfico de pessoas o recrutamento ou acolhimento de pessoas por via de ameaça, coação moral ou física, do rapto, da fraude, do engano, do casamento forçado, do abuso de autoridade, ou aproveitando-se da situação de vulnerabilidade da vítima ou da sua incapacidade física, natural ou acidental, ou da anomalia psíquica, ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento da pessoa que tem autoridade sobre a vítima, com a finalidade de exploração sexual, casamento forçado, extração de órgãos humanos, trabalho, escravatura ou práticas similares, bem como a servidão.*

Vejam, da definição acima exposto, podemos retirar três elementos constitutivos do tráfico de pessoas, cuja proveniência é dada pelo Protocolo de Palermo:

I - As condutas de recrutar, transportar, contratar, adotar, raptar, fornecer, comprar (mediante pagamento), alojar ou acolher pessoa, constituem a “ação”;

II - Mediante ameaça, coação, fraude, engano, uso da força, intimidação, abuso de autoridade, situação de vulnerabilidade da vítima, a incapacidade física, natural ou acidental, da anomalia psíquica, entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento da pessoa que tem autoridade sobre a vítima ou abuso, constituem “os meios”;

III - Com qualquer das finalidades descritas no tipo penal tais como: exploração sexual, casamento forçado, extração de órgãos humanos, trabalho, escravatura ou práticas similares, adoção ilegal, bem como a servidão, constituem os “fins” daquela ação.

Apesar da importância e do significado que teve a entrada em vigor desta lei, mesmo assim, podemos constatar algo de vazio no seu conceito, por deixar de fora alguns elementos do tráfico de vital importância que consubstanciam atos violadores dos direitos humanos, derivados das práticas de usos e costumes tradicionais e até do âmbito religioso, cujas práticas se enquadram nas mais novas formas do crime de tráfico de pessoas, tais como a prática da mendicidade obrigatória com animo lucrativo de crianças estudantes do alcorão.

Por outro lado, constatamos de que a lei do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças na Guiné-Bissau, prevê vários crimes, tais como: o tráfico de pessoa adulta, o tráfico de um menor de idade, a subtração de documentos, a alienação de menor, o casamento forçado, entre outros.

Mas, não podemos negar que a lei n.º 12/2011, de 6 de julho, alargou na medida do possível o âmbito da punibilidade, consagrando o crime de tráfico de pessoas para a exploração sexual, exploração do trabalho, a escravidão, a extração de órgãos, o casamento forçado, ou seja, a criminalização do tráfico de pessoas e atividades conexas.

Será que, a definição do tráfico de pessoas na Guiné-Bissau, cumpre com os parâmetros da definição deste ilícito dado pelo Protocolo de Palermo e aceite internacionalmente? Ou a prática da mendicidade obrigatória praticada pelas crianças talibés, é suficiente para determinar si o mesmo constitui o tráfico de criança, mediante as definições dada pelo Protocolo de Palermo e a lei n.º 12/2011, de 6 de junho?

De acordo com a definição do tráfico de pessoa acima exposto, conseguimos retirar dele três elementos constitutivos do tráfico de pessoas, cuja proveniência é dada pelo Protocolo de Palermo: A Ação, os meios e os fins.

Dos três meios típicos integrantes do tipo dado pelo protocolo de Palermo e trazidos deste para a lei 12/2011, de 6 de julho, considero-o de suma importância para à identificação, enquadramento e punição do agente de tráfico de pessoas, principalmente no concernente a crianças praticantes da mendicidade obrigatória no âmbito de estudos religioso do alcorão; sendo estes:

- A *exploração*;
- O *aproveitamento de situação de vulnerabilidade da vítima*; e,
- O *engano ou o artil manobra fraudulenta*.

De acordo com os três elementos constitutivos do tráfico de pessoas que começa com a ação e culmina com a exploração como fins deste ato ilícito, determina o ciclo completo do processo de tráfico de pessoas que começa com o recrutamento e culmina com o lucro, que constitui o objeto fundamental desta prática.

Por tanto, não resta dúvidas da importância desta definição na determinação de uma situação concreta dos talibés que envolve vários elementos constitutivos de tráfico como o engano, a situação da vulnerabilidade da pessoa, o recrutamento, o transporte, o alojamento, a exploração, a mendicidade, as ofensas a integridade física e psicológica do menor, etc., são elementos que possam consubstanciar o crime de tráfico de menor.

Por tanto na minha modesta opinião, a definição dada pelo protocolo de Palermo, na luta contra o tráfico de pessoas e os elementos constitutivos do delito constituem sim, uma peça fundamental na determinação de uma situação como sendo tráfico de pessoas, em consonância do definido na legislação interna da Guiné-Bissau.

Para muitas legislações internas a semelhança do estatuído no Protocolo de Palermo, o *tráfico de crianças*, significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou receção de crianças, para fins de exploração mesmo que não envolvam nenhum dos meios descritos na alínea a) do artigo 3.º do referido documento (Protocolo de Palermo), por parte do seu praticante para que haja uma responsabilização criminal.

As crianças são mais vulneráveis do que os adultos e, por esta razão, existe um maior risco de se tornarem vítimas do tráfico de seres humanos. Por isso é que tanto na aplicação da Diretiva n.º 2011/36/UE, assim como a Carta Africana de Direitos e Bem-Estar da Criança e o Protocolo de Palermo, estatuíram que o superior interesse da criança deve constituir a principal consideração, nos termos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989.

Visto que, o tráfico de criança, ou seja o tráfico de pessoas em geral, é um tipo de ilícito que por suas características é considerado um cancro para a humanidade, pois é um ilícito que mexe com a dignidade humana, a liberdade da pessoa, e como si não bastasse o seu cometimento prevê num só ato um universo de 5 crimes, tal como descreve a Doutora Anabela Miranda Rodrigues no comentário do código penal, sendo os crimes: o tráfico de adulto, o tráfico de menor de 18 anos de idade, a alienação de menor, a utilização da vítima do tráfico e a subtração dos documentos da vítima do tráfico⁴⁵.

Porem, o crime de tráfico de pessoas em especial de criança é considerado um crime com varias características, são eles:

⁴⁵ MIRANDA, Anabela Rodrigues. Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.º edição atualizada, Editora Universidade Católica 2015, pág. 628.

- O ilícito de tráfico de pessoas, é um crime «comum», por ser um tipo de crime que pode ser praticado por qualquer pessoa (tanto o sujeito ativo assim como o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, até as pessoas coletivas);
- O cometimento deste ilícito é realizado por meios de vários atos dando-lhe o carácter de crime «plurissubsistente»;
- É um tipo de ilícito que decorre de uma atividade positiva do agente em «recrutar, transportar, alojar e acolher a vítima».
- Por outro lado, podemos de uma forma excecional qualificar o ilícito de tráfico de pessoas de «comissivo por omissão» quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes e não o fazem (o exemplo do condutor que transporta a criança sabendo que este viria a ser vítima de tráfico, mesmo assim o transportou para aquele destino);
- O delito de tráfico de pessoas é um crime que possui uma «forma vinculada» porque o seu cometimento só pode ter lugar através dos meios de execução previstos no tipo penal: a ameaça, coação, fraude, engano, abuso, etc.;
- É um crime «formal» já que se consuma sem a produção do resultado naturalístico, consistente na efetiva ato da mendicidade do menor, ou a efetiva remoção de órgãos da vítima ou qualquer outro resultado decorrente das finalidades prevista no tipo penal, bastando com a intenção de submeter a vítima aquela pratica.
- E, é também um crime «instantâneo» porque com a consumação se encerra o ciclo do resultado pretendido que é o lucro;
- E «monosubjetivo» por constituir um crime que pode ser praticado por um único agente (por exemplo no tráfico de crianças talibés, basta um agente para a prática do crime ser consumado, sendo o agente o próprio mestre do alcorão);
- É um crime altamente «doloso» porque prevê todas as modalidades do dolo;
- E por ultimo podemos dizer que o tráfico de pessoas é «transeunte» porque muitas vezes dispensa a necessidade de prova pericial, passando da causa ao efeito.

O objeto jurídico deste crime é a liberdade pessoal da vítima para não ser submetida a qualquer das finalidades previstas no tipo penal e o objeto material é a pessoa, pode ser homem ou mulher de todas as idades, sobre a qual recai a conduta criminosa.

O consentimento do ofendido nos termos do artigo 12.º da lei n.º 12/2011, de 6 de junho, é irrelevante para a configuração deste delito, estabelecendo que “o consentimento do ofendido não exclui nem atenua a responsabilidade penal dos agentes dos crimes previstos na presente lei”.

A presente lei, não só nos brindou uma ampla e inovadora conceito de tráfico de pessoas, em particular de mulheres e crianças na Guiné-Bissau, mas, sobre tudo, o texto desta lei de tráfico de pessoas, contém as penalidades endurecidas para os agentes praticantes deste delito considerado hediondo para a sociedade.

Como vimos, o texto que tipifica o crime de tráfico de pessoas no país, inclui ações de recrutar, transportar, comprar ou alojar pessoa mediante ameaça, fraude ou abuso, com a finalidade de remover órgãos humanos, submetê-la a condições de escravidão, adoção ilegal, exploração laboral e/ou exploração sexual.

A pena prevista para este ilícito é de três a quinze anos de prisão nos termos do artigo 4.º n.º 1 da presente lei; a punição é agravada nos termos do art.º 4.º n.º 2, cuja moldura penal vai de 15 a 20 anos de prisão.

Mas também, o artigo 15.º al. a) a i) do mesmo diploma estabelece outras circunstâncias agravantes para além das previstas no código penal guineense (art.º 66.º e seguintes do cp) caso o crime seja cometido por funcionário público ou por qualquer autoridade pública, sindicato, associação criminosa, por pessoa que tem a responsabilidade sobre a vítima, eclesiástico ou ministro do culto, curador, encarregados de educação, direção ou guarda da vítima, ou contra menor de idade, mulher ou pessoa com idade superior a dezoito anos de idade mas que seja incapaz de se defender, contra a pessoa que se encontra numa situação de extrema pobreza, ou quando da prática ou por ocasião da prática do crime resultarem doenças de transmissão sexual, doenças de foro psicológico, excisão ou contágio de HIV/SIDA, o agente é punido com uma pena de quinze a vinte anos de prisão.

Por outro lado, vimos que a lei de tráfico de pessoas na Guiné-Bissau, não só nos ajudou a definir os elementos do tráfico e fixando as penas incriminadoras para os seus agentes, mas também, a presente lei foi mais longe com o estabelecido no seu capítulo IV e V (artigos 20.º e seguintes), regulando as normas de proteção das vítimas, o dever de denuncia, a proteção das testemunhas e a reintegração social das vítimas.

E nos capítulos VI e VII (art.º 30.º e seguintes), a lei do tráfico prevê várias medidas preventivas onde cabe ao governo através das instituições competentes promover, coordenar e realizar ações tendentes à prevenção e combate ao crime de tráfico de pessoas, ou nos termos de legislação aplicável às parcerias entre o Estado e a sociedade civil, as ONGs, a comunicação social, entre outros.

Através destas medidas de prevenção o governo cria assim, uma política pública interdisciplinar que envolve profissionais de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça e desenvolvimento rural como medidas para a prevenção de novos casos de tráfico de pessoas, assim como a proteção e reintegração das vítimas do tráfico. Outras formas de prevenção dos crimes, conforme o texto, são campanhas socioeducativas e de incentivo a projetos sociais de combate nas comunidades de situações de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas, intercâmbio de informação e a criação do comité nacional de prevenção, proteção, combate e apoio a vítimas do tráfico de seres humanos.

O texto também estabelece (art.º 32.º) a cooperação entre órgãos dos sistemas de Justiça, segurança nacional e internacional e ONG's da área através da troca de informações em conformidade com a lei. O acolhimento e abrigo provisório para as vítimas e benefícios de ordem jurídica, social e de saúde também estão previstos na presente lei do tráfico de pessoas na Guiné-Bissau.

Com a aplicação das medidas de prevenção e combate ao tráfico de seres humanos plasmada na referida lei, constitui uma mais valia na luta contra este fenómeno do mal que afeta todas as classes da nossa sociedade e principalmente os mais vulnerados pela miséria, minoria de idade e os indefesos; mas também, acho que, a lei deveria incluir a criação de um banco com dados de infratores e vítimas de tráfico, ajudando assim a evitar novas ocorrências.

Por todo o exposto, podemos ver que não há uma posição clara do legislador sobre a particularidade dessa tutela, pois a abrangência da proteção acaba sendo mais restrita sem dar uma atenção especial referente a incriminação do tráfico de criança. todavia é muito cedo ainda para poder tirar ilações em relação aos efeitos visto que ainda se encontra

numa fase embrionária da sua aplicação, vislumbrando dificuldades em termos relação policial ou entidade do direito quando se trata de crime organizado, fato que só passaram sete anos da sua existência, e na logica deve existir necessidade de se maturar a implementação dessa lei pelo fato de casos de tráfico de crianças serem um recurso fácil que os criminosos encontra para atingir os seus intentos.

Ao meu entender, esta lei, trás consigo uma abordagem dúbia, do seu alcance visto que a lei veio regular situações de tráfico de pessoas em geral. Mas, ao meu entender os constrangimentos de vítimas menores de idade não podem ter a mesma tutela jurídica dos constrangimentos de um adulto, visto que traficar um individuo de 40 anos, não tem o mesmo alcance com o tráfico de uma criança de quatro anos de idade.

Pelo que, o legislador, ao meu entender devia ter uma atenção especial no referente a incriminação do tráfico quando se trata de vítima criança, a quando da criação desta lei, posto que o Estado, tem maior obrigação de garantir aos infantes um crescimento seguro. Mas, o legislador optou por generalizar a punição, sendo assim, a lei deixa uma grande lacuna visto que os que perpetuam este tipo de crime deveriam ter uma punição máxima para que estes indivíduos sejam inibidos destas práticas criminosas.

CAPITULO 2: “CRIANÇAS TALIBÉS”, PRÁTICAS RELIGIOSAS OU TRÁFICO DE MENOR NA GUINÉ-BISSAU

Questões:

O transporte e entrega pelos pais, encarregados de educação, tutor ou um desconhecido, de uma criança a um mestre de alcorão para os estudos corânicos, mas sabendo da obrigatoriedade das práticas de mendicidade como parte do ensino, são praticantes do crime de tráfico de criança?

Há ou não práticas religiosas violadoras dos direitos humanos, que consubstancia o crime de tráfico de pessoas?

A mendicidade obrigatória praticada pelas crianças talibés, constitui ou não uma das mais novas formas de tráfico de criança na Guiné-Bissau?

Há ou não, crime de tráfico de criança na Guiné-Bissau? Eis as questões do debate na praça pública da capital guineense.

2.1. Considerações Gerais

A Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB), determina no seu preceituado 1.º e 3.º, de que a Guiné-Bissau é uma República soberana, democrática, laica e unitária e, é um Estado de democracia constitucionalmente instituída, fundado na unidade nacional e na efetiva participação popular no desempenho, controlo e direção das atividades públicas, e orientada para a construção de uma sociedade livre e justa⁴⁶.

A Guiné-Bissau, sendo um Estado relativamente novo, com os seus altos e baixos em termos da estabilidade governativa causados pelos sucessivos golpes de Estado-militar e institucionais, tendo como consequências um enorme défice no concernente a matéria legislativa, mas, mesmo assim, o Estado da Guiné-Bissau não é alheio aos direitos fundamentais dos seus cidadãos e se esforça na aceitação e ratificação dos tratados e convenções internacionais, principalmente sobre os direitos humanos e da proteção da infância.

Na matéria dos direitos fundamentais na Guiné-Bissau, a Constituição da República estabelece no seu capítulo II, artigo 24.º e seguintes⁴⁷, os direitos, liberdades, garantias e

⁴⁶ Artigos 1.º e 3.º da CRGB, que vigora deste 1996.

⁴⁷ CRGB, alguns dos artigos referentes aos direitos fundamentais dos cidadãos: ARTIGO 24.º Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de raça, sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção filosófica. ARTIGO 25.º, O homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural.

ARTIGO 26.º n.º 1 - O Estado reconhece a constituição da família e assegura a sua proteção. 2 - Os filhos são iguais perante a lei, independentemente do estado civil dos progenitores. 3 - Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

ARTIGO 32.º Todo o cidadão tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais contra os actos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

ARTIGO 33.º O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, de forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionário ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das

deveres fundamentais de todos os cidadãos. Estes preceitos estatuíram a igualdade entre o homem e a mulher, o direito da família e defende a igualdade dos filhos perante a lei.

Analisando os preceitos supramencionados referente a direitos fundamentais, podemos concluir que apesar dos esforços do Estado guineense em estatuir estes direitos na CRGB, é assim, como o mesmo coloca à margem uma série de direitos e garantias fundamentais especiais do direito da criança esta camada da sociedade que pela sua incapacidade natural torna-os ainda mais vulneráveis para cometimento de crimes, especialmente os crimes como o tráfico de menor na modalidade de trabalho forçado, mendicidade, casamento forçado, criança soldado, entre outros, os direitos da juventude, idoso ou mulher, este ultimo, também vulneráveis a todo tipo de crimes principalmente o crime de tráfico de pessoas.

Mas, referente a direitos da criança, o ordenamento jurídico guineense, oferece garantias no concernente à proteção dos direitos da criança, que é reforçado com a aprovação e ratificação por parte do Estado guineense, de alguns instrumentos internacionais que veio reforçar a legislação interna de um modo mais acentuado. Temos a Convenção dos Direitos da Criança (CDC) (adotada em 20 de novembro de 1989, pela resolução n.º 6/90, de 8 de abril) e os protocolos facultativos relativos aos direitos da criança que tem haver com as implicações das crianças nos conflitos armados, a venda das crianças, prostituição, pornografia de crianças (adotado em 25 de maio de 2000 e assinado pelo Estado guineense a 8 de setembro de 2000), a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, e muitos outros instrumentos de cariz internacional que vigoram na Guiné-Bissau e constituem uma grande contribuição na legislação interna.

Agora uma coisa é certa, muitos instrumentos que vigoram na Guiné-Bissau relacionados a proteção dos direitos da criança a nível infraconstitucional, datam da época colonial, tais como o código civil⁴⁸, o código de família, o Estatuto da Assistência Jurisdicional aos Menores em vigor no país (este ultimo instrumento jurídico interno, só veio a sofrer algumas alterações no ano de 2006, mas, mesmo assim não demonstrou grandes elucidação em relação a CDC), o código penal e o código do processo penal.

Apesar das alterações já feitas no âmbito destes instrumentos jurídicos internos no concernente a matéria da infância, atualmente as suas revisão impõe-se como um

suas funções, e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias, ou prejuízo para outrem.

ARTIGO 36.º n.º 1 - Na República da Guiné-Bissau em caso algum haverá pena de morte. 2 - Haverá pena de prisão perpétua para os crimes a definir por lei.

ARTIGO 37.º n.º 1 - A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável. 2 - Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, desumanos e degradantes. 3 - Em caso algum haverá trabalhos forçados, nem medidas de segurança privativas de liberdade de duração ilimitada ou indefinida. 4 - A responsabilidade criminal é pessoal e intransmissível.

ARTIGO 38.º 1 - Todo o cidadão goza da inviolabilidade da sua pessoa. 2 - Ninguém pode ser total ou parcialmente privado de liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido pela lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

⁴⁸ O código civil guineense é datado da época colonial com algumas alterações concernentes a direito de família e menores; as primeiras alterações constam das leis n.º 3, 4, 5 e 6/1976, de 4 de maio de 1976, publicado no boletim oficial n.º 18 de 4 de maio de 1976, sendo uma das alterações constantes nestes instrumentos é a alteração da maioridade dos vinte e um anos de idade para os dezoito anos de idade em harmonia com o estatuído nas Convenções e Protocolos internacionais em matéria dos direitos da criança.

imperativo, tendo em conta que as áreas referentes ao princípios, inerentes aos valores da criança e da família sofreram mudanças significativas, assim como a nível do direito penal e processo penal, relativa a certos preceitos constantes em tais instrumentos com o objetivo de atingir um grau mais elevado da tutela jurídico-penal no que concerne a direitos da criança. Já que em muitos casos os principais violadores dos direitos da criança, são os próprios pais ou quem detém o direito legal de tutela sobre o menor, com a prática de determinados tipos de crimes atentatórios a vida, ou a integridade física e à liberdade de determinação sexual do menor, para citar alguns dos exemplos de abusos cometidos contra os menores pela ausência de um mecanismo incriminatória.

Assim, com a revisão destes instrumentos internos, pode se propor a criação de um tipo incriminador que abarque todo tipo de maltrato infantil, desde os maus tratos físicos, o trabalho forçado, o emprego em atividade perigosas, proibidas ou desumanas, trabalhos excessivos e todos aqueles trabalhos que põem em causa a saúde e o desenvolvimento intelectual da criança.

Mas, na Guiné-Bissau, a matéria concernente a infância em todas as áreas das nossas legislações deixa muito que desejar, devido a constantes violações de direitos de crianças que atenta o Estado Democrático e de Direito; questões estas considerados violadoras da conceção e constituição do ser criança, onde podemos citar um exemplo de flagrante violação destes direitos e que consubstancia crime contra a camada infantil, citem-se: crianças talibés são crianças praticantes da mendicidade pelas ruas durante longas horas, o casamento forçados de meninas, a mutilação genital feminina, as meninas catanderas, as crianças irãs são infantes com patologia ou características diferentes considerados feiticeiras cujo destino final é ser mortas pelos próprios familiares, também temos neste grupo de crianças cujos direitos são flagrantemente violados as crianças com paralisia cerebral, epilepsia, albinismo, desnutrição crónica ou trissomia 21, são hostilmente maltratadas, hostilizadas ou simplesmente são mortas pelos familiares e ou pela comunidade acusados de terem nascidos feiticeiras.

Cada uma destas práticas, estão estreitamente associadas a prática de cariz religioso e prática religiosa animista das religiões tradicionais africanas. Em caso da Guiné-Bissau, estas crenças estão bem enraizadas nas nossas sociedades e são crenças que pela falta de uma explicação ou conhecimento científico (como são os casos dos gémeos, trissomia 21, epilepsia, albinismo ou paralisia cerebral), atribuem estes problemas que são meramente anomalias congénitas a uma manifestação sobrenatural, acreditando piamente que estas crianças estão de alguma maneira possuídas pelo irã que é de alguma forma Deus na religião negra.

Por outro lado, as inúmeras relatórios anuais da liga dos direitos humanos na Guiné-Bissau, tem vindo denunciar e fazer chamadas de atenção aos sucessivos governos, do envolvimento de muitos funcionários públicos e os soldados nas mais variadas formas de violação dos direitos fundamentais e de diversos tipos de crimes como: o crime de tráfico de droga, crimes de violência de mulheres e crianças (violência domestica, violação, incesto e outros maus-tratos de mulheres), a mutilação genital feminina, tráfico de pessoas e o trabalho infantil, incluindo trabalho forçado no qual se enquadra o caso das crianças talibés praticantes da mendicância nas ruas, isso apesar do estatuído nos termos do artigo 33.⁴⁹ da CRGB.

⁴⁹ARTIGO 33º O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, de forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionário ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício

Tem havido um forte crescimento dos casamentos forçados e prematuros, onde as adolescentes ou ainda crianças são obrigadas a casar-se conforme usos e costumes e a ir viver e a manter relações sexuais obrigatórias com o marido que muitas vezes as usa para o tráfico sexual; tendo a liga guineense dos direitos humanos denunciado a ocorrência da prática de compra e venda de crianças noivas para o tráfico sexual.

Também, a liga guineense dos direitos humanos, vem através dos seus relatórios anuais, denunciar a existência da impunidade dos agentes praticantes destas violações em nome de usos e costumes ou práticas religiosas, mas que não passa de crimes cometidos contra menor ou pessoas indefesas, pela falta de medidas eficazes para proceder judicialmente ou punir funcionários ou outros indivíduos, quer dos serviços de segurança, quer de qualquer outro setor do governo, que cometeram ou cometem esses tipos de abusos.

Sendo assim, a impunidade na Guiné-Bissau, constitui um dos problemas fundamentais na continuidade das práticas de atos que violam os direitos fundamentais dos menores e no reiterado cometimento de crimes de tráfico de criança, assim como outras formas de crimes contra a pessoa do menor.

A prática das violações dos direitos fundamentais do menor, são considerados pela sociedade guineense, como práticas de usos e costumes tradicionais assim como costumes de cariz religiosas, que ano pós ano, vêm dificultando sobremaneira a criação de mecanismos jurídicos para as suas erradicações. Assim sendo, as práticas de violências, não podem jamais ser aceites na sociedade e nem serem consideradas práticas religiosas ou simplesmente uma tradição animista da religião africana ou práticas de usos e costumes porque são incompatíveis com o estado democrático e de direito, por ser um costume contra legem.

Por esta razão, é imperativo mais uma vez repisar na necessidade da revisão de todos os instrumentos jurídicos interno da era colonial e em especial a todos aqueles concernentes a proteção dos direitos da infância, em conformidade com as obrigações impostas pela ONU a todos os Estados Partes que assinaram e ratificaram os instrumentos jurídicos internacionais, a obrigatoriedade de criação de mecanismos internos para a promoção, proteção e defesa desses direitos.

No âmbito do cumprimento do estabelecido pela ONU, o Estado guineense, enveredou os seus esforços em honrar os compromissos assumidos internacionalmente e procedeu com as reformas no âmbito da proteção da criança e da mulher, em relação a certos tipos legais de crime, que culminou com a aprovação da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças, a aprovação da lei n.º 14/20011, lei que visa prevenir, combater e reprimir a excisão feminina em todo o território nacional, e posteriormente a aprovação da lei n.º 6/2014, de 4 de fevereiro, lei de combate contra a violência doméstica; como sinal dos esforços envergados pelo Estado guineense no que diz respeito a dignificação dos direitos humanos e em especial na defesa dos direitos da criança.

Neste sentido, veremos quais são as consequências sociais e jurídicas de uma destas práticas que em nome de uma crença religiosa e camuflado baixo os tendões do mesmo, são violados todos os direitos fundamentais da criança, de uma forma flagrante e desumano, mesmo sendo tais direitos salvaguardados pela CRGB. Esta prática é exclusiva da religião muçulmana e é um ato de formação académico religioso em área de

das suas funções, e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias, ou prejuízo para outrem.

estudos profundos do alcorão, que começa desde a idade dos quatro anos e é dirigido exclusivamente a menores de sexo masculino chamados de “Crianças Talibés”.

Vimos que, estas crianças ao invés de se dedicarem a formação religiosa de estudos corânicos, são submetidos a práticas de mendicância nas ruas em nome de formação de carácter da humildade como parte dos ensinamentos na formação corânica; mas, todos os benefícios recadados no âmbito da prática da mendicância das crianças talibés, que consiste nos valores monetários (cuja quantia a ser entregue por cada criança no final da jornada, é fixado pelo professor ou mestre do alcorão), e vários géneros da primeira necessidade (tais como: o arroz, açúcar, velas, óleo, sal, etc.), se reverte única e exclusivamente para os benefícios do próprio mestre do alcorão, individuo este que detém ao seu cuidado vários dezenas ou centenas dos menores ao seu cuidado que os usa para se enriquecer de uma forma ilícita.

Porem, temos de ter em conta, que esta prática na Guiné-Bissau, é considerada um ato praticado no âmbito de usos e costumes de uma religião milenar, e que é visto com os bons olhos pela maioria da população do país.

2.1.1. Crianças Talibés na Guiné-Bissau

As crianças menores de 18 anos de idade que se dedicam aos estudos profundos do alcorão são apelidadas de *talib*, *talibo* ou simplesmente de *crianças “Talibés”*.

Talibés, Talib ou Talibo: são palavras arábica com vários significados como “*aluno, discípulo, viajante*” ou simplesmente o *buscador de conhecimento*, cuja terminologia é usado na identificação de crianças de sexo masculino que se agrupam em pequenos grupos num espaço improvisados para o uso de escola corânica, chamado de “Dharas”, baixo a orientação de um conhecedor do alcorão conhecido como “Mestre ou Marabu” para os estudos corânicas no País, assim como nos países vizinhos tais como o Senegal, Gâmbia e a República da Guiné.

Estas crianças na sua maioria são enviadas pelos próprios progenitores ou tutores para uma outra cidade, Região ou País com o intuito de adquirirem o conhecimento profundo do alcorão e tendo como parte da formação a prática da mendicância e o trabalho nos campos de lavoura.

O Mestre ou Marabu, é uma pessoa com conhecimento profundo do alcorão, respeitado dentro da sociedade ou comunidade a qual pertence, muitas vezes são pessoas de confiança dos tutores e encarregados de educação dos menores, e possuidores de estabelecimentos “Dharas” destinados a albergar crianças para os estudos corânicas.

Dharas nos países arábicas são escolas corânicas cujo ensino é exclusivo para os estudos do alcorão, enquanto que as Madrassas, são escolas de estudos corânicas mais modernas com ensinamentos das disciplinas como a matemática, ciências, biologia, entre outra, iguais as matérias ensinadas no sistema nacional de educação, mas com o acréscimo de aprendizagem profundo do alcorão.

Atualmente os ensinamentos do alcorão nas Dhaaras, acabam por não acontecer porque as crianças são submetidas a mais cruéis e desumano ato de maltrato infantil que é a “prática da mendicância” nas ruas com animo meramente lucrativo para o mestre, acrescido da falta de higiene, a malnutrição, a falta de condição de habitabilidade, abandono, propensos a todo tipo de infeções, entre outros, baixo camuflagem de uma crença religiosa, cujo lema é “*sacrificar para melhor servir*”.

Hoje em dia as crianças talibés são conhecidos como os menores que deambulam nas ruas com uma lata pendurada no pescoço, apresentando um aspeto sujo e vestidos de trapos pedindo esmola nas ruas e por vezes são utilizados nos trabalhos de lavoura nos campos de agricultura.

A prática da mendicidade, era exercida para cumprir um simples ritual da tradição negra, usando criança com algum tipo de malformação congénita que são levadas por suas mães para pedirem esmolas; com o tempo a prática de mendicidade passou a ser praticado pelas mulheres mães de gémeos a mendigar de casa em casa ou nas vias públicas como parte da tradição. Mas atualmente estas práticas de usos e costumes foi perdendo e as crianças desde muito cedo suas deficiências ou facto de nascer gémeas passou a ser uma estratégia de sobrevivência e usada para sustentar toda a família.

Mas, na atualidade o grupo mais procurado para dar esmola são as crianças talibés, alunos das escolas corânico praticantes da mendicidade nas ruas, o que estimula o aumento desenfreado desta prática, pelo enorme costume de dar esmola na sociedade guineense que acredita ter tranquilidade emocional após dar esmola.

Os marabus são tutores de facto dos talibés, fazendo uso em proveito próprio e a mal interpretação das palavras do profeta Mohamed no alcorão, de “sacrificar para melhor servir”, sujeita os menores a condições de vida análogas à escravatura, obrigando as crianças a desempenharem a pior forma de trabalho forçado, que é mendigar pelas ruas durante longas horas e propensos a todo tipo de perigo; ademais, as crianças são sujeitos abusos físicos e psicológicos e frequentemente são violentados (dando lugar a clima de medo), sem num entanto satisfazerem as necessidades básicas das crianças como a alimentação, abrigo e cuidados de saúde, apesar dos recursos trazidos essencialmente pelas próprias crianças como fruto de longas horas de mendicidade nas ruas.

A maioria dos marabus que sujeitam as crianças a mendicidade forçada na capital guineense Bissau e nas zonas do leste e sul do país, assim como nas Regiões da vizinha República de Senegal (que faz fronteira com a Guiné-Bissau), os quais tive a infelicidade de os entrevistar pessoalmente no âmbito deste trabalho, apoiam em argumentos tais como: o mais importante nesta prática (mendicidade) é o ensinamento da humildade para os menores e por outro lado, os valores monetários e géneros da primeira necessidade recadados pelas crianças ajuda a suprir as necessidades alimentares dos talibés e pagar a renda do estabelecimento com os respetivos custos relacionados (a eletricidade, água, etc.). Mas, o que constatamos no terreno é que, os mestres obrigam as crianças desde os 4 anos de idade a mendigar nas ruas durante 12 a 14 horas diárias (das 6am as 19pm), com o pretexto de “ensinar humildade aos menores” ou de fazer face as despesas que acarreta uma escola interna. Alguns mestres chegam a afirmar que têm demasiados talibés para conseguir sozinho alimentá-los adequadamente, e por isso a mendigagem nas ruas são necessárias para suprir as necessidades alimentares das escolas corânica.

Afirmações que não corresponde com a realidade dos fatos vividos pelas crianças talibés, no dia a dia das crianças talibés; constatamos de que todos os valores monetários assim como os géneros de primeira necessidade recadados pelas crianças nas suas longas horas de mendigagens nas ruas, são exclusivamente do uso do mestre e sua família. As crianças, são utilizados na exploração da mendicidade para satisfazer todas as necessidades e caprichos económicos do mestre, sem se importar com o bem-estar dos pequenos, constituindo assim uma fonte de enriquecimento ilícito para o mestre e sua família.

Para tanto, o ato praticado pelo mestre é violador dos direitos da criança e pode sim consubstanciar em crime de tráfico de criança com a simples intenção do mestre de

recrutar, transportar, acolher, aceitar o menor com o intuito de exploração na mendicidade onde os lucros se reverte única e exclusivamente para o mestre e sua família.

2.1.2. Crianças Talibés, Práticas Religiosa e Direitos Perdidos

As crianças talibés, como viemos dizendo, são menores de entre 4 a 18 anos de idade e constituem fonte de provimento da economia dos seus mestres e sua família, isto porque são fixadas quotas diárias a levarem para o mestre que oscila entre os 250 a 1500 francos cfa (equivalente a 0,40 cêntimos e 2,30 euros) e na falta do mesmo acarreta graves violações a integridade física e psicológica do menor por parte do próprio mestre do alcorão. Esta imposição, demonstra claramente de que estas crianças são lhes negado o mais básico dos direitos fundamentais de um ser humano “o direito a dignidade humana”, acautelado por um conjunto de normas jurídicas Nacionais e Internacionais (a qual a Guiné-Bissau é Parte referidos no capítulo anterior).

A Guiné-Bissau, sendo um país Africano com as suas especificidades, resulta difícil a implementação de qualquer norma ou normas jurídicas que acautela direitos que vai contra alguma prática do vasto mosaico cultural ou costumes existentes no país. Estas especificidades de tradições, culturas, costumes, práticas religiosas, em muitos casos sobrepõe as leis ordinárias do país, apesar de estar expressamente proibido todas as práticas costumeiras que vai contra as leis, artigo 52.º nº 2 da CRGB e artigo 3.º do Código Civil Guineense.

Mesmo assim, podemos afirmar que a Guiné-Bissau está a caminhar a passos lentos, mas firmes para uma real efetivação dos direitos fundamentais de criança, fazendo parte de assinaturas e ratificação dos principais instrumentos Internacionais que visam proteger os direitos de criança e sobre tudo na elaboração e aprovação de Leis que proíbem e sancionam as práticas nefastas na sociedade guineense e sobre tudo as que vão dirigidas contra as mulheres e crianças. O exemplo maior do logro neste aspeto são os resultados conseguidos com a entrada em vigor da lei nº 14/2011, de 6 de julho, lei sobre a Excisão Feminina e sua efetiva aplicação, tendo este resultado surpreendente de forma positiva, no concernente a desencorajamento da prática de excisão feminina, costume este que lesa os direitos fundamentais da criança do sexo feminino que vê parte do seu corpo mutilada em nome de uma prática religioso que vá contra o plasmado nos instrumentos internacionais assim como na CRGB e nas leis ordenarias do país.

A prática da mendicidade a que as crianças são submetidas, é considerado como uma das mais novas formas de tráfico de menor, sendo o mesmo proibido tanto pelas Nações Unidas assim como pela maioria dos Países Membros. Neste sentido a Guiné-Bissau no tocante ao Tráfico de pessoas, foi aprovada a lei nº 12/2011, de 6 de julho, que visa prevenir e combater o tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças em todo o país, mas, a implementação na prática da referida lei, resulta quase nulo no que concerne ao tráfico de menor pese a presença das características do crime de tráfico de criança, a peculiar modo operandi e a presença do animo lucrativo que apresenta a mendicidade praticado pelas crianças talibés guineenses dentro e forra do território nacional, constituindo uma prática violador dos direitos de menor, contrarias ao estabelecidos nos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais.

Com tudo o preceito sobre o gozo pleno de todos os direitos e liberdades garantidos nos instrumentos jurídicos internacional, entre os quais a Carta Africana de Direitos Humanos

no seu artigo 5.º vem proibir todas as formas de exploração e a indignidade humana tal como o tráfico de pessoas; este preceito estabelece o seguinte: “Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos”. Este preceito não faz distinção entre a pessoa adulta ou menor de idade, quer dizer, a não violação da dignidade humana acautelado neste preceito diz respeito tanto a pessoa adulta assim como na pessoa do menor.

Mas, mesmo assim vemos as dificuldades na aplicação das normas que protege os compromissos internacionais assinados pelo Estado que acautela direitos fundamentais do menor e a efetivação das leis que visa punir a violação das mesmas, no caso específico das crianças talibés, por sua prática estar interligado a um costume religioso praticado por milhões de pessoas em todo o mundo que é o ensino corânico.

Muitas vezes os pais e encarregados de educação, movidos pelo instinto natural do dever de orientação e desejo de proporcionar o melhor para com os seus pequenos (seja inserindo-os no sistema nacional de ensino ou no sistema de ensino religioso), levem-no a não medirem as consequências que podem advir ao entregarem os seus educandos as pessoas que supostamente são de suas inteiras confiança para que este se encarregue da educação religioso do mesmo, mas com pleno conhecimento do carácter da mendicidade praticado dentro deste tipo de ensino; também está o fator da deficiência nacional na implantação do sistema de ensino nacional em zonas rurais do país e por outro lado, está o aspeto de extrema pobreza e sem ter como garantir os mínimos de cuidados necessários para o crescimento saudável de um menor dentro de um seio familiar numeroso, faz com que as crianças fossem entregues aos mestres de uma forma aparentemente livre e de espontânea vontade, quem passa a ficar sem a possibilidade de acompanhar o crescimento ou desenvolvimento do pequeno, cortando todo tipo de contacto ou vínculo com a criança, deixando assim o caminho livre para o mestre converter a criança em fonte de lucro para o seu bem-estar económico.

Por tanto, estes conjuntos de direitos e obrigações inerentes a proteger os direitos e bem-estar de uma criança para um desenvolvimento saudável, diverge com o cotidiano de uma franja de crianças de sexo masculino vistas nas principais cidades da Guiné-Bissau, principalmente na capital Bissau e regiões de Leste do país (Bafatá e Gabú), a deambularem pelas ruas como pedintes e com quotas previamente estabelecidos pelos seus mestres de alcorão e submetidos a diversos castigos em caso de não cumprimento do mesmo, em clara violação dos estabelecidos nestes instrumentos jurídico, a qual a Guiné-Bissau é parte.

“Será que a Guiné-Bissau, conta com ferramentas necessário para o combate deste flagelo nacional e (porque não internacional)”? Já que é praticamente endémica nos países da África Ocidental, ver nas ruas um vasto índice da população infantojuvenil de aspeto degradante como pedintes, apelidados de crianças talibés e muitos destas crianças são oriundos da Guiné-Bissau.

A nossa constituição de República, fixa no título II “os Direitos, Liberdades, Garantias e Deveres Fundamentais” dos cidadãos da Guiné-Bissau. Determina o artigo 24.º da CRGB o seguinte: “todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de raça, sexo, nível social, intelectual, ou

cultural, crença religiosa ou convicção filosófica”. Por outro lado, o artigo 52º do mesmo diploma, estabelece as liberdades e garantias da religião, o seu culto e ensino⁵⁰.

Estes dois preceitos dão-nos a sensação de segurança e bem-estar na sociedade guineense e a aplicação efetivo de estes direitos a um menor, estaríamos a garantir um excelente desenvolvimento sociocultural e religiosa do mesmo. Mas no caso sub-judice, apesar do nº 2 do artigo 52.º da Constituição da República estabelecer que: “A todos é reconhecida a liberdade de culto, que em caso algum poderá violar os princípios fundamentais consagrados na Constituição”; na realidade ainda existe inúmeros atos e ações derivados de culto religioso contrários aos princípios fundamentais consagrados neste diploma, tais como as práticas nefastas de excisão feminina, o método usado no ensino corânico que obriga uma criança a mendicância e trabalhos forçados em nome da humildade, crianças nascidas com deficiências genéticas que são mortas nos rituais negros por não serem considerados pessoas humanas, entre muitas outras violações dos direitos enunciados na Carta Magna e nos instrumentos internacionais que deveriam ser acautelados.

Mas também, o artigo 49.º nº 1 da Constituição da República da Guiné-Bissau, determina que, “Todo o cidadão tem o direito e o dever da educação”. Quer dizer, segundo a CRGB não só a pessoa do menor é que tem o direito a educação si não que o mesmo foi mais longe garantindo o direito e o dever da educação para todos os cidadãos, sem importar a idade; por tanto, a CRGB garante o direito a educação, seja qual for a orientação religiosa da criança e do ensino a que deve seguir, (podendo ser o sistema nacional do ensino, assim como o sistema do ensino religioso) o facto é que todas as crianças de uma forma igual e sem importar a raça, cor ou religião, têm o mesmo direito de frequentarem o ensino educacional. E ainda a CRGB garante a liberdade de ensino de qualquer religião praticada no âmbito da respetiva confissão (vide o artigo 52.º nº 3 da CRGB).

Mas o plasmado nestas normas divergem com a nossa realidade, porque para as crianças talibés estes direitos são simplesmente direitos perdidos. Isso porque, basta vermos o quotidiano de estas crianças no país, para darmos conta de que estes princípios fundamentais são sistematicamente violados em primeiro lugar pelo Estado, com a não aplicação do estabelecido no artigo 49.º da CRGB que é garantir a educação a todos os cidadãos incluindo os cidadãos das zonas rurais do país devido a fraca implementação de um sistema de ensino em todo o território nacional, deixando milhares de crianças sem uma perspectiva de acesso ao ensino, obrigando a deslocação para longe das suas habitações em busca tanto do sistema nacional do ensino assim como do sistema de ensino religioso e como si não bastasse, ainda temos a precária situação socio-económica das famílias guineenses.

Estas fragilidades, traz consigo o aproveitamento de pessoas com carácter declinado para o mundo do crime, que se aproveitam das fragilidades do sistema político e educacional do país e a vulnerabilidade das vítimas, que em vez de enveredarem pela educação religiosa das crianças a que foram confiados, optaram em lucrar-se com a presença destas e fazem deles a fonte de riqueza submetendo os mesmos a mais cruéis das práticas desumanas, contrárias aos seus direitos enunciados na CRGB e nas demais leis ordinárias,

⁵⁰ Artigo 52.º da CRGB, estabelece: 1. A liberdade de consciência e de religião é inviolável. 2. A todos é reconhecida a liberdade de culto, que em caso algum poderá violar os princípios fundamentais consagrados na Constituição. 3. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticada no âmbito da respetiva confissão.

fazendo com que estas crianças crescem num ambiente totalmente desprovidos dos seus direitos fundamentais para um bom crescimento infante juvenil.

Mas, para fazer fase a todos os atos acima descritos no concernentes as violações dos direitos de menor, violações estas que muitas vezes acarreta uma responsabilidade criminal por parte dos seus praticantes, principalmente aos atos ilícitos praticados e camuflados numa prática protegida pela CRGB como a “liberdade do exercício da religião” (o trabalho forçado realizado pelas crianças talibés no âmbito religioso de estudos corânico) ou outras práticas nefastas praticadas em nome de usos e costumes (exemplo o casamento forçado), o sistema judiciário guineense conta com a lei n.º 12/2011, de 6 de julho, para prevenir, reprimir e combater todas estas práticas que na realidade são crimes contra a pessoa do menor e que mexe com a dignidade desta.

Pelo que, na medida do possível, podemos afirmar de que a Guiné conta com instrumentos jurídicos necessários para combater a prática da exploração laboral de menor e assim, acautelar os seus direitos plasmados na CRGB e em demais instrumentos jurídicos nacionais e internacionais em matéria da criança.

Para tanto, só resta na prática, a implementação efetiva destes instrumentos jurídicos para salvaguardar os direitos e bem-estar dos pequenos, tornando assim o impossível no possível, quer dizer devolvendo a dignidade a todas as crianças exploradas e em especial aos chamados “Crianças Talibés”, que estão totalmente desprovidos de quaisquer Direitos e Bem-Estar como pessoa humana e em especial como criança, vendo sistematicamente os seus Direitos violados por aqueles que detêm o dever de proteção, principalmente os pais, encarregados de educação e o próprio Estado guineense.

2.2. A Mendicidade no Tráfico de Menor

A “Mendicidade” é uma de entre muitas formas de tráfico de pessoas, que se encontra numa fase de ascensão principalmente na Costa Ocidental de África, com a prática de utilização de crianças para fins da exploração na mendicidade, praticado em nome da religião muçulmana como parte da formação do ensino corânico.

A Lei n.º 12/2011 de 6 de julho de 2011, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas em especial mulheres e crianças na Guiné-Bissau, peca não só pela tardia da sua entrada em vigor, mas também, pela exclusão de algumas práticas tradicionais, culturais e religiosos cujas práticas é contraria as normas estabelecidos nos ordenamentos jurídicos do país, que se enquadra perfeitamente dentro dos parâmetros do crime de tráfico de pessoas, principalmente no concernente ao crime de tráfico de crianças, como por exemplo a « exploração da Mendicidade» das crianças talibés.

No âmbito internacional, a *mendicidade* se encontra definida na Convenção n.º 29, adotada em 28 de junho de 1930, pela Conferência Geral, da Organização Internacional do Trabalho, na sua 14ª reunião⁵¹ e a nível Europeu a mendicidade esta definida na Diretiva n.º 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, como: “trabalho forçado ou obrigatório” designa todo trabalho ou serviço exigido a um

⁵¹http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-esravo/convencao_n_29.pdf «consultado no dia 17 de Novembro de 2017»

indivíduo, sob a ameaça de uma pena qualquer, e para o qual esse indivíduo não se oferece voluntariamente.

No âmbito nacional, a mendicidade é tipificada nos ordenamentos jurídicos internos como um dos elementos do crime de tráfico de pessoas (crianças), tendo como exemplos:

Portugal, onde a criminalização da mendicidade no crime de tráfico de pessoas, em especial de criança, consta nos termos do artigo 160.º n.º 1 e 2 do código penal.

Outro exemplo da criminalização da mendicidade no tráfico de pessoas /crianças, é no ordenamento jurídico senegalês, através do artigo 3.⁵² du Loi n° 2005-06 du 10 mai 2005 relatif à la lutte contre la traite des personnes et pratiques assimilées et à la protection des victimes.

No México, a criminalização da mendicidade consta do artigo 24.⁵³, da Lei Geral para Prevenir, Sancionar e Erradicar os Delitos em matéria de Trata de Pessoas e para a Proteção e assistência as Vítimas destes Delitos (publicada no Diário Oficial da Federação de 19/03/2014), a lei mexicana define a mendicidade como: Se entiende por explotación de la mendicidad ajena, obtener un beneficio al obligar a una persona a pedir limosna o caridad contra su voluntad, recurriendo a la amenaza de daño grave, un daño grave o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, o el engaño. Si se utiliza con los fines del párrafo primero de este artículo a personas menores de dieciocho años, mayores de setenta, mujeres embarazadas, personas con lesiones, enfermedades o discapacidad física o psicológica, se impondrá pena de 9 a 15 años de prisión y de un mil a 25 mil días multa, entre outros.

Nos últimos anos a exploração da mendicidade é considerado crime de tráfico de pessoas, em especial mulheres e criança, em vários Países Partes da Convenção de Palermo, mas a luta pela sua criminalização não é de hoje: tomaremos Portugal como exemplo desta luta que desde 1947, através do decreto lei n.º 36448, que a mendicidade é criminalizado não como crime de tráfico de pessoas, mas sim como crime autónomo com uma pena de prisão de até seis meses e com uma acrescida medida de segurança de internamento nas casas de trabalho (vide o artigo 260.º do código penal de 1886); aqui *o bem jurídico protegido era só a solidariedade ou caridade pública e a ordem e tranquilidade públicas*. Na época, a mendicidade era tida por muitos autores como comportamentos associiais.

Porem, muitos autores viam a mendicidade “qua tale” como um fenómeno social que deve ser eliminado por outros meios e não por via do penal; sendo assim, o código penal

⁵²<https://www.ofnac.sn/resources/pdf/Lois/LOI%20RELATIVE%20A%20LA%20TRAITE%20DES%20PERSONNES.pdf>

Art. 3.º - Quiconque organise la mendicité d'autrui en vue d'en tirer profit embauche, entraîne ou étourne une personne en vue de la livrer à la mendicité ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle mendie ou continue de le faire est puni d'un emprisonnement de 2 à 5 ans et d'une amende de 500 000 francs à 2 000 000 francs. Il ne sera pas sursis à l'exécution de la peine lorsque le délit est commis à l'égard d'un mineur, d'une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge ou de son état de santé ayant entraîné une déficience physique ou psychique, de plusieurs personnes, de recours ou d'emploi de contrainte, de violences ou de manœuvres dolosives sur la personne qui se livre à la mendicité.

⁵³ https://es.wikipedia.org/wiki/Trata_de_personas_en_M%C3%A9xico Art. 24.º - Será sancionado con prisión de 4 a 9 años y de 500 a 20 mil días multa, a quien utilice a una persona para realizar actos de mendicidad. Si se utiliza con los fines del párrafo primero de este artículo a personas menores de dieciocho años, mayores de setenta, mujeres embarazadas, personas con lesiones, enfermedades o discapacidad física o psicológica, se impondrá pena de 9 a 15 años de prisión y de un mil a 25 mil días multa.

de 1982 acolheu a criminalização da “utilização de menores na exploração da mendicidade” nos termos do artigo 284.º, estatui que: “Quem explorar menor de 16 anos, (ou inimputável), utilizando-o para a mendigar, será punido com pena de prisão de seis meses a dois anos”. Aqui (no código penal de 1982 e logo depois na revisão do código penal de 1995) o bem jurídico protegido passou a ser a *dignidade humana da pessoa do menor ou (do psicicamente incapaz), instrumentalizado na mendicidade em proveito alheio*. No mesmo sentido vão alguns autores Espanhóis, como Carbonel Mateu, González Cussac e Muñoz Conde, escrevem que o bem jurídico protegido é a dignidade humana do menor, pelo fato de que o punido não é a prática da mendicidade, mas sim a utilização do menor por um terceiro que obtém benefícios com a prática⁵⁴; quer dizer, que o que esta em causa não é a repressão da mendicidade, mas sim a utilização abusiva que dela se faz.

A revisão do referido código penal (de 1982), trazia no anteprojeto notáveis modificações que incriminava a «utilização de menores na exploração da mendicidade», e com uma pena de até nove meses de prisão.

Neste sentido, o Professor Figueiredo Dias, levantou dúvidas sobre a dignidade penal e a necessidade de punir penalmente a conduta de mendicidade, sendo estes pressupostos essenciais para punir penalmente a conduta de mendicidade.

O autor Cunha Rodrigues, defende a criminalização da mendicidade com base na circunstância de esta ser o “único meio dissuasor”⁵⁵ da prática de mendicidade.

Por outro lado, o Professor Sousa e Brito, opôs-se a manutenção da criminalização da utilização de menores ou incapazes na mendicidade, considerando que “a mendicidade é um problema social”⁵⁶.

Já, o autor Costa Andrade, posicionou-se pela manutenção da criminalização da mendicidade, com base na consideração de que, com este artigo, “não se pune a mendicidade em si, mas a exploração da criança, o abuso ilegítimo contrário à dignidade da criança”⁵⁷.

Sendo este ultimo, a consideração que se manteve, passando a epígrafe do artigo de utilização de menor na exploração da mendicidade” constante na versão do código penal de 1982 e da proposta de revisão pela epígrafe “exploração de menor na mendicidade”, tal como consta na altura, nos termos do artigo 296.º do código penal português⁵⁸ e com uma pena de até três anos de prisão.

⁵⁴ CARVALHO, Américo Taipa De. Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora. Pág. 1127.

⁵⁵ CARVALHO, Américo Taipa De. Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora. Pág. 1127.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem, Abdem.

⁵⁸ Artigo 296.º do código penal português, estabelece: “Quem explorar menor de 16 anos ou pessoa psicologicamente incapaz, utilizando-o para mendigar, é punido com pena de prisão até 3 anos”. CARVALHO, Américo Taipa De. Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora. Pág. 1126 e 1127.

Atualmente a mendicidade como crime autónomo é punido a *utilização de menor na mendicidade*, já que a palavra exploração foi substituída por utilização pela lei n.º 59/2007, para melhor alargar o âmbito de punibilidade.

Num entanto e com o evoluir do sistema jurídico português e na base dos compromissos assinados a nível internacional referente ao combate do crime organizado transnacional, e sendo a mendicidade obrigatória, uma das formas do crime de tráfico de seres humanos, a exploração de menor na prática de mendicidade com fins lucrativos, passou desde 2013 a ser punido como crime de tráfico de pessoas, em especial de criança, nos termos do artigo 160.º n.º 1 e 2 do código penal, com uma pena muito mais gravosa do que a punição do crime de utilização de menor na mendicidade constatare nos termos do artigo 296.º do código penal cujo o agente é punido com pena de prisão de até três anos.

O tráfico de crianças está diretamente associado a uma exploração posterior por outras pessoas, em clara violação de seus direitos fundamentais. Geralmente as crianças são forçadas a ganhar dinheiro para outro, trabalhando. E, no caso de recém-nascidos vítimas de tráfico de crianças para fins de mendicidade, a satisfação das pessoas que os controlam é o animo de lucro.

Qual é o meio mais utilizados pelos traficantes para a concretização do ato de tráfico de crianças para a exploração da mendicidade dentro do conceito de tráfico de pessoas? Será estes meios suficientes para considerar a mendicidade como uma das características do tráfico de criança? Consta que a legislação guineense não criminalizou a mendicidade. Será possível a responsabilização criminal dos agentes que utilizam as crianças talibés estudantes do alcorão na exploração da mendicidade com animo lucrativo? É necessária criminalização desta prática na Guiné-Bissau? Tentaremos responder estas e demais questões referentes as crianças talibés praticantes da mendicidade no crime de tráfico de menor.

A mendicidade como uma das tantas características do tráfico de pessoas, quando se trata de vítima criança a sua criminalização é uma questão de suma importância principalmente para os países de Costa Ocidental de África, já que o mais novo fenómeno do tráfico faz parte da nossa convivência diária com os chamados crianças talibés a mendigarem nas ruas dia pós dia, cuja prática põe em causa a dignidade dos pequenos e constitui uma das ofensas a integridade física e psíquica para o desenvolvimento responsável dos menores.

Como já vimos, qualquer dos crimes contra a pessoa do menor põe em causa a dignidade da pessoa humana, pelo que se deve procurar descobrir o ratio da tutela penal, para poder determinar qual é a específica ou concreta dimensão da dignidade humana que o tipo legal visa proteger; para a doutrina, quando esta em causa a dignidade humana como bem protegido, deve-se tentar ir um pouco mais além do que a simples afirmação de que este tipo legal protege a dignidade humana da criança, sem antes determinar a concreta dimensão da dignidade humana que é afetado; porém, só no crime de escravidão é a onde não se possa especificar a dimensão da personalidade que é protegido pelo respetivo tipo legal de crime, sendo no crime de escravidão a própria dignidade humana que é afetada em si mesma e na sua totalidade.

Mas no caso de crime de exploração de menor na prática da mendicidade, afirma o autor Américo Taipa de Carvalho de que nesta modalidade não pode dizer-se que se agride a totalidade da raiz da dignidade humana; por exemplo no crime de maus tratos sobre menores (art. 152.º-A cp), a dignidade humana atingida é na dimensão da saúde.

Sendo assim, qual é o bem jurídico específico e concreto protegido no caso de crime de exploração de menor para fins da mendicidade?

Mas, para o autor supramencionado, no caso da utilização de menor na mendicidade, o bem jurídico protegido é o direito a um normal e socialmente saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou adolescente, direitos estes que são lesados pela utilização destas categorias de pessoas na mendicidade.

Será esse, o bem jurídico protegido na prática de exploração de menor para fins da mendicidade obrigatória, no crime de tráfico de criança?

Hora bem, a Diretiva n.º 2011/36/EU, de 5 de Abril de 2011 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, no seu considerando 11⁵⁹, estabelece que “a mendicidade forçada deverá ser entendida como uma forma de trabalho ou serviços forçados, tal como definidos na Convenção n.º 29 da OIT de 1930 sobre o trabalho forçado ou obrigatório⁶⁰”.

Por conseguinte, a exploração da mendicidade, incluindo a utilização de uma pessoa traficada e dependente na mendicidade, só é abrangida pelo âmbito da definição do tráfico de seres humanos quando estejam reunidos todos os elementos do trabalho ou serviços forçados”. Sendo que a mendicidade consiste numa modalidade da exploração laboral, onde o consentimento é considerado irrelevante, principalmente quando esta em causa um menor.

Porem, no trabalho forçado ou qualquer outra modalidade do tráfico de seres humanos, basta estar envolvido uma criança, que tanto o consentimento como o não uso de qualquer outra forma de coerção, é irrelevante, preenchendo assim os pressupostos do crime de tráfico.

Vimos também, que a mendicidade *por si só*, não é penalmente proibida, mas sim, a exploração de menor na mendicidade, onde o único titular do bem jurídico protegido e o único sujeito passivo do crime é o menor. Neste sentido, os bens jurídicos protegidos pela incriminação do tipo legal deste crime, é a dignidade e o desenvolvimento responsável do menor, (e não a solidariedade ou caridade pública, como foi pensado pelos nossos ilustres deputados da nação a quando da aprovação da lei 12/2011, de 6 de julho, que originou a exclusão da incriminação do crime de exploração de criança na mendicidade). Neste âmbito, faz todo sentido a localização do crime de exploração de mendicidade no

⁵⁹ A fim de responder à evolução recente do fenómeno do tráfico de seres humanos, a presente diretiva adota um conceito mais amplo de tráfico de seres humanos do que a Decisão-Quadro 2002/629/JAI, passando a incluir novas formas de exploração. No contexto da presente diretiva, a mendicidade forçada deverá ser entendida como uma forma de trabalho ou serviços forçados, tal como definidos na Convenção n.º 29 da OIT de 1930 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório. Por conseguinte, a exploração da mendicidade, incluindo a utilização de uma pessoa traficada e dependente na mendicidade, só é abrangida pelo âmbito da definição do tráfico de seres humanos quando estejam reunidos todos os elementos do trabalho ou serviços forçados. À luz da jurisprudência relevante, a validade do eventual consentimento dado à prestação desse trabalho ou desses serviços deverá ser avaliada caso a caso. Contudo, quando esteja em causa uma criança, o eventual consentimento nunca deverá ser considerado válido.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF> «consultado no dia 22 de Novembro de 2016».

⁶⁰ Artigo 2.º - 1. Em consequência da presente Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designa todo trabalho ou serviço exigido a um indivíduo, sob a ameaça de uma pena qualquer, e para o qual esse indivíduo não se oferece voluntariamente.

http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_n_29.pdf «consultado no dia 22 de Novembro de 2016».

tráfico de criança, constante no título de crimes contra as pessoas, por si tratar de um crime que mexe com a dignidade humana da pessoa traficada.

Por outro lado, o crime de utilização de menor na mendicidade é um crime de perigo abstrato quanto ao grau de lesão do bem jurídico, aqui, o perigo, seria entendido como a probabilidade de lesão a um bem jurídico-penal tutelado. O legislador ao criar a figura do perigo, neste sentido ele está proibindo que se pratique ou que se deixe de praticar determinada conduta, entendendo que tal conduta tem o dom de lesar bens jurídicos; (por exemplo, o pai que entrega o seu filho a um terceiro para fins de mendicidade mediante uma contrapartida; e um segundo hipótese, está o professor de alcorão que recebe um menor das mãos do pai para fins de estudos, mas que na realidade é para ser explorado na prática de mendicidade).

Na primeira hipótese, o perigo reside na *entrega* do menor a um terceiro, neste caso o pai que detém o dever de educação e de cuidados sobre o menor não o faz, comete este crime por ação de entrega do menor mediante uma contraprestação a um terceiro dando início ao processo de exploração do menor.

Por outro lado, na segunda hipótese, o perigo reside no recebimento do menor, sendo o terceiro quem dá o início ao processo de exploração do menor, podendo fazer cessar essa exploração a todo o momento. Por isso é que o legislador entende que o crime de perigo é um antecedente do crime de dano. Por conseguinte, pune-se o comportamento perigoso com a intenção de futuramente evitar o crime de dano; e também é considerado crime de mera atividade (quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação) por si tratar de uma presunção legal absoluta de perigo, onde o legislador aplica a pena à aquela conduta por considerar que ela seja perigosa, só pelo fato de entender que houve proximidade do perigo ao bem jurídico tutelado.

Tratando-se de um crime de mera atividade, o fato não inclui a omissão, mas para o Professor Américo Taipa de Carvalho, mesmo sendo crime de mera atividade, a omissão existirá pelo simples fato de o pai ou o responsável do menor ter o conhecimento da prática de mendicidade e não ter feito nada para impedir o ato e ainda por cima aceita os valores monetários ou coisas provenientes da mendicidade praticado pelo menor ou quando uma terceira pessoa utiliza o menor para mendigar em seu proveito próprio e os pais sabendo-o, não o impedem. Neste caso, para o autor, verifica-se o crime de omissão por parte dos mesmos.

Hora bem, referente as crianças talibés, os pais que dão os seus educandos para um terceiro com intuito de frequentarem uma formação religioso, têm conhecimento da probabilidade daquela criança ser submetido a prática de mendicidade, pelo fato de pedir esmola ou trabalhar nos campos de lavoura no âmbito dos estudos corânicos fazer parte do ensinamento naquele tipo de formação.

Por tanto, a minha humilde opinião, vai em conformidade com a posição do Ilustre Doutor Taipa de Carvalho, em que nestes termos, verifica-se o cometimento do crime de exploração de menor na mendicidade por omissão. Sendo assim, os pais e equivalentes que entregam os seus educandos nestes termos, podem sim, serem responsabilizados pelo crime de tráfico de menor na exploração da criança na mendicidade por omissão.

O tipo objetivo consiste na utilização de menor na mendicidade. Mas, sendo o menor utilizado na exploração de mendicidade dentro do crime de tráfico de criança, este passa a ser um crime de execução livre, onde os meios de qualquer tipo de coerção utilizada para o cometimento do crime, constitui uma forma qualificada do crime, são eles a

atuação profissional e a atuação com intenção lucrativa, neste último o crime de tráfico é um crime de resultado cortado.

A mendicância tal como define o código penal português, é a prática habitual de ato ou o conjunto de atos pelo qual uma pessoa solicita a outra ou outras pessoas bens económicos (dinheiro ou outras coisas como alimentos, produtos de primeira necessidade, roupas, etc.) com vista a prover ao sustento do pedinte, fazendo apelo a sentimentos de caridade. Aqui a exploração de menor não deixa de se afirmar só pelo fato de os pais não terem os rendimentos indispensáveis a não ser através da mendicância, e nem é necessário que a mendicância seja lucrativa, mesmo assim a utilização de menor na mendicância como um crime autónoma preenche sempre o crime de utilização de menor na mendicância, tal como estatui o artigo 296.º do código penal. O tipo objetivo admite qualquer modalidade do dolo.

No referente a participação rege-se pelas regras gerais, uma vez que o crime de utilização de menor na mendicância é um crime comum. O pai que “aluga” o filho a terceiro para mendigar ou o pai que entrega o filho a terceiro para fins de formação, mas sabendo de antemão que o mesmo será utilizado na exploração de mendicância (mesmo que não saiba do exorbitante valor lucrativo gerido única exclusivamente para aquele terceiro) é cúmplice na mesma no crime cometido pelo terceiro.

Por outro lado, este conceito dado pelo código penal português, na minha opinião é discutível a parte em que o “resultado do pedido é com vista a prover ao sustento do pedinte”; discutível porque quando se trata de crianças talibés, os resultados da mendicância são exclusivamente para prover o sustento do mestre e sua família, neste caso, os mestres chegam a alcançar um nível de vida elevado na sociedade onde vivem por causa do elevado valor lucrativo que gere a mendicância das crianças talibés.

Neste tipo de ilícito não é necessário um período de duração mínima da atividade, bastando a colocação do menor a pedir para o proveito de outrem, gerindo lucros para o mesmo. Tanto no crime de utilização de menor na mendicância como na exploração de criança na mendicância no crime de tráfico, o agente comete tantos crimes quantas as pessoas que ele utiliza para o efeito, havendo assim concurso efetivo dos crimes.

Tanto o crime de utilização de menor da mendicância (quer na exploração do menor ou em relação a prática da mendicância pelo menor) como no crime de tráfico de criança na exploração para fins da mendicância, o tipo admite dolo; bastando o dolo eventual no caso da exploração por omissão, enquanto que o crime de tráfico, o tipo subjetivo admite todo tipo de dolo, salvo no tocante a conduta ardilosa ou fraudulenta que é incompatível com o dolo eventual.

Por conseguinte, a prática de mendicância tanto na exploração por ação ou por omissão, como na exploração do menor no crime de tráfico de crianças para fins da mendicância, o tipo subjetivo inclui ainda um elemento típico subjetivo implícito que é a intenção de exploração de trabalho do menor para fins lucrativos.

A inexistência de rendimentos ou meios de os obter não exclui a tipicidade da conduta de exploração ou aproveitamento de menor na prática da mendicância, poderá numa eventualidade haver situações em que os pais ou terceiros utilizem justificadamente a prática da mendicância pelos seus filhos ou menor a seu cargo, neste caso deve haver sim uma exclusão da própria tipicidade e não só a exclusão da ilicitude; enquanto que na prática de exploração de menor para fins da mendicância no tráfico de criança, aqui o cometimento deste crime não admite qualquer causa de justificação, mesmo o

consentimento dado pela vítima resulta irrelevante, tal como consta expressamente dos ordenamentos internos e internacionais supra mencionados.

Quanto a tentativa no crime de utilização de menor na mendicidade não é punível, por força do disposto no artigo 23.º n.º 1 do código penal e pelo conceito da mendicidade que pressupõe uma reiteração continuada do ato de mendigar, contrário do crime de exploração de menor para fins da mendicidade no tráfico de criança, onde a tentativa é punível em termos gerais.

A exploração para fins da mendicidade de uma criança constitui o crime de tráfico de menor e a sua criminalização é essencial, por si tratar de uma camada da população que por sua tenra idade não consegue se defender contra qualquer tipo de violação e maltratos.

2.2.1. A Exploração no Crime de Tráfico de Pessoa

A entrega diária por parte das crianças talibés de uma quota fixado pelo mestre corânico após uma jornada de aproximadamente 12 horas de mendigagem nas ruas para o proveito próprio do mestre, consubstancia ou não a exploração para fins da mendicidade?

A exploração significa uma conduta de aproveitamento, de instrumentalização de algo ou alguém para conseguir determinados fins⁶¹. A figura da exploração, se verifica no crime de tráfico de seres humanos, sim embargo a sua definição é nulo no código penal guineense, mas a lei n.º 12/2011, de 6 de julho, que visa a prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, não nos deu uma definição global da exploração, mas sim, definiu cada uma das diferentes tipos de exploração que se verifica no conceito de tráfico de pessoas, tais como a definição da exploração de trabalho forçado, a exploração de sexual, pornografia, prostituição, escravatura e a servidão por dívida; deixando como conceitos indeterminados a exploração que se verifica com o casamento forçado e a extração de órgãos.

O código penal português, tampouco definiu a exploração em si, este apenas fez uso dos conceitos indeterminados tais como: a exploração sexual, exploração de trabalho, casamento forçado, extração de órgãos, escravidão ou práticas similares, assim como a servidão.

Num entanto, podemos ver que no conceito do tráfico de pessoas e na definição das varias formas de exploração constantes na lei n.º 12/2011, de 6 de julho, não se encontra a mendicidade ou a exploração da mendicidade como uma das modalidades de tráfico de pessoas; pelo que no meu entender a lei n.º 12/2011, peca por deixar de fora a exploração que incide na prática da mendicidade, porque esta modalidade de exploração é praticado em nome da religião pelas crianças talibés, gerindo avultados lucros para os seus agentes e se enquadra perfeitamente como um crime de tráfico de crianças. Até porque esta nova modalidade de exploração de menor se proliferou em todo o país com crianças na situação de precariedade e mesmo assim é aceite pela sociedade já que é visto como parte do ensino corânico da religião muçulmana.

Sabendo que, a exploração para fins da mendicidade em si, assenta na grave violação dos direitos humanos e mesmo que a sua definição não esteja clara na nossa legislação, como

⁶¹ CARVALHO. Américo Taipa De. Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial Tomo II Coimbra Editora, pág. 1130.

dizia, pode-se fazer uso do conceito da exploração de trabalho forçado, para alcançar o enquadramento do tipo de exploração praticado contra uma criança talibé.

Vejam os exemplos (constante no subtítulo 2.3.2, do capítulo 2) da criança que num princípio, emigrou em busca de melhores condições de vida, de repente foi entregue a um marabu para a formação religiosa do ensino corânico e este muda a sua rotina completamente ao ser obrigado a mendigar nas ruas para o proveito do seu mestre em vez de frequentar a escola corânica para o qual foi confiado, e como se não bastasse com a prática da mendicância o menor é submetido a precariedade da situação de habitabilidade, a miséria, as violências corporais e psicológicas, a falta de saneamento básicos, as doenças e em muitos casos a morte. Por isso é que torna impossível não considerar esta prática, como sendo um dos mais abomináveis atos de violação dos direitos humanos e em especial a violação da dignidade da criança como pessoa humana.

Estariamos ou não perante um caso de exploração para fins da mendicância no crime de tráfico de criança?

Até porque atualmente, muitos Estados, como: Portugal, Brasil, México, o próprio Senegal, entre outros, considera a mendicância obrigatória, como uma das formas de tráfico de criança, cujo crescimento é alarmante, principalmente na nossa sub-região (CEDEAO) onde a criminalização deste fenómeno nos ordenamentos jurídicos interno seria uma mais valia na luta contra este ilícito.

Hora bem, o exemplo acima exposto, é a típica situação em que o (i)migrante é quem procura o traficante para o auxiliar (sendo neste caso de menor) para lhe ajudar com a educação da criança imigrante, poupando o traficante todo o trabalho de preparação, identificação, recrutamento e transporte da vítima do tráfico.

Porem, este exemplo é só uma das tantas formas de recrutamento e transporte de crianças para fins de exploração na mendicância e em este caso específico, trata-se de um caso que começou como uma imigração ilegal e que se vê convertido num dos atos mais repugnantes do crime de tráfico de criança. Podendo assim, requalificar esta situação como sendo tráfico de criança e não a um mero ato de imigração ilegal.

Até porque, o Protocolo de Palermo estabelece no artigo 2.º al. c) que o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou a recolha de uma criança menor de 18 anos de idade, para fins de exploração são considerados como tráfico de pessoas, mesmo se não tiver sido utilizado qualquer dos meios enunciados na alínea a) como a coação, a fraude, a violência, o engano, etc. Portanto, só pelo fato de o mestre ter recolhido a criança nas mãos daquele familiar, sem a utilização de qualquer dos meios acima mencionado, bastando a intenção de explorá-lo na prática de mendicância com animo lucrativo, já estariamos perante o ilícito de tráfico, quanto mais o concernente a exemplo acima exposto onde o menor é privado de todas as condições normais de habitabilidade, de condições de higiene, alimentação, propensos a maltratos físicos e psicológicos e sobretudo submetido a prática contínua de exploração para fins da mendicância nas ruas com animo lucrativo! neste sentido estamos perante um crime consumado com a realização do propósito final que é a exploração da criança com animo lucrativo.

Não estando a exploração para fins da mendicância tipificada na lei de tráfico de pessoas como crime, mas sim, a exploração de trabalho forçado, podemos então dizer que estamos na posse de elementos suficientes para o enquadramento como crime de tráfico de menor nesta modalidade tipificada pela lei 12/2011, de 6 de julho.

Apesar de o protocolo sobre o tráfico, não ter definido a exploração, deixando esta tarefa para os ordenamentos jurídicos internos de cada Estado, onde cada um poderia adaptar o

seu conceito conforme as suas especificidades internas, para este instrumento jurídico, a exploração envolve a privação de liberdade e de direitos humanos básicos; e em caso das crianças talibés que praticam a mendicidade todos os dias nas ruas, baixo as intempéries da natureza, são privados dos seus direitos mais elementares, sendo explorados economicamente e por outro lado, são inseridos numa comunidade distinta daquela onde a pessoa vivia antes de ser recrutado, transportado ou enganado, sendo que, as vítimas (na sua maioria) são movidas para o exterior, desconectados de suas famílias e suas línguas, tornando-se totalmente dependentes para o traficante que os controla e maneja conforme a sua vontade, estando assim, perante uma flagrante violação dos direitos humanos.

A exploração é um dos elementos importantes na hora da identificação, enquadramento e punição da prática da mendicidade de menor no crime de tráfico de criança, assim como os demais elementos do tráfico como o aproveitamento da situação de vulnerabilidade da vítima, o consentimento e o engano.

Si um caso preencher os requisitos que caracteriza o crime de tráfico de seres humanos na modalidade da exploração para fins da mendicidade praticadas pelas crianças talibés, poderemos afirmar estar perante um crime de tráfico de menor cujo enquadramento seja possível conforme a definição do tráfico de pessoas dada nos termos do artigo 3.º e sua punição nos termos do artigo 4.º e seguintes ambos da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças na Guiné-Bissau?

É o que pretendemos demonstrar ao longo deste trabalho; sendo que, as crianças talibés estudantes de alcorão são obrigados a ganhar dinheiro nas ruas como pedintes para o sustento e bem-estar dos seus mestres e suas famílias. Esta prática que cresce cada vez mais na Guiné-Bissau e nos países vizinhos vai gerindo elevados lucros para os seus agentes que são os marabus ou mestres do alcorão encarregados de ensinamentos do alcorão aos rapazes menores da religião muçulmana, mas, em vez de frequentarem as dhaaras, estes são submetidos a exploração da mendicidade forçada com animo lucrativo.

Mais uma vez pergunto: um menor nestas condições é vítima ou não do tráfico de criança?

2.3. Do Tráfico de Pessoas

Quando pensamos em tráfico de Seres Humanos, logo vem à mente a imagem de um grupo de pessoas presas, acorrentados e fazendo vontade de alguém. No entanto, as correntes que outrora prendiam escravos dominados pelas disputas entre os povos, hoje dá lugar a uma escravidão moderna, arquitetada por quadrilhas bem estruturadas e que atuam internacionalmente, dando-lhe o carácter transnacional.

O tráfico internacional de pessoas existe desde a antiguidade, e continua a vigorar ainda no século XXI. Atualmente confunde-se com outras práticas criminosas e não se presta apenas a exploração de mão de obra escrava, e, é considerado um ato repugnante que vai contra a dignidade humana.

O tráfico de pessoas além de uma violação aos direitos humanos é uma clara violação ao Estado Democrático, pois atenta contra os princípios básicos garantidos na Constituição dos estados democráticos.

Atualmente este ilícito assumiu proporções assustadoras sendo considerado a terceira atividade ilícita mais rentável do mundo.

O tráfico de pessoas, sendo uma atividade económica ilícita, a dúvida é: quem são os principais lesados com a prática deste ato ilícito, os países subdesenvolvidos ou aquelas mais ricas do planeta? Hoje em dia, o tráfico de pessoas, cresce em todo o mundo e a questão da exploração humana diz respeito tanto às nações mais pobres, onde as vítimas geralmente são recrutadas, quanto àquelas mais ricas, sendo eles os principais mercados consumidores desses serviços e as principais vítimas no mundo deste crime, são mulheres e crianças.

De acordo com o levantamento do escritório das nações unidas contra drogas e crime (UNODC), o tráfico internacional de mulheres e crianças movimentada, anualmente cerca de sete a nove bilhões de U\$.

2.3.1. Estatística Global sobre o Tráfico de criança

Apesar da estatística não constituir objeto deste trabalho, veremos em parte alguns dados oficiais da evolução do tráfico de pessoas, para podermos situar melhor na quantidade das crianças vítimas do tráfico em todo mundo, mas principalmente na África Subsariana.

O tráfico de criança, assim como o tráfico de pessoas em geral, ganhou um contorno importante no mundo de tráfico, tendo subido para o terceiro lugar de entre os crimes mais horrendos da nossa sociedade; o seu crescimento é alarmante segundo o relatório mundial sobre o tráfico de pessoas recentemente apresentado pelo departamento das Nações Unidas contra a droga e o crime (UNODC).

Segundo dados do Relatório Mundial sobre o tráfico de pessoas do ano de 2012⁶², “entre 2007 e 2010, as crianças representam um total de 10% das vítimas de tráfico de pessoas detetadas a nível mundial”, e em comparação aos dados da OIT (de 2003 a 2006) estima na altura cerca de 1.200,000 crianças sofrem anualmente de tráfico no mundo verificando assim, um ligeiro aumento percentual das vítimas nos anos posteriores.

Hoje em dia, a maioria dos países do mundo já assinaram e ratificaram os instrumentos internacionais destinados a proteção dos direitos de criança e principalmente para a prevenção repressão e punição do fenómeno do tráfico de pessoas e em especial o combate ao tráfico de criança; por esta razão muitos dos Estados Parte, criaram instrumentos jurídicos internos que permite a identificação, repressão e punição do crime de tráfico. Mesmo assim, deparamos com um crescimento desenfreada do tráfico de criança no mundo, em vez de sua diminuição.

Si, atualmente existem mais ferramentas para lutar contra este fenómeno, porque então se verifica o seu crescimento, principalmente na África Subsariana? Será a ineficácia na aplicação das ferramentas jurídicas internas ou a ausência do mesmo?

Vejamos, o relatório global sobre o tráfico de pessoas de 2016, apresentado pela UNODC, divulga que atualmente a percentagem que a criança (de ambos os sexos) representa dentro do mundo de tráfico de pessoas é de um terço do total das vítimas de tráfico em todo o mundo; até hoje, o tráfico de pessoas com fins de exploração sexual e trabalho forçado continua a liderar as tabelas do índice das vítimas, com altas percentagens correspondente a tráfico de mulheres e meninas tendentes a serem vítimas de tráfico na modalidade casamento forçado ou exploração sexual, enquanto homens e meninos na sua

⁶² UNODC: Informe mundial sobre la trata de personas 2012: resumen ejecutivo. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive_Summary_Spanish.pdf.

maioria são explorados geralmente para trabalho forçado em diferentes áreas como nas indústrias, mineração, soldados, na mendicância ou escravos.

Num entanto, existem também vítimas de tráficos para outras modalidades não menos importantes quanto aos já expostos; esta modalidade do tráfico que se encontra numa fase de rápida expansão e crescimento, merece uma especial atenção das sociedades e dos Estados Parte na luta para o seu combate: são eles, as vítimas de exploração para fins da “mendicidade” no tráfico de criança, no âmbito de estudos corânicos, conhecidos como “crianças talibés”; a qual viemos centrando a nossa atenção no âmbito deste trabalho.

Enquanto, a percentagem de crianças vítimas do tráfico que em 2007 representavam 10% das vítimas em todo o mundo, atualmente e segundo o relatório da UNODC de 2016⁶³, este valor subiu consideravelmente para 28% em todo o mundo; sendo a África Subsariana e América Central e o Caribe a liderarem a tabela com 62% e 64% das vítimas do tráfico de menor, respetivamente.

Este relatório deu um panorama completo da situação do tráfico de pessoas, no mundo com a apresentação das estatísticas das vítimas do tráfico de pessoas em especial de crianças, através de idade, sexo e zona. Neste caso o relatório aponta a África Subsariana como um dos líderes da tabela de crianças vítimas do tráfico.

Ao ler a alta percentagem de menores vítimas de tráfico na África Subsariana, vem a mente varias questões, tais como: o porque da elevada percentagem das vítimas do tráfico em relação aos outros continentes? Será o subdesenvolvimento económica ou a falta dos instrumentos jurídicos para a prevenção, repressão e punição de tráfico ou a sua inaplicabilidade? O que é que falhou na política africana para a proteção e bem-estar das crianças? O que falhou no continente negro que provocou o aumento das crianças vítimas de tráfico após o relatório de 2012?

As duvidas são tantas, que não dá para os expor todos e tentaremos dissipar estas e outras tantas duvidas, ao longo deste trabalho, analisando algumas questões tanto de direito consuetudinário como do direito ordinário que impossibilita a execução da política de proteção de menor e a punição dos infratores no âmbito da violação dos direitos fundamentais das mesmas principalmente no concenrente a crime de tráfico de criança.

Podemos então começar por dizer que o aumento substancial das vítimas do tráfico de criança na África Subsariana e em especial na Guiné-Bissau, se deve sobre tudo:

- . Na ausência de uma política sustentável por parte do Estado na proteção da infância;
- . A falta de infraestruturas do Estado que garanta saneamento básico;
- . Um ensino de qualidade e gratuita em todo o território nacional;
- . Das constantes instabilidades políticas nos países da África Subsariana;
- . Por outro lado, está o uso da religião para camuflar práticas religiosas que viola a dignidade humana como o caso de tráfico de crianças talibés e outras práticas nefastas praticados em nome da religião, culturas tradicionais (usos e costumes);
- . A pobreza e em alguns casos a extrema pobreza;
- . A precariedade do sistema de controlo nas fronteiras;

⁶³https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

- . A imigração clandestina de crianças e jovens de ambos os sexos;
- . A ambição desenfreada na obtenção de altos dividendos com a mão de obra infantil, que obriga o recrutamento cada vez mais de crianças desprotegidos e vulneráveis devido as suas situações tanto económicas como culturais;
- . As facilidades no controlo de pessoa traficada que muitas vezes é camuflada com atos lícitos como o casamento (por conveniência) ou no caso das crianças talibés que são entregues com o consentimento de quem de direito e com conhecimento da prática de mendicidade;
- . Mas sobre tudo da precária situação de sistema judicial e suas lacunas (tomando como referência o sistema judicial da Guiné-Bissau).

Frente a tantas possibilidades e facilidades para o cometimento do ilícito de tráfico, os agentes do crime não fazem mais do que aproveitar destas enormes fragilidades dos Estados da África Subsariana, para tirarem proveitos próprios; assim, vai abrindo caminho cada vez mais para a prática do crime de tráfico de criança camuflando, seja, através de uma prática religiosa, aproveitamento das situações de vulnerabilidade das vítimas ou das fragilidades do sistema judicial. Entretanto, esta prática vai rendendo milhões de lucros para os seus praticantes, como acontece no caso de exploração para fins da mendicidade praticados pelas crianças talibés.

Como dizia, o tráfico de pessoas, é um delito internacional de lesa humanidade e viola todos os direitos humanos e, ainda é considerado uma forma moderna de escravatura, que vem ganhando um lugar de destaque de entre os crimes mais horrendo da humanidade, principalmente quando se trata de tráfico de criança.

Ao falar do crime de tráfico de criança, vem logo a mente a expressão repugnante! Agora pergunto; porque é que este flagelo se torna mais repugnante quando atinge as crianças?

Pois bem, a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, a Carta Africana de Direitos e Bem-Estar da Criança, Decisão-Quadro2002/629/JAI do Conselho de 19 de Julho de 2002 relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, e que foi substituída pela Diretiva n.º 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, assim como vários instrumentos internos dos países parte, entre os quais, as legislações da Guiné-Bissau, do Portugal, Brasil, México, entre muitos outros, têm como *"criança" toda pessoa com idade inferior a 18 anos; ou seja crianças são pessoas que pela idade e constituição físico e psicológica são incapazes de se governar ou de si defender contra qualquer forma de crueldade ou exploração.*

A incapacidade da criança para se governar por causa da idade torna as mesmas mais vulneráveis e, por conseguinte, correm maior risco de se tornar vítimas de tráfico, apesar de que o tráfico de pessoas, atinge todas as franjas da nossa sociedade em especial a mais vulnerável que é as crianças, que se convertem em presas fáceis para o cometimento de certos crimes considerados hediondo para a sociedade como o crime de tráfico de menor.

Por tanto, as crianças são seres humanos que precisam de proteção especial por parte do Estado e da Sociedade para um crescimento saudável e assim evitar que sejam bala de canhão para este ato ilícito que transpõe a tudo o que é digno de um ser humano e ultrapassa todas as barreiras possíveis tanto geográficas como sociais, culturais e religiosas.

De aí, toda a preocupação da comunidade internacional em criar um conjunto de instrumentos internacionais para a proteção e bem-estar da Criança, que lhes proporcione

um ambiente saudável para o seu crescimento. Um desses importantes instrumentos internacionais para a proteção da infância por além da Convenção sobre os Direitos da Criança, é o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo a Prevenção, a Repressão e a Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, que tem como objetivo o previsto no artigo 2.^o⁶⁴ do referido diploma.

Podemos ainda afirmar, que o tráfico de seres humanos, é um ilícito que destrói vidas de milhares de pessoas em especial de crianças em todo o mundo e gera elevados lucros para os seus praticantes. Segundo os dados da UNODC, o tráfico de pessoas, ocupa o terceiro lugar a nível mundial em ranking de crimes violadores dos direitos humanos, depois do tráfico de armas e da droga.

Se estima que no mundo existem vinte e um milhões de pessoas vítimas de tráfico, que neste momento se encontram escravizados num negócio que move mais de trinta bilhões de dólares norte americano.

A palavra “tráfico” de pessoas, encobre uma realidade infesto para as vítimas por si albergar o abuso, a exploração e a escravidão de pessoas, fazendo dele um delito complexo e de alcance mundial pelo seu carácter transnacional. Neste aspeto, urge uma eficaz repressão por parte de todas as nações, dada a sua natureza transnacional e pela sua multiplicidade de fluxos de tráfico, dentro dos países, entre países e continentes, tendo sido detetados 500 fluxos diferentes entre 2012 e 2014 (quase a metade deste fluxo (241) é pertencente a Brasil), segundo os dados do relatório sobre o tráfico de pessoas, apresentado recentemente pela UNODC⁶⁵.

Por tanto, a Guiné-Bissau não deve ser uma ilha isolada no “não combate” deste flagelo do mal, em que o seu cometimento prevê vários crimes num só ato.

2.3.2. Relação entre a (i)migração e o Tráfico de pessoas

O relatório da UNODC de 2016, não só divulgou a estatística das vítimas do tráfico em todo o mundo, si não que estabeleceu as ligações entre o tráfico de pessoas, a migração e os conflitos armados em que está mergulhado uma boa parte dos países no mundo principalmente no continente Africano e o Oriente Medio. Um exemplo concreto que pode ligar o tráfico de pessoas a migração é a fuga das pessoas dos conflitos armados ou da perseguição; estes momentos tornam as pessoas particularmente vulneráveis ao tráfico devido as decisões perigosas sobre a migração que se toma, onde muitas vezes se pode confundir os traços de contrabando de pessoas com o tráfico de seres humanos.

Apesar da semelhança existente entre o tráfico de seres humanos e os fluxos migratórios, no âmbito jurídico não se pode afirmar num todo que a migração nestes termos consubstancia de uma forma automática o crime de tráfico de pessoas.

⁶⁴ Artigo 2.º: os objetivos do presente Protocolo são os seguintes: a). Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e as crianças; b). Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e c). Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos.

⁶⁵https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

Sendo assim, vamos ver de uma forma resumida algumas das semelhanças e deferências entre o tráfico de pessoas e a imigração ilegal e si este ultimo num momento determinado pode ou não se converter em tráfico de criança!

O Protocolo Adicional contra o Contrabando de Migrantes por Via Terrestre, Marítimo e Aérea de 2000, que também acompanha a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, das Nações Unidas, definiu a imigração ilegal como “o facilitador da entrada ilegal de uma pessoa num estado parte do qual essa pessoa não é nacional ou residente permanente, com o único objetivo de obter naquele momento um benefício económico ou material”.

A matéria sobre o tráfico de pessoas e à imigração ilegal, foi tratada também a nível comunitário, que se impôs a distinção entre o tráfico de pessoas e à imigração ilegal através da Diretiva 2002/90/CE e a Decisão-Quadro 2002/946/JAI⁶⁶; este documento comunitário estabeleceu um conjunto de sanções que os Estados membros devem adotar para o combate ao auxílio à imigração ilegal que compõe várias variantes como o casamento por conveniência adicionado no código penal português como crime de auxílio a imigração ilegal e agravando a medida legal da pena do próprio crime de auxílio a imigração ilegal.

A autora Anabela Filipe⁶⁷, extraiu do conceito do crime de auxílio a imigração ilegal consagrados nos termos do artigo 183.º e seguintes do código penal, as semelhanças entre o tráfico de seres humanos e a imigração ilegal:

- Em ambos os crimes é frequente movimento voluntário dos emigrantes;
- A exposição a situações de desconforto e perigo durante longas viagens;
- Estatuto de ilegalidade no país de destino-situação de vulnerabilidade dos imigrantes-aumento do risco de exploração.

Neste ultimo a autora faz referência da passagem da fronteira que normalmente é efetuado de forma legal; mas ao tratar-se das crianças talibés na Guiné-Bissau, muitas vezes as suas saídas do país são efetuadas de uma forma clandestino ou mesmo sendo a sua passagem na fronteira, este é feito de forma ilegal já que na sua maioria não exibem os respetivos documentos de identificação legal sendo-lhes permitido as suas passagens para os países vizinhos e principalmente para o Senegal.

E por outro lado estes crimes têm como fator base para as suas expansões:

- Pobreza e falta de oportunidades;
- Fronteiras menos controladas (exemplo das fronteiras entre a Guiné-Bissau e Senegal);
- Internacionalização da economia e a globalização;
- Avanço nos transportes, vias e comunicações;
- Crescimento do crime organizado.

De salientar que, ao tratar do tráfico de crianças talibés e a imigração ilegal dos mesmos, a sua concretização despensa a atuação do crime organizado, sendo este de possível execução através de um só sujeito, que por sua vez recai na pessoa do próprio mestre do

⁶⁶ MENDES, Paulo de Sousa Mendes. Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ 2008, pág. 169.

⁶⁷ FILIPE, Anabela, in Ensaios e Estudos, Investigação Criminal, n.º 1, ano 2011, pág. 116 e segts.

alcorão que conta com a ajuda da falta de controlo nas nossas fronteiras com as vizinhas Repúblicas da Guiné e do Senegal, facilitando a passagem do mesmo sem grandes burocracias e principalmente sem o controlo efetivo dos documentos de identificação pessoal das crianças transportadas.

O Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, no seu artigo sobre o tráfico de pessoas, apresentado no âmbito da jornada sobre a revisão do código penal português, traçou os aspetos de distinção entre o tráfico de pessoas e auxílio à imigração ilegal⁶⁸.

Vemos que, no tráfico de pessoas, temos a presença da figura da vítima, a falta de consentimento da vítima (e si for é irrelevante), a não pagamento de um determinado valor ou sujeição por dívida, prisão e a presença de uma organização complexa que controla o circuito do tráfico.

Enquanto que no Auxílio a imigração ilegal, aqui temos o cliente e não a vítima, o pagamento do serviço completo, a pessoa é consciente, livre e com uma organização simples que controla o circuito da imigração ilegal ou simplesmente a inexistência da organização.

Vendo estas diferenças entre o tráfico de pessoas e a imigração ilegal, no concernente ao caso concreto das crianças talibés, diríamos que o mesmo não constitui o tráfico de pessoas, pela ausência total de um dos requisitos que caracteriza o tráfico de pessoas que é a presença de uma organização complexa que controla o circuito do tráfico.

Isso porque o ato de recrutamento de crianças talibés, é feita de uma forma simples e na maioria das vezes é feita só pelo próprio mestre do alcorão, quer dizer que o ato é executado sem a existência de uma organização, o que lhe faz parecer mais com um simples ato de imigração ilegal.

Mas, após o recrutamento e transporte destas crianças talibés, para fora do território nacional e sem uma documentação legal que lhes permite cruzar a fronteira legalmente, sob o pretexto de uma formação no âmbito religioso, estes são logo submetidos a

⁶⁸ MENDES, Paulo de Sousa Mendes. Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ 2008, pág. 170.

- No tráfico de pessoas, a pessoa é traficada contra a sua vontade, mesmo que consinta nisso, o que é irrelevante porque não tem consciência das circunstâncias em que ficará no lugar de destino, ao passo que, no Auxílio a Imigração Ilegal, a pessoa é contrabandeada com o seu acordo, livre, consciente e completo;

- No tráfico de pessoas, a pessoa não paga, ou então paga um preço muito elevado, que frequentemente aumenta à chegada, colocando-se numa posição de sujeição por dívidas diante do traficante, ao passo que, no auxílio a imigração ilegal, a pessoa paga um preço que cobre as despesas da viagem e os serviços prestados pelo passador;

- No tráfico de pessoas, a pessoa fica nas mãos de outrem à chegada, confinada em locais de onde não pode fugir, frequentemente sujeita a maus tratos, desapossada dos seus documentos de identificação, ao passo que, no auxílio a imigração ilegal a pessoa fica por sua conta e risco ao chegar ao país de destino;

- No tráfico de pessoas, existe uma organização complexa, capaz de controlar os diferentes aspetos do tráfico como o “recrutamento, transporte, colocação e controlo no local de trabalho, cobrança de dívidas, lavagem de dinheiro, etc.”, ao passo que no auxílio a imigração ilegal, a organização é simples ou até inexistente, bastando o passador;

- Em suma no tráfico de pessoas, a pessoa traficada é vítima ao passo que no segundo a pessoa contrabandeada é cliente.

exploração da mendicidade nas ruas, com um benefício económico altamente lucrativo para o tal mestre de alcorão.

Em primeiro momento, não se verifica uma organização complexa que controla o circuito do tráfico de pessoas, no caso de crianças talibés, isto faz com que muitos caracterizam o recrutamento e transporte das crianças talibés como um simples ato de imigração ilegal e não um ato de tráfico de criança, levando-nos a confundir os dois crimes.

Para que isso não aconteça, temos de ter em conta o fim deste ato de recrutamento e transporte, as características do agente do ilícito de tráfico e sobre tudo ter em conta a intenção do mestre e os fins destinados para as crianças. Sabendo que estas crianças, logo após a concretização desta face, são submetidas a exploração da mendicidade com animo meramente lucrativo para o mestre.

Estas diferenças influem na determinação da moldura penal por parte do legislador, sendo o mais grave o crime de tráfico de pessoas cuja pena vai de três a quinze anos de prisão e agravado até vinte anos de prisão nos termos do artigo 4.º e 15.º da lei 12/2011, de 6 de julho, enquanto que no crime de contrabando de emigrantes (para Portugal o crime de auxílio a imigração ilegal) a pena de prisão constante nos termos da lei 12/2011, artigo 10.º é de dois a oito anos, referente a destruição de documentos de viagem da vítima.

O Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes⁶⁹, defende que as diferenças existentes entre o tráfico de pessoas e o auxílio à imigração ilegal explicam a relação de alternatividade entre os dois crimes, dado que nenhuma situação pode consubstanciar ambos simultaneamente; em face da legislação anterior a reforma de 2007 do código penal português, em sentido contrário, o autor Euclides Dâmaso Simões⁷⁰, defende a existência de uma relação de concurso efetivo entre os crimes de tráfico de pessoas ou de tráfico de menores e o crime de auxílio à imigração ilegal, dada a diversidade de bens jurídicos protegidos.

Estas diferenças justificam a desigual moldura penal dos crimes em Portugal, cujo o crime de tráfico de pessoas é mais grave e punido com pena de prisão de três a dez anos e agravado a uma pena de três a doze anos de prisão quando se trata de vítima menor de idade, enquanto que o crime de auxílio à imigração ilegal considerado um crime menos gravosa é punido com pena de prisão de até três anos, isto pela própria estatuto do imigrante que são considerados autores de várias-contravenções punidos nos termos da lei da imigração; as infrações incorridas vai desde a falta de declaração de entrada até ao exercício de atividade profissional não autorizado, podendo ainda os mesmos ser expulsos administrativamente.

A exploração é um dos elementos que se verifica no ilícito de tráfico de pessoas, mas também existe no auxílio a imigração ilegal; como diz o Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, «a dicotomia entre o tráfico e auxílio à imigração ilegal está essencialmente ligada ao contexto de exploração»⁷¹. Ao recorrermos o uso de uma interpretação indeterminada da exploração, poderemos conseguir o enquadramento na prática de uma

⁶⁹ MENDES, Paulo de Sousa Mendes. Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ 2008, pág. 170 a 171.

⁷⁰ SIMÕES, Euclides Dâmaso. Revista do Ministério Público, ano 23, n.º 91 de julho/setembro de 2002, pág. 85.

⁷¹ MENDES, Paulo de Sousa Mendes. Jornada sobre a revisão do código penal. Rev. do CEJ 2008, p. 171.

definição de exploração para outros fins, para que o seu alcance possa ser decisivo na determinação de uma distinção correta entre tráfico e auxílio à imigração ilegal, já que o conceito de exploração assenta na grave violação dos direitos humanos; por outro lado, temos de ter em conta que os imigrantes são os mais frequentes em cair nas redes do tráfico.

Para o autor Faria Costa, emerge uma zona cinzenta onde é particularmente complexo deslindar o que é normal movimento migratório daquilo que já é censurável ato de tráfico de pessoas com o seu calvário de situações adjacentes.

Sendo que na nossa sub-região, são muitos os casos onde podemos verificar essa zona cinzenta que une a (i)migração ilegal e o tráfico de pessoas.

A seguir veremos um exemplo de um caso verídico de muitos casos similares verificados na nossa sub-região.

Hora bem, no âmbito da recolha de informação no terreno para este trabalho, deparei-me com o caso do pequeno Bacar Dabó, uma criança de nove anos de idade e estudante de alcorão. Obrigado pelo pai responsável por um núcleo familiar numeroso a abandonar o seu lar ao encontro de um parente num país vizinho através dos chamados “caminho sinho”, quer dizer sem ter passado pela fronteira e nem ter exibido um documento legal na saída do território nacional, em busca de melhores condições e de formação académica, condições de habitabilidade ou simplesmente de uma vida melhor. Mas ao chegar ao país estrangeiro o pequeno Bacar, se depara com as mesmas situações de pobreza a qual foi obrigado a deixar a sua terra natal, tais como a difícil situação económica familiar, a falta do ensino educacional de qualidade, a precária situação de habitabilidade, a pobreza, a fome, entre outros.

Aquele familiar ao não suportar mais uma carga para o sustento devido a precária situação económica familiar, por sua vez decidiu entregar o pequeno Bacar, a um mestre de alcorão para supostamente frequentar o ensino corânico mesmo tendo o conhecimento da utilização das crianças estudantes do alcorão nas práticas da mendicidade alegando que é para garantir um futuro melhor ao pequeno.

A criança foi acolhida pelo mestre corânico, que prontamente o trasladou para uma outra cidade; mas em vez de o brindar a segurança e bem-estar que o pai e de certa forma o familiar procuravam para o pequeno Bacar, o mestre optou em submeter o pequeno a prática de exploração para fins da *mendicidade e a viver numa precária situação de habitabilidade*.

O pequeno começou a levantar as 5 horas da manhã, tendo uma hora de leitura de alcorão e logo a seguir percorre vários quilómetros para chegar ao ponto onde deve praticar o ato da mendicidade até ao cair da noite, ato que se repetia dia pós dia e sem descanso; tendo o pequeno Bacar, todos os dias a obrigação de levar para o seu mestre um determinado valor em dinheiro e vários géneros de primeira necessidade como arroz, velas, açúcar, entre outros.

O valor a ser entregue é determinado pelo mestre e a não entrega do mesmo o pequeno aluno é fisicamente violentado com espancamento ou encarceramento, sem água e nem a única refeição que os alunos tinham direito.

O pequeno desde aquele dia viu a sua vida de necessitado virado do avesso tendo privação de tudo, até de manter regular comunicação com a família assim como da sua liberdade pessoal de decisão e locomoção, ficando juntamente com os seus companheiros numa completa dependência do mestre que os usa para seu enriquecimento pessoal e indevida.

Este exemplo é de uma situação que começou como um simples ato de imigração ilegal, mas que, se converteu numa autêntica exploração para fins da mendicidade de uma criança que saiu do seu habitat em busca de melhores condições de vida, mas que acabou caindo na teia do crime de tráfico de menor como vítima.

Com a verificação da exploração para fins da mendicidade com animo lucrativo praticado pelo pequeno Bacar, podemos ver o fim da linha ténue que liga num extremo a outro os crimes de imigração ilegal e de tráfico de pessoas.

Acho que nestas circunstâncias não se pode continuar a qualificar a situação do pequeno Bacar como uma situação de imigração ilegal, já que deixou de existir os elementos que caracteriza a imigração ilegal, dando lugar aos elementos que caracteriza o tráfico de pessoas, com a introdução da prática de exploração para fins da mendicidade praticado de forma obrigatória pelo pequeno Bacar.

Assim sendo, o que poderia ter sido um crime menos gravosa em quanto o tipo penal (o crime de imigração ilegal devido a saída ilegal do país pelas vias improvisadas), deu lugar ao crime de tráfico de menor na modalidade de exploração de trabalho forçado dos chamados crianças talibés mendigos nas ruas, sendo este crime a mais gravosa e punido pela lei 12/2011, de 6 de julho, nos termos do artigo 4.º n.º 1, com uma pena de prisão de 3 a 15 anos, agravado numa pena de prisão de 15 a 20 anos nos termos do número 2 do mesmo preceito e nos termos do art.º 15.º todos do mesmo diploma.

Enquanto que em Portugal, podemos considerar o caso do pequeno Bacar, como crime de tráfico de menor na modalidade de exploração para fins da mendicidade, cuja pena vai de três a dez anos de prisão e agravado numa pena de até doze anos de prisão conforme o preceituado no artigo 160.º n.º 3 do código penal.

Sendo assim, não podemos afirmar que a diferença entre a imigração e o crime de tráfico de pessoas é absoluta, mesmo porque o ato de obrigar uma criança a mendigar com animo lucrativo por si só consubstancia o crime de exploração para fins da mendicidade de criança, tipificados em vários ordenamentos jurídicos nacionais dos Países Parte, tendo como exemplo o ordenamento jurídico português, cuja tipificação se encontra nos termos do artigo 160.º n.º 2 e 3 do cp português; no México, a exploração para fins da mendicidade se encontra plasmado nos termos do artigo 10.º al. VI da lei geral⁷² do tráfico, determinando que a exploração para fins da mendicidade como crime de tráfico de pessoas e nos termos do artigo 24.º este ato é punido com uma pena de prisão de 4 a 9 anos e de 500 a 20 mil dias de multa, a quem utiliza a uma pessoa para realizar atos de mendicidade, agravando a pena quando se trata de vítima menor numa pena de prisão de 9 a 15 anos e de um mil a 25 mil dias de multas.

Enquanto que, no Senegal, a lei pune a mendicidade nos termos do art.º 3.º da lei n.º 2005-06 de 10 maio de 2005, a lei relativa a luta contra a trata de pessoas e praticas similares e da proteção das vítimas, punido com uma pena de 2 a 5 anos de prisão e uma multa de 500.000 a 2.000.000 milhões de francos cfa. Sendo a exploração da mendicidade, uma das mais novas formas de tráfico de Criança naquele país Africano.

Apesar de que, as fronteiras entre estas infrações se turvam (auxílio a imigração ilegal e o tráfico de pessoas), temos sempre de tomarmos em consideração os elementos caracterizadores dos dois ilícitos tendo em conta tanto o bem jurídico violado em ambos

⁷² México: artigo 10.º al. VI da lei geral para prevenir, sancionar e erradicar os delitos em matéria de trata de pessoas e para a proteção e assistência a vítimas destes delitos, publicada no Diário Oficial da Federação de 19 de março de 2014.

os casos assim como os elementos dos tipos, para assim, podermos determinar si se trata de um ou do outro crime. Sendo obrigatório a análise de todas as circunstâncias que envolve a prática religiosa de submeter as crianças estudantes de alcorão a ato de mendicidade em nome da humildade humana, a precariedade de sua habitat acompanhado de maus tratos físicos e psicológicos e a intenção lucrativa do agente (o mestre), para uma correta qualificação jurídica dos fatos.

Mesmo sendo uma prática religiosa cujo usos e costumes vem de épocas remotas, atualmente se converteu numa das fontes mais lucrativas dos chamados mestres do alcorão, ou seja, professores das escolas corânicas que usam esta prática para obter lucros estrondosos em proveito próprio, fazendo com que deixe de existir quaisquer duvidas referente a existência da exploração para fins da mendicidade ou a exploração de trabalho forçado na pessoa do menor.

Sendo assim, pode-se acusar diretamente por crime de tráfico de criança, a um professor de alcorão, que toma ao seu cuidado uma criança para o ensino corânico?

A simples vista diria que não! até porque o ensino corânico é um dos meios de formação religioso existente na nossa sub-região, cuja prática remonta da época da conquista arábica no continente negro; é uma prática religiosa cujo costume se encontra bem enraizada na sociedade guineense, mas nos tempos de hoje é erada pensar desta forma já que este costume se converteu numa prática que mexe com a dignidade da pessoa do menor com a violação de todos os seus direitos fundamentais, com a obrigatoriedade da prática de exploração para fins da mendicidade ou trabalho forçado realizado pelo mesmo.

Sendo assim, como ficaria então o caso acima exposto? Por exemplo si, o caso em apreso, tivesse acontecido em Portugal (depois da revisão do código penal português de 2007), onde o conceito de tráfico de pessoas ficou mais amplo e conta com inovações que facilita o enquadramento desta prática nos termos do artigo 160.º n.º 1 e 2 do cp., o mesmo enquadraria sem muitas delongas jurídicas dentro do crime de exploração de criança para fins da mendicidade.

Mas, referente a lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei de tráfico de pessoas na Guiné-Bissau, na minha modesta opinião, para podermos fazer um enquadramento jurídico-penal do crime de trafico de criança na modalidade de exploração para fins da mendicidade, seria necessária uma análise detalhada sobre alguns elementos integradoras do conceito do tráfico de pessoas em geral constante no artigo 3.º da referida lei, tal como: o tipo da exploração (laboral), da situação de vulnerabilidade da vítima, o engano, consentimento (da vítima ou de quem de direito quando se trata de um menor), recrutamento, transporte, alojamento, sendo estes elementos fundamental para determinar o objeto da ação (para fins lucrativo) e o bem jurídico violado (a dignidade da pessoa do menor), para só assim conseguirmos enquadrar o ilícito como sendo o crime de tráfico de criança punido nos termos da lei n.º 12/2011, de 6 de julho.

Porem, a exploração da mendicidade é definida como “trabalho forçado ou obrigatório” na Convenção n.º 29, adotada em 28 de junho de 1930, pela Conferência Geral, da Organização Internacional do Trabalho a qual a Guiné-Bissau é parte, na sua 14º reunião, que designa a mendicidade obrigatória como sendo: *todo trabalho ou serviço exigido a um individuo, sob a ameaça de uma pena qualquer, e para o qual esse individuo não se oferece voluntariamente.*

Para tanto, sendo a mendicidade qualificado como trabalho forçado ou obrigatório, a lei n.º 12/2011, de 6 de julho, nos deixa uma margem de manobra para a qualificação, incriminação e punição do agente que entrega, recruta, transporta, acolhe a um menor

para fins da mendicidade ou submete a um menor a prática da exploração para fins da mendicidade obrigatória, como crime de tráfico de crianças nos termos da referida Lei.

2.4. O tráfico de pessoas na Guiné-Bissau, “a Lei n.º 12/2011, de 6 de julho de 2011, lei de prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, em particular Mulheres e crianças”

2.4.1. Considerações Gerais da Lei n.º 12/2011, de 6 de julho

Guiné-Bissau, é um país que dada a sua condição geográfica e situação Político-Militar (instabilidade governativa) é vulnerável ao fenómeno de tráfico.

Num entanto, o código penal guineense não definiu e nem tipificou o crime de tráfico de pessoas, apesar da ratificação do Protocolo de Palermo em 2007.

O cometimento do crime de tráfico de pessoas, se verifica entre outros no uso de Ameaça, Coação, Sequestro, Rapto ou Escravatura. No código penal guineense, estes crimes são independentes e integrados no capítulo de crimes contra a integridade física nos termos dos artigos 122.º, 123.º, 124.º, 125.º e 106.º do código penal respetivamente, cuja moldura penal do crime do Rapto e a da Escravatura são as mais gravosas vai de dois a dez anos e de cinco a quinze anos de prisão respetivamente; e enquanto os crimes de coação e sequestro é de até três anos de prisão; e a menos gravosa é o crime de ameaça cuja pena de prisão vai até um ano, e trata-se de um crime semipúblico cujo procedimento criminal depende da queixa.

A moldura penal do crime de tráfico de pessoas quando se verifica um destes elementos é mais gravosa do que quando se trata de crimes independentes.

Enquanto o crime de exploração de atividade sexual de terceiro, que durante muito tempo foi considerado uma das características do tráfico de pessoas em todo o mundo, no nosso código penal trata-se de um crime autónomo pertencente a capítulo de crimes contra a liberdade sexual, cuja moldura penal agravada é de dois a dez anos de prisão, nos termos do artigo 136.º do código penal. Porém, no nosso código penal a punição deste crime é menos gravosa do que quando se trata de exploração sexual da vítima do crime de tráfico de pessoa.

Para o efeito, optou-se pela necessidade de criar um instrumento jurídico nacional a par de inúmeros instrumentos internacionais que o país ratificou em matéria da criança e dos direitos humanos, para garantir os direitos de menor e fazer face a problemática utilização de criança no mundo do crime.

O Protocolo de Palermo, trás a colação algumas definições fundamentais para apoiar o legislador interno quanto a proteção do menor contra o tráfico de criança; podemos ver que o conteúdo da alínea c) do artigo 3.º afirma que o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de criança para fins de exploração serão consideradas tráfico de pessoas mesmo que não envolva nenhum dos meios referidos na alínea a) do mesmo preceito.

É neste âmbito que no país, pela primeira vez, foi aprovada pela plenária da Assembleia Nacional Popular a Lei sobre o Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Criança. E publicada no dia 6 de junho de 2011, através do Botem Oficial n.º 27, a Lei n.º 12/2011, de 6 de junho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres

e crianças⁷³ na Guiné-Bissau. A referida lei, regula stritu-sensu o tráfico de pessoas, sobre tudo de mulheres e crianças

A lei n.º 12/2011, de 6 de junho, é o primeiro e único instrumento jurídico nacional a tratar do crime de tráfico de seres humanos, e para tal, no texto consagrou um tipo de crime de tráfico de pessoas para *exploração*, constituído como um crime de intenção baseado em exemplos-padrão e, designadamente, de tráfico para a exploração sexual, a exploração do trabalho, o casamento forçado, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas. Podendo dizer-se que a lei 12/2011, alargou o âmbito da incriminação do tráfico de pessoas para *qualquer tipo de exploração*; sendo considerado como um instrumento jurídico que veio revolucionar o ordenamento jurídico guineense na matéria referente ao tráfico de seres humanos, tido nos tempos de hoje como um cancro para toda a sociedade.

Por outro lado, a lei introduziu no seu texto um dos elementos do tráfico (o casamento forçado), tido e considerado no país como uma tradição nacional praticado no âmbito de usos e costumes dentro da sociedade guineense, mas cuja prática é contrária aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República.

Mas, nem tudo é mar de rosas nesta lei, que ficou a quem das expectativas dos guineenses, por deixar de fora do seu texto, um dos mais importantes elementos do tráfico de pessoas, praticados no âmbito religioso no país, que é o caso das crianças talibés utilizados na exploração para fins da mendicidade obrigatória. A mendicidade praticada pelas crianças talibés, está em ascensão a velocidade de luz na Guiné-Bissau e nos países vizinhos, para onde são transportados menores de entre 4 a 18 anos de idades baixo pretexto de uma formação na área do ensino corânico.

Esta prática constitui uma das formas de exploração de menor e violadores de todos os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna, assim como, nos instrumentos internacionais reguladores dos direitos e bem-estar de criança; o que justificaria o seu enquadramento legal na lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau, mas que infelizmente isto não foi o entendimento dos nossos ilustres legisladores a quando da aprovação do anteprojeto da referida lei na ANP guineense.

Por outro lado, está a aplicação desta lei, que é praticamente uma letra morta já que até a data presente não ouve nenhuma condenação em termos deste ordenamento jurídico, pese o elevado índice de indícios da existência do crime de tráfico de pessoas no país, principalmente a existência do tráfico de criança, com a proliferação da prática de mendicidade obrigatória dos chamados crianças talibés.

Mas, podemos dizer que segundo esta lei, a definição do tráfico de pessoas, em parte foi adaptada a realidade Guineense, com a introdução de um novo elemento do tráfico de pessoas principalmente no concernente ao tráfico de criança que é o “*casamento forçado*”; a semelhança da mendicidade praticadas pelas crianças talibés, o casamento forçado é um ato praticado no âmbito de usos e costumes no país, mas que é contrária a direitos fundamentais do menor estabelecidos na CRGB e demais Leis. Porém, a criminalização da mendicidade como uma das formas do crime de tráfico de pessoas, na exploração para fins da mendicidade de qualquer pessoa seja adulta, criança ou incapaz

⁷³ República da Guiné-Bissau, publicada a lei n.º 12/2011, de 6 de junho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças, publicada no 2.º suplemento do Boletim Oficial n.º 27 de 6 de junho de 2011.

seria uma mais valia para o nosso ordenamento jurídico, principalmente para o combate contra o flagelo de crianças talibés mendigos de rua que inundou as principais cidades dos países da Costa Ocidental de África.

2.4.2. Tráfico de Criança na Lei n.º 12/2011, de 6 de julho

O artigo 4.º da Lei n.º 12/2011, de 6 julho, estabelece a punição para o agente que comete o crime de tráfico de seres humanos e tendo como vítima qualquer pessoa, seja adulto, criança ou incapaz; o n.º 1 do preceito acima referenciado estabelece o seguinte: “Todo aquele que recrutar, fornecer, transportar, acolher uma pessoa, para fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida, é punido com uma pena de prisão de três a quinze anos. O n.º 2 do mesmo preceito vem agravar a moldura penal em caso em que “Se em consequência dos factos referidos no número anterior resultar a doença ou a morte da vítima, o agente é punido com a pena de quinze a vinte anos de prisão. Neste preceito o legislador procura dar segurança jurídica a todas as pessoas vítimas deste crime incluindo as crianças, mas inibe-se especificar a sua punibilidade, visto que para as duas realidades (adulto e criança) a lei prevê a mesma moldura penal.

Sendo este fenómeno transnacional, acho que o crime de tráfico de criança merece uma atitude mais seria e eficaz no seu combate, não porque o crime de tráfico de adulto merecera menos importância ou é menos doloroso do que o crime de tráfico de criança, si não que as crianças pelas suas especificidades de menoridade carecem de capacidade de discernimento para se defender desta prática, o que faz com que sejam os mais vulneráveis, fato que os converte em presas fáceis para os agentes do crime.

Por outro lado, o Protocolo Facultativo a Convenção sobre o Direito da Criança Relativo a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, diz no seu artigo 3.º n.º 5⁷⁴ que os Estados Partes deverão adotar todas as medidas legislativas e administrativas adequadas a fim de garantir que os instrumentos jurídicos internacionais sejam aplicáveis. A lei n.º 12/2011, de 6 de julho, em nenhum momento trás consigo essa garantia. Mas o artigo 29.º da CRGB, garante que os direitos fundamentais consagrados na constituição da república não excluem nenhum direito constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional e ainda estabelece a interpretação harmoniosa dos preceitos constitucionais e legais relativo aos direitos fundamentais com a declaração dos direitos do homem.

No artigo 10.⁷⁵ do mesmo Protocolo, nos diz que os Estados Partes deverão promover a cooperação internacional destinada a auxiliar as crianças vítimas na sua recuperação física

⁷⁴ Convenção sobre o Direito da Criança Relativo a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil: Art.º 3.º n.º 5 - Os Estados Partes deverão adoptar todas as medidas legislativas e administrativas adequadas a fim de garantir que todas as pessoas envolvidas na adopção de uma criança actuam em conformidade com os instrumentos jurídicos internacionais aplicáveis.

⁷⁵ Convenção sobre o Direito da Criança Relativo a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil: Art.º 10.º, n.ºs 1. Os Estados Partes deverão adoptar todas as medidas necessárias a fim de reforçar a cooperação internacional através de acordos multilaterais, regionais e bilaterais para a prevenção, detecção, investigação, exercício da acção penal e punição dos responsáveis por actos que envolvam a venda de crianças, prostituição, pornografia e turismo sexual infantil. Os Estados Partes deverão também promover

e psicológica, reinserção social e repatriamento. Na lei 12/2011, não existe de forma clara tais medidas em relação a vítima menor, mas nos termos dos artigos 20.º e seguintes nos permite auxiliar a todas as vítimas do tráfico em tudo que lhes assiste em termos de direitos, benefícios e bem-estar.

Os capítulos V e VI da presente lei, prevê um sistema de reintegração social das vítimas e medida preventivas, que devem ser implementados pelo Estado em coordenação com os seus parceiros sociais, mas que até a presente data, não se conhece o dito sistema na sua totalidade.

Esta lei aparece para colmatar a enorme lacuna existente no código penal guineense que se mostra desenquadrado nas novas dinâmicas de convivência. No código penal, não eram penalizadas as pessoas que cometiam o tráfico de pessoas ou em especial o tráfico de criança, socorrendo-se somente para crimes como rapto, coação, exploração de atividade sexual de terceiro, entre outros.

A lei de tráfico de pessoas em especial de criança na Guiné-Bissau, é uma lei de prevenção e combate, pelo que no nosso ordenamento jurídico é uma inovação apesar de ainda não ter casos que tenham condenações exemplares, pois a lei antes de ser um instrumento de punição deve ser um instrumento de prevenção, e a lei só se torna punitiva quando a lei é efetiva.

Segundo o processo n.º 00/2015, do tribunal regional de Bafatá, no dia 6 de março de 2015, a policia de migração e fronteira em estrita colaboração com o corpo da guarda nacional junto da fronteira de Cambadju, com a Vizinha República de Senegal, no leste do país, intercetaram varias viaturas de transporte público com 54 crianças, de entre 4 a 12 anos de idades, que pretendiam cruzar a fronteira sem os documentos de identificação pessoal e a autorização da viagem, com a justificação de estar a irem assistir uma cerimónia religiosa. O MP abriu o inquérito e foram acusados 16 suspeitos pela prática de tráfico de criança para fins da mendicidade, e após o julgamento os mesmos foram ilibados da responsabilidade criminal na prática deste crime.

O mesmo ato foi registado na região sul do país, mas o MP junto do Tribunal Regional de Buba, não chegou a proferir o despacho de acusação acabando por arquivar o inquérito sobre os indícios da prática de crime de tráfico de menor.

Apesar de em termos de jurisprudência não existir nenhum processo que tenha resultado em condenação, a verdade é que todos os dias centenas de crianças são aliciados com promessas de formação corânica na área religioso, mas são submetidos a exploração para fins da mendicidade nas ruas das cidades urbanas. Muitas crianças, inconformado com situação em que se encontram e que acarreta muita violência, abandonam aquela prática

a cooperação e coordenação internacionais entre as suas autoridades, organizações não governamentais nacionais e internacionais e organizações internacionais.

2. Os Estados Partes deverão promover a cooperação internacional destinada a auxiliar as crianças vítimas na sua recuperação física e psicológica, reinserção social e repatriamento.

3. Os Estados Partes deverão promover o reforço da cooperação internacional a fim de lutar contra as causas profundas, nomeadamente a pobreza e o subdesenvolvimento, que contribuem para que as crianças se tornem vulneráveis aos fenómenos da venda de crianças, prostituição, pornografia e turismo sexual infantis.

4. Os Estados Partes em posição de o fazer deverão prestar assistência financeira, técnica ou de outro tipo através dos programas existentes a nível multilateral, regional, bilateral ou outro.

dando fuga dos seus mestres passando a viver nas ruas; são estas as crianças que as ONG's e fundações que se dedicam a área da infância, recolhem das ruas, dão assistências e são encaminhados para os centros de acolhimento para a sua posterior reintegração no seio familiar, sem num entanto proceder-se a instauração de processo crime contra os seus agentes.

Um Estado sem inquéritos abertos para apurar os indícios do cometimento ou não do crime de tráfico de pessoas ou de criança, uma sociedade onde não existe um único processo que resultasse na condenação do agente pelo crime de tráfico de menor, onde a nível dos tribunais não existe nenhuma jurisprudência sobre o crime de tráfico de seres humanos, podemos até achar que a Guiné-Bissau é um país livre deste flagelo global, o que não corresponde com a realidade vivida todos os dias pelas crianças talibés que são explorados na mendicidade obrigatória em nome da religião gerindo riquezas para os seus agentes.

O tráfico de crianças talibés na Guiné-Bissau, dá-se das zonas rurais para as urbanas. Os dados do departamento de migração e fronteira, indica que a maioria das crianças traficadas, são transportadas via terrestre em transportes públicos de passageiros, camiões, motociclos, bicicletas, carretas de burro, por vias oficiais assim como vias clandestinas.

Quanto as formas de aliciamento destas crianças, podem ser apontadas sobre inúmeras facetas, tais como: “a pobreza e em muitos casos a extrema pobreza”, o baixo nível da escolaridade, o analfabetismo, a orfandade resultante de doenças infecciosas, desnutrição ou que resulta de práticas nefastas sofridas na menoridade como o caso de mutilação genital feminina, coloca as vítimas em especial situação de vulnerabilidade facilitando o aliciamento por parte dos agentes.

O processo de aliciamento por parte do traficante, é consumado por meio de falsas promessas de educação escolar religioso, como forma de garantir um futuro risonho de melhores condições de vida para o menor.

Os ONG's, as fundações, autoridades nacionais e seus parceiros que atuam nas áreas da infância, recolhem, encaminham e reintegram no seio familiar, crianças talibés que conseguem fugir dos seus mestres, mas, mesmo em casos de repatriamento não é instaurado processos crimes contra os malfeitores desta prática, deixando impune cada um dos atos praticados contra aqueles milhares de crianças que conseguiram reintegrar no seio familiar.

A impunidade e a falta de controlo durante a circulação das crianças vítimas a nível interno, onde os menores são transportados de norte a sul do país sem nenhuma interceção nos vários postos de controlo existentes em todo o território nacional, facilitando a movimentação dos menores das zonas rurais para as zonas urbanas. A preocupação maior consta que em alguns casos as crianças que são transportadas para fora do território nacional, circulam sem possuir quaisquer documentos de identificação assim como de autorização dos pais ou representantes legais para a viagem e mesmo assim conseguem cruzar as fronteiras com destino a Senegal ou a República da Guiné, facilidades estas que constitui uma das causas da proliferação deste ilícito a nível interno como no estrangeiro.

Seria importante realçar o perfil do traficante, porem no caso de tráfico interno e externo de crianças talibés não há evidências do traficante pertencer a uma rede de criminalidade organizada; mas o certo é que o traficante neste caso concreto calha quase sempre ser

uma pessoa conhecido ou próxima da vítima e muitas vezes, é membro da família da vítima ou da sua comunidade.

As consequências do tráfico têm repercussões muito nefastas nas vítimas, tais como:

- . Traumas psicológicos relacionados com a experiência que sofreram;
- . Desequilíbrio demográfico;
- . Perdas de recursos humanos;
- . Debilitação da saúde pública com grandes incidências para a exposição de doenças epidémicas como HIV/SIDA e outras doenças sexualmente transmissível e toxicodependência.

Por conseguinte, face aos traumas acima mencionados, a reinserção das vítimas nas famílias na Guiné-Bissau, ocorre com a ajuda dos centros de acolhimento como é o caso do centro de SOS-Talibés de Bafatá, localizado na região leste do país, cuja percentagem do acolhimento atinge níveis altos de casos de tráfico de menores.

Porem, apesar das lacunas presente nesta lei, podemos afirmar que com a aprovação da mesma o Governo da Guiné-Bissau, deu um passo gigantesco no concernente a proteção da infância e em honrar os compromissos internacionais assumidos. A elaboração desta norma jurídica constitui a adaptação da lei guineense ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, do qual a Guiné-Bissau é signatário.

Para uma eficaz e correta implementação na prática deste instrumento jurídico com vista ao combate e punição do crime de tráfico de pessoas em especial de criança em todo o território nacional, seria necessário a conscientização e compromisso de toda a classe populacional, de todas as crenças religiosas ou animistas do perigo e dano gerados através das práticas que mexem com a dignidade da pessoa humana, entre os quais, o tráfico de seres humanos e em especial o tráfico de criança.

CAPITULO 3: DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS/CRIANÇA

3.1. Considerações Gerais dos tipos legais de crime

A doutrina aceita na Guiné-Bissau, está em acordo com a teoria do crime reconhecida pela doutrina penal⁷⁶, que o crime consiste num facto típico, ilícito, culposo e punível, obtendo-se desse conceito os elementos constitutivos de cada crime, nomeadamente: o pressuposto legal ou tipo legal de crime, os agentes, e o bem jurídico protegido, e sendo a ação ou omissão como elemento material e o elemento intencional o que vai determinar a existência de crime no caso concreto.

Qualquer conduta (ação ou omissão da ação) para se considerar como um crime deve antes estar devidamente prevista na lei, o chamado “princípio da legalidade”. Assim, a tipicidade constitui uma especialização do princípio da legalidade, não bastando haver lei anterior para que a conduta seja punível, pois que o comportamento há de ajustar-se exatamente ao desenho apostado no preceito penal.

Assim, o tipo legal de crime é o conteúdo eminentemente descritivo da norma penal e que compõe a previsão legal que individualiza a conduta humana penalmente relevante. Na Guiné-Bissau, podemos encontrar os tipos legais de crime não só no CP, mas também em legislação penal especial, como o caso de crimes contra as pessoas, temos o crime de tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças, tipificado pela lei n.º 12/2011, de 6 de julho de 2011.

3.2. O Bem Jurídico protegido com o crime de tráfico de pessoas / crianças

O bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. E de acordo com estes princípios, urge elegermos o bem jurídico tutelado pelo artigo 3.º, 4.º e seguintes da lei 12/2011, de 6 de julho de 2011, lei de prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau, a semelhança do estipulado nos termos do artigo 160.º do código penal português, referente ao crime de tráfico de pessoas.

Estes preceitos descrevem diferentes espécies do crime de tráfico de pessoas: A lei 12/2011, contém vários elementos que constituem o crime de tráfico e descreve este delito em sentido estrito nos seus artigos 3.º e 4.º, continuando com a descrição do tráfico para a exploração sexual (art.º 5.º), o tráfico para a adoção ilícita (art.º 6.º), o tráfico para remoção de órgãos (art.º 7.º), a utilização do imóvel para fins de tráfico, a publicidade e promoção do tráfico, a destruição do documento da vítima de tráfico e a utilização dos serviços ou fazer uso do trabalho da vítima ou obtém benefícios financeiros (artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º respetivamente), assim como os crimes contidos nos termos do artigo 160.º do código penal português, descritos nos números 1 e 2, o tráfico para a adoção constante no n.º 5, abrange ainda a utilização dos serviços ou órgãos da vítima elencados no n.º 6,

⁷⁶ SILVA. Germano Marques da, Direito Penal Português, II, Teoria do Crime, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012 e CARVALHO. Américo Taipa de, Direito Penal Parte Geral - Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, pág. 33.

assim como a ocultação e danificação dos documentos de identificação da vítima do tráfico previsto nos termos do n.º 7, todos do referido artigo 160.º do código penal. Estas diversas condutas são diferentes nas suas gravidades e constituem formas de participação no tráfico de pessoas.

Para tanto, creio importante cotejar os mencionados artigos com a definição de tráfico internacional de pessoas disposta no artigo 3.º, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, cujo Portugal e a Guiné-Bissau são Estados Partes.

Para este instrumento jurídico (art.º 3.º al. a)) a expressão “tráfico de pessoas”, significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. Estabelece também, al. b) que o consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea “a” do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer dos meios referidos na alínea a) do presente artigo.

Observa-se que o texto sempre visa à proteção da pessoa contra qualquer tipo de exploração, sendo a exploração laboral uma das formas de exploração protegido pelo texto; ademais, vislumbra-se que o traficante se aproveita de situações onde a vontade ou consentimento do aliciado se encontra de alguma forma viciada. Portanto, resta claro que, internacionalmente se busca proteger a liberdade de decisão de outra pessoa, no caso a liberdade de decisão da própria vítima.

Porem, o consentimento da vítima é irrelevante para configuração do delito, desde que as fórmulas utilizadas pelo traficante viciem a sua vontade. Portanto, para se atingir o bem jurídico (exploração para fins de mendicidade ou trabalho forçado) na forma simples do dispositivo deve existir a tipicidade em sua vertente material; o agente, em sua conduta deve se aproveitar de alguma forma de situações de vulnerabilidade da vítima (quer financeira, familiar, psicológica, social ou sobre tudo cultural-religioso como acontece no caso das crianças talibés), uma vez que o fator viciante não se restringe a coação, ameaça ou violência (estes, quando presentes possibilitam a agravação da pena – artigo 160.º n.º 3 do CP português, contrário do artigo 4.º da lei 12/2011, não apresenta a agravação da pena nestes termos, mas sim conforme o disposto no n.º 2 do artigo 4.º e nos termos do artigo 15.º); quer dizer, para a lei 12/2011, o agravamento da pena neste delito não se faz necessário a verificação destes elementos.

Ora bem, recordemos que a gravidade do crime de tráfico de pessoas em especial de criança tanto na Guiné-Bissau, Portugal ou em qualquer canto do planeta, está justamente em que este ato põe em causa a liberdade pessoal e a dignidade da pessoa humana. O crime de tráfico de pessoas, principalmente o tráfico da criança, mexe com a dignidade

da pessoa humana; é um crime contra a liberdade pessoal⁷⁷, que é um bem jurídico de portador individual.

Porem, a liberdade pessoal protegido neste ilícito, não se refere a uma liberdade pessoal qualquer mas sim, de uma qualificação da violação dessa liberdade pessoal, por violar principalmente a dignidade da pessoa humana, “deduzindo-a à objeto ou instrumento do tráfico”⁷⁸; no caso da exploração de trabalho, as condições infra-humanas, a que a pessoa traficada é sujeita causa-lhe prejuízos não só pessoais, mas também patrimoniais pela exploração a que a vítima é submetida e favorece um enriquecimento ilegítimo do agente explorador.

Por outro lado, está a instrumentalização do corpo da vítima tornada objeto da exploração ou de extração de órgão faz com que este crime se aproxime na sua gravidade do crime de escravidão. Assim, a liberdade e a integridade física são protegidas por este tipo legal, e, é manifesto proteger a dignidade na sua globalidade a qual é radicalmente atingida com o tráfico de pessoas.

Por conseguinte, os crimes previstos nesta disposição são crimes de *dano* (quanto à lesão do bem jurídico), por si verificar uma lesão do bem jurídico que é a liberdade de decisão e de ação de outra pessoa, e de resultado (quanto ao objeto da ação); podendo ser aplicado a teoria da adequação do resultado à ação.

Para a doutrina, o bem jurídico protegido, em todos os crimes de tráfico de pessoas, *é a liberdade de decisão e ação de outra pessoa*.

Na verdade, o crime de tráfico de pessoa atinge de forma direta a dignidade da pessoa humana, ao transformar o corpo da vítima em mero objeto de exploração; por isso, tanto em Portugal assim como no Brasil e México a sua justa localização no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, uma vez que este ilícito já não respeita apenas a exploração sexual, mas sim a outras formas de exploração como: à exploração laboral e a extração de órgãos.

3.3. Elementos do tipo

Os elementos do tipo, é composto por tipo objetivo e o tipo subjetivo do ilícito de tráfico de pessoas.

No direito penal, para que seja imputada responsabilidade penal a um arguido por um crime são necessários dois elementos: o *actus réus* que é o elemento objetivo e material do crime (ou seja, o componente material do crime, à ação de cometer o crime) e a *mens rea* que é o elemento subjetivo do crime, referem-se à atitude subjetiva ou psicológica do autor do crime, e apenas a pessoa que age com determinado grau de culpa pode ser sujeita a responsabilidade criminal.

⁷⁷ MENDES, Paulo de Sousa, Tráfico de Pessoas, Separata, Revista do CEJ, 1.º semestre n.º 08, jornada sobre a revisão do código penal, Almedina – 2008, p 175.

⁷⁸ PATTO, Pedro Maria Vaz Goudinho, O crime de tráfico de pessoas no código penal revisto, análise de algumas questões. In: Revista do Centro Estudos Judiciários, 1.º Semestre 2008, n.º 08, Editora Almedina, Lisboa, 2008, p.182.

3.3.1. O tipo objetivo do crime de tráfico de pessoas/criança

O tráfico de pessoa é um “crime comum” quanto ao agente, pois pode ser cometido por toda e qualquer pessoa.

Em Portugal, tipo objetivo deste ilícito se divide em dois vertentes; o tipo objetivo do crime de tráfico de pessoa adulto e o tipo objetivo de crime de tráfico de pessoa menor de 18 anos de idade; contrario da lei n.º 12/2011, de 6 de junho, este instrumento jurídico guineense não faz esta distinção, sendo o tipo objetivo do crime de tráfico de pessoas a mesma tanto para o crime de tráfico da pessoa adulta assim como para o crime de tráfico da pessoa menor de idade. Mas também temos no crime de tráfico de pessoas tipo objetivo de alienação de menor, tipo objetivo da utilização da vítima do tráfico e o tipo objetivo de subtração de documentos.

a) O tipo objetivo no ilícito de tráfico de pessoas adulta:

Consiste no recrutamento, na oferta, na entrega, no transporte (seja qual for o meio utilizado e quem transporta, sempre quando seja custeado pelo agente do tráfico), a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoa traficada para fins de exploração sexual, exploração laboral, a escravidão, a extração de órgãos, a exploração de outras atividades criminosas e a mendicidade.

Aqui o tipo contém uma intenção «para fins de que» de realização de um resultado que não faz parte do tipo (da exploração sexual, laboral, a escravidão, a extração de órgãos, a exploração de outras atividades criminosas e a exploração da mendicidade), mas que é provocado por uma ação ulterior a praticar pelo próprio agente ou por um terceiro⁷⁹.

Por outro lado, no tipo objetivo do crime de tráfico de pessoas, não é necessária a verificação da exploração efetiva da vítima, nem a extração efetiva de um órgão seu, nem a realização ulterior de atos de mendicidade ou outras atividades criminosas, *basta que o agente tenha essa intenção*; por si tratar de um crime de ato cortado, onde o agente do tráfico não precisa consumir o ato, bastando com a intenção de submeter a outra pessoa a exploração para o benefício próprio.

A exploração pode ser: a exploração sexual, a exploração de trabalho, a mendicidade, a escravatura, a extração de órgãos e a exploração de outras atividades criminosas. Mas para este trabalho faremos ênfase na exploração de trabalho e a exploração para fins da mendicidade.

1 - *Exploração sexual*: consiste na instrumentação do corpo da vítima como objeto de uma forma direto ou indireto de prazer sexual. Sendo a exploração sexual uma das mais antigas formas de tráfico de pessoas, até a definição do tráfico de seres humanos dada pelo Protocolo de Palermo que passou a abranger não só o tráfico destinado a exploração sexual, mas também a outras formas de exploração como a exploração laboral, extração de órgãos, a mendicidade, entre outras.

⁷⁹ DE ALBURQUERQUE, Paulo Pinto. Comentário do Código Penal Português, a luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: 3.º ed. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015 – p. 629.

A Decisão-Quadro 2002/629, inclui no conceito de tráfico para a exploração sexual o tráfico com vista à pornografia, nos termos do artigo 1.º n.º 1⁸⁰, estabelece o seguinte, “*para efeitos da exploração da prostituição de outrem, ou de outras formas de exploração sexual, incluindo a pornografia.*”

Mas também, nos termos do artigo 3.º al. b) da lei 12/2011, de 6 de julho, definiu a «exploração sexual» da seguinte forma: “*é a sujeição duma pessoa a prostituição ou produção de material pornográfico por meio de ameaça, engano, coação, abandono, abuso de autoridade, servidão por dívida, com o fim de obter uma vantagem, patrimonial ou não*”; e o mesmo preceito na sua alínea c) define a «pornografia»⁸¹.

A exploração sexual ou mercantilização do corpo humano (como diz o Doutor Vaz Patto, a pessoa não tem um corpo, é um corpo) atinge, de modo particular a dignidade da pessoa; já que a sexualidade humana se reveste de uma dimensão eminentemente pessoal. A afronta a essa dignidade da pessoa humana, que reduz a pessoa em objeto, instrumento ou mercadoria, se verifica sempre na prostituição, contrário do que se vê nas outras relações de trabalho.

2 – *A Exploração de trabalho*: consiste na instrumentalização do corpo e das faculdades intelectuais da vítima para a prestação de trabalho físico ou intelectual. Constituem indícios dessa exploração a inexistência ou desproporção da retribuição do trabalho, o número excessivo de horas de trabalho ou as condições de insalubridade ou insegurança do trabalho⁸².

Para a OIT a violência física ou sexual, a restrição de movimentos dos trabalhadores, o trabalho como forma de pagamento de uma dívida, a retenção de salários, ou a recusa de pagamentos destes sem justa causa, a retenção de passaporte ou documento de identificação ou a ameaça de denuncia as autoridades da sua situação de ilegalidade, constituem linhas guias para a identificação do trabalho forçado; apesar da OIT não ter considerado a simples circunstância de o salário ser inferior ao mínimo legal, como indício de trabalho forçado, para o Venerando Vaz Patto⁸³, esta situação pode ser considerado si estiver associado a outros indícios, ou se se verificar uma grande desproporção entre o montante do salário e o número de horas de trabalho.

Para a lei 12/2011, de 6/7, o «trabalho forçado ou escravatura: é a obtenção de trabalho ou serviços de outrem por meio de sedução, violência, intimidação, ou ameaça, uso de força, incluindo a privação da liberdade, abuso de autoridade ou engano». O uso de

⁸⁰http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-629-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2002.629_JAI_Trafico_de_serres_humanos.pdf?nocache=1199978622.33
Consultado no dia 12/01/2017.

⁸¹ Artigo 3.º da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, al. c): Pornografia “é qualquer representação, através da publicidade, exibição cinematográfica, espetáculo indecente, tecnologia de informação ou por qualquer meio, de uma pessoa envolvida em atividades sexuais efetivas ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma pessoa, sem o seu consentimento”.

⁸² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal Português, a luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: 3.º ed. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015 – Pág. 630.

⁸³ PATTO, Pedro Maria Vaz Goudinho, O crime de tráfico de pessoas no código penal revisto, análise de algumas questões. In: Revista do Centro Estudos Judiciários, 1.º Semestre 2008, n.º 08, Editora Almedina, Lisboa, 2008, p.185.

crianças talibés na prática de exploração para fins da mendicidade que a OIT define como trabalho forçado, os agentes fazem o uso do *engano* tal como descreve o preceito acima mencionado para a concretização dos seus propósitos que é a obtenção do lucro através da exploração do menor pedinte de ruas.

3 - *A mendicidade*: (melhor desenvolvido no capítulo II, ponto 2.2.) é uma das várias formas de tráfico de pessoas, em especial de criança e constitui uma modalidade da exploração laboral.

A nível da Europa a Diretiva 2011/36/UE, no seu considerando 11, estabelece que a fim de responder à evolução recente do fenómeno do tráfico de seres humanos, a diretiva adota um conceito mais amplo de tráfico de seres humanos do que a Decisão-Quadro 2002/629/JAI, com a inclusão de novas formas de exploração; de entre os quais a mendicidade forçada.

Esta nova forma de tráfico de pessoas, mas principalmente de tráfico de criança, segundo a Diretiva 2011/36/UE, deverá ser entendida como uma forma de trabalho ou serviços forçados, tal como definidos na Convenção n.º 29 da OIT de 1930 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório. Por conseguinte, a exploração para fins da mendicidade, incluindo a utilização de uma pessoa traficada e dependente na mendicidade, só é abrangida pelo âmbito da definição do tráfico de seres humanos quando estejam reunidos todos os elementos do trabalho ou serviços forçados.

À luz da jurisprudência relevante, a validade do eventual consentimento dado à prestação desse trabalho ou desses serviços deverá ser avaliada caso a caso, contudo, quando esteja em causa uma criança, o eventual consentimento nunca deverá ser considerado válido.

A mendicidade tal como define o código penal português, é a prática habitual de ato ou o conjunto de atos pelo qual uma pessoa solicita a outra ou outras pessoas bens económicos (dinheiro ou outras coisas como alimentos, produtos de primeira necessidade, roupas, etc.) com vista a prover ao sustento do pedinte, fazendo apelo a sentimentos de caridade. Aqui a exploração de menor não deixa de se afirmar só pelo fato de os pais não terem os rendimentos indispensáveis a não ser através da mendicidade, e nem é necessário que a mendicidade seja lucrativa, mesmo assim a utilização de menor na mendicidade como um crime autónoma preenche sempre o crime de utilização de menor na mendicidade, tal como estatui o artigo 296.º do código penal português.

O tipo objetivo admite qualquer modalidade do dolo. Vimos também, que a mendicidade *por si só*, não é penalmente proibida, mas sim, a exploração de menor para fins da mendicidade, onde o único titular do bem jurídico protegido e o único sujeito passivo do crime é o menor.

Neste sentido, *os bens jurídicos protegidos pela incriminação do tipo legal deste crime, é a dignidade e o desenvolvimento responsável do menor.*

4 - *A escravidão*: esta forma de tráfico de pessoas, consiste numa modalidade da exploração laboral ou da exploração sexual. Nesta modalidade de exploração a vítima não tem qualquer poder de decisão sobre os números de horas de trabalho ou de números de clientes e nem dispõe de qualquer parte de retribuição pelos serviços (laboral ou sexual) prestados.

Aqui a pessoa vítima é reduzida de uma pessoa ao estado ou condição de escravo, isto é, de coisa sobre o qual se exercem o direito de propriedade. trata-se de um crime de execução livre. Por exemplo, na extração de órgãos, a vítima é comprada, cedida ou

adquirida e mantida viva com o fito de dela extrair o órgão; neste caso a vítima deixa de ser uma pessoa e passa a ser um conjunto de órgãos que o agente do tráfico dispõe.

Por isso, é que esta modalidade «a redução da pessoa a condição de escravo» significa que a pessoa deixa de ser pessoa e passa a ser uma propriedade, fazendo dela uma das mais graves modalidades de tráfico de seres humanos; e o bem jurídico protegido por esta incriminação é a integridade física, a liberdade pessoal (no sentido amplo da palavra liberdade), a liberdade e autodeterminação sexual, a honra, a reserva da vida privada e o direito à propriedade e ao património de outra pessoa.

5 - *A extração de órgãos*: é a sujeição da vítima de tráfico que pode ser adulto ou menor, a uma intervenção médica de remoção de um órgão do seu corpo. Considera-se irrelevante si a intervenção visa um ou mais órgãos, ou si a mesma tem fim terapêutico para um terceiro beneficiário do órgão. Por conseguinte, o tráfico de seres humanos para efeitos de remoção de órgãos, constitui uma grave violação da dignidade humana e da integridade física da pessoa vítima.

6 - *A exploração de outras atividades criminosas*: consiste na instrumentalização do corpo e das faculdades mentais da vítima para a prática de atos de execução de crimes previstos no código penal ou em leis penais extravagantes, quer sejam cometidos através de um ato isolado ou esporádico ou uma atividade intermitente ou permanente. Estes crimes podem ser, pequenos furtos ou roubos, tráfico de droga e outras atividades semelhantes que sejam puníveis e lucrativas, bem como outras condutas como, por exemplo, a adoção ilegal ou o casamento forçado, na medida em que sejam elementos constitutivos do tráfico de seres humanos.

b) Tipo objetivo de tráfico de menor:

O tipo objetivo do tráfico de menor de idade no código penal português, é o mesmo do tráfico de adulto, mas com uma diferença significativa, já que quanto aos meios é um crime de execução livre (porque pode ser cometido por qualquer meio) nos termos do artigo 160.º n.º 2 do código penal.

Neste âmbito o legislador admitiu o cometimento do crime de tráfico de criança por qualquer meio, sendo que a utilização dos meios constantes no n.º 1 do mesmo preceito, constitui uma forma qualificada do crime de tráfico de criança, constante no n.º 3 do mesmo preceito; o legislador acrescenta ainda duas formas de qualificação do crime de tráfico de criança: a atuação profissional e a atuação com intenção lucrativa⁸⁴.

Na intenção lucrativa o crime de tráfico é um crime de resultado cortado, passando a incriminar as ações de recrutar, oferecer, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor ou a entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos, a adoção ou a exploração de outras atividades criminosas.

Estas duas formas de qualificação agravou o crime de tráfico de menor, nos termos do artigo 160.º n.º 3 do código penal, si for utilizado qualquer dos meios constantes no número 1 do mesmo preceito; neste sentido, o legislador podia ter agravado o crime de tráfico de adulto, mas optou tão só em agravar o crime de tráfico de pessoas quando se trata do menor como vítima; fato que mereceu crítica por parte de alguns autores como

⁸⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal Português, a luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: 3.º ed. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015 – Pág. 631.

Miguel Garcia, Taipa de Carvalho e Paulo Pinto de Albuquerque no comentário ao código penal a luz da constituição da república portuguesa e da convenção europeia dos direitos do homem⁸⁵.

Na Guiné-Bissau, a luz da lei 12/2011, de 6 de julho, o legislador não fez a distinção na forma de cometimento do crime de tráfico de adulto em relação ao crime de tráfico da criança, e nem optou pelo agravamento do tipo penal do crime, quando se trata de criança como vítima do tráfico na utilização dos meios de coação previstos no artigo 3.º e 4.º da referida lei; os dois crimes contem o mesmo tipo objetivo e a mesma moldura penal. Num entanto, esta moldura penal é qualificada nos termos do art.º 4.º n.º 2, no caso em que resultar a doença ou a morte da vítima; aqui a vítima pode ser uma pessoa adulto assim como um menor, punindo o agente com uma pena de quinze a vinte anos de prisão⁸⁶, em vez dos três a quinze anos de prisão constantes no n.º 1 do artigo 4.º da lei 12/2011, de 6 de Julho.

Como dizia, a referida lei, não estabeleceu as circunstancias agravantes no caso da vítima ser uma criança nos moldes do estipulado no n.º 3 do artigo 160.º do código penal português, mas sim, estabelece no seu artigo 15.º as circunstâncias agravantes para além das previstas no código penal guineense, as circunstâncias agravantes para o crime de tráfico de pessoas quando se trata de vítima menor, mulher ou pessoa com idade superior a dezoito anos, mas que não seja capaz de se proteger contra abusos, negligência, crueldade, exploração ou discriminação, devido a deficiência física ou mental, ou a situação de extrema pobreza, ou quando o crime é cometido pelos agentes elencados nas alíneas b) a i)⁸⁷ do mesmo preceito.

c) O tipo objetivo de alienação de menor:

O artigo 6.º da lei 12/2011, incrimina a alienação de menor, bastando com que o menor seja adotado com a intenção ou finalidade do seu envolvimento na prostituição, exploração sexual, exploração de trabalho forçado, escravatura e servidão voluntaria; tendo a pena agravada de 10 a 15 anos de prisão para 15 a 20 anos de prisão no caso em que esta alienação resultar a doença ou a morte da vítima.

Para haver responsabilização criminal do agente que submete o menor alienado a qualquer uma das formas de exploração ou que tenha essa intenção, não é necessário que haja uma contrapartida ou que fossem remunerados bastando a finalidade ou intenção de posteriormente vir a submeter o menor a exploração.

⁸⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. No comentário ao código penal a luz da constituição da república portuguesa e da convenção europeia dos direitos do homem. Universidade católica editora, lisboa 2008, p. 432.

⁸⁶ Artigo 4.º, n.º 2 da lei 12/2011, de 6 de Julho de 2011, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças na Guiné-Bissau.

⁸⁷ Lei n.º 12/2011, de 6 de junho: al. b) Quando o crime seja cometido por parente de qualquer grau na linha reta ou parente na linha colateral até ao oitavo grau da vítima; c) Quando o crime seja cometido por curador, encarregado de educação, direção ou guarda da vítima, pessoa que a qualquer titulo tiver autoridade ou responsabilidade sobre a vítima, eclesiástico ou ministro de qualquer culto; d) Quando o crime seja cometido por qualquer autoridade pública; e) Quando o crime seja cometido contra o acolhido; f) Quando o crime seja cometido por quem tenha o dever especial de proteger a vítima; g) Quando a vítima seja usada para o cometimento de crimes ou em conflitos armados; h) Quando o crime seja cometido por sindicato, associação criminosa ou envolvendo um grande número de vítima; i) Quando da prática ou por ocasião da prática do crime resultarem doenças de foro psicológico, a excisão ou contágio de HIV/SIDA e doenças de transmissão sexual.

d) O tipo objetivo da utilização da vítima do tráfico:

Na lei de prevenção e combate ao tráfico de pessoas na Guiné-Bissau (lei 12/2011), prevê a punição de todo aquele que obtém conscientemente benefícios financeiros ou de outra natureza, ou fizer uso do trabalho ou dos serviços de uma pessoa sujeita a uma condição de servidão, trabalho forçado ou escravatura, é punido com uma pena de prisão de 5 a 8 anos.

Aqui, a lei não puni só o cliente que utilizar o corpo, os serviços ou órgãos da pessoa traficada, mas sim, todo aquele que de uma forma ou outra se beneficia financeiramente ou fizer uso do trabalho ou serviços de uma vítima sempre quando tenha conhecimento de que a pessoa é vítima de tráfico.

Por outro lado, na doutrina os autores se divergem enquanto o grau de conhecimento do agente para a sua responsabilização criminal em fazer uso da pessoa traficada; mas para o autor Vaz Patto, este conhecimento pode ser um conhecimento incerto ou eventual, já que quem atua com dolo eventual, também atua com conhecimento da circunstância sobre o qual incide o dolo. Portanto, ter conhecimento abrange qualquer forma de dolo e consequentemente a responsabilização criminal do agente.

e) O tipo objetivo de subtração de documentos:

Na lei 12/2011, o artigo 10.º sanciona todo aquele que confiscar, esconder ou destruir o passaporte, os documentos de viagem, os documentos ou pertenças pessoais da vítima do tráfico, para a impedir de se deslocar ou de ir buscar ajuda do governo ou quaisquer entidades, públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, ou mesmo de pessoas singulares, com a finalidade de tornar a pessoa mais vulnerável ao tráfico, é punido com a pena de prisão de 2 a 8 anos.

Aqui o que esta em causa é o fato de o agente ter destruído, escondido ou confiscado o documento da vítima com o intuito de limitar a sua deslocação e de impedir de poder ir buscar a ajuda seja pública, privada ou particular.

A punibilidade do agente no crime de destruição de documentos de viagem da vítima do tráfico de pessoas, é mais grave na lei 12/2011, de 6 de junho, cuja pena é de 2 a 8 anos de prisão do que no código penal português com o estipulado nos termos do artigo 160.º n.º 7, cuja00 pena é de até três anos de prisão.

3.3.1.1. Elementos do tipo objetivo no crime de tráfico de pessoas

Os elementos do tipo objetivo, consistem na entrega, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de uma pessoa, por meio da violência, ameaça, rapto, ardil manobra fraudulenta, abuso de autoridade, aproveitamento da incapacidade e da situação de vulnerabilidade da vítima e o consentimento, para fins de exploração; a exploração inclui a exploração de prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas.

a) A Entrega: consiste na entrega da pessoa vítima por parte de quem detém os direitos sobre ele, através de abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica de trabalho ou familiar.

b) O Recrutamento: é o meio utilizado por uma ou mais pessoas, organizado em grupos ou em agências que organizam o processo de viagem ou traslado da pessoa recrutado de um país para outro ou para dentro do território nacional. Geralmente algumas agências ou pessoas singulares usam a mentira ou engano para recrutar a pessoa para o propósito do tráfico. Sendo assim, o fator engano é um dos meios utilizados na face do recrutamento das pessoas para o tráfico.

No recrutamento das crianças talibés, vítimas de tráfico de crianças para a exploração do ato da mendicidade nas ruas, o fator engano é o meio mais utilizado para a obtenção de consentimento de quem detém os direitos sobre o menor.

c) O Transporte: o transporte pode ser usado tanto para o traslado das vítimas do tráfico para fora do território nacional assim como internamente sem num entanto ocorrer o cruzamento de fronteiras internacionais.

d) A Transferência, o Alojamento e Acolhimento: estas modalidades são frequentemente utilizadas pelos traficantes para moverem a pessoa traficada do lugar de origem para o lugar de destino que pode ser dentro ou fora do território nacional.

3.3.1.2. Os meios utilizados no crime de tráfico de pessoas

No crime de tráfico de pessoas, são diversos os meios utilizados no cometimento deste crime; sendo tais meios «A violência, o rapto, a ameaça, coação, fraude ou engano, abuso de autoridade, situação da vulnerabilidade da vítima, a incapacidade e do casamento forçado.» que são os meios utilizados para a ação de entrega, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoa traficada.

Enquanto que no código penal português a presença de estes meios no cometimento do crime de tráfico de criança, é motivo de agravação da pena constante nos termos do artigo 160º nº 3.

a) A Violência;

A violência, constitui um dos meios de coação e pode ser física ou psíquica.

A violência é a intervenção da força física que pode ser absoluta ou relativa, enquanto elimina ou não, qualquer possibilidade de resistência do coagido – “vis física” absoluta ou “vis física” relativa ou compulsiva sobre a própria pessoa do coagido⁸⁸ e a violência psíquica.

A violência pode também ser considerados condutas omissivas, onde não faz a utilização da força física, mas que elimina ou diminua a capacidade de decisão ou de resistência da vítima, por exemplo, os atos da violência psíquica, se verifica muito nos casos de hipnose ou de embriaguez mediante engano.

A violência é dirigida, a pessoa do coagido, mas também pode ser dirigido a terceiro, mas para este ultimo deve sempre existir uma relação de proximidade existencial entre a pessoa do coagido e o terceiro como objeto da violência (pelo menos uma relação de simpatia), para poder considerar o ato de violência sobre o terceiro como adequado a afetar sensivelmente a liberdade de ação da pessoa que se pretende constranger; neste

⁸⁸ CARVALHO, Américo Taipa. Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, parte especial, tomo I, 2.º edição, Coimbra Editora. Pág. 570.

sentido o código penal português não especificou as pessoas que podem ser objeto da prática do crime, mas, elas devem sim estar em relação de proximidade existencial com a pessoa do coagido caso contrário não haverá crime.

A violência pode também consistir numa intervenção física sobre coisas, que podem ser do coagido ou terceiro, sempre quando o mal causado nas coisas seja adequado a afetar sensivelmente a liberdade de ação do coagido, de forma a constranger este a adotar o comportamento visado pelo agente.

No mundo jurídico penal, alguns autores como Cléssio Moura de Sousa, consideram que, existem diversas atividades lícitas que apresentam altos níveis de violências⁸⁹ a semelhança do que sucede no crime de tráfico de adulto, tendo como exemplo: o mercado legal de diamantes em Serra Leoa; este é uma atividade legal que gera tanta violência como si trata-se de atividades ilegais; mas também há atividades ilegais que não são violentas, o exemplo típico deste, são os escândalos de corrupção que envolvem o aparelho do Estado através das empresas públicas, políticos e empresários na Guiné-Bissau, estes ocorrem dentro de um ambiente de acordos e alianças entre os mesmos com benefícios mútuos que raramente socorrem da violência na sua realização. Outro exemplo típico de atividades ilícitas não violentos na Guiné-Bissau, é o recrutamento de uma criança de sexo masculino na exploração para fins da mendicância com pretexto de receber a formação na área religioso de estudos corânicos.

Por tanto no caso específico de tráfico de crianças talibés, não há o uso necessário de violência e nem é necessário que o agente recorra a esta ferramenta no ato de recrutamento, transporte ou acolhimento do menor (a não ser no ato da exploração), como se propaga nos meios de comunicação referente a indissociabilidade do mercado ilegal de tráfico e a violência.

A violência acontece muitas vezes no tráfico de adulto dentro do espaço onde é praticado a exploração da pessoa vítima de exploração sexual, laboral, extração de órgão, escravatura, etc.; mas, podemos afirmar que a ilegalidade do ilícito de tráfico por si só, é insuficiente para gerar níveis altos de violência por exemplo, no concernente a prática de mendicância das crianças talibés, nos mercados, semáforos, igrejas, etc., espaços estes que são usados ilicitamente pelos talibés para pedir esmolas, o ato de recrutamento e o ato em si de pedir esmolas nas ruas é praticado sem violência.

Porem, a violência como meios de coação, constitui o tipo fundamental dos crimes contra a liberdade de decisão e de ação. São múltiplas a liberdade pessoal de decisão e de ação, tais como a liberdade sexual, a liberdade política, a liberdade religiosa, etc. estas manifestações da liberdade pessoal foram autonomizadas pelo legislador penal que criou diferentes tipos de crimes singulares de coação; como crime de coação sexual protegida pelo artigo 163.º do código penal português, sendo este ilícito designado como crime de violação nos termos do artigo 133.º do código penal guineense, entre outros. Mas, por além destas singulares expressões de manifestação de liberdade, o legislador criou para a proteção de todas as possíveis e legítimas formas de manifestações da liberdade pessoal, um crime geral de “coação” tutelada nos termos do artigo 123.º do código penal guineense e no artigo 154.º do código penal português.

⁸⁹ SOUZA, Cléssio Moura De. Violência letal e tráfico ilícito de droga em Maceió. Revista portuguesa de Ciências Criminal, dirigido por Jorge Figueiredo Dias. Ano 26, n.º 1 a 4, Janeiro a Dezembro de 2016, Edição IDPEE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. P. 487.

Neste crime a violência pode ser física ou psíquica e está, portanto, numa relação de generalidade e de subsidiariedade para com os singulares crimes de coação, onde só se aplica quando a concreta lesão de liberdade de ação não se subsumir a um dos crimes de coação, por exemplo o crime de coação sexual.

Portanto, bem jurídico protegido neste crime é a *liberdade de decisão e de ação*.

O crime de coação não só abrange as ações de constrangimento em sentido estrito, ou seja, a tradicional vis-compulsiva, mas também as ações de vis-absoluta, bem como as ações que afetam os pressupostos psicológicos-mentais da liberdade de decisão, isto é, a própria capacidade para decidir, como são as hipóteses de coação mediante hipnose ou intoxicação⁹⁰.

O tipo objetivo deste ilícito consiste em constranger outra pessoa a adotar um determinado comportamento que consiste em praticar, omitir ou suportar uma ação. Este crime pode ser praticado por qualquer pessoa e a sua consumação basta-se com o simples início da execução da conduta coagida e quanto o tipo subjetivo, o crime exige dolo, bastando o dolo eventual, apesar de na doutrina muitos autores exigem o dolo direto relativamente ao efeito de constrangimento.

O fato, só não é punível, se a utilização do meio para atingir o fim visado não for censurável.

b) *O rapto*;

O rapto, consiste numa ação de subtração e transferência não consentida de uma pessoa de um lugar para outro, ficando a vítima sob o domínio fático do agente do crime. Este ilícito tipificado nos termos do artigo 125.º do código penal guineense, estabelece que “Quem por qualquer meio, raptar outra pessoa para obter do próprio ou de terceiro um resgate, a prática ou omissão de um fato ou a suportar uma atividade, é punido com prisão de dois a dez anos”. O legislador, no n.º 2 deste ilícito, optou pela agravação da pena de prisão nos casos em que o cometimento do ilícito for efetuado com violência, ofensas a integridade física, tortura ou qualquer outro tratamento cruel, degradante ou desumano, ou simplesmente por negligência do agente, vier causar a morte da vítima ou tiver como resultado o suicídio.

No código penal português, o crime de rapto é tipificado no artigo 161.º, e em relação ao disposto no código penal guineense, podemos afirmar que o ilícito tipificado neste preceito é mais abrangente, principalmente no concernente a agravação da pena constantes nos números 2 e 3 do mesmo preceito.

O bem jurídico protegido pela incriminação do ilícito de rapto é a liberdade de locomoção. Essa liberdade pode ser física ou corpórea consiste em mudar de lugar, de se deslocar de um lugar para outro. Sendo um crime de dano quanto a lesão do seu bem jurídico que consiste na liberdade de locomoção e um crime de resultado quanto ao objeto da ação de subtrair ou de transferir uma pessoa contra a sua vontade de um lugar para outro por meio de violência, ameaça ou astúcia.

O tipo objetivo consiste no rapto de uma pessoa por meio de violência física ou psíquica, ameaça ou astúcia. Trata-se de um crime de execução vinculada e não inclui a conduta de aproveitamento do rapto cometido por outrem e o seu agente pode ser qualquer pessoa

⁹⁰ CARVALHO, Américo Taipa. Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, parte especial, tomo I, 2.º edição, Coimbra Editora. Pág. 569.

(quem), desde um bebé, incapaz, adulto, menor de idade ou e até a uma pessoa intoxicada ou hipnotizada.

Porem, a conduta do rapto exige a transferência da vítima de um lugar para outro diferente, e por geral a conduta assume a forma de ação; e quanto aos meios atua através de violência, ameaça e astúcia, dando-lhe o caracter de crime de execução vinculada.

O tipo subjetivo deste ilícito preenche qualquer forma de dolo, relativamente a ação e o resultado de privação da liberdade da pessoa transferida coativamente ou por meio do engano de um lugar para outro. O tipo contém uma intenção, de realização de um resultado que não faz parte do tipo (como exige o artigo 125.º do cp, que o rapto tenha uma destas finalidades: a obtenção do resgate, a prática ou omissão de um facto ou a suportar uma atividade) mas que é provocado por uma ação ulterior a praticar pelo agente.

Sendo assim, o crime de rapto não é necessário a verificação do resultado, bastando que o agente tenha essa intenção; portanto trata-se de um crime de ato cortado.

Segundo autor Taipa de Carvalho, o crime de rapto, não admite qualquer justificação atenta a sua intenção criminosa.

A tentativa é punível e a consumação exige que a vítima seja transferida do lugar onde se encontra para outro lugar, permanecendo sobre domínio do agente do crime; em concurso o crime de rapto não exige a consumação do crime fim (a extorsão), bastando com a intenção de o praticar.

Os crimes que estão tipicamente contidas nos meios “violência e ameaça” como os crimes de ofensas corporais e a ameaça, estes são consumidas pelo crime de rapto.

A pena estatuída para este ilícito no código penal guineense (artigo 125.º) é de dois a dez anos de prisão, agravado nos termos do número 2 do mesmo preceito numa pena de prisão de três a doze anos; enquanto que no código penal português (artigo 161.º) a pena é de dois a oito anos de prisão agravado nos termos do n.º 2 do mesmo preceito.

c) A ameaça ou ameaça grave;

A ameaça que se trata aqui como um dos meios utilizados na concretização do tipo objetivo do crime de tráfico de pessoas, não tem necessariamente de coincidir com o crime de ameaça previsto no artigo 122.º do código penal; mas no âmbito do conceito, deve ser-lhe atribuído o mesmo significado: para tanto a ameaça, aparece como a concretização futura de mal dependente da vontade do agente. Quer dizer que o ponto de partida para o juízo sobre a dependência ou não, do mal é feito segundo a perspectiva do homem comum, isto é, da pessoa adulta e normal; outro fator a ter em conta é as características da pessoa ameaçada.

Aqui, o objeto da ameaça grave como meios de ação para o cometimento do crime de tráfico, não pode ser iminente, caso contrario estaríamos diante de uma tentativa iminente de execução do respetivo ato violento do mal.

Em todo o caso, é irrelevante o prazo dentro do qual o agente concretizara o mal, porque o indispensável mesmo nesta ação, é que a ocorrência do mal futuro (a ameaça grave) dependa da vontade do agente. E o bem jurídico protegido no crime de ameaça é a liberdade de decisão e de ação.

d) O Engano ou manobra fraudulenta;

A identificação da ferramenta do engano ou manobra fraudulenta, como meio da ação no tráfico de pessoas, é, portanto, necessário que o agente tenha induzido a vítima em erro

quanto ao objetivo e/ou as consequências da ação de entrega, recebimento, recrutamento, transporte, etc.

Não é suficiente o mero aproveitamento passivo do engano alheio não provocado pelo agente e também não basta o aproveitamento do desconhecimento da vítima sobre as consequências da ação, salvo quando recair sobre o agente o dever jurídico de garante relativamente a pessoa que está em erro ou desconhece as eventuais consequências da ação, pois neste caso o não desfazer o engano ali sim, configurará uma omissão a qual é imputável o crime de tráfico de pessoas, que será respondido neste caso pelo omitente.

Por outro lado, mesmo não havendo o dever de garante não significa que o omitente ou aquele que se aproveita do erro da vítima fique impune; já que, devido a essa omissão de auxílio, pode fazer com que a vítima deixe de estar numa situação de perigo para a sua liberdade ou integridade física, sendo certo que por exemplo no caso do condutor de transporte que se encontra a transportar crianças supostamente para fins educacional mas sabe a real finalidade daquele transporte, podia simplesmente evitar todo o maltrato a que serão submetidos si os prestasse o auxílio necessário esclarecendo aos responsáveis dos mesmo as finalidades daquele transportação.

d) *O fator engano ou manobra fraudulenta*, é um elemento chave na prática de crime de exploração de menor para fins da mendicidade no tráfico de crianças talibés.

O engano, significa que a pessoa traficada ou o encarregado da pessoa traficada no caso de menor, foi iludida devido a sua situação de vulnerabilidade, com ofertas de educação, casamento ou trabalho bem remunerado, mas acaba sempre em trabalho forçado ou outras formas de exploração através daquele casamento que se converte em casamento forçado quando se trata de um menor como vítima.

O engano, incluído no protocolo de Palermo sobre o tráfico de pessoas, é considerado um dos métodos usados pelos agentes do crime para a concretização dos seus objetivos. A sua utilização é frequente nas pessoas com situações de vulnerabilidade, que são iludidas devido ao estado vulnerável que se encontram, com ofertas irrecusáveis; por exemplo a oferta de uma educação religioso para uma criança muçulmana que supostamente lhe garantiria um futuro melhor, diferente da situação de especial vulnerabilidade devido a precária situação socioeconómica familiar em que se encontra no momento em que foi aliciado.

O engano ou manobra fraudulenta, sendo um dos meios utilizado no recrutamento das crianças talibés, onde os encarregados de educação são aliciados com a promessa de uma formação no âmbito religioso e movidos pelo sentimento de garantia de um futuro melhor para com os seus educandos, entregam a vítima a um mestre, que acaba sempre metido numa encruzilhada difícil de sair e convertidos numa grande fonte de lucro para os seus mestres com a prática de mendicidade nas ruas.

O método engano, é uma das ferramentas, mas poderosa para o recrutamento de crianças talibés. A utilização da técnica do engano à pessoa que se encontra numa situação de vulnerabilidade (em termos económicos e social), faz dele, presa fácil para o agente do crime de tráfico, que se aproveitam desta vulnerabilidade para a concretização dos seus propósitos e consequentemente que lhe seja confiado o menor que é o objeto principal do crime.

O protocolo sobre o tráfico, deixa claro que, para que o tráfico ocorra a pessoa deve ser movida através do uso do engano, para a realização dos seus propósitos (que é lucrar com a atividade imposta a vítima), sempre quando se concretiza a finalidade do tráfico que é a *exploração*, no caso subjuice a exploração para fins da mendicidade obrigatória de

uma criança ou que o agente tenha a intenção de lucrar com a pessoa enganado e movido do seu entorno habitacional.

e) O oferecimento, entrega ou aliciamento o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar:

Aqui não basta uma destas relações de ascendência/dependência, sendo necessário que na situação concreta, a influência do agente (tendo em conta entre outras circunstâncias, a intensidade ou grau de superioridade/dependência entre o agente e a vítima, as características psíquicas mentais da vítima) constitua um constrangimento ou coação psicológica idónea ou suscetível de levar a vítima a submeter-se á vontade do agente⁹¹. Em caso das crianças talibés, essa dependência começa desde o seu entorno com o consentimento dado por quem de direito para o traslado da criança a um outro entorno habitacional onde fica ao cuidado exclusivo do agente que só se importa com o dividendo que poderá obter com a exploração do pequeno que se encontra totalmente desprotegido nas mãos do seu explorador.

f) O aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima;

O aproveitamento da incapacidade psíquica, significa e implica que a vítima tenha uma incapacidade ou uma capacidade diminuída para avaliar o sentido e as consequências da proposta que lhe é feita, quer dizer que aquela incapacidade é análoga a inimputabilidade ou a uma imputabilidade diminuída.

Por além do conceito do aproveitamento da incapacidade psíquica como meios típicos dos elementos do tipo objetivo dentro do crime de tráfico de pessoas, temos entre outros o aproveitamento da situação de especial vulnerabilidade da vítima; este conceito nos indica outros meios de prática de tráfico de pessoas e não podemos negar a enorme extensão que pode ter, pela sua elasticidade na hora de interpretar, a fim de alcançar na sua interpretação uma efetiva punição de tráfico de pessoas.

Ao falar do aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade da vítima, pensamos logo na pobreza económica ou até mesmo na pobreza extrema como uma das formas que identifica uma situação de vulnerabilidade da vítima.

Para o professor Vaz Patto, não foi fácil determinar um conceito aceitável de especial vulnerabilidade da vítima, pelo seu conceito indeterminado, tendo ele de recorrer as experiencias policiais e judiciais de vários países estrangeiros, bem como a diversos documentos internacionais sobre as diferentes formas de exploração (exploração sexual ou laboral), tomando em conta a ideia evocada nos trabalhos preparatórios do protocolo de palermo e retomada na decisão quadro do concelho de 19 de Julho de 2001, do qual se verifica uma situação de vulnerabilidade da vítima em: “toda a situação em que a pessoa visada não tenha outra escolha real nem aceitável senão a de submeter-se ao abuso”⁹². Porem, desta definição poderemos extrair dele as alternativas que não humanamente aceitáveis para determinar a vulnerabilidade da vítima.

Num entanto, não podemos nos impressionar com o grau da pobreza na hora de determinar a vulnerabilidade da vítima na qualificação do crime de tráfico de pessoas e

⁹¹ CARVALHO. Américo Taipa De. Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial tomo I artigos 131.º a 201.º, 2.º edição, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Cimbra Editora – 2012, p. 680.

⁹² PATTO. Pedro Maria Goudinho Vaz. Revista do CEJ, 1.º semestre – n.º 8, Jornada sobre a revisão do Código Penal, Almedina – 2008, Pág. 194.

nem tampouco podemos ignorar a perigosidade deste ilícito, por ser um crime que vai contra a liberdade pessoal, pautando sempre pelo equilíbrio da balança na hora da qualificação do crime de tráfico de pessoas principalmente tráfico de criança; portanto, teremos de saber distinguir si a conduta da pessoa é livre ou não, sem entrarmos na senda de absolutismo; como diz o Doutor Vaz Patto, a conduta não livre não é apenas a que é fruto da “vis absoluta”, da violência ou da completa privação da liberdade de locomoção. A liberdade não se situa num plano etéreo e abstrato, é relativa a situações concretas, onde vários fatores, com maior ou menor intensidade, a podem limitar e condicionar⁹³.

No caso de exploração laboral, algumas jurisprudências assim como os instrumentos jurídicos internacionais tais como o Protocolo de Palermo e a Decisão-Quadro do Conselho de 19 de julho de 2002, refere que o aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade é quando a vítima não tenha outra *alternativa real e aceitável* se não se submeter ao tráfico. Quer dizer que a alternativa ademas de ser real tem que ser aceitável.

E quando é que podemos dizer que uma situação de vulnerabilidade é real e aceitável ao mesmo tempo? Por exemplo, no caso de um pai que consente entregar a criança a um mestre para fins de estudos corânicos, mas posteriormente o mestre usa o menor como fonte de lucro com a prática da exploração para fins da mendicidade obrigatória e submetido a uma precariedade de vida pior do que se encontrava na casa do pai!

A primeira coisa que devemos saber é o porque de um pai entregar o seu educando a um terceiro para a sua educação, sendo este o dever do pai; como só um pai é que pode esclarecer os motivos que o leva a entregar o seu filho para o mestre corânico, falamos com o pai de uma criança talibé Saliu Baldé (entregue pelo seu pai a um mestre radicado na região de Kolda - Senegal), sobre a sua decisão de confiar a educação do seu filho a um mestre corânico! A sua resposta não foi diferente de muitos pais entrevistados no âmbito deste trabalho; responde o pai do menor Saliu Baldé, com um olhar firme e ao mesmo tempo melancólico: “menos uma boca para se alimentar”, querendo assim dizer que o primeiro motivo que lhe levou a entregar o seu filho nas mãos do mestre corânico com o intuito de se formar como mestre de alcorão, é devido a fome, a falta de alimentos para alimentar todos os membros da família devido a precária situação económica em que se encontra a família numerosa do pequeno Saliu Baldé.

O pai continua, ao entregar o pequeno para um mestre corânico, não só teria a vantagem de se formar e vir a ter melhores condições de vida no futuro, mas também estava a garantir assim a sobrevivência do pequeno, que corria risco de não sobreviver até a idade adulta pela fome.

Agora pergunto: “A fome é ou não uma alternativa real e aceitável, a ponto de se abdicar da convivência com o filho, entregando-o a uma outra pessoa mesmo sabendo das reais consequências daquela entrega? Isto é, da prática de mendicidade fazer parte do currículo escolar daquele ensino religioso.

Para o Venerando Doutor Vaz Patto, a fome constitui uma alternativa, mas não aceitável⁹⁴; humildemente, permita-me discordar com esta afirmação, na minha modesta opinião, e por experiência própria, a fome pode sim constituir “alternativa e aceitável”, na hora de determinar a situação de especial vulnerabilidade da vítima do tráfico, já que não

⁹³ PATTO. Pedro Maria Goudinho Vaz. Revista do CEJ, 1.º semestre – n.º 8 (especial) Jornada sobre a revisão do Código Penal, Pág. 186, Almedina - ano 2008.

⁹⁴ PATTO. Pedro Maria Godinho Vaz, Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ, 1.º semestre - n.º 8 (especial), Almedina - 2008, pág. 185.

se trata só da fome em si, que constitui o ato de não comer um dia ou dois, mas sim a fome de não ter nada de comer por um período indeterminado de tempo, uma fome onde vês criança a morrer por desnutrição e doenças derivados de falta de alimentos, a fome que leva a morte.

Neste caso, um chefe de família numeroso como o pai de Saliu Baldé, que presencia vários óbitos dentro e fora do seio familiar, encontra uma pessoa que por sua tradição é considerado pessoa de bem, querendo levar uma das suas crianças achando que é para poder lhe proporcionar uma vida melhor e assim garantir um futuro melhor, mesmo sabendo da prática de mendicidade que para ele (o pai do menor) constitui um ato normal e aceitável nos usos e costumes da sua religião acreditando que aquela prática ajudará na formação do carácter da humildade daquela criança, que por si só, não tem futuro educacional pela falta de infraestrutura de um Estado totalmente ausente, que não consegue implementar o sistema de ensino nacional em todo o território; entregaria ou não o seu educando?

Na minha modesta opinião, acho pouco provável o não entrega do menor por aquele pai que de uma forma que podemos até considerar de torta, mas que ao fundo só quer garantir a vida do seu pequeno e junto a vida um futuro mais risonho que é vir a ser um mestre de alcorão.

Na verdade, naquelas circunstancias o que interessa para aquele pai, é livrar o seu menor de um futuro incerto, de uma morte prematura ou como mínimo de contrair uma doença que pode chegar a ser mortal e logo a seguir está a garantia de um futuro melhor, a oportunidade de si formar academicamente mesmo sendo na área religiosa. Nestas condições, acho que “a fome pode ser considerada como uma alternativa real e aceitável” na determinação da vulnerabilidade da vítima do tráfico de criança.

O certo é que a fome, é um dos principais elementos usados pelos agentes na hora de determinar a vulnerabilidade das vítimas nas zonas rurais, para a seleção e recrutamento das crianças talibés. Mais uma razão para a aceitação da fome como alternativa real e aceitável na determinação da vulnerabilidade da vítima do tráfico de crianças talibés na Guiné-Bissau.

g) Casamento Forçado;

Também, a legislação guineense, inclui o casamento forçado praticado no âmbito de usos e costumes, como um dos meios de exploração utilizados no crime de tráfico de pessoas, e, é destinado principalmente para as diferentes formas de exploração dentro do crime de tráfico de criança, sendo estas as principais vítimas deste meio do tráfico.

Como dizia, uma das formas de exploração da criança vítima do tráfico, é através do casamento forçado, aqui a vítima é obrigada a contrair matrimónio de forma forçado pelos familiares e encarregado de educação com pessoas muito maiores que os usa para a exploração, tais como a exploração de trabalho forçado, a exploração sexual, extração de órgãos, entre outros.

Esta forma de exploração no crime tráfico de pessoas, tem na pessoa da criança a principal vítima desta modalidade de exploração no crime do tráfico de pessoas, cuja pena vai de 3 a 20 anos de prisão, agravado para uma pena de 15 a 20 anos de prisão, nos termos do artigo 4.º e 15.º da lei n.º 12/2011, de 6 de julho. E o bem jurídico protegido neste crime é a liberdade de decisão e de autodeterminação sexual.

h) A obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima;

O consentimento por si só pode ter por objeto a prática de atos que são socialmente adequados (tendo como exemplo o consentimento dado por um irmão para a extração de uma medula seu, a fim de ser transplantado no seu irmãozinho que, sem tal transplante corre sérios riscos de morte) e por outro lado, o consentimento tem como objeto a prática de atos que são socialmente inadequados ou juridicamente inaceitáveis (por exemplo o consentimento dado por A á B para que este recrute um menor que será utilizado na exploração para fins da mendicidade).

Aqui o consentimento dado no primeiro exemplo é um consentimento aceite moral e socialmente como positivo: tendo no consentimento um ato de sacrifício individual, mas, moral e psicologicamente reconfortado com a sobrevivência do irmãozinho, apesar de em termos de integridade física ficar gravemente prejudicado; no caso a exclusão da ilicitude constitui uma causa de justificação pela existência de uma norma especial a atribuir relevância dentro de apertados pressupostos ao consentimento nos transplantes de órgãos regulado pela lei n.º 12/93, de 22 de Abril de 1993, em Portugal; assim, o consentimento para o transplante (da médula do irmão mais velho para o irmão mais novo com o intuito de salvar a vida do mais novo) é, uma causa de justificação especial, que se fundamenta não apenas no consentimento, mas também no objeto positivo a realizar através do ato consentido.

Já no segundo exemplo, o consentimento dado de A para B, com o intuito de recrutar criança com a intenção de submetê-la a exploração para fins da mendicidade, é um fato socialmente negativo, que não deve ser considerado como causa de exclusão da tipicidade; aqui pode-se considerar o consentimento dado para recrutar uma criança que será submetido a exploração para fins da mendicidade nas ruas gerindo lucros para o seu dono (literalmente) como uma causa de diminuição do ilícito da exploração e não uma diminuição da pena.

Por tanto, salientasse que o consentimento pode constituir uma causa de exclusão da tipicidade, uma causa especial de justificação, uma causa de exclusão da ilicitude ou uma causa especial de diminuição do ilícito.

No primeiro (exclusão da tipicidade) a ação só se torna desvaliosa o fato de serem praticadas sem o consentimento do respetivo titular do bem jurídico; por exemplo a usurpação de coisa imóvel previsto nos termos do artigo 160.º n. 1 do código penal, cujo tipo legal pressupõe a ausência do consentimento do dono da casa, mas logo havendo consentimento, não se verifica o tipo legal. E é, o que o autor Costa Andrade denomina de “acordo”⁹⁵, onde com consentimento não há tipicidade na ação de ocupa coisa imóvel alheia.

Por tanto, o consentimento dado por um pai de menor que entrega o seu filho a um mestre de alcorão para fins de estudos corânicos e sem que este o submete a exploração para fins da mendicidade com animo lucrativo, tal como o autor Costa Andrade, poderíamos denominar este consentimento de “acordo” porque não se verifica a tipicidade na ação do ensino corânico do menor, por não se verificar o tipo legal que é a exploração do menor com o animo lucrativo.

⁹⁵ CARVALHO, Américo Taipa De. Direito Penal parte geral, in questões fundamentais teoria geral do crime. (Manuel da Costa Andrade, Consentimento e Acordo, 1991), 2.º edição. Coimbra Editora, 2011, pág. 445.

Já no consentimento como causa especial de justificação, a ação consentida embora lesiva do bem jurídico de quem dá o consentimento, é, todavia, socialmente valiosa; neste tipo de consentimento a ação cometida deixa de ser ilícita como também é valorada positivamente pela ordem jurídica, tal como acontece no exemplo de transplante da medula para salvar a vida de um ser querido.

Ma também está o consentimento como causa de exclusão da ilicitude; aqui os autores Costa Andrade⁹⁶ e Figueiredo Dias⁹⁷, defendem um paradigma dualista para o consentimento; os dois autores consideram o consentimento a causa de exclusão da tipicidade, quando a ação descrita no tipo legal não é in se socialmente desvaliosa, só se tornando desvaliosa, quando é praticada contra a vontade do titular do bem jurídico, e, portanto, quando a oposição do titular do bem jurídico é elemento do tipo legal, chamando esse tipo de consentimento de “acordo”; no mesmo sentido vai o autor Taipa de Carvalho, que ademas considera que o consentimento é apenas uma causa de exclusão da ilicitude, e não uma verdadeira causa de justificação⁹⁸.

Enquanto que os autores Roxin e Strafrecht, defendem que o consentimento é mais do que uma causa de exclusão da ilicitude de uma ação típica, uma causa de atipicidade, exclui a própria tipicidade da ação consentida. Considerando que havendo o consentimento na heterolesão de bens jurídico individuais disponíveis, deixa o bem jurídico de por força do próprio consentimento, merecer a proteção jurídica, deixando de existir uma relação de conflito de interesse ou bens jurídicos. Para ele, o consentimento deve assegurar as possibilidades de desenvolvimento da vida do portador do bem jurídico, mas não a sua destruição⁹⁹.

Dita o artigo 38.º n.º 1 do código penal português que: Além dos casos previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. Enquanto que o código penal guineense se mostrou omissivo em relação a matéria do consentimento.

Hora bem, de acordo com a doutrina e o estipulado no número 1 do artigo 38.º do código penal, será que o consentimento dado pela vítima no crime de tráfico de pessoas, pode ser considerada como causa de exclusão de ilicitude, ou uma causa de exclusão da tipicidade ou uma causa especial de justificação?

É muito importante falar do consentimento como um dos meios do tipo, frequentemente utilizado por agente na prática do hediondo crime de tráfico de pessoas.

Neste ilícito é irrelevante a forma de o agente obter o tal consentimento na pessoa da vítima ou do seu encarregado de educação quando se trata de criança vítima do tráfico, já que pode ser qualquer forma (mediante engano, contrapartida ou não). Necessário é que

⁹⁶ CARVALHO, Américo Taipa De. Direito Penal parte geral, in questões fundamentais teoria geral do crime. (Manuel da Costa Andrade, Consentimento e Acordo, 1991), 2.º edição. Coimbra Editora, 2011, pág. 443 ss.

⁹⁷ Idem. (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, 2007), pág. 447.

⁹⁸ Idem, Abdem. P. 448.

⁹⁹ CARVALHO, Américo Taipa De. Direito Penal parte geral, citando aos autores Roxin e Strafrecht, in Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime, 2.º Edição. Coimbra Editora, 2011, pág. 446.

quem dá o consentimento tenha um efetivo controlo sobre a vítima, tenha este controlo ou ascendência sobre a pessoa entregue um fundamento legal ou meramente fáctica.

A Convenção de Varsóvia (2005) no seu artigo 4.º al. b) estabelece que o consentimento da vítima na exploração projetada não releva quando tiver sido empregado qualquer dos meios enunciado na alínea a) ou seja, coação, rapto, fraude, etc., além de que considera o tráfico de crianças o seu transporte, desde que para fins legais de exploração, mesmo que não utilizado qualquer meio de coação enunciado na alínea a) do artigo 4.º da Convenção. Verifica-se aqui que se trata de um bem indisponível, já que o seu consentimento não produz nenhum efeito; assim como o Protocolo de Palermo (art.º 3.º al. b)), e agora consagrada nos instrumentos nacionais, tais como o código penal português (art.º 160.º n.º 8), a lei 12/2011, de 6 de julho (art.º 12.º), no México a lei geral de tráfico de pessoas publicado no DOF 19-03-2014, (art.º 40.º).

Por tanto é mesmo irrelevante o consentimento da vítima, para configuração do delito de tráfico de pessoas, desde que viciem a sua vontade.

Para se atingir o bem jurídico (liberdade de decisão e de ação) na forma simples do dispositivo e, existir a tipicidade em sua vertente material, o agente, em sua conduta, deve se aproveitar, de alguma forma, de situações de vulnerabilidade da vítima quer financeira, familiar, psicológica, social, cultural uma vez que o fator viciante não se restringe a coação, ameaça ou violência; estes quando presentes, possibilitam a apenação da conduta de forma mais grave.

De acordo com a definição demonstrada, o tráfico de crianças não requer o uso de coação ou de dolo ou o abuso da vulnerabilidade da criança, como é normalmente o caso quando as vítimas são pessoas adultos.

Aparentemente as crianças definidas como pessoas de idade inferior a dezoito anos, se presume serem incapazes de consentimento do tráfico para fins de exploração na prostituição ou pornografia, mesmo depois de terem atingido a maturidade de consentimento para ficar envolvido na exploração de trabalho forçado ou em atividades sexuais; deve-se mencionar, no entanto, que mesmo na Holanda onde a exploração da prostituição foi legalizada desde outubro de 2000, a proteção através do direito penal contra a exploração sexual tem sido mantida integralmente a todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, independentemente do consentimento ou da sua real capacidade legal de consentimento para relações sexuais com menor de idade.

Por outro lado, os instrumentos internacionais de luta contra o tráfico de pessoas, estabelecem que os Estados-Parte deverão criminalizar todos os atos descritos na noção de tráfico de seres humanos; portanto, neste sentido e atendendo ademas a natureza constitutivo do ilícito de tráfico de pessoa, o consentimento dado pela vítima nas circunstâncias descritas, não pode em momento algum servir como causa de justificação ou de exclusão da ilicitude da ação típica consentida, na medida em que o interesse social na defesa do bem jurídico lesado é considerado superior do interesse pessoal da autodeterminação individual.

3.3.2. Tipo Subjetivo

No crime de tráfico de pessoas, tipificado nos termos dos artigos 3.º, 4.º e seguintes da lei 12/2011, de 6 de Julho, e do plasmado nos termos do artigo 160.º do código penal português, quanto o elemento subjetivo do tipo, incluem a intenção, motivos e fins

específicos que leva a caracterização do bem jurídico ou o modo específico da sua lesão; pois, no crime de intenção, o tipo subjetivo exige que o agente atue com uma intenção cuja concretização não é exigida pelo tipo objetivo, apresentando a forma do crime de resultado cortado, bastando que o tipo subjetivo contém uma intenção de realização de um resultado que não faz parte do tipo objetivo mas que é provocado pela ação típica, como por exemplo a intenção lucrativo pretendido pelo agente do tráfico na prática deste ilícito, podendo os mesmos ser cometidos em qualquer forma do dolo, por a intenção ser um elemento subjetivo adicional ao dolo.

Para o autor Pinto de Albuquerque, no crime de tráfico de pessoa, “o tipo subjetivo admite qualquer forma de dolo, salvo no tocante a conduta ardilosa ou fraudulenta, que é incompatível com o dolo eventual”¹⁰⁰; «tendo como exemplos: o agente que subtrai os documentos da vítima, deve ter conhecimento de que os referidos documentos são de identificação ou viagem e de que a pessoa é vítima de tráfico; por outro lado, está o caso do utilizador dos serviços ou órgãos da vítima, refere que, quem usa os serviços de uma prostituta este (o cliente) tem de conhecer que ela é vítima de tráfico de pessoas».

Na mesma posição está o Doutor Vaz Patto (in, revista do CEJ), para o Venerando Juiz Desembargador, no crime de tráfico de pessoas, basta o dolo eventual no crime de utilização dos serviços ou órgãos; para o autor, basta que o utilizador admitir como provável tal fato e, mesmo assim, porque lhe é indiferente, não deixe de atuar, ou seja que o utilizador dos serviços de uma prostituta ou do trabalho de outrem, suspeite por indícios facilmente identificáveis, que se trata de uma vítima de tráfico e mesmo assim não deixe de utilizar esses serviços só o fato de lhe é indiferente.

Sendo que o tráfico de pessoas não existiria, e não teria a dimensão que tem, se não houvesse procura, por tanto o combate a procura ou o seu desincentivo no plano penal não terá uma expressão significativa se a punição dos utilizadores se reservar a casos raros. Por tanto, para o Venerando, não será abusivo, nem intoleravelmente limitador da liberdade, sancionar quem é indiferente ao fato de poder estar a alimentar com a sua conduta um crime de tráfico de pessoas, com todas as consequências que daí decorrem para as vítimas e sobre tudo quando o utilizador se beneficia de ofertas especiais que só o fato de se verificar uma situação de tráfico permite e quando são precisamente esses benefícios que o levam a não deixar de utilizar os serviços da vítima apesar da suspeita de que se verifique essa situação de tráfico¹⁰¹.

Os tipos legais descritos neste ilícito exigem o elemento subjetivo “fins de exploração”, pode ser exploração de trabalho, exploração sexual, etc., cuja exigência é que o agente ofereça, entrega, transporta, etc., a vítima com objetivo de esta vir a ser ou pelo menos sabendo que a vítima virá a ser utilizada na exploração sexual, de trabalho ou outras formas de exploração; nas incriminações do artigo 4.º e 6.º da lei 12/2011, de 6 de junho e do n.º 1 e do n.º 5 do artigo 160.º do código penal português, exigem pelo menos o dolo necessário, neste sentido, o autor Taipa de Carvalho, Castela Rio e Miguel Garcia, consideram que não é suficiente o dolo eventual, mas que se exige que o agente atue com essa finalidade, quer dizer com o «dolo direto» ou, pelo menos, saiba que o destino da

¹⁰⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De. Comentário do código penal à luz da constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.º Edição, Editora Universidade Católica, pág. 632.

¹⁰¹ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ, 1.º semestre - n.º 8 (especial), Almedina - 2008, pág. 200 a 201.

vítima irá ser o de sujeição a exploração sexual, laboral, ou a extração de órgão (dolo necessária)¹⁰².

Na minha modesta opinião, comparto a posição do Venerando Doutor Vaz Patto e do autor Doutor Pinto de Albuquerque, admitindo qualquer forma de dolo, com a exceção da conduta ardilosa ou fraudulenta devido a sua incompatibilidade com o dolo eventual. Por exemplo, um senhor X incentivado pelo seu astrólogo (guru) de este, todos os dias de manhã cedo dar esmola de uma moeda de 50 francos cfa a uma criança talibé como forma de obtenção de proteção e de boa sorte durante o dia, prática esta que é cumprido na íntegra pelo senhor X, quem vê a situação da precariedade em que se encontra aquele menor, fez com que o senhor X desconfiasse de que possivelmente aquela criança possa ser vítima do tráfico, pelas condições desumano em que se encontra e mesmo assim, estimula a prática da mendicância com oferendas de moeda de 50 francos cfa para a obtenção da proteção divina para sua pessoa. Para o senhor X, o importante é o que ele pode conseguir com aquela ação de dar esmola, quer dizer com a sua sorte ou proteção, sem se importar as condições em que se encontra o pequeno talibé.

Por outro lado, pode se dizer que o ter conhecimento referido nas legislações, abrange qualquer forma do dolo; e para o Venerando Juiz, “no dolo eventual se verifica o elemento intelectual de dolo. Quem atua com dolo eventual também atua “com conhecimento” da circunstância sobre que incide o dolo, sendo tal “conhecimento”, porém, não um conhecimento “certo”, mas um conhecimento “incerto” ou eventual”¹⁰³.

Por outro lado, o tipo subjetivo inclui ainda um elemento típico subjetivo implícito que é a intenção de *exploração para fins de*: a exploração laboral, sexual ou a extração de órgãos.

No caso específico das crianças talibés, a exploração dos mesmos incide na exploração laboral, já que os menores são obrigados a trabalhar forçosamente durante longas horas nas ruas praticando a mendicidade utilizando aspetos degradantes para chamar mais atenção e assim conseguir atingir os objetivos dos seus agentes.

Por isso é que a incriminação deste ato no ordenamento jurídico guineense é fundamental, até porque assim, iria em conformidade com o estabelecido no instrumento internacional de que os Estados Parte deverão criminalizar todos os atos descritivos de tráfico pessoas, (artigo 5.º do protocolo de Palermo e o artigo 18.º da Convenção de Varsóvia), porque o seu combate depende da eficiência de cada um dos Estados Partes.

Por tanto, na minha opinião, se faz necessário uma interpretação que considere a punição do utilizador dos serviços da vítima de tráfico, bastando a atuação com dolo eventual, porque só assim, conseguiremos acautelar o incentivo e a proliferação deste hediondo cancro da atualidade chamado tráfico de pessoas e muito em especial do chamado tráfico de crianças talibés, que por suas características e da falta de capacidade para se defender deste mal, continuam a ser presa fácil para os seus agentes e a classe mais vulnerável para o cometimento do abominável crime de tráfico de menor na Guiné-Bissau.

3.4. A Ilícitude

¹⁰² CARVALO, Américo Taipa De. Comentário Conimbricense do código penal, parte especial tomo I, 2.º Edição, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 684.

¹⁰³ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ, 1.º semestre - n.º 8 (especial), Almedina - 2008, pág. 202.

O direito penal apenas pode proibir comportamento socialmente danoso, ainda que nem todos os comportamentos socialmente danosos sejam proibidos. Sendo apenas o legislador que faz a escolha vinculante do que é proibido e do que é permitido.

A doutrina refere a consciência da ilicitude como a violação de uma norma jurídica; sem num entanto tratar-se de um conhecimento exato da norma, da sua ordenação como sendo de natureza civil, penal, ou direito público, nem sequer da sua correta subsunção, importante que o agente tenha presente a valoração de estar em causa algo juridicamente proibido¹⁰⁴. Neste sentido, a consciência da ilicitude retratada deverá ser difícil na medida em que a perceção da violação da norma *A* não significa a consciência da ilicitude com vista à norma *B*, e nem a consciência em geral de fazer algo ilícito, nem a consciência da ilicitude referida a outro tipo legal de crime podem fundamentar o concreto juízo de culpa do agente pela violação do tipo legal de crime por si violado.

Para que haja ilicitude em uma conduta típica, independentemente do seu elemento subjetivo, é necessário que inexistam causas justificantes. Isto porque estas causas tornam lícita a conduta do agente.

No concernente a ilicitude do crime de tráfico de pessoas em especial o tráfico de criança, é um crime comum que pode ser cometido por toda e qualquer pessoa.

A conduta proibida neste crime consiste em «oferecer, entregar, aliciar, transportar, alojar, aceitar, ou acolher» pessoas (tanto adulto assim como criança) para fins de exploração de trabalho, exploração sexual, ou para extração de órgãos. É um tipo de crime que pode ser cometida por ação e ao mesmo tempo pode ser imputado por omissão (quanto a pessoa que tem o dever jurídico de garante, que não impede a ação de entrega, transporte, oferecer, etc.), com a ressalva muito importante, é que no código penal português ao contrário da lei 12/2011, de 6 de julho, o crime de tráfico de criança, quanto aos meios é um crime de execução livre, contrário do crime de tráfico de adulto onde quanto aos meios utilizados, é um crime de execução vinculada, pois que a entrega, oferta ou transporte, etc., precede de um dos meios constantes na alinha a) do número 1 do artigo 160.º do código penal (a ameaça, violência, engano, etc.).

No ordenamento jurídico guineense, o tráfico de criança (tráfico de pessoas em geral), é um crime que exige no seu elemento subjetivo «fins de exploração», exigindo que o agente ofereça, entregue, a vítima com objetivo de esta vir a ser explorada, ou pelo menos ter conhecimento de que a pessoa entregue virá a ser explorada laboralmente, sexualmente, entre outras formas de exploração.

Para o autor Pinto de Albuquerque, o crime de tráfico de pessoas, admite qualquer forma do dolo, salvo no tocante a conduta ardilosa ou fraudulenta que é incompatível com o dolo eventual.

O autor Vaz Pato, defende bastar o dolo eventual, em relação ao crime de utilização de serviços da vítima do tráfico ou utilização de órgãos no ilícito de tráfico de pessoas, já que no plano da interpretação do direito vigente, de jure constituto, o Doutor Vaz Pato, considera que a expressão “ter conhecimento” abrange qualquer forma de dolo; também no dolo eventual se verifica o elemento intelectual do dolo o “conhecimento”, sendo que quem atua com dolo eventual também atua “com conhecimento” da circunstância sobre

¹⁰⁴ RENZIKOWSKI, Joachim. O objeto da consciência da ilicitude. Revista Portuguesa de Ciências Criminal, dirigido por Jorge Figueiredo Dias. Ano 26, n.º 1 a 4, janeiro a dezembro de 2016, Edição IDPEE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. P. 62.

que incide o dolo, sendo tal “conhecimento”, porém, não um conhecimento “certo”, mas um conhecimento “incerto” ou “eventual”¹⁰⁵. Por tanto, basta o dolo eventual para que o agente possa ser incriminado pelo crime de tráfico de pessoas.

Enquanto que para o autor José Luiz Guzman de Alborada, o bem jurídico do crime que legitima a proibição do crime de tráfico de pessoas para a exploração sexual é a liberdade sexual ou, a faculdade de o indivíduo governar a sua vida sexual e conduzi-lo de acordo com os seus desejos e inclinações¹⁰⁶. Aqui cabe também todas as formas de dolo tanto para o crime de exploração sexual, laboral, como para a utilização do serviço, basta ter o conhecimento do serviço utilizado.

Enquanto que o autor Américo Taipa de Carvalho, ter negado essas posições, justificando que o agente tem de ter conhecimento efetivo de que a pessoa é vítima do tráfico em conformidade com o estipulado no n.º 5 do artigo 160.º do código penal e no relatório explicativo da Convenção de Varsóvia.

Para mi, o fato é que quando se trata de um crime tão hediondo como é o caso de crime de tráfico de pessoas, o não ter “pleno conhecimento” posição do autor Taipa de Carvalho, deixa de ser o fundamento principal para a não punição do agente utilizador dos serviços ou órgãos da vítima do tráfico ou aquele que obtém benefícios financeiros à custa da pessoa traficada. Muitas vezes estes atuam com a indiferença perante o fato de poder estar à alimentar com a sua conduta um crime de tráfico de pessoas sem importar das consequências que de aí advém para a vítima. O utilizador destes serviços, importam-se nada mais nada menos com os benefícios, condições ou vantagens que só podem ser decorrentes das ofertas de um serviço provenientes de vítima de tráfico.

Por outro lado, está o dever que impende sobre o utilizador dos serviços no que tange o dever de informação sobre a situação de liberdade efetiva da pessoa que vai ser ou que está a ser utilizada. E também está o fato, de os utilizadores muitas vezes recorrem a estes serviços sem si importarem com a real situação de liberdade da pessoa utilizada; buscam por exemplo no caso de prostituição determinar a idade da pessoa a qual vão se servir, as condições do exercício da atividade (que seja e como lhe apetece), buscam pessoas mais vulneráveis, por serem mais submissas perante qualquer tipo de pretensão, buscam algo que lhes produz novidade e exotismo, assim como fazer uso do trabalho da pessoa vítima de tráfico sem si importar com a justiça ou não daquele labor a pessoa que o pratica, ou simplesmente só se importar com afastar os ditos maus espírito da sua pessoa e a obtenção da sorte pessoal mesmo que para tal tem de oferecer uma moedinha todas as manhãs a uma criança talibé sem si importar com as condições desumanas em que se encontra o menor; estando assim a incentivar uma prática que constitui um dos mais horrendos crimes da atualidade porque mexe com a própria dignidade da pessoa humana.

Esta forma de atuação do agente utilizador ou cliente, que procura um serviço que pelas suas características, facilidades e exigências de ofertas mais baixo e vantajosos do que a constante no mercado, a partida sabe-se que advém de um serviço onde só o fato de se verificar uma situação de tráfico permite, e precisamente esses benefícios que o levam a não deixar de utilizar os serviços da vítima apesar da suspeita de se tratar de uma vítima de tráfico.

¹⁰⁵ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ, 1.º semestre - n.º 8 (especial), Almedina - 2008, pág. 202.

¹⁰⁶ DALBORA, José Luis Guzman. Tráfico de pessoa e o problema do bem jurídico. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18 n.º 4, Coimbra Editora - 2008, p. 457.

Para tanto, os crimes previstos na lei 12/2011 e no código penal português como ilícito de tráfico de pessoas, não admitem qualquer causa de justificação, nem mesmo nos casos em que a vítima tenha manifestado o seu consentimento; porque os crimes previstos nesta disposição são crimes instrumentais da escravidão, lenocínio ou ofensa corporal grave. Constituem um momento cronológico anterior ao cometimento destes outros crimes, levando a não admissão de qualquer causa de justificação.

Para tal, os instrumentos jurídicos internacionais e nacionais expressarão a irrelevância do consentimento dada pela vítima do tráfico de pessoas, tais como: artigo 1.º n.º 2 da Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, artigo 2.º n.º 4 da Diretiva 2011/36/EU, o artigo 3.º al. b) do Protocolo Adicional a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, no âmbito nacional a irrelevância do consentimento se encontra plasmado no artigo 160.º n.º 8 do código penal português e no artigo 12.º da lei 12/2011, de 6 de julho de 2011, de forma resumida, expressarão a irrelevância do consentimento dada pela vítima ou seu representante quando se trata de vítima menor de idade.

Por tanto não cabe de forma algum causas de justificação no cometimento do crime de tráfico de criança e nem no tráfico de pessoas em geral.

3.5. A Culpabilidade

A culpabilidade aufere a princípio, se o agente da conduta ilícita é penalmente culpável, isto é, se ele agiu com intenção, com prudência, negligência ou imperícia, nos casos em que a lei prevê como puníveis tais modalidades, ou seja, a culpabilidade refere-se ao grau de culpa ou responsabilidade que o autor do crime tem relativamente ao crime.

No direito penal, um ser humano ao praticar uma conduta ilícita, pode ter culpa *latu sensu* por suas ações, si os praticou com a intenção e estava consciente de praticar o ato ilícito para obter resultado, isto é, se o agente praticou o ato com dolo. Também pode ainda haver culpa *strictu sensu* quando o agente do crime não tinha a intenção de produzir o ato ilegal, mas por agir com imprudência ou negligência tornou-se penalmente responsável por seus atos; (por exemplo, no caso de um condutor de veículo que transporta uma criança sabendo que o mesmo virá a ser explorado para fins da mendicidade e mesmo assim, aceita transporta-lo para aquele destino).

Segundo a teoria do crime, para que haja infração, tem de haver condutas típicas, ilícitas e culpáveis; assim sendo, uma pessoa que tenha praticado uma conduta típica e ilegal pode até não ter culpa alguma daquela prática, uma vez que não teve por objetivo nada de ilegal ou imoral, simplesmente, por não ter buscado o resultado ilícito, apesar de o ter inadvertidamente produzido e também não ter praticado nada em sua conduta manchado por imprudência ou negligência, pelo qual possa ser penalmente culpável (por exemplo: o condutor que transporta sem saber o destino de exploração que aguarda pela pessoa transportado). Neste sentido não importará a gravidade da lesão ou a importância do bem jurídico atingido, o fato é que aquela conduta não configura infração penal; esta conduta não se afigura no hediondo ilícito de tráfico de seres humanos, principalmente no tocante ao crime de tráfico de menor.

Para que configure plenamente a culpabilidade nesta categoria do ilícito de tráfico, é necessário ter em conta a presença dos elementos essenciais da culpabilidade que são *a imputabilidade penal, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa do agente*, cuja o não cumprimento de um destes elementos exclui a culpabilidade do agente e a infração resta não configurada; o que não acontece no cometimento do ilícito de tráfico de pessoas/criança, porque nesta modalidade de crime, é impensável a existência de qualquer causa de justificação ou sequer de exclusão da culpa do agente de crime.

No tráfico de pessoas, nem mesmo o consentimento da pessoa vítima do tráfico ou da pessoa que tem o controle sobre a vítima é tido em conta, simplesmente porque no crime de tráfico de seres humanos o consentimento é considerado irrelevante tal como estipula os próprios instrumentos jurídicos nacionais e internacionais como por exemplo, o n.º 8 do artigo 160.º do código penal português, o artigo 12 da lei 12/2011, de 6 de julho, o protocolo de palermo, a Diretiva 2011/36/EU, entre outros, que declaram expressamente a irrelevância do consentimento da vítima do tráfico de pessoas¹⁰⁷.

Temos no artigo 38.º n.º 1 do código penal português que: «além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes», contrário do que acontece no crime de tráfico de pessoas, onde o consentimento dado pela vítima resulta da contrariedade aos “bons costumes” referenciados no preceito acima indicado, devido a gravidade do ato deste ilícito que põe em causa a dignidade da pessoa; esta gravidade levou os instrumentos internacionais a declararem a irrelevância do consentimento da vítima e ainda encoraja a todos os Estados Partes a incriminarem todos os atos e elementos que fazem parte do hediondo crime de tráfico de seres humanos.

Porem, o crime de tráfico de pessoas, dispensa todo e qualquer forma de desculpação, tanto pela negligência que se manifesta através de desleixo, descuido, desatenção, menosprezo, indolência, omissão ou inobservância do dever, em realizar determinado procedimento, com as precauções necessárias, assim como pela imprudência onde constatamos a falta de cautela, de cuidado, é mais que falta de atenção, é a imprevidência a cerca do mal, que se deveria prever, porém, não previu, quanto mais, quando o crime de tráfico é cometido contra a pessoa do menor, que pelas suas especificidades carece de capacidade física e psíquica para se governar.

Por todo o exposto, constatamos que no crime de tráfico de criança, não cabe as formas de desculpação constantes nos artigos 36.º e 37.º do código penal guineense¹⁰⁸, pela

¹⁰⁷ A declaração da irrelevância do consentimento da vítima nos diferentes instrumentos jurídicos nacionais e internacionais: “O consentimento de uma vítima do tráfico de seres humanos na sua exploração, quer na forma tentada quer consumada, é irrelevante se tiverem sido utilizados quaisquer dos meios indicados no n.º 1”.

¹⁰⁸ Código penal guineense, ano 2007, pág. 26. O artigo 36.º do código penal, 1. Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não seja razoável exigir dele, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2. Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dela isento.

ARTIGO 37º (Conflito de deveres) 1. Não é ilícito o facto de quem, no caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfaz o dever ou a ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrifica. 2. O dever de obediência hierárquica cessa quando conduz à prática de um crime.

natureza do próprio crime de tráfico de menor, considerado um dos crimes mais hediondo na modalidade de crimes contra a pessoa.

Por tanto, a culpabilidade do agente do crime consta da exploração para fins da mendicidade forçada que se verifica em todo o território nacional, através das crianças talibés, cuja prática gere valores altamente lucrativos para os seus agentes, tornando assim, possível o seu enquadramento jurídico penal como um crime de tráfico de criança, com a verificação do dolo na prática dos seus agentes e que podem ser punidos nos termos do artigo 4.º n.º 1, com uma pena de três a quinze anos de prisão, agravado nos termos dos artigos 4.º n.º 2 e 15.º da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, numa pena de quinze a vinte anos de prisão efetiva.

3.6. A Punibilidade

Como já tínhamos visto, o crime de tráfico de pessoas, consagrado nos termos do artigo 160.º do código penal português, assim como nos termos do artigo 4.º e seguintes da lei 12/2011, de 6 de julho, preverão vários crimes distintos, tais como: «o tráfico de adulto, o tráfico de menor, a alienação de menor, a utilização da vítima do tráfico e a subtração de documentos da vítima do tráfico». Todos estes crimes foram consagrados em virtude das obrigações internacionais dos Estados da Guiné-Bissau e Portugal.

A aprovação destes instrumentos internacionais foi muito importante porque ajudou aos Estados Partes em alargar o âmbito da punibilidade do crime de tráfico de pessoa, em especial o crime de tráfico cometido contra criança nos ordenamentos jurídicos internos.

Vejamos, na legislação portuguesa o mesmo veio alargar consideravelmente o âmbito da punibilidade do crime de tráfico, consagrando um tipo de crime de *tráfico de pessoas para exploração* constituído como um crime de intenção baseado em exemplos-padrão e, designadamente, de tráfico para a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas, alargando o âmbito da incriminação do tráfico de pessoas para *qualquer tipo de exploração*. Assim, o preceito que incrimina o tráfico de seres humanos, deixou de estar limitado a formas de exploração específicas (“exploração sexual”), passando a ter naturezas exemplificativas.

No ordenamento jurídico guineense, a lei n.º 12/2011, de 6 de junho, é o primeiro e único instrumento jurídico nacional a tratar do crime de tráfico de seres humanos, tal como estabelece o ordenamento jurídico português, no texto consagrou um tipo de crime de tráfico de pessoas para *exploração*, constituído como um crime de intenção baseado em exemplos-padrão e, designadamente, de tráfico para a exploração sexual, a exploração do trabalho, o casamento forçado, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas (apesar de ter deixado de fora a exploração da mendicidade como sendo um dos grandes males da nossa sociedade, principalmente no concernente a exploração das crianças talibés), alargou o âmbito da incriminação do tráfico de pessoas para *qualquer tipo de exploração*. Assim, a semelhança de Portugal, o referido preceito legal não se limitou numa forma de exploração específicas, passando a ter naturezas exemplificativas, que brinda uma maior amplitude na hora da aplicação da pena para cada um dos crimes elencados na referida lei como sendo crime de tráfico de seres humanos.

O tráfico de pessoas, é crime formal cuja consumação não depende do resultado naturalístico, que consiste por exemplo na efetiva realização de trabalho forçado através

da mendicidade, assim como na efetiva remoção de órgãos da vítima ou qualquer outro resultado decorrente das finalidades previstas no tipo penal.

Aqui, o crime de tráfico de pessoas consuma-se, portanto, no momento em que o agente emprega ameaça, violência, rapto, coação, fraude ou abuso para oferecer, entregar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, aceitar, ou mediante contrapartida, alojar ou acolher pessoa, com a finalidade de exploração, incluindo a exploração sexual, exploração do trabalho, a escravidão, a extração de órgãos, a exploração de outras atividades criminosas, submetê-la a qualquer tipo de servidão ou a adoção ilegal. Mas, para este tipo de ilícito não se exige que a vítima seja submetida a qualquer das finalidades específicas previstas no tipo penal, basta que a conduta do agente seja voltada a uma dessas finalidades; quer dizer qualquer das finalidades que compõem o elemento subjetivo específico.

O artigo 3.º al. a) a f) da lei n.º 12/2011, nos deu uma definição geral sobre o tráfico de pessoas, mas é o artigo 4.º n.º 1 e 2 da lei supra mencionada¹⁰⁹, quem estabelece a punição dos agentes infratores deste crime numa pena de prisão efetiva. Por tanto a punibilidade do agente no crime de tráfico de pessoas se divide em três vertentes: primeiro na punibilidade do tráfico de adulto, na punibilidade do tráfico de criança, assim como no agravamento da pena para ambos os crimes (tráfico de adulto e da criança).

Aqui o legislador não fez nenhuma distinção no âmbito da punibilidade do ilícito entre o tráfico de adulto e o tráfico de menor, sendo que em ambos os crimes, o agente é punido com a mesma pena e agravados os mesmos crimes para as mesmas penas sem distinção entre a vítima adulto e a vítima criança. Estas penas de prisão, é para todo aquele que recrutar, fornecer, transportar, acolher uma pessoa para fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida e ainda agravada a pena nos termos do n.º 2 se em consequência dos factos referidos no n.º anterior resultar a doença ou a morte da vítima; por tanto, este preceito não especificou o tipo de vítima, sendo estas penas aplicáveis a todo aquele que comete o crime contra qualquer tipo de vítima, seja adulto ou menor.

Num entanto, o artigo 15.º al. a) da lei 12/2011, estabelece circunstâncias agravantes (para além das previstas no código penal) para o agente que comete o crime contra uma criança, mulher ou pessoa com idade superior a dezoito anos mas que não seja capaz de se proteger contra abusos, negligência, crueldade, exploração ou discriminação, devido a deficiência física ou mental, ou a situação de extrema pobreza; e nas demais alíneas (al. b) a i)), o mesmo preceito elenca todas as personalidades públicas, familiares ou religioso que ao praticarem este delito se verifica as circunstâncias agravantes do crime; por outro lado, verifica-se as mesmas circunstâncias si o crime for cometido contra um acolhido, a quando da prática ou por ocasião da prática do crime resultarem doenças de foro psicológico, a excisão, ou contágio de HIV/SIDA e doenças de transmissão sexual, a uma pena de quinze a vinte anos de prisão efetiva.

¹⁰⁹ Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, estabelece o art.º 4.º n.º 1 – Todo aquele que recrutar, fornecer, transportar, acolher a uma pessoa, para fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida, é punido com a pena de prisão de 3 a 15 anos.

2 - Se em consequência dos fatos referidos o número anterior resultar a doença ou a morte da vítima, o agente é punido com a pena de 15 a 20 anos de prisão.

Estes preceitos (art.º 4.º n.º 2 e o art.º 15.º) elevaram o limite mínimo e máximo da pena de prisão de três para quinze anos o limite mínimo e de quinze a vinte anos de prisão para o limite máximo, ao tratar das vítimas adulto assim como a vítima menor, mulher ou incapaz.

Enquanto que o código penal português, agrava o crime de tráfico de criança nos termos do artigo 160.º n.º 3, quando se verifica qualquer das circunstâncias elencadas nas alíneas do número 1 do mesmo preceito ou si o agente atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, mantendo o limite mínimo da pena de prisão de três anos; assim a pena prevista neste preceito legal para a punibilidade do agente do crime, é de três a doze anos de prisão. Apesar das circunstâncias do agravamento da pena em crime de tráfico de menor no código penal português ser distinto à estabelecido na lei n.º 12/2011, o objetivo de ambos legisladores esta relacionado com o tipo da vítima (criança) que pela sua característica se torna mais vulnerável para o cometimento deste ilícito, e vendo no agravamento da pena uma forma de acautelar a proliferação do crime contra esta camada indefesos de seres humanos.

Por tanto, podemos dizer que a incidência das causas de aumento da pena para ambos ordenamentos jurídicos, está relacionada com a qualidade da vítima; a vítima *criança* é a pessoa menor de dezoito anos de idade, nos termos da lei, sempre quando a idade da vítima é provada nos autos por meio de documento hábil (certidão de nascimento, documento de identidade, etc.).

Porem, a distinção feita entre o crime de tráfico de adulto e o crime de tráfico de menor na legislação portuguesa, marca uma diferença no âmbito da punição deste crime em relação a lei n.º 12/2011, já que no ordenamento jurídico português o crime de tráfico de adulto é um crime de execução vinculada, diferentemente do ilícito de tráfico de criança, que o legislador qualifica como sendo um crime de execução livre, cujo cometimento é por qualquer meio e a agravação da pena consta sobre três elementos: “meios utilizados”, “intenção lucrativa” e “profissionalidade”.

(1) “meios utilizados”, aqui a agravação da pena pela utilização dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 do artigo 160.º do cp, é perfeitamente compreensível e razoável, já que se trata de vítima menor de idade, onde tampouco se exija algum meio especial para haver o crime de tráfico de pessoas, sendo que na lei 12/2011, os meios utilizados no cometimento deste crime valido para ambas as vítimas adultos, menor, mulher ou pessoa incapaz.

(2) “intenção lucrativa”, este meio é um elemento associado ao crime de tráfico de pessoas em geral, é indiferente que a vítima seja um adulto ou menor, sendo a intenção lucrativa a motivação principal do crime de tráfico de seres humanos em geral;

(3) “profissionalidade”, este agravação é justificável tanto para o tráfico de criança, assim, como também poderia o legislador ter utilizado este meio para agravamento da pena no crime de tráfico de pessoa adulto; sendo que na lei 12/2011, de 6 de junho, este meio só abrange o agravamento da pena no crime de tráfico de adulto ao tratar de vítima mulher ou pessoa adulto, mas incapaz de se defender de qualquer tipo de abuso, exploração, etc.

Por outro lado, o art.º 160.º n.º 4, elenca as causas do agravamento de pena aplicáveis ao crime de tráfico de pessoas, sendo as penas previstas nos números anteriores agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo si a conduta neles referida: Tiver colocado em perigo a vida da vítima; tiver sido cometida com especial violência ou tenha causado à vítima danos particularmente graves; tiver sido cometido por um

funcionário no exercício das suas funções; tiver sido cometida no quadro de uma associação criminosa; ou tiver como resultado o suicídio da vítima.

Na legislação portuguesa, estas qualificações são previstas na lei n.º 60/2013, no estrito recomendações consagrados nas circunstâncias previstas no artigo 24.º da Convenção do Conselho da Europa¹¹⁰ relativa à luta contra o tráfico de pessoas e no artigo 4.º da Diretiva 2011/36/UE¹¹¹.

Por outro lado, de acordo com o considerando 12 da diretiva, o nível das sanções previstas na presente diretiva principalmente o referente ao agravamento das sanções nas circunstâncias previstas, reflete a preocupação crescente que existe entre os Estados-Membros relativamente ao desenvolvimento do fenómeno do tráfico de seres humanos; «caso a infração seja cometida em determinadas circunstâncias, por exemplo, contra uma vítima particularmente vulnerável, a sanção deverá ser agravada».

No contexto da presente diretiva, entre as pessoas particularmente vulneráveis devem incluir-se, pelo menos, todas as crianças. Outros fatores que poderão ser tidos em conta na apreciação da vulnerabilidade da vítima incluem, por exemplo, o sexo, a gravidez, o estado de saúde e a deficiência. Caso a infração seja especialmente grave, por exemplo, se puser em perigo a vida da vítima, envolver violência grave, como tortura, uso forçado de drogas/medicamentos, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual, ou de outro modo tiver causado à vítima danos particularmente graves, tal facto deverá traduzir-se numa sanção agravada.

Neste agravamento da pena, o legislador fala da “especial violência” que pode incluir ofensa a integridade física grave, tortura ou outro tratamento cruel, degradante ou desumano, e

¹¹⁰ Convenção do Conselho da Europa relativa à luta contra o tráfico de pessoas; Art.º 24.º, Circunstâncias agravantes: cada uma das Partes assegurará que as circunstâncias seguintes serão consideradas circunstâncias agravantes na determinação da sanção a impor relativamente às infrações previstas nos termos do artigo 18.º da presente Convenção: a) A infração ter colocado em perigo a vida da vítima, deliberadamente ou por negligência grave; b) A infração ter sido cometida contra uma criança; c) A infração ter sido cometida por um agente público no exercício das suas funções; d) A infração ter sido cometida no quadro de uma organização criminosa.

http://direitoshumanos.gddc.pt/3_9/IIIPAG3_9_13.htm. Consultado no mês de dezembro de 2017.

¹¹¹ Diretiva 2011/36/EU: (Sanções) Artigo 4.º, n.º 1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas no artigo 2.º sejam puníveis com penas máximas com duração de, pelo menos, cinco anos de prisão. 2. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas no artigo 2.º sejam puníveis com penas máximas com duração de, pelo menos, dez anos de prisão, caso a infração: a) tenha sido cometida contra uma vítima particularmente vulnerável, o que, no contexto da presente diretiva, inclui no mínimo as vítimas que forem crianças; b) tenha sido cometida no quadro de uma organização criminosa na aceção da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada; c) tenha posto em perigo a vida da vítima e tenha sido cometida com dolo ou negligência grosseira; ou d) tenha sido cometida com especial violência ou tenha causado à vítima danos particularmente graves. 3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que seja considerado circunstância agravante o facto de uma infração referida no artigo 2.º ter sido cometida por um funcionário ou agente público no exercício das suas funções. 4. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas no artigo 3.º sejam puníveis com sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas, que possam dar origem a entrega. “Consultado no mês de dezembro de 2017”.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF>

pode preceder assim como acompanhar a ação típica de tráfico, tendo como exemplo o transporte da vítima constante na definição da violência como elemento do tipo objetivo.

Outro exemplo que se enquadra neste elemento do tráfico de criança é o trato com um requinte de crueldade e desumano a que estão submetidas as crianças talibés, quando estes não conseguem cumprir com a entrega do valor estipulado pelo mestre.

Por outro lado, temos os “danos particularmente graves” como meio de agravação da pena do crime de tráfico de pessoas; estes danos particularmente graves, podem vir a ocorrer depois da ação típica do tráfico, que devem ser causados antes ou durante a ação, de modo a que tenham sido instrumentais para a realização do tráfico, conforme a interpretação constante na diretiva n.º 2011/36/EU, art.º 4.º, n.º 2, impondo uma pena máxima de duração de pelo menos dez anos de prisão.

O funcionário público pode cometer o crime no exercício de suas funções, porque pode este agir “no exercício de suas funções” praticar a conduta como desculpa, ou seja, como se esta fosse necessária no desempenho da função, usando as prerrogativas que lhe é conferido como ente público (tendo como exemplo os agentes da migração afetos nos postos de controlo das fronteiras).

Por conseguinte, temos também a punibilidade do crime de alienação de menor ou adoção para fins ilícitos previstos no artigo 6.º n.º 1 da lei 12/2011, punido com uma pena de prisão de dez a quinze anos, para o agente que adoptar ou facilitar a adoção com a finalidade de envolvimento em diferentes tipos de exploração; e a mesma pena é agravado no número 2 do mesmo preceito com uma pena de prisão efetiva de quinze a vinte anos para o agente que adoptar ou facilitar a adoção si em consequência do mesmo resultar a doença ou a morte da vítima.

Enquanto que no artigo 160.º n.º 5 do código penal português, a punição diz respeito tanto ao agente que oferece, entrega ou dá o seu consentimento para que outrem adote o menor, como aquele que solicita, aceita ou obtém o consentimento para a adoção da criança; tem que haver sempre uma vantagem patrimonial que pode ser mediante pagamento ou outra contrapartida, que é dirigido tanto ao agente que oferece, entrega ou dá consentimento, assim como para aquele que solicita, aceita ou obtém consentimento para adotar. Quer dizer que a criança é submetida a uma espécie de comercialização, onde é posta em causa a dignidade humana da pessoa do menor, que ajusta na qualificação deste ilícito como sendo à do tráfico de pessoas, punido com a pena de prisão de um a cinco anos.

O número 6 do mesmo preceito (art.º 160.º cp), resulta do desincentivo e combate a procura dos serviços ou órgãos da pessoa traficada¹¹² e estabelece que “Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos n.ºs 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da vítima é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber, por força de outra disposição legal”; assim como o artigo 11.º da lei 12/2011, que puni o utilizador dos serviços ou do trabalho da vítima ou simplesmente obtém benefícios financeiros ou de qualquer outra natureza.

A punibilidade deste preceito é dirigida diretamente para os utilizadores dos serviços sexuais da vítima, o trabalho da pessoa traficada, um órgão extraído da vítima do tráfico

¹¹² O Doutor Vaz Patto, no seu artigo in revista do CEJ 2008, explicou de que a razão principal da inclusão deste preceito sobre a responsabilização penal do utilizador dos serviços ou órgãos da pessoa traficada tem que ver com o desincentivo da procura, uma vez que uma das formas de combater o tráfico passa pelo combate à procura, tal como afirma o relatório explicativo da Convenção de Varsóvia.

ou com quem é financeiramente beneficiado com os serviços da vítima do tráfico, e não aos traficantes, nem aos que sujeitam a vítima do tráfico á exploração sexual, laboral, ou aos que extraíram das vítimas do tráfico um órgão.

A pena de cindo a oito anos de prisão, estabelecidos neste preceito vai apenas para aquele que com conhecimento da situação em que se encontra a vítima, mantém relações ou contato sexual com ela ou aproveita o fruto do seu trabalho ou mesmo beneficia do transplante do órgão da vítima, essa pessoa seria punida como “cliente” nos termos do artigo 11.º da lei 12/2011, assim como nos termos do estatuído no artigo 160.º n.º 6 do código penal português, cuja pena é de um a cinco anos de prisão. Para o autor Mouraz Lopes, é correto a punição do agente “cliente” nestes termos, posição contraria a da Manuela Valadão e Silveira, que considera o termo utilizador inadequado para o recetor do órgão.

A incriminação e punição do agente cliente constitui um marco importante no combate a crime de tráfico de pessoas; esta criminalização constitui um desincentivo para os utilizadores dos serviços das vítimas do tráfico, já que sem a procura não há crime.

O crime constante no artigo 10.º da referida lei n.º 12/20011, é um crime de atos relacionado com os documentos de identificação da vítima do tráfico de pessoas; este preceito estabelece que: “Todo aquele que confiscar, esconder ou destruir o passaporte, os documentos de viagem, os documentos ou pertenças pessoais da vítima do tráfico, para a impedir de se deslocar ou de ir buscar ajuda do Governo ou de qualquer entidade, públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, ou mesmo de pessoas singulares, com a finalidade, de tornar a pessoa mais vulnerável ao tráfico, é punido com a pena de prisão de 2 a 8 anos. Esta pena, cabe ao agente que com conhecimento da situação em que a pessoa se encontra, retém, ocultar, danificar ou destruir os documentos de identificação ou de viagem da vítima do tráfico. Este crime é cometido pelo agente, para garantir a manutenção da vítima do tráfico na situação de sujeição da exploração da vítima, impedindo-o o acesso dos seus documentos de identificação ou de viagem.

Este elemento do tráfico de seres humanos se encontra tipificado nos termos do artigo 160.º n.º 7 do cp português, cuja pena de prisão vai até três anos para “quem retiver, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previsto nos números 1 e 2”, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

Nesta disposição a punição não é só para o agente do tráfico, si não também para todo aquele que tenha conhecimento da situação em que se encontra a pessoa, mas mesmo assim retém, oculta, danifica ou destrói os documentos de viagem ou de identificação da vítima para assim impedi-lo da possibilidade de poder sair daquela situação ou de poder recorrer a um pedido de ajuda, obrigando-o a permanecer na situação de traficada.

Em resumem, a punibilidade do crime previsto no preceito acima identificado, diz respeito não só ao agente que retém, danificar, esconder, etc. o documento da vítima de tráfico seja adulto ou menor de idade, mas também para todo aquele que tem conhecimento da situação em que se encontra a pessoa detentor daquele documento e mesmo assim o danificar, reter, esconder, etc. cabendo-lhe a pena prevista de dois a oito anos de prisão.

No âmbito da tentativa de cometimento do crime de tráfico de pessoas, este é punível nos termos gerais (art.º 28.º do cp, ex vi do art.º 35.º da lei 12/2011), por se tratar de crime que admite tentativa e costuma se realizar por meio de vários atos; assim como a

tentativa no crime de subtração de documento da vítima de tráfico de pessoas também é punível nos termos do artigo 28.º do código penal guineense.

Enquanto que o código penal português, a tentativa do crime de subtração de documentos da vítima de tráfico de pessoas, não é punível, atenta a respetiva moldura penal que apresenta, de pena de prisão de até três anos, nos termos do artigo 160.º n.º 7 do cp.

Os crimes que compõem o tráfico de pessoas, são crimes comuns, cuja participação no crime de tráfico de pessoas rege-se pelos termos gerais dos artigos 15.º e 17.º código penal guineense, assim como nos termos dos artigos 26.º e 27.º do código penal português com a exceção do crime previsto nos termos do artigo 160.º n.º 1 al. c) do código penal português e o previsto no n.º 3 do mesmo preceito, que se trata de um crime específico próprio ao tratar-se de vítima adulta e impróprio ao tratar-se da vítima menor, neste caso a participação rege-se pelo disposto no artigo 28.º do mesmo código.

Na punição do agente de tráfico é admissível o concurso efetivo de crimes, já que o agente comete tantos crimes de tráfico quantas as pessoas traficadas. Mas também, se verifica o concurso aparente do crime de tráfico de pessoas em relação por exemplo ao crime de escravidão, este último consome o crime de tráfico de pessoa (assim o acórdão do TEDH, no caso Rantsev Chipre e Rússia, de 7.1.2010, que conclui que o tráfico de pessoas “cai no âmbito do artigo 4.º da CEDH”¹¹³).

No crime de tráfico de pessoas se verifica um concurso aparente (consunção) entre o crime de tráfico de pessoas e o crime de lenocínio no caso em que por exemplo: “o agente trafica uma pessoa e em seguida fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição pela mesma, de modo profissional ou lucrativa”, o agente deve ser punido apenas pelo crime de tráfico, por ter moldura penal mais gravosa; neste sentido o autor Euclides Simões¹¹⁴, defende a consunção impura. Até porque não faz sentido defender a aplicação de uma moldura penal menos gravosa deixando impune o crime de tráfico.

Por outro lado si o agente do tráfico pratica a ação de tráfico já com o objetivo de posteriormente vir ele mesmo a extrair à vítima do tráfico um órgão, a explorá-la sexualmente ou laboralmente, neste caso a controvérsia na doutrina é acentuada já que uma parte defende que o agente deverá responder apenas pelo «crime fim» (que pode ser o crime de ofensas corporais grave, o crime de lenocínio ou um eventual crime de escravidão), uma vez que o crime de tráfico como sendo crime-meio é meramente instrumental em relação aos outros crimes ou seja em relação aos crime-fim; mas para mi assim como para uma outra parte da doutrina, punir o agente pelo crime fim seria impossível porque o crime de tráfico de pessoa, sendo aqui o crime-meio que é um crime de intenção ser mais severamente punido que o crime-fim; por tanto, para o agente seria aplicável a pena estabelecida para o crime-meio quer dizer o crime de tráfico de pessoas por ter moldura penal mais grave (consunção impura).

¹¹³ CARVALHO, Américo Taipa. Comentário do código penal à luz da constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. dirigido pelo Professor Paulo Pinto de Albuquerque. 3.º Edição, Editora Universidade Católica, p. 633.

¹¹⁴ SIMÕES, Euclides Dâmaso, O crime de tráfico de pessoas (por uma interpretação robusta ante a redundância legislativa), in RCEJ, 2013-II pág. 124.

Por outro lado, está os que defendem a existência de um concurso aparente como a autora Anabela Rodrigues¹¹⁵, entre o crime de tráfico de pessoas e o crime de lenocínio cometido com violência, ameaça grave artil manobra fraudulenta, sempre quando leve a vítima a prática de prostituição fazendo com que o agente responda por um só crime; diferente desta posição defende agora a autora, tratar-se de concurso efetivo, também assim, o autor Taipa de Carvalho, defende a existência de um concurso efetivo, quando o agente do tráfico sabe que a sua vítima virá a ser sujeita a tal extração por um terceiro, que não por ele próprio, mas todavia, acaba, posteriormente, por vir ele mesmo a explorar sexualmente ou laboralmente, ou a extrair um órgão à pessoa por si traficada; aqui o agente responde pelo crime de tráfico de pessoas, pelo crime de ofensa grave a integridade física, ou pelo crime de lenocínio qualificado, ou, eventualmente, de escravidão.

Em suma, o crime de tráfico de pessoas, esta numa relação de concurso aparente com os crimes contra a integridade física e outros crimes contra a liberdade pessoal de rapto, sequestro, ameaça, ou ameaça grave; a consunção impura entre o crime de tráfico de pessoas e o crime de rapto por funcionário, cuja verificação se dá por exemplo quando as ofensas corporais são apenas necessárias para a execução do rapto: posição defensável pelo autor Manuela Valadão e Silveira¹¹⁶; mas si as tais ofensas corporais ultrapassassem a medida do necessário para a execução do crime de rapto, verifica-se a presença de concurso efetivo, o mesmo defende o autor Taipa de Carvalho¹¹⁷, de que o agente responde pelo crime de tráfico de pessoas e pelo crime de ofensa grave à integridade física. Por exemplo, esta solução é a defendida no caso do crime de rapto constante no artigo 161.º do código penal português, em caso de o agente vir a consumir a sua intenção de violar a vítima, verificando um concurso efetivo entre o crime de rapto e o crime de violação, respondendo o agente neste caso pelos dois crimes.

Neste ilícito, o agente comete tantos crimes de tráfico quantas as pessoas traficadas, e verifica-se o concurso efetivo de crimes.

De acordo com o exemplo referenciado no capítulo segundo, do pequeno Bacar, imigrante ilegal que fora recebido pelo mestre de alcorão com a intenção de o submeter a exploração da mendicidade com animo lucrativo, verifica-se a chamada consunção impura, com a existência do concurso entre o crime-meio (imigração ilegal) é meramente instrumental em relação ao crime-fim (o tráfico) que é um crime de intenção (o agente do tráfico recebeu o menor já com a intenção de o submeter a exploração para fins da mendicidade), aqui o agente deve apenas responder pelo crime-fim, o tráfico de criança para a exploração laboral com a prática diária da mendicidade e por ser mais severamente punido que o crime-meio.

¹¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. comentário Conimbricense do código penal, parte especial, tomo I artigos 131.º a 201.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra editora, ano 1999, pág. 515.

¹¹⁶ SILVEIRA, Manuela Manuela F. Barata Valadão e. Algumas questões sobre os crimes contra a liberdade pessoal na revisão do código penal, in Politeia, ano VI/ano VII, reforma penal e processo penal, jornadas de 2008, ano 2011 pág. 110.

¹¹⁷ CARVALHO, Américo Taipa. Comentário Conimbricense do código penal, parte especial, tomo I artigos 131.º a 201.º, 2.º Edição, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra editora, ano 2012, pág. 688.

Para tanto, neste ilícito, defendo o concurso efetivo entre o crime de tráfico e o crime de ofensas corporais graves e o crime de exploração de atividade tanto laboral assim como o crime de exploração da atividade sexual de terceiro.

Por outro lado, é necessário para o reconhecimento da reincidência, que o novo crime seja praticado após sentença condenatória transitada em julgado, por crime anterior, com a respetiva certidão nos autos. A reincidência não será considerada se, entre a data do cumprimento (ou da extinção da pena) e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a quatro anos (art.º 67.º do cp guineense); neste caso considera-se a existência de uma espécie de prescrição da reincidência.

Pelo exposto, acho adequada e enquadrável a punibilidade de todo aquele que recruta, transporta, entrega, acolhe, fornece, uma criança para fins de trabalho forçado, com a pena prevista nos termos do 4.º e seguintes da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, a lei da prevenção e combate do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau.

Assim sendo, fica evidente o enquadramento jurídico-penal do crime de tráfico de criança na modalidade da exploração de trabalho forçado, no ato da exploração para fins da mendicidade praticados pelas crianças talibés em nome da religião.

CAPITULO 4: A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS LEIS ORDINÁRIA FACE AO DIREITO CONSUETUDINÁRIO

4.1. Direito e Religião

Nas mais antigas civilizações, o direito e a religião estavam tão interligados que chegavam a ser confundidos entre si; desta confusão temos o exemplo do grande Faraó, que no Egito antigo era tido como um Deus e ao mesmo tempo o governante supremo de toda a terra do Egito antigo, ele era quem estabelecia as leis, as interpretava e aplicava. Outro grande exemplo disso é a religião hebraica, conhecido através das escritas do livro sagrada (bíblia), os cristãos acreditam que Deus transmitiu aos homens através dos Dez Mandamentos as principais normas religiosas; mas, esta norma religiosa, podem também ser caracterizado como uma norma jurídica a ser respeitado por eles, o exemplo disso é a imposição de “não mataras”, que até a data presente é tido no direito atual como uma norma jurídica que acautela e protege o direito a vida. O dez mandamento, sendo uma norma religiosa, estabelece no livro sagrado por exemplo “honraras o senhor teu Deus ou amar a Deus sobre todas as coisas”, normas estas que também continuam a vigorar nos meios religiosos. Na época, os governantes sempre procuraram impor aos seus súbditos a fé praticado no reino, e a não prática desta fé implicava traição ao reino, porque os monarcas eram considerados de origens divinos e para a consolidação do poder era preciso a instrumentalização da religião.

Seculos depois, assistiu-se na europa reformista a luta dos monarcas pela expansão da religião que culminou 30 anos depois com o tratado de Westefalis, que expressamente consagrou o principio “cujus regio ejus religio”¹¹⁸ (conforme o príncipe assim a religião do seu país), tratado que desagradou a então papa Inocência X. Porem, nos tempos que correm, a situação não é diferente principalmente nos países árabes e judaico, onde a separação do poder entre o Estado e a igreja não existe, tendo os Estados Islâmicos como Lei a “xaría” que é um conjunto de normas religiosas que os tribunais do Estado devem aplicar a vida privada dos cidadãos; enquanto que, nos países que professam o cristianismo, aceita-se a separação da igreja do Estado, assim sendo, a religião fica por um lado e a política e o direito por outro, são os chamados países laicos, dos quais, a Guiné-Bissau.

Hoje em dia, “a religião” possui uma fonte que é considerada divina, com um conteúdo que é constituído por normas que professam respeito pela palavra de Deus e pelas exigências do culto que lhe deve ser prestado, e sua eficácia só obrigam os crentes e são dotadas de sanções espirituais; ao passo que “o direito” possui uma fonte humana, com um conteúdo composto por normas relativas á regulação e disciplina da vida dos homens em sociedade, para assegurar entre eles o respeito da justiça, da segurança, e dos direitos humanos e com a eficácia das normas jurídicas que obrigam a todos os cidadãos de certo país e todos os seus habitantes ou dos que transitem nele, sob a ameaça de sanções temporais ou terenas, próprias do mundo laico em penas de prisão, multas, indemnizações pecuniárias, entre outros.

A CRGB determina no seu artigo 1.º que "A Guiné-Bissau é uma República soberana, democrática, laica e unitária". Por outro lado, a Guiné-Bissau sendo um estado laico a

¹¹⁸ AMARAL, Diogo Freitas Do. Manual de Introdução ao Direito, volume I, Editora Almedina, pág. 98.

CRGB estipula no artigo 52.º a liberdade religiosa¹¹⁹; este preceito estabelece a separação entre as igrejas e o Estado, sem num entanto adotar qualquer religião ou se pronunciar sobre questões religiosas.

Mesmo com a separação da igreja do Estado, podemos reconhecer a existência de relações entre as duas já que existem normas jurídicas de origem religioso, tal como acima referenciado, no caso dos dez mandamento a “proibição de matar”, a fixação do dia de descanso semanal e a consagração dos dias de natal e da pascoa como feriados oficiais, assim como também podemos ver que existe normas jurídicas contrarias a preceitos religioso, como o casamento civil, o divórcio, a eutanásia nos países onde já são legalizados, etc.; também temos a tolerância das igrejas no concernente ao principio de separação da liberdade religiosa, o tratamento de igualdade dado as diferentes confissões religiosas, e muitos tanto ideias seculares que influenciaram nesta mudanças.

Na atualidade o pluralismo religioso, vai-se impondo e alargando paulatinamente na Guiné-Bissau; mas, isso não fará com que o Estado se deixa de legislar contra as doutrinas religiosas como já tenha acontecido no passado (exemplos dessa legislação consta na área de casamento civil, divórcio, aborto, e a mais recente legislação que proíbe o casamento forçado, entre outros). Apesar do avanço na legislação guineense sobre algumas doutrinas principalmente referentes a doutrina católica e islâmica, ainda o Estado guineense está muito longe de poder legislar contra todas as doutrinas religiosas que violam os princípios estabelecidos na CRGB; temos o exemplo da prática de mendicidade praticadas pelas crianças talibés, e tido como lei divino no âmbito de culto religioso da religião islâmica. Esta prática como já vimos anteriormente, mesmo sendo um ato pertencente a doutrina religiosa, acaba sendo uma prática que viola todos os princípios de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República e nos ordenamentos jurídicos internacionais a qual a Guiné faz Parte como membro.

Porem, a atual ordem jurídica guineense baseia-se na constituição e na soberania do povo guineense e a lei divina não constitui direito positivo por ser um Estado laico estabelecido expressamente pela CRGB; mas as práticas de usos e costumes derivados das crenças religiosas ou místicas, muitas vezes sobre põem ao direito positivo. E o seu combate depende da criação de novas normas jurídicas que preveni, combate e sanciona as práticas contra legem e sua eficaz implementação.

4.1.1. Costume: Definição e Elementos

Os países da África, nomeadamente a República da Guiné-Bissau, é um dos países do continente negro conhecido pela sua diversidade de cultura e práticas de usos e costumes derivados das práticas religiosas ou do misticismo da religião negra, que se encontram enraizada na sociedade de tal forma e por vezes são confundidos com as normas regulamentadas juridicamente.

Na doutrina a definição do costume, não difere de um autor para outro, podendo-se dizer que é praticamente unanime para os diferentes autores o conceito de costume como um dos modos típicos de formação de uma vontade social; essa vontade social se traduz em

¹¹⁹ Estabelece a CRGB no artigo 52.º, n.º 1. A liberdade de consciência e de religião é inviolável. 2. A todos é reconhecida a liberdade de culto, que em caso algum poderá violar os princípios fundamentais consagrados na constituição. 3. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticada no âmbito da respetiva confissão.

um modo inconsciente e involuntário (que assenta na tradição e corresponde ao costume), e um modo consciente e voluntário (baseada numa vontade e corresponde a legislação).

Hora bem, para o Dr. Menezes Cordeiro, *o costume*, é o modo de revelação de normas jurídicas constituído pela ocorrência da prática reiterada de certo comportamento (o uso) acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade¹²⁰; enquanto que para o Doutor Miguel Teixeira de Sousa, *o costume*, consiste no uso que é assumido pelo agente com a convicção da sua juridicidade¹²¹; para o Doutor Diogo Freitas de Amaral, *o costume*, é a prática habitualmente seguida, desde tempos imemoriais, por todo o povo, por parte dele, ou por determinadas instituições, ao adotar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos ou permitidos pelo direito¹²²; e para o Doutor Santos Justos, *o costume*, é uma prática social constante observada com o sentimento ou convicção de que é juridicamente obrigatória¹²³.

Por tanto, podemos resumir *o costume*, como sendo, *práticas constantes de um determinado povo, que nas suas subconsciências é tido com convicção de que é juridicamente obrigatória. É essa convicção jurídica que faz com que o seu cumprimento seja obrigatório, aceitável e inviolável pela comunidade que a prática.*

A doutrina coincide de que são dois os elementos do costume: *o uso e a convicção de obrigatoriedade*; mas, para o autor Diogo Freitas do Amaral¹²⁴, o costume está formado por três elementos, os dois elementos já mencionados que ele designa de *corpus* (uso) e o *animus* (a convicção de obrigatoriedade) e um terceiro elemento que é a *duração*.

O *uso*, como sabemos, é uma prática reiterada, cuja afirmação da sua existência resulta de uma mera observação de fato e pode ter interesse jurídico ou não. Mas, podemos afirmar que o uso constitui um dos principais elementos do costume, pela sua relevância na convicção de obrigatoriedade.

A *convicção da obrigatoriedade*, como elemento do costume assenta na consciência que se deve ter numa sociedade que conhece ou adota um costume, de que há uma obrigatoriedade naquela prática ou seja aquela prática que é habitualmente seguida naquela sociedade é imposta ou permitida pelo direito. É o que os juristas romanos designam de *opinio júri vel necessitatis*, ou seja, a convicção da obrigatoriedade ou da licitude jurídica da prática reiterada de certos atos numa sociedade. Por tanto, neste caso só podemos dizer que há costume quando estão implicadas regras jurídicas, isto é quando se forma a convicção de que só se deve proceder naquela sociedade segundo aquele uso. Mas, não podemos esquecer de que existe muitos costumes que não impõem a obrigatoriedade, mas que são permitidas as suas atividades como atos lícitos na sociedade.

¹²⁰ CORDEIRO, António Menezes, in Manual de Direito do Trabalho, Coimbra Editora, ano 1994 pág. 163.

¹²¹ SOUSA, Miguel Teixeira De. Introdução ao Direito, 2012, Editora Almedina, pág. 154 seguintes.

¹²² AMARAL, Diogo, Freitas Do. Manual de Introdução ao Direito, vol. I, Editorial Almedina, 2012, pág. 373.

¹²³ JUSTO, António Santos. Introdução ao Estudo do Direito, 7.º Edição 2015, Coimbra Editorial, pág. 213 seguintes.

¹²⁴ AMARAL, Diogo, Freitas Do. Manual de Introdução ao Direito, vol. I, Editorial Almedina, 2012, pág. 373.

A duração ou a convicção da sua juridicidade, este elemento do costume, é o período de tempo necessário para que o costume seja fonte do direito¹²⁵. Este elemento exige que para que o costume seja fonte de direito, tem de durar desde tempos imemoráveis, quer dizer que a memória dos homens vivos em dado momento não recorde quando começou a prática habitual daquele costume, mas sim só se lembram de que foi sempre assim, ou seja, quando se forma a convicção de que aquela convenção social requer uma tutela jurídica, mas sem determinar um limite determinado de tempo, exigindo-se a longinquidade da memória daquele ato.

É o que acontece hoje em dia na sociedade guineense com a prática das crianças talibés, que é um costume derivado da prática religiosa da religião islâmica, cuja prática se encontra enraizada como um ato costumeira na nossa sociedade, mas que nenhum homem vivo, nem mesmo os grandes estudiosos do alcorão daquela sociedade e praticante deste costume consegue dizer com precisão o começo desta prática habitual na formação dos ensinamentos daquela religião, tanto assim que existe controvérsias entre os sábios sobre a origem e duração daquela prática que hoje em dia se converteu numa prática contrária a direito positivo (pelo animo lucrativo a favor do mestre, exagero de horas dedicadas na mendigagem, obrigatoriedade de cumprir um horário laboral superior ao estabelecido na lei e da entrega de um determinado valor fixado pelo próprio mestre), mas sim, só se lembram de que sempre foi assim, quer dizer, de que houve sempre a prática de mendicidade das crianças de sexo masculino estudantes do alcorão. Sendo assim, a convenção social da prática de mendicidade das crianças talibés, requer uma tutela jurídica no sentido da proibição da sua prática como costume na sociedade guineense.

Para que este costume praticado pelas crianças talibés, ser fonte do direito é necessário a criação de norma jurídica que regula a sua prática e que seja dotada de uma sanção para o caso de ser violada. Tal como aconteceu com a aprovação da lei 14/2011, de 6 de julho, a lei que visa prevenir, combater e reprimir a excisão feminina na Guiné-Bissau ou a lei 12/2011, de 6 de julho, a lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças, que proíbe e sanciona o costume de casamento forçado de menor, a exploração laboral, exploração sexual, extração de órgãos, entre outras formas de exploração. Com a aprovação destas leis, a prática destes costumes (de excisão feminina, casamento forçado e trabalho forçado) passaram a ser fonte de direito porque a norma por ele criada esta dotada de sanção em caso da sua violação.

Os tipos de normas que criam os costumes, podem ser internacionais, constitucionais, penais, civis, administrativos, etc., cujo âmbito territorial, dos costumes podem ser, internacional, nacionais, regionais ou institucionais. No caso da prática dos costumes da prática da mendicidade de crianças estudantes de alcorão, apesar de sua prática costumeiro ser exclusivo de uma das religiões praticados no país, o seu âmbito territorial é a nível nacional, já que a sua prática se verifica em todo o território nacional; e uma eventual criação de normas para este efeito, teria a sua aplicação em todo o território nacional, tal como aconteceu com a aplicação das leis n.º 12/2011 e n.º 14/2011, ambos de 6 de julho do mesmo ano.

4.1.2. Modalidades do Costume

Aqui o costume é tradicionalmente classificado, atendendo a sua relação com a lei e o costume pode ser "secundum legem, praeter legem e contra legem".

¹²⁵ Idem.

O costume *secundum legem*, é aquela cuja regra consuetudinária é conforme ao estipulado na lei; enquanto que o costume *praeter legem* (para-legal), é o costume que complementa a lei, ou seja, aqui é o costume que vai mais além daquilo que a lei dispõe, sem num entanto contrariar a lei, verificando-se no costume *praeter legem* uma relação de complementaridade entre ambos, formando assim, uma nova fonte de direito; por ultimo temos o costume *contra legem*, aqui o costume e a lei estão em contradição; quer dizer, o costume contra *legem*, são os que traduzem práticas consuetudinárias opostas ao estabelecido na lei¹²⁶.

Um dos exemplos onde se verifica o costume contra *legem* no ordenamento jurídico guineense, é no caso da exploração laboral do menor, proibido e sancionado pela lei n.º 12/2011, de 6 de julho. Esta lei proíbe e sanciona o trabalho forçado, mas as crianças estudantes de alcorão são submetidos a prática da mendicidade em nome do costume, apesar da OIT ter defenido a mendicidade obrigatória como trabalho forçado punido nos termos do artigo 3.º e 4.º da referida lei; mas mesmo assim, as crianças de esta crença religiosa continuam por todo o país obrigados a praticar a mendicidade com animo lucrativo, a vista de toda a sociedade e das autoridades que o assiste de forma impávida e sem qualquer impedimento ou sanção par os seus agentes conforme o estipulado pela lei do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças que criminaliza a exploração do trabalho forçado.

Para tanto, ainda que a prática da mendicidade não constar na definição do tráfico de pessoas dada pela lei n.º 12/2011, de 6 de julho, pode a prática do mesmo ser punido nos termos da referida lei como a prática de exploração de trabalho forçado de menor praticante obrigatório da mendicidade nas ruas com animo meramente lucrativo para o seu agente, associado a precariedade habitacional, as ofensas a integridade física e psicológica do menor, a obrigatoriedade da entrega de um determinado valor e generos da primeira necessidade ao seu agente, etc.

Apesar das evidências claras de esta prática ser um costume contra *legem* devido as características de exploração laboral de menor que apresenta, que nos leva a presença de indícios de tráfico de criança, mesmo assim, os nossos legisladores entenderam o contrário e não criminalizaram a prática da mendicidade como crime de tráfico de pessoas na lei n.º 12/2011, de 6 de julho. Mas, hoje em dia são muitas as vozes que se levantam contra a vigência deste costume religioso, em direção da aprovação de uma lei que combate esta e muitas outras práticas costumeiras que vão contra o estabelecido no artigo 24.º e seguintes da CRGB, devido a sua natureza de “costume contra *legem*”.

Porem, o costume tem a sua fundamentação jurídica em dois teorias fundamentais, a estatista e a teoria pluralista.

1. Na teoria estatista: o costume quando é querido, se vincula juridicamente pela vontade do Estado-Nação ou pela vontade de um conjunto de Estados, dando lugar a chamado costumes internacionais.

2. Enquanto que a teoria pluralista: o costume só si vincula juridicamente pela vontade do povo, ou dos povos, ou pela vontade da população local; mas este costume deve sempre ser querido pela vontade do povo.

¹²⁶ AMARAL, Diogo, Freitas Do. Manuel de Introdução ao Direito, vol. I, Editorial Almedina, 2012, pág. 376.

A Guiné-Bissau, se enquadra perfeitamente na segunda opção pela diversidade da cultura de diferentes grupos étnicos do país e cada grupo étnico têm a sua própria prática de usos e costume. Este costume é enquadrável na teoria pluralista por se manifestar pela vontade do povo em geral ou na sua maioria pela vontade da população local.

Esta teoria funcionou na perfeição como fonte de direito na Guiné-Bissau nos períodos históricos em que não havia Estado, as diferentes tribos que construíram hoje em dia a população do país, estavam agrupados ou organizados em pequenas tribos, nas pequenas localidades rurais onde cumpriam como regras impostos pelos costumes, fato que continua a vigorar no país nos tempos de hoje principalmente nas zonas onde os órgãos e o aparelho do estado não chegam; mas podemos também referir as zonas onde os órgãos e o aparelho do Estado chegam, costuma o costume ter uma autenticidade social tão grande, genuína e forte que a sua legitimidade e autoridade provem do povo que a prática e não do Estado que o tolera ou o ignora.

Temos mais uma vez, o exemplo do caso da mendicância das crianças talibés apesar do indigno que é forçar uma criança a mendigar nas ruas durante muitas horas, sem comida, sem segurança e expostos a todo tipo de perigos, mesmo assim, o Estado se nega a legislar contra esta prática por ser um costume bem enraizada na sociedade e querido pelo povo que a prática.

Outra prova de que o costume na Guiné-Bissau, tem força própria e não delegada por lei do Estado, é a aprovação da lei da terra (lei n.º 5/98, de 28 de abril de 1998). A aprovação desta lei, é o exemplo de quando as opiniões forçam uma disputa entre o costume e a lei, como é o caso de costumes contra a lei, o Estado simplesmente opta na conformação com o costume e o legaliza, tal como aconteceu com a entrada em vigor da lei n.º 5/98, de 28 de abril de 1998, lei da terra, que é aplicado segundo os usos e costumes praticado por cada grupo étnico existente no país. Um dos exemplos da aplicação desta lei segundo usos e costumes é referente o costume da etnia Papel no direito de família, a lei dá o direito a herança aos sobrinhos homens do proprietário da terra como legítimos herdeiros das terras ou dos bens do tio e não os descendentes diretos como os filhos, netos, bisnetos, na falta destes, os pais, sucessivamente conforme o artigo 496.º do CC.

Por outro lado, podemos dizer também, que o costume em tempo de hoje, quer dizer em Democracia onde o soberano é o povo, tal como diz a CRGB no seu artigo 1.º A Guiné-Bissau é uma República soberana, democrática, laica e unitária; e o povo exerce o poder político a Soberania da República da Guiné-Bissau reside no povo, nos termos do artigo 2.º n.º 1 e 2 da CRGB; e os tribunais administram a justiça em nome do povo, art.º 119.º da CRGB. Sendo assim, o dono e senhor do poder político é o povo na qualidade do eleitorado e não os deputados, por tanto é o povo que por suas mãos cria Direito, com carácter popular e constituindo uma manifestação de democracia direta.

Pelo exposto, podemos concluir que o fundamento jurídico do costume como fonte do Direito esta na vontade popular (*voluntas populi*) e não na *voluntas legislatoris*, já que a vontade legislativa depende completamente da vontade popular.

4.2. Reconhecimento do costume na lei guineense atual

Tal como disse o autor Freitas do Amaral, uma das provas de que o costume é uma fonte primaria ou imediata do direito, em pé de igualdade formal com a lei, está em que num ambiente doutrinário fortemente hostil ao reconhecimento do costume como fonte, e com um código civil que deliberadamente o omite do elenco das fontes do direito contido no

seu capítulo I -, a própria lei reconhece expressamente a relevância jurídica do costume¹²⁷. Podemos até pensar de que o reconhecimento do costume na lei guineense não é necessário, mas, pela especificidade em modo de ser e estar da sociedade guineense, pois, este reconhecimento por mais ínfimo que possa ser, é muito significativo para a prática judiciária do país, principalmente pela diversidade de usos e costumes praticados naquela sociedade e sobre tudo pelo estrito respeito e cumprimento dos costumes.

Quanto a CRGB, este não fez nenhuma referência direta ou indireta ao costume, apesar de algumas normas consuetudinárias poder ter na sua forma de estrutura organizacional ou punição (em caso de violação dos usos e costumes) norma jurídica equivalente no direito do Estado.

Num entanto, é a própria lei interna que considera o costume como fonte do direito, admitindo-o como fonte geradora de normas jurídicas invocáveis pelas partes num processo judicial, assim como a sua obrigatoriedade pelo tribunal da sua aplicação.

Assim, vimos no capítulo II sobre as provas constantes no código civil guineense estabelecer nos termos do artigo 348.º, n.º 1 do código civil, o seguinte sobre o Direito consuetudinário local ou estrangeiro¹²⁸: *Artigo 348º, n.º 1. Àquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respetivo conhecimento.*

Hora bem, o código civil que nos termos do artigo 3.º estabeleceu o valor jurídico dos usos, com o estipulado no n.º 1. “Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine”; esclarecendo no seu número 2 a prevalência das normas corporativas sobre os usos. Mas, em geral, podemos ver que o código civil guineense nos seus primeiros capítulos não fez nenhuma referência relevante sobre o direito consuetudinária, mantendo assim um silêncio absoluto sobre o costume como fonte do direito, sendo o mesmo abordado em artigo 348.º, referente as provas em processo judicial.

Podemos aqui ver o reconhecimento do costume na lei guineense ao estabelecer:

- Que no preceito supramencionada reconhece que, qualquer das partes no processo, seja autor ou réu pode invocar a seu favor, o direito consuetudinário;
- Outro reconhecimento importante aludido neste preceito é o reconhecimento expressa de que o “ónus recai ou pode recair sobre a parte que alega o direito consuetudinário de fazer a respetiva prova”¹²⁹, de que, é à parte que invoca a seu favor uma ou mais normas de direito consuetudinário que compete o ónus da prova, por tanto, a necessidade de fazer

¹²⁷ AMARAL, Diogo, Freitas Do. Manuel de Introdução ao Direito, vol. I, Editorial Almedina, 2012, pág. 381.

¹²⁸ Artigo 348º Direito consuetudinário local ou estrangeiro: números, 1. Àquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento. 2. O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição. 3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum guineense. Código Civil guineense e legislação complementar, Lisboa 2006, pág. 107.

¹²⁹ ASCENSÃO. José de Oliveira, in O Direito Introdução e Teoria Geral, 3.º edição, março de 2015, pág. 271.

prova da existência ou do conteúdo desse direito cabe a parte que invoca a seu favor a norma consuetudinária;

- Mas também, a lei estatui expressamente no seu número 3 que, “Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum guineense”; quer dizer, que, ainda, que o tribunal deve obter por si próprio o reconhecimento do direito consuetudinário invocado, e que só na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável é que o tribunal deve recorrer às regras do direito comum guineense;

- Por outro lado a lei deixa de uma forma implícita, que, se conseguir fazer a prova da existência e do conteúdo do direito consuetudinário invocado, neste caso é este direito invocado que deve ser aplicado pelo tribunal, e não outro direito ou seja o direito comum.

Afinal, nos termos deste preceito, podemos afirmar de que o costume é fonte do direito, apesar da condição imposta no n.º 3 deste preceito, que ao meu entender faz todo sentido: que se consiga através das partes ou do próprio tribunal, “determinar o conteúdo do direito aplicável” que seria neste caso às regras do direito comum guineense.

O preceito acima referenciado, foi ainda mais longe ao determinar no seu número 2, de que: “o conhecimento officioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição”. Isto é, mesmo que nenhuma das partes tenham invocado o direito consuetudinário, caberá sempre ao tribunal averiguar o mesmo officiosamente o seu conteúdo, com a condição de o tribunal souber por si próprio que há um costume diretamente aplicável ao caso sub-judice e para tanto deve averiguar o seu conteúdo, já que tem de decidir o caso com base naquela norma consuetudinária.

Para tanto, podemos dizer que o costume é fonte do direito nos tribunais guineense, não só porque a parte interessada invoque e aprova o direito consuetudinário, mas também, é quando nenhuma parte o invoca, mas ele é aplicado na mesma pelo facto de o tribunal o conhecer e consiga determinar o seu conteúdo.

Este preceito determina a obrigatoriedade que o tribunal tem de conhecer e aplicar o costume, se provier deste a norma adequada a resolver o caso pendente de julgamento, tal como acontece com a lei, valendo tanto para a lei assim como para este caso (costume) o princípio “iura novit curia” (o dever que o juiz tem de conhecer a norma jurídica e aplicá-la por sua própria autoridade) o velho dito de a corte conhece o direito e neste caso só se lhes exige que provem os factos; mas, ao tratar-se do direito consuetudinário, o direito local ou mesmo o direito estrangeiro, impõe-lhes a prova da sua existência ou conteúdo conforme dita o artigo 348.º do código civil guineense e isso demonstra que para a lei o direito consuetudinário e também o direito local e estrangeiro são verdadeiro direito.

Nos termos do número 3 do artigo 348.º do código civil, por além do já acima explanado, podemos fazer uso da ultima parte desta disposição: “Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito, no caso o direito consuetudinário aplicável, *o tribunal recorrerá às regras do direito comum guineense*.”

Isto porque, se uma das partes invocar, ou o tribunal conhecer, a existência de direito consuetudinário aplicável ao caso sub-judice, mas for impossível determinar o seu conteúdo tanto pelas partes como ao tribunal, por tanto o tribunal não decidirá o caso por aplicação do direito consuetudinário, mas sim, por aplicação do “direito comum

guineense”, sendo assim, o tribunal tem a opção de aplicação adequada de outra fonte do direito.

Neste citado artigo (348.º n.º 3) do código civil, nele podemos implicitamente ver que o tribunal só está autorizado a julgar um determinado caso por aplicação da lei quando não existir ou simplesmente quando não consiga determinar o respetivo conteúdo de uma norma consuetudinária mais adequada que deva ser aplicada.

Nas palavras do Doutor Freitas de Amaral¹³⁰, a qual me alinharei, de que esta regra tem para Portugal assim quanto acho que tem para a Guiné-Bissau, a maior importância à luz da teoria clássica, o costume, ou não era de todo considerado como fonte do direito, ou só o era quando, e na medida em que, a lei o autorizasse, remetendo para ele; porém, à luz da nossa teoria, e fazendo uma interpretação atualista do artigo 348.º do código civil, o costume e a lei são, no entendimento da própria lei duas fontes do direito primárias, colocada em pé de igualdade uma com a outra; e se houver duas normas potencialmente aplicáveis, à primeira vista, a um dado caso sub-judice, o código civil ordena ao juiz, que não ignore o costume, nem que dê preferência à lei, mas que se puder conhecer bem o conteúdo de ambas as normas, aplique ao caso que tem entre mãos aquelas das duas normas que se mostrar mais adequada à resolução correta desse caso.

Em todo o caso, não foi a primeira vez em que a lei reconhece o costume como fonte do direito, mas sim desde a época colonial, na então Guiné-Portuguesa, o artigo 348.º n.º 2 do código civil português de 1966 já determinava que o tribunal aplicará o costume, “sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário”; vendo assim que já vigorava a equiparação do costume e a lei como fonte primárias, sem prioridade para a lei, porque em caso de concurso de normas, não dá preferência à lei sobre o costume, por causa do estatuído no n.º 2 deste preceito que manda o tribunal aplicar a norma que se mostrar mais adequada à resolução do caso.

4.3. O Costume como fonte primária do Direito na ordem jurídica Guineense

De acordo com o já mencionado, na doutrina encontramos duas teorias sobre o costume como fonte do direito, sendo eles, a Teoria Estatista e a Teoria Pluralista.

- *A teoria estatista*: Aqui, o costume foi durante muito tempo a única fonte do direito, tendência esta que deixou de existir desde o início do século XVI¹³¹; e hoje em dia com a formação do Estado contemporâneo o costume deixou de ser a única fonte do direito ou pelo menos a fonte mais importante do direito, dando lugar a lei que na atualidade constitui a fonte correspondente nos planos políticos e jurídico, a existência e afirmação do Estado Soberano, sendo ela a única fonte primária do direito.

Para os seguidores desta teoria, o costume poderá sim ser considerado fonte do direito em certos casos e de uma forma esporádica e sempre como uma fonte secundária subordinada à lei; porque para os estatistas, os cidadãos e os tribunais só deverão obediência ao costume na medida em que, e em quem ele for mandado observar pela lei, assim como acontece com a lei da terra nos termos dos artigos 4.º n.º 3 e seguintes da Lei nº 5/98, de 28 de abril de 1998, sobre o uso da terra, ao determina que os referidos direitos de uso

¹³⁰ AMARAL, Diogo, Freitas Do. Manuel de Introdução ao Direito, vol. I, Editorial Almedina, 2012, pág. 384 a 385.

¹³¹ Idem.

privativo será conferidos mediante uso consuetudinário, conforme os costumes praticados no país.

Por tanto, para esta teoria, o costume no Estado Contemporâneo estará quanto máximo como uma fonte secundário do direito e subordinada sempre a lei.

- A teoria pluralista: aqui, a lei não goza de nenhum monopólio; o costume pode ser, e é, fonte primária do direito, ainda que, em Portugal e noutros países europeus, o seja hoje em menor medida do que noutrora. Mas há outros países, noutras latitude como por exemplo os países da África Subsariana, em que o costume continua a ser mais importantes do que a lei. Em qualquer caso, quer seja no Ocidente industrializado, quer seja no Terceiro mundo agrário e em vias de desenvolvimento, as duas fontes primárias coexistem ao lado uma da outra, «mais leis do que costumes no primeiro; mais costume do que leis no segundo»; mas, tanto num como noutro, o costume e lei são ambas fontes do direito. O chamado no direito romano de consuetudo parem vim habet ut lex “costume tem a mesma força que a lei”¹³².

Para mi, a teoria pluralista é o que se enquadra no sistema guineense, por este aceitar o costume como fonte do direito, em primeiro lugar no direito internacional, assim como, na conceção pluralista do direito e do Estado, não há e nem deve existir monopólio da lei como do direito, mas porque a lei coexiste com o costume. Em algumas partes do mundo o costume é a principal fonte do direito, principalmente nos chamados países em via de desenvolvimento incluindo os países africanos da língua oficial português.

Mas, não só por estas razões que adoto a teoria pluralista, se não também, esta teoria nos demonstra que o costume enquanto não for violador dos direitos fundamentais estabelecidos na constituição pode ser considerado democraticamente legítimo porquanto provem do povo que é o único titular da soberania.

4.4. O problema da legitimidade do costume contra legem

Podemos dizer que para a teoria clássica o costume contra legem, é absolutamente ilegal e nulo e sem nenhum tipo de valor jurídico. Mas, por outra parte, vimos que na teoria pluralista a qual me alinho, a lei não tem poderes para declarar nulo um costume contra legem e vice-versa, porque tampouco o costume tem poderes de declarar nula uma lei destinada a por fim a qualquer costume, principalmente quando este for contrario aos princípios dos direitos fundamentais estabelecidos na CRGB.

Hora bem, vimos também que a lei e o costume conseguem viver uma com a outra sem que nenhum deles impõe o seu poder sobre o outro, apesar de também vermos posições contrárias ao respeito e sobre tudo na supremacia da lei em relação ao costume; este tipo de diferenças ou conflitos existe e continuará a existir entre ambos porque o que está em causa não é um conflito jurídico mas sim um conflito político onde haverá sempre um vencedor que normalmente é quem tem mais força ou mais conseguir mais adesão popular, neste caso por exemplo de conflito ser entre governantes e governados ou entre o poder e os cidadãos. Mas, a luta popular pela manutenção dos costumes tradicionais enraizadas nas sociedades, não sempre coincide com o chamado lado certo ou lado bom

¹³² AMARAL, Diogo, Freitas Do. Manuel de Introdução ao Direito, vol. I, Editorial Almedina, 2012, pág. 385.

ou simplesmente considerado uma luta justa e pela boa causa que é a manutenção de um determinado costume e nem a luta dos progressistas está sempre do lado errado.

Na Guiné-Bissau, o que não falta são exemplos desta luta, e uma delas é em 2011, a quando da aplicação da lei que pôs fim o costume da mutilação genital feminina, que era um costume desde a era remota e a implementação desta lei teve a revolta da classe fanateca e dos praticantes deste costume na sociedade guineense. Mas, não podemos deixar de salientar a importância da entrada em vigor desta lei, sendo o mesmo uma política acertada que acabou por prevalecer.

Já agora, o que diz respeito ao costume da prática de mendicidade das crianças talibés, não podemos dizer o mesmo a quando da tentativa de aprovação da lei de tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, na ANP, no sentido de prevenir e combater a mendicidade de crianças como sendo uma das mais novas modalidades de tráfico de menor e que se encontra em proliferação em todo o canto do país; foi uma luta política entre governantes e governados, sendo estes últimos os de baixo a saírem vencedores porque os legisladores acabaram por excluir a incriminação da prática da mendicidade do diploma que incrimina e sanciona o tráfico de pessoas na Guiné-Bissau.

Por outro lado, temos o exemplo do costume de casamento forçado que foi criminalizado pela lei n.º 12/2011, de 6 de julho, como uma das modalidades da exploração no crime de tráfico de menor, mas que até a data presente o costume de casar obrigatoriamente uma filha menor de idade continua a ser praticado em todo o território nacional apesar da entrada em vigor da referida lei.

Porem, podemos retirar de aqui a seguinte ilação, de que pode existir uma lei que consegue abolir certos costumes principalmente os costumes violadores das leis ou dos direitos fundamentais da pessoa humana, e há outras leis que não consegue eliminar o costume, mesmo sendo violadores dos direitos fundamentais como é o caso da lei n.º 12/2011, que não conseguiu abolir a prática de casamento forçado na Guiné-Bissau e a prática da mendicidade como trabalho forçado praticados principalmente pelas crianças talibés, assim como há costume que se extingue por falta de força social que resista a lei (como o caso da incisão feminina) e outros que resistem por muito as lei que pretendiam eliminá-lo por estar dotado de força social que o sustenta.

Saliento que esta luta pela opção de costume contra lei ou de lei contra o costume que se vê na sociedade ou na política é a margem do direito, já que neste âmbito tanto os juristas assim como os tribunais possuem critérios para uma coabitação pacífica sempre quando não esteja em causa nenhum direito fundamental da pessoa humana, principalmente os direitos do menor.

Pelo exposto, vimos que nenhuma posição favoreça sempre o costume contra a lei ou a lei contra o costume, mas sim que os dois conseguem coabitar para assim melhor resolver o problema que aparece na sociedade.

CAPITULO 5: A JURISPRUDÊNCIA GUINEENSE – CRIME DE TRÁFICO DE CRIANÇAS NA GUINÉ-BISSAU (CRIANÇAS TALIBÉS)

5.1. Primeiro Acórdão sobre o Crime de Tráfico de Crianças Talibés na Guiné-Bissau Proc. 57/2015 do Tribunal Regional de Bafatá

Acórdão

I - Relatório

O MP acusa e requer julgamento em processo comum, com o tribunal de estrutura coletiva, dos suspeitos 16 pais e encarregados de educação, todos identificados nas fls 11 a 25 dos autos. Imputando-lhes a autoria e na sua forma consumada de um crime de tráfico de pessoas, previsto e punível a luz do art.º 4º nº 1 da lei 12/2011 de 6 de julho de 2011.

Os suspeitos não apresentaram contestação e nem rol de testemunhas.

O tribunal é competente em razão da matéria, do território, da hierarquia e de nacionalidade.

Os intervenientes processuais têm legitimidade para a causa, inexistindo questões prévias ou incidentais que obstem o conhecimento do mérito da causa.

Todavia, procedeu-se em sede das questões prévia a qualificação jurídica do crime em questão pelo MP, visto que não o havia tido feito antes na acusação.

Após o despacho que designou a data do julgamento mantiveram-se inalteráveis os pressupostos da validade e da regularidade da instância, tendo a audiência decorrido com a observância de pertinentes formalismos legais como de resto atesta a respetiva ata.

II - Fundamentação (Factos provados e não provados)

Produzida a prova e discutida as questões, com relevância para a decisão da causa, ficou assente que:

- No dia 6/3/2015, foram intercetadas 54 crianças acompanhados de alguns adultos pela GN em Cambadjú fronteira leste da guine Bissau com o senegal;
- O destino destas pessoas era Cabomba, uma aldeia na vizinha República do Senegal;
- Que a deslocação destas crianças tinha o aval dos respetivos pais e encarregados de educação;
- Que a finalidade dessa deslocação era de participar numa cerimónia de gamo realizado por um sábio, residente naquela cidade, cujo nome é Aladje Demba Djassi;
- Que os populares de Djabicunda costumam participar nesta cerimónia tradicional de gamo juntamente com algumas crianças que levam para ir pedir a bênção (Duhau) do dito sábio;
- Dos 16 Suspeitos acusados somente estavam a viajar naquela caravana para senegal os senhores Califa Cassama, Malam Fati;

Factos não provados:

- Não se provou que as crianças foram traficadas ou iam sendo traficadas;
- Não se provou que a finalidade da viagem era de submeter as crianças ao trabalho forçado, escravidão, prostituição, servidão por dívida etc.

III - Motivação da Decisão (Fundamentação)

Quanto aos fatos provados:

Cumpram agora em obediência ao disposto no artº 242º do cpp, indicar as provas que serviram para fundar a convicção do tribunal.

Assim, tendo presente a matriz de livre apreciação provatória, previsto no art.º 117º do cpp. «A prova é apreciada segundo a livre convicção da autoridade que se formará a partir das regras de experiência e de critérios da lógica».

O tribunal estribou a sua convicção quanto aos factos julgou provados e, partir das declarações dos suspeitos e do depoimento da testemunha Malam Baió (Ciro).

Os suspeitos refutaram todas as acusações quanto aos factos que lhes foram imputados. E há uma coincidência dos seus álibis.

A testemunha Malam Baió, não acrescentou qualquer elemento novo a questão, limitando-se apenas a demonstrar o papel e a intervenção que teve o seu ONG, neste processo.

IV - Enquadramento jurídico-penal (Apreciação)

Os suspeitos vêm imputados em autoria material, na sua forma consumada de um crime de tráfico de pessoas, nos termos do nº 1 do artigo 4º da lei 12/2011.

Do Crime de Tráfico de pessoas

Dispõe o nº 1 do artigo 4º da lei 12/2011 que “Todo aquele que recrutar, transportar, acolher, uma pessoa pra fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida é punido com pena de prisão de 3 a 15 anos”.

Numero 2 “se em consequência dos factos referido no número anterior resultar a doença ou a morte da vítima o agente é punido com pena de 15 a 20 anos de prisão”.

A violação do estatuído no preceito em análise consubstancia o cometimento do crime de tráfico de pessoas, que é um crime contra a dignidade da pessoa humana.

E, para se estar perante crime de tráfico de seres humanos, não basta que haja recrutamento de uma pessoa ou de um conjunto de pessoas com vista a serem levados para o país estrangeiro. Antes essas pessoas têm que ser recrutadas com intuito de serem submetidas as explorações de diversas ordens, tal como a prostituição, escravatura e entre outros. Ou seja, o fim para o qual essas pessoas foram recrutadas ou transportadas tem que ser violadoras do preceito em causa. E não é aquilo que ocorre neste caso concreto.

Resulta que no caso vertente, não se pode falar de comissão de crime de tráfico de menores, contudo, foram intercetadas 54 crianças na fronteira leste da Guiné-Bissau com o Senegal, na companhia de alguns adultos. As crianças estavam devidamente autorizadas a viajar pelos seus pais e encarregados de educação para irem participar numa cerimónia de gamo em Cabomba, Republica do Senegal. E, acontece que, a população de Djabicunda costuma participar no referido Gamo, que se realiza todos os anos e costumam levar as crianças que segundo eles, conseguiram procriar através de oração e bênção do sábio Aladje Demba Djassi.

Pelo que, cada ano, durante a realização do referido gamó, deslocam se com as crianças para ir fazer (Duhau), pedir bênção do tal sábio e costumam regressar com todas as crianças.

E, desta vez a caravana não chegou de atravessar a fronteira e, foi interceptada pela Guarda Nacional que na verdade nem se quer conhece a intenção dos ora suspeitos.

Pelo que, no caso em apreço, teria mais sustentáculo se a acusação tivesse qualificado os factos aqui vertidos como sendo a tentativa de tráfico de pessoas, art.º 28.º do cp, ex vi do art.º 35 da Lei 12/2011 de 6 de Julho de 2011. Porque o crime não chegou a consumar-se.

E, ainda que as crianças fossem traficadas, não se conseguiria a condenação das pessoas constituídas suspeitas neste processo, pela acusação. Porque dos dezasseis suspeitos, apenas os senhores Califa Cassama Fati, foram detidos no local de crime, os restantes suspeitos nem se quer fizeram parte da caravana que fora detida em Cambajú.

Ora, é deveras e importante não olvidar um dos mais importantes princípios do Direito Criminal, que é o princípio de intransmissibilidade da responsabilidade criminal. Este princípio devido a importância que assume dentro do nosso sistema do direito penal, fez com que o legislador o atribuísse a consagração constitucional.

O princípio atrás referenciado encerra a ideia de que, cada individuo deve responder pelos fatos e atos que cometer, e não é possível imputar tais fatos a uma terceira pessoa. V.g. Um pai não deve responder pelos atos praticados pelo filho e nem o marido deve responder pelos atos da esposa. Cfr. art.º 37.º n.º 4 da constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB), cujo teor é a responsabilidade criminal é pessoal e intransmissível.

Entretanto, vislumbra se, que além da não verificação dos factos que devem concorrer para que se possa falar de cometimento de crimes de tráfico de pessoas, a acusação cometeu um outro pecado ao constituir suspeitos e acusar pessoas que não tomarem parte diretamente a prática da suposta atividade criminosa.

Pelo que, não nos resta outra solução a não ser a de propugnarmos pela solução mais consentânea com dados do caso.

V - Decisão

Por tudo exposto, são absolvidos os suspeitos A..., B..., C..., D..., E..., F..., G..., H..., I..., J..., K..., L..., M..., N..., O... e P..., por falta de provas.

Notifique e Registe

Bafatá 10 de dezembro de 2015

O Coletivo

5.2. Comentário do Acórdão sobre o crime de Tráfico de Crianças Talibés

SUMÁRIO

- I. Na presente decisão “o crime de tráfico de pessoas”, ocorre com o recrutamento e ou transporte para fins de exploração; ou seja, o recrutamento ou transporte só é crime si provar o conhecimento dos agentes para os fins (exploração laboral, sexual, escravatura, etc.).
- II. Circunstâncias: a não responsabilização criminal dos acompanhantes que transportava as crianças.
- III. Ainda neste acórdão, os requisitos para considerar o crime de tráfico de menor são cumulativos e não alternativos.

SUMÁRIO (do comentário)

- I. Determinar o tipo de conhecimento: saber si é um conhecimento pleno ou eventual.
- II. Provada que dois dos absolvidos estavam a transportar os menores, o tribunal desvaloriza tais provas.
- III. A saída ilegal: desvalorização deste facto em todo o processo, os menores foram transportados para uma saída do território nacional sem qualquer tipo de documento de viagem.
- IV. Absolvição de todos os acusados.

5.2.1. Resumem dos factos

Os factos relevantes podem ser resumidos conforme se segue. No dia 06 de março de 2015, foi intercetado no posto fronteiriço de Cambadju no leste do país cinquenta e quatro crianças de entre quatro a doze anos de idade, na companhia de adultos entre os quais: pais, tutores, encarregados de educação e em alguns casos por simples acompanhantes, com destino a Cabomba uma aldeia na vizinha República de Senegal alegando de estarem a ir assistir a cerimonia religiosa conhecido como Gamo que consiste na leitura de alcorão durante toda a noite acompanhado de cânticos religioso, com uma duração de quatro dias.

As crianças viajavam sem qualquer tipo de documento de identificação pessoal, tampouco possuíam qualquer documento de autorização de viagem por parte dos progenitores (ou um dos progenitores) ou dos encarregados de educação que não se encontrava a viajarem com os menores, não tinham bagagens de roupas ou mantimentos para a alimentação e nem tampouco possuem dinheiro para a estadia durante os dias da cerimonia.

Os 16 acusados entre pais e encarregados de educação das trinta e duas crianças identificados, afirmam ter dado a autorização para que as crianças fossem transportadas para a aldeia de Cabomba na vizinha República de Senegal.

No local da interceção 13 das 54 crianças deram a fuga, conseguindo as autoridades embarcar de volta para a cidade de Bafatá 41 menor dos 54 inicialmente intercetados; entretanto, no percurso da viagem conseguiram dar a fuga mais 12 crianças para as suas casas ao parar a viatura na aldeia onde alguns daquelas crianças residem, fazendo as autoridades chegarem ao destino com 29 crianças que foram entregues a uma ONG que atua na área. Vinte e quatro horas depois volta a integrar ao grupo das 29 crianças mais três menores de forma voluntaria.

Dos factos resulta que o Ministério Público, procedeu com a acusação de 16 pessoas, entre os quais os pais e encarregados da educação das trinta e duas crianças e dois dos suspeitos seguiam naquela caravana, pela prática de crime de tráfico de criança, punível nos termos do artigo 4.º n.º 1 da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau.

A primeira questão a plantear é si os factos narrados consubstanciam o crime de tráfico de menor nos termos do artigo 4.º n.º 1 da lei n.º 12/2011, de 6 de julho? E por outro lado os factos narrados consubstanciará a um delito si o MP tivesse subsumido os factos a tentativa de tráfico de menor nos termos do artigo 37.º da referida lei, tal como expõe o coletivo no presente Acórdão?

5.2.2. COMENTÁRIO DO ACÓRDÃO

O primeiro dos aspetos a salientar na ponderação crítica da decisão acabado de transcrever resulta da não acusação de todos os acompanhantes das crianças em situação de irregularidade e devidamente identificados pelos serviços de imigração e fronteira junto da fronteira entre a Guiné-Bissau e a vizinha República de Senegal já que não foi dado por não provado que as crianças tivessem estado a viajar sozinhos e sem companhia de adultos; sendo que, da decisão, resulta dos factos provados que as crianças estavam devidamente acompanhados pelos adultos.

Sucedem porem, que o Ministério Público só tenha acusado dois dos acompanhantes dos menores, deixando de fora da acusação os demais adultos que acompanhavam os cinquenta e quatro crianças.

Outro dos aspetos a salientar na ponderação crítica desta decisão resulta da não subsunção dos factos dados como não provados, por fatos provados e, assim, constituir o tipo de crime de tráfico de pessoas (art.º 4.º da lei 12/2011, de 6 de julho).

A referência direta ao acórdão será facilitada pela atenção formal prévia ao modo como o mesmo se encontra sistematizado; o mesmo se divide em cinco partes, a qual esta constituído da seguinte forma: I. Relatório; II. Os Factos; III. A Motivação da Decisão; IV. O Enquadramento jurídico-penal; V. Decisão;

I – Relatório

O artigo 255.º n.º 1, do código de processo penal guineense estatui que “A sentença começa por um relatório”; sem objeção alguma, neste Acórdão se deu o cumprimento do mesmo começando a sua elaboração pelo relatório que contém a identificação completa dos suspeitos tal como estatui a al. a) do aludido preceito.

Uma das primeiras questões que mereceu a minha atenção ao analisar a referida decisão, é o facto de o tribunal ter afirmado o seguinte: *«Todavia, procedeu-se em sede das questões prévia a qualificação jurídica do crime em questão pelo MP, visto que não o havia tido feito antes na acusação»*.

Será que foi correto o MP qualificar o crime na sede das questões prévias em secção de audiência discussão e julgamento?

Hora bem, para o cumprimento do estatuído no n.º 1, al. b) do art.º 255.º do cpp, referente a indicação do crime ou crimes imputados ao suspeito, o tribunal na inobservância total do preceito legal, alega que, procedeu-se em sede das questões prévia a qualificação jurídica do crime em questão pelo MP, acabando por imputar a cada um dos suspeitos a prática de um crime de tráfico de criança, previsto nos termos do artigo 4.º n.º 1 da lei n.º 12/2011, de 6 de julho.

Porem, no Direito Processual Penal vigora a premissa segundo a qual o acusado defende-se dos fatos, e não da classificação jurídica contida na denúncia ou queixa, por tanto, ao magistrado cabe conhecer e ditar a lei aplicável ao fato posto em julgamento.

Entretanto, a indicação na queixa-crime do tipo penal que o Ministério Público ou assistente entende aplicáveis ao fato, possui indelével relevância no plano processual, já que a partir dela se fixa a competência jurisdicional das varas, a competência de jurisdição setorial ou regional, a fixação adequada do tipo de processo se comum ou sumário tal como estatui os artigos 11.º a 15.º do cpp, a possibilidade do acusado disfrutar de certos benefícios constantes nos artigos 70.º a 72 do cpp, a análise do requisito subjetivo atinente

às circunstâncias judiciais dos artigos 65.º a 67.º referente a escolha da pena e a análise da reincidência do acusado e a possibilidade de extinção ou suspensão da punibilidade nos termos dos artigos 57.º a 64.º todos do código de processo penal.

Sabendo que, a responsabilidade que recai sobre o titular da ação penal no caso das ações penais públicas, o Ministério Público nos termos do artigo 125.º da CRGB, tem o dever de identificar com relevância o tipo penal aplicável ao fato objeto de sua opinião a respeito de delito, porque esta entidade para oferecer uma denúncia, deve ter ao menos suspeita da existência do crime e de sua autoria (o chamado *opinio delicti*).

Tradicionalmente o seguimento doutrinário privilegia a intangibilidade da denúncia ou queixa-crime, constando a tipificação legal no processo a quando do seu recebimento pelo magistrado, já que não compete ao juiz agir de ofício para a sua modificação ou no caso de ausência do tipo legal na peça acusatória determinasse ou fixasse o preceito que achar conveniente ou mais adequado para os fatos narrados.

Assim, se o juiz fixasse ou modificasse, a quando do recebimento da denúncia ou queixa-crime, algum artigo de lei apontado pelo titular da ação, assinalando outro tipo penal que considerasse mais adequado ao facto relatado, ele (magistrado judicial) estaria, por via transversa, promovendo por iniciativa própria a ação penal em violação a dispositivo constitucional estatuído no artigo 125 da CRGB, em pretensa usurpação da função nas ações penais públicas e violação do sistema penal acusatório onde cada ator processual tem sua função no processo, como a de defender, acusar, e por ultimo julgar.

Portanto, sabemos que a indicação da norma ou normas substantivas aplicáveis é um fato imprescindível na peça acusatória cuja falta implica a nulidade tal como dita o artigo 204.º n.º 2 al. c) do cpp¹³³. Segundo a referida decisão, na acusação vinda do Ministério Público, não constava a qualificação jurídica do crime pelo qual se acusa os suspeitos e a falta deste requisito na peça acusatória constitui nulidade da referida acusação seja provisória ou definitiva.

Porem, o art.º 105.º n.º 1 do cpp estatui que, os vícios dos atos processuais que violem ou inobservem as normas de processo penal só geram a nulidade do ato quando a lei expressamente o determinar, caso contrário só gerará irregularidade tal como estipula o n.º 2 do mesmo preceito; neste sentido, o estipulado nos artigos 106.º e 107.º do cpp, é referente as nulidades insanáveis e sanáveis, e em nenhum dos dois preceitos consta o requisito da falta da indicação na peça acusatória das normas substantivas aplicáveis aos suspeitos como requisito da nulidade da peça acusatória, mas, a falta do mesmo constitui nulidade nos termos do art.º 204 n.º 2 al. c) do cpp.

Por outro lado, o art.º 214.º n.º 1 do cpp estabelece o seguinte: «Recebidos os autos no tribunal, o juiz conhecerá da competência, da legitimidade, das nulidades e de outras exceções ou questões prévias que possa, desde logo, apreciar e que sejam suscetíveis de

¹³³ O artigo 204.º, n.º 2 do código de processo penal que “A acusação contém sob pena de nulidade:

- a) A identificação, o mais completa possível, do suspeito;
- b) A narração dos fatos e demais circunstâncias que constituam o crime ou relevem para a determinação da sanção e da indemnização;
- c) A indicação das normas substantivas aplicáveis;
- d) A data e a assinatura.

obstar à apreciação do mérito da causa». Neste sentido, o tribunal deveria conhecer de todas as questões que obstem à apreciação do mérito da causa, entre os quais das nulidades e no caso subjudice as nulidades se encontram nos termos do art.º 204.º n.º 2 al. c) do mesmo diploma legal.

Assim, ao tribunal só cabia proceder com o cumprimento do estipulado nos termos do artigo 214.º n.º 1 do cpp a quando do recebimento da acusação por força do estipulado no art.º 204.º n.º 2 al. c) do mesmo diploma, proferindo o despacho de rejeição da acusação vinda do MP e não o contrário proferindo o despacho de recebimento da acusação, quanto mais dar início a secção de audiência discussão e julgamento sem num entanto constar na peça acusatória a indicação da norma substantiva pelo qual o Ministério Público acusa os suspeitos, mesmo que estes só se defendem dos fatos imputados e não da classificação jurídica.

Caso o tribunal tivesse conhecido da nulidade descrita no art.º 204.º n.º 2 al. c) do cpp, teria tão só ter proferido o despacho de rejeição da acusação com o fundamento neste preceito em conjugação com o art.º 214.º do mesmo diploma, onde comunicaria ao MP a falta da indicação da norma substantiva na peça acusatória para que o mesmo possa qualificar juridicamente o crime relativo aos factos narrados naquela peça acusatória, já que o Poder Judiciário incumbiria, tão-só, analisar eventuais excessos ou impropriedades na classificação legal do fato quando da prolação de sentença, a título de *emendatio libelli*; mesmo porque no caso subjudice não há mudança dos fatos narrados inicialmente, mas sim a correção da tipificação penal com os fatos ao qual deve atender o princípio da exata correlação entre a acusação e a sentença, ou seja, os fatos narrados e a tipificação devem guardar exata correspondência com a sentença de mérito, daí, a necessidade de se convalidar qualquer vício entre as peças processuais.

Pelo exposto, acho que o tribunal carecia de elementos para a apreciação e recebimento da acusação vinda do MP, nos termos do art.º 214 do cpp. Mas, sendo o entendimento do tribunal contrário da minha, continuaremos a analisar a referida decisão.

A seguir, o tribunal conheceu do estatuído no artigo 255.º, n.º 1 al. c) do cpp, que dá conta do resumo da contestação do suspeito e do requerimento de indemnização se tiverem sido apresentados; mas, da decisão consta que os suspeitos não apresentaram contestação e nem rol de testemunhas e nem foi deduzido o pedido de indemnização civil no processo, e nem tampouco o estipulado nos termos da alínea d) do mesmo preceito referente a indicação da alteração de factos, pelo que se prosseguiu com o cumprimento do estipulado no n.º 2 do presente preceito penal.

II – Os Factos

O tribunal no cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 255.º do cpp, fê-lo de forma seccionada, isto porque a descrição dos factos a que a lei trata na hora de elaboração da sentença, procede na divisão do que traz o título dos «factos» que se subdivide num conjunto de factos provados e factos não provados; a descrição de factos provados constante nesta decisão contém sete parágrafos e aos factos não provados conta com dois parágrafos.

O tribunal na sede de audiência discussão e julgamento, produz as provas que determinará a descrição dos factos provados e não provados em que o tribunal fundará a sua convicção e para tanto, é necessário produzir as provas que só se consegue com o esclarecimento de todas as questões narrados nos factos. Tais como: as circunstâncias e condições em que foram intercetados os 54 menores, a fuga de alguns menores, companhia, o conhecimento,

a autorização legal da viagem, o envolvimento na ação de recrutamento ou de transporte de crianças para o ensino corânico, o verdadeiro destino das crianças, o sexo daqueles menores, o desempenho dos menores no ritual da cerimónia religiosa, transportar-se na caravana da cerimónia, facilidades de passagem na fronteira, o lugar da realização da cerimónia, presença dos mestres professores do alcorão, recrutamento, duração da cerimónia, o horário da realização da cerimónia, o acolhimento, entre outros.

São algumas das questões que ajudaria o tribunal na determinação dos factos provados e não provados.

Hora bem, o tribunal deu como facto provado de que foram intercetadas 54 crianças na fronteira da Guiné-Bissau com o Senegal. Deste número de menores deram fuga do lugar e posteriormente no caminho vinte e duas crianças, o facto é que não foram esclarecidos as circunstâncias destas fugas e nem os motivos dos mesmos, tanto pela acusação assim como pelo tribunal. Certo de que, o apuramento da verdade material da fuga dos menores, pode contribuir no esclarecimento ao tribunal das verdadeiras motivações que conduziu ao transporte daqueles pequenos com destino a vizinha República de Senegal.

Para a descoberta da verdade material dos factos, podemos afirmar que ficou por provar pelo tribunal a verdadeira motivação da fuga dos menores depois da interceção junto a fronteira.

Mas também, do processo depreende-se que as crianças intercetadas na linha fronteira, estavam numa situação anómala a lei, os menores estavam sendo acompanhadas por adultos, alguns são um dos progenitores e outros estavam acompanhados por simples acompanhantes, mas, não possuíam nenhuma peça de identificação pessoal e nem a declaração que acredita a autorização de viagem de quem de direito.

O facto é que nenhum dos 54 menores foi encontrado com alguma peça de identificação pessoal e nem com as devidas autorização de viagem emitido pelo tribunal de menores ou uma declaração feita por quem de direito e reconhecido no notariado; requisitos necessários para que um menor pudesse viajar de um país a outro.

Outra questão anómala verificado na viagem dos pequenos, é a falta de bagagens com produtos de primeira necessidade tais como, produtos alimentícios, vestuários ou valores monetários para as suas estadias fora da casa; mas, não tinham nada, a não ser as vestes que do corpo. Neste aspeto, o tribunal limitou-se só em dar como fatos provado de que foram intercetadas na fronteira 54 crianças, sem se referir que, no momento dos acontecimentos dos factos, os menores estavam a viajar totalmente desprovidos de peças de identificação pessoais, da autorização legal da saída do território nacional e sem uma bagagem com peças de primeira necessidade; a questão aqui não é só viajar por viajar, mas sim, viajar de forma legal e não de uma forma ilegal como pretendiam fazê-lo neste caso, aproveitando a oportunidade de poder passar de forma despercebido dos olhares dos agentes da autoridade junto a fronteira, por estarem na caravana de gamo.

Portanto, um adulto que tenta transportar uma criança para fora do território nacional, sem peça de vestuário, produtos higiénicos ou alimentícios e fundamentalmente sem nenhuma peça de identificação ou de uma autorização legal da viagem para uma estadia de quatro dias, ao meu entender podia no mínimo este facto (por certo ilegal) ter sido dado como factos provados, já que ninguém viaja nem mesmo uma criança para vários dias sem trocar de vestes, se alimentar ou se higienizar, ao menos que os mesmos já teriam o acolhimento preparados, tal como acontece com os menores destinados aos estudos de alcorão; mas, o tribunal simplesmente achou por bem em não valorar a forma ilegal de como foi conduzido o transporte dos menores para fora do território nacional.

Assim, esclarecendo as circunstâncias acima exposto, poderia o tribunal ter chegado no fato de si as crianças seriam ou não entregues aos mestres de alcorão para os estudos corânicos, para assim poder provar a verdadeira intenção dos acusados que permitiram a viagem dos seus pequenos naquelas condições para um país vizinho.

Disse ainda o tribunal de que as crianças estavam sendo transportados para uma cerimónia religiosa da religião muçulmana chamada *Gamo* que ia decorrer a partir daquela data na aldeia de Cabomba na vizinha República de Senegal para receber a bênção do sábio; neste ponto dos factos dado como provados, acho por bem, que o tribunal deveria saber em primeiro lugar: em que consiste a cerimónia religiosa chamado Gamo, para poder determinar a necessidade da participação das crianças. O gamo é uma cerimónia que se realiza anualmente e consiste na leitura de alcorão pelos sábios, esta leitura do alcorão é acompanhada de cânticos religioso durante toda a noite e conta com uma duração de 3 a 4 dias; neste tipo de cerimónia é a onde se dá a maior concentração dos mestres de alcorão que são donos das escolas corânica e professores das crianças talibés.

Também aqui, o tribunal só si limitou em provar que o destino das crianças é assistir a cerimónia religiosa de gamo para receber a bênção do sábio, sem num entanto questionar em que consiste a tal cerimónia e quais são as suas especificidades e si é uma cerimónia apto para menor de idade ou não, e quais são as vantagens para um menor de 4 a 12 anos de idade participar neste tipo tradição religiosa; segundo o acima exposto, sabe-se de ante mão de que, é um ato inapropriado para um menor de idade já que a sua celebração é reservado aos jovens, adultos e altas personalidades da cúpula religiosa e governamental, feita durante toda a noite, hora impropria para uma criança assistir e sobre tudo é o lugar onde ocorre o maior processo de recrutamento de crianças talibés.

Aqui o tribunal poderia ter como factos provados a inaptidão das crianças em participar desta cerimónia, a não ser para o recrutamento dos mesmos com o pretexto de estudos corânicos.

A deslocação das crianças naquele dia, disse o tribunal que contou com o aval de todos os suspeitos conforme a declaração dos mesmos na seção de audiência, discussão e julgamento. Este aval implica o conhecimento da verdadeira deslocação dos pequenos para o lugar da cerimónia ou não?

Para mi, este conhecimento seria, o conhecimento do processo que envolve a deslocação dos menores desde: a seleção da criança que vai viajar, o porque é que a viagem devia ser naquele dia e não num outro dia qualquer, conhecimento de que o menor esta a ausentar do país sem qualquer peça de identificação e a autorização de viagem, conhecimento do porque e para quê são levados, conhecimento de que os pequenos não voltaram para a casa após a cerimónia, a questão mais importante aqui, é saber o verdadeiro conhecimento que os suspeitos têm de todas as ações que se desenvolvem naquele lugar e o verdadeiro objetivo de transportar as crianças em massa no dia da partida da caravana com destino a cerimónia de gamo numa aldeia da vizinha República de Senegal.

Para tanto, ao falar do conhecimento neste caso, não é só, um simples conhecimento, mas sim, o verdadeiro conhecimento que o pai tem sobre a deslocação do menor no dia da saída de uma caravana que costuma ter facilidades de passagem na fronteira por causa da autorização concedida pelo Ministério da Administração Interna para a participação dos populares fies a religião muçulmana na realização de uma cerimónia de âmbito religiosa; esta atividade é inapto para os pequenos, pela particularidade da sua prática ser, nas horas noturna; outra questão do conhecimento que o tribunal devia ter debruçado sobre ele, diz respeito a enorme concentração de mestres do alcorão possuidores de estabelecimentos para os estudos corânicos que acolhem crianças daquelas idades para o suposto ensino

corânica, mas que na realidade são utilizados na exploração para fins da mendicidade em benefício do próprio mestre. Assim, o tribunal teria vários elementos que iriam ajudar na descoberta da verdade em relação ao conhecimento dos suspeitos sobre os verdadeiros motivos da saída do país das crianças e do destino final, dados como provados.

Mas também, é do conhecimento no seio da comunidade muçulmana da sujeição das crianças estudantes de alcorão na prática da mendicidade, mas, alegam que é para o bem do menor já que estes sacrifícios ajudam na formação do carácter de humildade do menor.

Por tanto, o conhecimento que os suspeitos têm sobre a viagem dos menores, é um conhecimento da causa e não um simples conhecimento de que as crianças estavam indo a participar na cerimónia de gamo, já que os suspeitos na qualidade de praticantes da religião são conhecedores das suas normas, costumes e práticas.

Outro sim, o tribunal referiu o facto de os suspeitos terem dado os seus avales para a saída do território nacional dos menores, como si fosse um aval de quem consente que o filho saísse ao portal da casa para brincar. Hora bem, para mi, ficou claro que esse aval dado pelos aqui absolvidos, é um aval com conhecimento pleno da causa, porque eles sabiam que os seus filhos iam ser entregues aos mestres presentes naquela cerimónia, tanto assim que não mediram os esforços em termos de transporte para a saída do país e ademais, aceitam a prática da mendicidade como parte dos estudos e têm a consciência de que aquela criança pode vir a ser submetido a prática da mendicidade e mesmo assim têm a intenção de entregar os seus pequenos aos mestres para o suposto estudo corânico.

Por tanto, o aval dos pais e encarregados de educação dado como factos provados pelo tribunal, é um aval que está acompanhado do pleno conhecimento dos suspeitos sobre o verdadeiro destino dos menores e a intenção que estes tinham de entregar as suas crianças aos mestres para a suposta formação religioso.

Dos autos consta que as idades dos menores intercetados junto a fronteira é de quatro a doze anos, por tanto, não possuem suficiente capacidade de discernimento para distinguir o bem e o mal e nem avaliar a dimensão das consequências das suas entregas aos mestres com a prática da mendicidade sendo parte de uma suposta formação no âmbito religioso.

Quanto aos factos não provados o tribunal resumiu em dois pequenos parágrafos a descrição dos factos dados como não provados.

O tribunal disse que, não se provou que as crianças foram traficadas ou iam sendo traficadas e nem que a finalidade da viagem era de submeter as crianças ao trabalho forçado, escravidão, prostituição, servidão por dívida etc.

Ao meu entender, si o tribunal não tivesse deixado muitos outros elementos importantes para a decisão da causa por provar, não chegaria a descrição dos factos não provados acima descrita.

Para o tribunal não ficou provado que as crianças foram traficadas ou iam ser traficadas e nem que a finalidade da viagem é a submissão dos menores a exploração! mas também, dos factos não consta que o tribunal tenha elementos suficientes para fazer esta afirmação, isto porque foi o próprio tribunal quem deixou vários aspetos dos factos por esclarecer e consequentemente dar por provado, tais como: as circunstâncias que rodeou o entorno da saída ilegal dos menores desde a oportunidade de viajar numa caravana e as facilidades da sua passagem na fronteira, a ilegalidade na saída dos menores do país, o conhecimento dos acusados em relação ao objetivo daquela viagem, o conhecimento dos acusados da forma que é feita a cerimónia de gamo, o conhecimento dos suspeitos de que aquele é o lugar de maior concentração dos mestres de Alcorão e donos das escolas corânicas e o

principal lugar de recrutamento de crianças talibés, o objetivo final daquela viagem e o modo-operandi dos mestres no recrutamento de crianças talibés nos lugares da realização de gamo.

Sendo assim, tornará difícil para o tribunal enquadrar o crime de tráfico de criança pelo qual foram acusados, previstos e puníveis nos termos do artigo 4.º n.º 1 da lei 12/2011, de 6 de julho.

III – Fundamentação

Após, a análise detalhada dos factos provados e não provados, convém agora analisar o conteúdo dos fatos que levaram a formação da convicção do tribunal para a absolvição dos suspeitos. Esta fase corresponde a terceira parte da decisão constante no nosso ordenamento jurídico como fundamentação nos termos do artigo 255.º n.º 4, e designado na presente decisão como «Motivação da Decisão»; aqui o tribunal deve em cumprimento do disposto no artigo 242.º do cpp, indicar as provas que serviram para fundamentar a sua convicção.

O coletivo estribou as suas convicções quanto aos factos que julgaram provados e fizeram referências de uma forma bastante sucinta dos depoimentos dos suspeito e da testemunha como provas fundamentais para a decisão da causa, dividindo-os em dois parágrafos: o primeiro diz respeito aos depoimentos dos acusados limitando-se em dizer que os mesmos teriam refutado toda a acusação que lhes foram imputados pelo Ministério Público e ainda fez referência a coincidência dos alibis apresentados pelos suspeitos nas suas declarações sem num entanto especificar os tais alibis ficando em abstrato o conteúdo das referidas alibis que serviram para o tribunal fundar as suas convicções; e a ultima parte da prova, segundo o tribunal que serviu para fundar a sua convicção, diz respeito ao depoimento da testemunha da acusação e representante de uma ONG ligado a proteção das crianças talibés e denunciante no presente processo, que considerou não ter acrescentado qualquer elemento novo para a decisão da causa.

Hora bem, o tribunal deu por provado que, as crianças estavam devidamente autorizadas por seus pais e encarregados de educação a viajar para o Senegal, a fim de irem participar e receber a bênção do sábio numa cerimónia de gamo, sem num entanto estarem munidos de documentos legais que lhes permitiria uma saída legal do território nacional.

Na realidade, os acusados tinham o conhecimento da ilegalidade daquela autorização e não teriam deixado que os menores saíssem do país naquelas condições, si não tivessem o conhecimento do verdadeiro destino das crianças.

Para tanto, só se autoriza um menor a viajar o adulto que tiver pleno conhecimento dos motivos da viagem do menor, já que um menor não responde pelos seus atos ou pelo menos não tem a capacidade suficiente para se governar e aqui estamos a falar de crianças dos 4 aos 12 anos de idade, que ainda não possuem capacidade de decisão, de se governar ou organizar sozinho para uma viagem ao exterior, tendo o mesmo possível, só com o aval de quem de direito que neste caso foi dado de forma verbal e não documental como manda a lei.

Por tanto, podemos dizer que, estamos perante o dilema de si os aqui absolvidos teriam ou não o conhecimento da finalidade da viagem, já que o tribunal considerou provado as crianças estarem devidamente autorizados a viajar para assistir uma cerimónia religioso que por suas características é inapto para um menor.

Porem, considero que o tribunal não tem suficiente elementos para fundamentar a sua

convicção, já que deixou de fora várias questões que poderiam ser dadas como factos provados e que ajudaria melhor na fundamentação da sua convicção para uma maior possibilidade na hora do enquadramento do crime de tráfico de menor a qual foram acusados.

IV – Apreciação

Após a fundamentação da convicção do tribunal vem a quarta parte da decisão que o tribunal designou de «Enquadramento Jurídico-Penal», corresponde ao estabelecido no n.º 4 do artigo 255.º do código de processo penal como integrando a «fundamentação de direito»; na presente decisão, o enquadramento jurídico-penal contém catorze parágrafos, sem secções e nem sub-parágrafos.

A decisão em análise, advém da acusação feita pelo MP a 16 suspeitos como autores de um crime de tráfico de pessoa, previsto e puníveis nos termos do artigo 4.º n.º 1 da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau.

Por tanto, na Guiné-Bissau, entende-se por tráfico de pessoas nos termos do art.º 3.º da referida lei: *«o recrutamento ou acolhimento de pessoas por via de ameaça, coação moral ou física, do rapto, da fraude, do engano, do casamento forçado, do abuso de autoridade ou aproveitando-se da situação de vulnerabilidade da vítima ou da sua incapacidade física, natural ou acidental, ou da anomalia psíquica, ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento da pessoa que tem autoridade sobre a vítima, com a finalidade de exploração sexual, casamento forçado, extração de órgãos humanos, trabalho, escravatura ou práticas similares, bem como a servidão».*

Da definição do tráfico de pessoas no ordenamento jurídico guineense, podemos retirar três elementos fundamentais para o enquadramento jurídico-penal do crime de tráfico, são eles: a ação, os meios e os fins.

Tendo o artigo 4.º n.º 1 da lei n.º 12/2011, punir como crime de tráfico de pessoas “Todo aquele que recrutar, fornecer, transportar, acolher uma pessoa, para fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida, é punido com a pena de prisão de 3 a 15 anos”.

Não cabe o número 2 do mesmo preceito neste análise, já que os aqui suspeitos, não foram acusados do crime de tráfico de pessoa na sua forma agravada; por tanto não faz sentido falar de esta alínea na presente decisão contrário do tribunal ao mencionar este preceito quando definiu o estipulado no artigo 4.º n.º 1 da presente lei pelo qual foram acusados.

Em primeiro lugar, concordo plenamente quando o tribunal alerta em sentido de que a violação do estatuído no preceito em análise consubstancia o cometimento do crime de tráfico de pessoas, que é um crime contra a dignidade da pessoa humana. Sim de facto o crime de tráfico de pessoa é considerado como sendo um dos crimes mais horrendo da sociedade atual, porque é um tipo de ilícito que mexe com a dignidade da pessoa humana, só sendo ganho pelo crime da escravatura, tanto assim que o bem jurídico protegido neste tipo de crime é a própria dignidade humana.

Por outro lado, o tribunal afirma que *«para que haja o crime de tráfico de pessoas, não basta que haja recrutamento de uma pessoa ou de conjunto de pessoas com vista a serem levados para o país estrangeiro; disse ainda que, antes essas pessoas têm que ser recrutadas com intuito de serem submetidas as explorações de diversas ordens, ou seja, o fim para o qual essas pessoas foram recrutadas ou transportadas tem que ser*

violadoras do preceito em causa». Até aqui, concordo plenamente com a afirmação do tribunal neste sentido; mas, o mesmo prossegue dizendo que: “*não é aquilo que ocorre neste caso concreto*”. Será certo esta afirmação do tribunal?

Vejam, o fato é que, para chegarmos a qualquer das conclusões (seja conforme a presente decisão ou não), caberá em primeiro lugar determinar conforme os fatos acima narrados si havia ou não conhecimento do destino fins daquelas crianças por parte dos acusados, já que no caso sub-judice, foi concretizado dois dos três elementos constitutivo do tráfico de pessoas retirados da definição acima exposto, a ação de transporte dos menores, por meios do aproveitamento da situação de vulnerabilidade das vítimas e a incapacidade física e natural dos mesmos devido as suas condições da menoridade. Sendo assim, cabe ao tribunal determinar a verdadeira intenção dos acusados a quando da autorização verbal da saída do território nacional das crianças em causa.

Num entanto, o tribunal afirma de que o conhecimento que os suspeitos tinham referente a viagem dos menores é de que os mesmos se encontravam a viajar naquele dia para irem receber a bênção do sábio e assistir a cerimónia de gamo numa aldeia na vizinha República de Senegal; então, para o tribunal, não se verifica o crime de tráfico de criança.

O certo é que, o tribunal não deve basear num conhecimento superficial para determinar ou seja concluir que não houve crime, sem num entanto, esclarecer as circunstâncias da viagem dos pequenos para o Senegal.

Em primeiro lugar, é notório e público que, a aprovação da Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, trouxe consigo uma serie de informações que contraria algumas práticas de usos e costumes que eram vistos com bons olhos. E, para uma eficaz implementação desta lei, os agentes fronteiriços e todas as instituições ligados a justiça e a infância, foram capacitados com formações, seminários e atelier de forma a poderem implementar da melhor forma possível a embrionária lei de tráfico de pessoas que acabara de nascer. Para os agentes fronteiriços, firam-lhes orientados uma melhor forma de acautelar as saídas desenfreada de crianças para fora do país, principalmente para a vizinha República de Senegal, a fim de prevenir e sancionar as práticas referentes ao tráfico de pessoas em especial de crianças em todo o território nacional; assim, foi implementado uma nova forma de controlo de saídas e entradas nas fronteiras no âmbito da luta contra o tráfico de pessoas, em especial mulheres e criança na Guiné-Bissau.

Os agentes da autoridade afetos aos diversos postos fronteiriços do país passaram a controlar melhor a saída dos menores para fora do território nacional, principalmente para os países vizinhos (Senegal, Guiné Conacri e Gâmbia), tornando-se difícil a passagem nas fronteiras com menor, o que limitou a desenfreada saída do país das crianças talibés para o suposto estudos do alcorão; mas, as crianças passaram a ser transportados para fora do território nacional através das vias improvisados (caminho sinho) para assim evitarem os constrangimentos das revistas e controlo nas fronteiras pelas autoridades nacionais.

Entretanto, nas fronteiras abrem exceção no controlo burocrático de passagem ao tratar-se da caravana que transporta as pessoas com destino a cerimónia religiosa de Gamo; isto porque é expedido um documento oficial pelo Ministério da Administração Interna que lhes outorga o direito de livre trânsito nas fronteiras, onde passam sem controlo na saída e entrada do território nacional.

Por estas razões as caravanas de transportes mistos públicos ou privados que transporta o pessoal com destino aos países vizinhos em especial Senegal, para participar na cerimónia religiosa de Gamo, passou a ser uma das mais novas e principais formas de transporte das crianças talibés, devido as facilidades legais de passagem na linha fronteiriço. Esta forma

de saída, poupa os mestres nas suas deslocações para as aldeias em busca de crianças, e vem facilitando o transporte de qualquer criança para fins obscuros, facto que permitiu (e permite ainda hoje) a passagem de milhares de menores para fora do território nacional após a entrada em vigor da lei n.º 12/2011, de 6 julho. Assim, o local da realização de gamo tornou-se no principal centro de recrutamento de crianças talibés devido à enorme concentração dos marabus recrutadores dos menores, com o intuito de serem explorados para fins da mendicidade.

Pelo que o tribunal em busca da verdade material poderia ter tido em conta esta questão, já que se trata de uma das diferentes formas de recrutamento de crianças talibés, em vez de ter restringido à sua convicção baseando só no depoimento dos acusados dando-o como suficiente a ponto de afirmar que: «não pode falar neste caso do cometimento do crime de tráfico de menor, pelo facto (eu diria pelo simples facto) de as crianças estarem devidamente autorizadas pelos seus pais e encarregados de educação a viajar para assistir a cerimónia de gamo e a receberem a bênção do sábio numa aldeia em Senegal».

Da decisão podemos extrair duas questões fundamentais em quais o tribunal se baseou para a não enquadramento do crime de tráfico de criança; primeira questão é referente ao conhecimento; agora pergunto: trata-se de um conhecimento certo ou um conhecimento incerto? E a segunda questão é referente a autorização verbal de viagem: em que circunstâncias foram dadas as autorizações e si esta autorização são suficientes a ponto de os fatos ocorridos não consubstanciarem a verificação do crime de tráfico de menor?

Sabemos que o conhecimento no crime de tráfico de menor pode ser, um conhecimento certo ou um conhecimento incerto, já que (como diz o Doutor Vaz Patto), quem atua com dolo eventual também atua “com conhecimento” da circunstância sobre que incide o dolo, sendo tal “conhecimento”, porém, não um conhecimento “certo”, mas um conhecimento “incerto” ou eventual¹³⁴. Por tanto, o tribunal devia ter em conta a atuação dos agentes para assim poder determinar o tipo de conhecimento que os mesmos tinham a ponto de autorizarem a saída do país das crianças naquelas formas e circunstâncias.

Por outro lado, neste ilícito, o tipo subjetivo inclui ainda um elemento típico subjetivo implícito que é a intenção de *exploração para fins de*: a exploração laboral, sexual ou a extração de órgãos. No caso específico das crianças talibés, a exploração dos mesmos incide na exploração laboral, já que os menores são obrigados a trabalhar forçosamente durante longas horas nas ruas praticando a mendicidade, utilizando aspetos degradantes para chamar mais atenção e assim conseguir atingir os objetivos dos seus agentes.

A partida temos a palavra dos acusados, ou seja, absolvidos que afirmam que o destino dos menores é para assistirem uma cerimónia religiosa; entretanto, os mesmos sabem que a realização desta cerimónia possui um formato não apto para menor, por ser uma cerimónia que se realiza nas horas noturna, totalmente impropria para menores de idade e mesmo assim, os aqui absolvidos afirmam terem dado as suas autorizações para aquela viagem com o objetivo de assistirem a cerimónia e receberem a bênção do sábio.

Acho que ao tratar-se de um crime tão hediondo como o tráfico de menor, o argumento do conhecimento, utilizado pelo tribunal para o não enquadramento deste ilícito, não é suficiente para o tribunal estribar a sua convicção e dar como provado este aspeto; o tribunal simplesmente deu como certo o conhecimento de que os menores estavam tão só a viajar para assistir a cerimónia e receber a bênção do sábio. Acho que o tribunal, devia

¹³⁴ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Jornada sobre a revisão do código penal. Revista do CEJ, 1.º semestre - n.º 8 (especial), Almedina - 2008, pág. 202.

conhecer mais ao fundo todos os pormenores que envolveram o intento da saída dos menores, já que os acusados não pouparam esforços na utilização dos mecanismos para a concretização da viagem, aproveitando de todas as ferramentas disponíveis e passíveis de utilizar para passar de forma despercebido na linha fronteira com a caravana de cerimónia, sem controlo na fronteira e sem documentos legais para uma eventual saída do território nacional; elementos estes que nos faz questionar quais são as verdadeiras intenções dos pais e encarregados de educação ao autorizarem a saída dos menores do país naquelas circunstâncias.

Por outro lado, temos o fato de os menores estarem a viajar desprovidos de qualquer tipo de documentos necessários para a saída do território nacional, fato ignorado pelo tribunal, mas, que poderia ter contribuído na determinação do verdadeiro conhecimento do destino das crianças.

Também, o tribunal contemplou na formação da sua convicção a autorização verbal de viagem dado pelos suspeitos, mas, essa autorização não é mais do que uma manifestação do consentimento dado pelos suspeitos para que os pequenos pudessem deslocar a um lugar onde serão vulneráveis ao recrutamento de crianças talibés, mas, tanto o Protocolo de Palermo no seu artigo 3.º al. b) assim como a lei n.º 12/2011, de 6 de julho, artigo 12.º estabelecem a irrelevância do consentimento dado pela vítima ou seu representante.

Pelo que, a autorização concedida pelos acusados em enviar os seus filhos para fora do território nacional naquelas condições e para um lugar propício ao recrutamento de crianças para estudos corânicos, tendo o conhecimento da prática de mendicidade como parte deste ensino, deve simplesmente o tribunal tê-lo considerado irrelevante; por conseguinte, não poderia o tribunal ter usado este argumento como causa de justificação para a não culpabilidade dos aqui absolvidos.

Por outro lado, os aqui absolvidos não são vítimas mas sim praticantes de um ato ilícito que é a pretensão e conjugação de esforços em transportar crianças para um determinado lugar com a intenção do seu recrutamento como criança talibé (conhecendo todas as implicações que de aí advêm), podendo perfeitamente este ato ser enquadrado nos termos do artigo 17.º do cp guineense¹³⁵.

Sabendo que, no crime de tráfico de pessoas, a conduta proibida consiste em «oferecer, entregar, aliciar, transportar, alojar, aceitar, ou acolher» pessoas (tanto para a vítima adulto assim como vítima criança) para fins de exploração de trabalho, exploração sexual, ou para extração de órgãos. É um tipo de crime que pode ser cometida por ação e ao mesmo tempo pode ser imputado por omissão quanto a pessoa que tem o dever jurídico de garante, que não impede a ação de entrega, transporte, oferecer, etc., tal como aconteceu com os acusados, na qualidade de pais e encarregados de educação não impediram a ação de transporte dos menores, ao contrário foram os mesmos em dar a autorização para o transporte e posterior entrega dos pequenos aos mestres, sendo que o crime de tráfico de criança no nosso ordenamento jurídico quanto aos meios utilizados é um crime de execução vinculada, pois que neste caso específico o transporte precede do engano aos agentes da imigração junto a fronteira para a passagem despercebido dos menores e o aproveitamento da situação de vulnerabilidade dos menores e das suas incapacidade física devido a condição de minoridade.

¹³⁵ Código Penal Guineense: Artigo 17.º do cp “É punível como cúmplice quem, dolosamente e fora dos casos previstos nos artigos anteriores, ajuda terceiros a praticar um crime”.

Assim sendo, podemos afirmar que os suspeitos na qualidade de garante, aproveitaram da situação de vulnerabilidade dos menores e das suas incapacidades físicas e natural devido as suas condições de menoridade para exercerem o poder que detêm sobre eles, valendo de manobras fraudulentas de forma a poderem enganar os agentes fronteiriços na passagem dos menores para o Senegal, com o pretexto de estarem a ir receber a bênção no dia da cerimónia de gamo, para transportar as crianças para aquele lugar transformado no principal centro de recrutamento das crianças talibés.

O tráfico de pessoas, no caso sub-judice o tráfico de criança, é um crime que exige no seu elemento subjetivo «fins de exploração», exigindo que o agente ofereça, entregue, a vítima com objetivo de esta vir a ser explorada, ou pelo menos ter conhecimento de que a pessoa entregue virá a ser explorada laboral-mente, sexualmente, entre outras formas de exploração. Sendo neste caso, os pais e encarregados de educação possuidores do conhecimento da prática de exploração para fins da mendicidade praticados pelas crianças destinados aos estudos de alcorão e mesmo assim consentem para que os menores sejam transportados para tal destino.

Esta atuação dos pais e encarregados de educação tanto os que acompanhavam os menores naquela viagem assim como os que se limitaram a dar os seus consentimentos para que as crianças sejam transportadas para o Senegal, atuaram com dolo, porque tinham o pleno conhecimento da prática de mendicidade a que as crianças talibés são submetidos e mesmo assim querem e aceitam a que os seus educandos sejam levados como talibés, pelo simples fato de aceitarem aquela prática como parte de usos e costumes da religião que professam; mesmo aceitando tal prática como usos e costumes, não lhes iliba da responsabilidade criminal tal como o coletivo de juízes nos quer fazer entender na presente decisão do Tribunal Regional de Bafatá, até porque determina o artigo 6.º do código civil que: *A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas.*

Também, temos a afirmação do tribunal em que a responsabilidade criminal é pessoal e intransmissível, pelo fato de alguns dos acusados na qualidade de pais e encarregados de educação, não se encontravam a viajar na companhia dos menores e por este motivo não podem ser responsabilizados do crime a que são acusados e por tanto, tampouco se pode falar do cometimento deste crime, porque para o tribunal os mesmos não tomaram parte diretamente na prática da suposta atividade criminosa, esquecendo o tribunal do tipo do ilícito em questão e do seu modo operandi.

De facto, a CRGB estabelece nos termos do artigo 37.º n.º 4, “a intransmissibilidade da responsabilidade criminal”; o fato é que o tribunal se esqueceu de que no crime de tráfico de pessoa em especial de criança, este pode ser imputado por omissão quanto a pessoa que tem o dever jurídico de garante, que não impede a ação de entrega, transporte, etc., tal como aconteceu no caso sub-judice; para isso, estes pais e encarregados de educação não precisavam estar fisicamente na companhia dos menores naquela viagem para que possam ser responsabilizados deste delito, simplesmente, porque são eles os detentores do dever de garante, mas mesmo assim não impediram a ação de transporte dos menores que si tivesse concretizado culminaria com a entrega dos pequenos aos marabus para os fins da exploração de mendicidade camuflado numa prática religiosa de estudos corânicos. Isto faz deles tão responsáveis na prática deste ato ilícito assim como os que se encontravam na caravana junto dos menores, porque tanto um como outro, verifica-se nas suas condutas a presença do dolo, nos termos do artigo 22.º n.º 3 do código penal.

Por outro lado, si tal argumento não bastasse para culpabilizar os aqui suspeitos, podemos ver então quanto a aplicação da culpa latu sensu e a culpa stritu sensu: no direito penal,

um ser humano ao praticar uma conduta ilícita, pode ter culpa *latu sensu* se o agente praticou o ato com dolo; mas, pode ainda haver culpa *strictu sensu* quando o agente do crime não tinha a intenção de produzir o ato ilegal, mas por agir com imprudência ou negligência tornou-se penalmente responsável por seus atos; por exemplo, no caso de um pai que entrega o seu filho a marabu para estudos corânicos, sabendo da prática de mendicidade a que são submetidos os menores estudantes de alcorão e mesmo assim consciente a sua entrega no âmbito de uma crença religiosa em que acredita que aquela prática da mendicidade a que o menor é submetido é para seu bem, acreditando em que a sua ação neste caso é para o bem do menor.

Estes pais e encarregados de educação são ou não responsáveis pelos seus próprios atos? Os suspeitos tinham o conhecimento de uma prática considerado daninho para as crianças estudantes do alcorão e mesmo assim autorizam a saída dos menores, utilizando meios turbidos para transportar os pequenos para os agentes responsáveis de culminar o processo com a exploração, pelo facto de aceitarem aquela prática em nome da religião.

Sendo o tráfico de pessoas um crime formal, cuja consumação não depende do resultado naturalístico, que consiste por exemplo na efetiva realização de trabalho forçado através da mendicidade ou qualquer outro resultado decorrente das finalidades previstas no tipo penal, si não que o crime se consuma com a intenção de vir a explorar a pessoa traficada ou simplesmente de ter o conhecimento de que aquela pessoa poderá vir a ser explorada tal como acontece neste caso. Mas o tribunal optou pela via mais fácil de que não houve crime porque os fatos não se consumaram, quer dizer as crianças não chegaram a ser exploradas e para tal, o MP deveria ter acusado os aqui absolvidos de um crime de tentativa de tráfico de menor nos termos do artigo 28.º do cp, (ex vi artigo 35.º da lei 12/2011). Descordando completamente com a posição do Tribunal Regional de Bafatá.

Por outro lado, segundo usos e costumes da sociedade guineense, é impossível que um pai consente a saída do país do seu filho naquelas condições só para assistir uma cerimónia que é inapropriado para menores daquelas idades devido a forma noturno da sua realização, enviando criança a viajar sem documentos e sem uma muda de roupa que seja, sem alimentos ou produtos higiénico para uma duração de quatro dias, si não tiver alguém a espera do menor no local que supostamente forneceria o necessário para a sua estadia. Com o controlo mais apertado nas fronteiras, são os próprios pais e encarregados de educação os que se encarregam de transportar as crianças junto dos marabus e para tal aproveitam todas as possibilidades que lhes é apresentado para a saída do território nacional sem grandes burocracias nas fronteiras e uma destas possibilidades é a caravana de transportes públicos e privados que vão assistir o gamo em Senegal.

Para mi, no caso sub-judice o crime de tráfico de criança se consumou desde o momento em que os aqui absolvidos empregaram a fraude, o engano, abuso de poder do garante e o aproveitamento da situação de vulnerabilidade das vítimas e das suas incapacidades físicas e mental pela idade e imaturidade para se governar, para os transportar com a intenção de posterior entrega dos mesmos aos seus agentes cuja finalidade destes é a exploração daquelas crianças, ou seja, a exploração do trabalho forçado, camuflado na mendicância praticado dentro de usos e costume do estudo corânico.

Neste tipo de ilícito, não se exige que a vítima seja submetida a qualquer das finalidades específicas previstas no tipo penal, basta que a conduta do agente seja voltada a uma dessas finalidades para que se verifica a consumação do crime; quer dizer qualquer das finalidades que compõem o elemento subjetivo específico.

Para tanto, os aqui absolvidos, tinham sim a intenção de enviar os seus educandos a Aldeia de Cabomba-Senegal, aproveitando-se das facilidades de passagem na fronteira da caravana com destino a cerimónia de gamo, para posteriormente serem entregues aos marabus naquele lugar, cuja concentração destes é elevado e feito com o intuito de recrutar o maior número possíveis de crianças para fins de exploração da mendicidade, com a justificação de uma formação de carácter da humildade na pessoa do menor e por isso é que a prática da mendicidade faz parte dos ensinamentos do alcorão.

O ato ilícito de exploração de menor, só não chegou o fim propositado pelos acusados pela rápida intervenção dos agentes de segurança que se encontravam de serviço na linha fronteiriço de Cambadju, mas mesmo assim o crime de tráfico de criança se consumou com a autorização da saída dos menores do país, o fraude utilizado para o transporte dos mesmos e o conhecimento do real destino daqueles pequenos uma vez chegados a aldeia de Cabomba-Senegal, sendo este conhecimento a intenção de converte-los em crianças talibés estudantes de alcorão e praticantes da mendicidade obrigatória nas ruas, práticas estas que é equivalente a trabalho forçado como uma das formas de exploração dentro do tráfico de seres humanos.

Nestes termos e sem mais delongas, verifica-se o cometimento do crime de tráfico de crianças, por parte dos dezasseis acusados, previsto nos termos do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 12/2011, de 6 de julho.

V - Decisão

Finaliza o acórdão como a quinta e última parte que designaram de «Decisão» a que se refere o já citado artigo 255.º, no seu n.º 3 alíneas a) a e) do código de processo penal.

Esquemáticamente a presente Decisão conta com cinco partes:

1. O Relatório;
2. Os Factos:
 - 2.1. Factos provados, com sete parágrafos;
 - 2.2. Factos não provados, conta com dois parágrafos;
3. A Motivação da Decisão:
 - 3.1. Depoimentos dos suspeitos;
 - 3.2. Depoimento da testemunha de defesa;
4. O Enquadramento jurídico-penal - contém catorze parágrafos; e por ultimo a,
5. Decisão;

Por conseguinte, o coletivo cumpriu com a observância das regras processuais sobre a elaboração da decisão do tribunal quanto a sua estrutura conforme o estatuído no artigo 255.º do código de processo penal.

A observância das regras processuais sobre a elaborações das decisões dos tribunais, consignadas nos artigos 255.º e 257.º do código de processo penal e nos termos do artigo 74.º do código penal para a fundamentação da medida da pena, releva a melhor ordenação formal na elaboração de uma decisão, assim como permite uma fundamentação mais clara, quanto aos factos provados e não provados, discriminando-se a motivação do resultado alcançado indicando-se as provas que serviram para formar a convicção do tribunal. Tudo em abono de uma justiça que se não apresente perante a sociedade como

hermética ou esotérica, mas antes compreensível por todos os que venham a conhecer as decisões, transparente e convincente na sua racionalidade¹³⁶.

Face ao exposto, e tendo presente que a decisão em análise privilegiou outra análise, se limitou na sua locução a não perigosidade em transportar as crianças de quatro a doze anos de idade, de sexo masculino a um meio onde se tornou fonte de recrutamento de crianças talibés, desvalorizando as ações que conduzem a atuação perigosa dos agentes afastando o disposto no artigo 22.º n.º 3; neste caso teria sido uma melhor e mais fundada argumentação para o tribunal e consequentemente decidir-se pela aplicação do disposto no artigo 17.º.

Nestes termos, decidiria si for parte dos Juízes que compõem este Tribunal Coletivo em julgar procedente e por provado a acusação deduzido pelo Ministério Público, nos termos demonstrados e, em consequência:

- a) Condenar a cada um dos dezasseis acusados, pela prática de um crime de tráfico de criança previsto e punível nos termos do artigo 4.º, nº 1, da Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, a Lei da Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, em particular Mulheres e Crianças na Guiné-Bissau, numa pena de prisão efetiva.

¹³⁶ MARTINS, Lourenço. Droga, Decisões de Tribunais de 1.º Instância 1994, comentários, gabinete de coordenação do combate a droga, Lisboa, 1997, pág. 99.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, constatamos que o mundo adquiriu uma nova perspectiva no esforço de enfrentar um dos maiores problemas da nossa sociedade que é o tráfico de seres humanos, tendo como foco principal os direitos humanos das vítimas e a punição dos seus agentes.

Mas, para a concretização desta perspectiva, foi necessário a elaboração de um plano de ação para o combate ao tráfico de pessoas; de aí, foram muitas as iniciativas para o combate deste ato horrendo que mexe com a dignidade dos seres humanos.

Neste sentido, as nações viram-se na necessidade de criar iniciativas para a prevenção e combate deste ilícito, tendo assim uma resposta positiva a nível mundial, começando pelas Nações Unidas que apesar de existirem grandes variedades de instrumentos universais que contêm normas para combater as explorações das pessoas, se destaca “A Convenção das Nações Unidas sobre a Criminalidade Organizada e Transnacional- (Convenção de Palermo) e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição de Tráfico de Pessoas em especial de Mulheres e Crianças” (Protocolo de Palermo), é considerado como o único instrumento universal que aborda todos os aspetos do tráfico de pessoas, em especial do tráfico de criança, cuja aceitação foi positiva por parte dos Estados Partes.

A Convenção e o Protocolo contra o Tráfico de pessoas, são instrumentos jurídico internacionais que representam um marco histórico no domínio dos conceitos, dos princípios e sobre tudo pela qualificação que é dado a este fenómeno como as piores violadores dos direitos do homem, apontando a extrema necessidade de uma luta conjunta contra o tráfico de pessoas e tendo sempre uma atenção especial as vítimas deste crime.

Por outro lado, constatamos um grande passo dado pelo Protocolo quando elaborou os conceitos de tráfico de pessoas, o conceito de criança, a irrelevância do consentimento dado pela vítima, etc., constante neste instrumento jurídico internacional que constituiu os alicerces uniformizadores das alterações legislativas dos Estados aderentes obrigados a introduzir nos seus ordenamentos jurídicos nacionais, mas sobre tudo para os Estados Membro como a Guiné-Bissau que até então não possuía no seu ordenamentos jurídico interno nada referente ao tráfico de pessoas.

Assim, na Guiné-Bissau, foi elaborado e aprovado a Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças. Esta lei, visa não só o combate ao tráfico de pessoas em geral incluindo crianças, mulheres e incapazes, mas também elaborou todo um plano de assistência as vítimas do tráfico de pessoas e a aprovação de política nacional de luta contra o tráfico de seres humanos com a criação das medidas preventivas.

O tráfico de pessoas, em especial o tráfico de criança, é um crime tão horrendo que a sua luta não depende só das questões jurídicas, já que este fenómeno envolve várias outras questões, entre elas sociais e políticas, e para que haja uma articulação eficaz no seu enfrentamento teria de haver uma harmonização entre o social, político e jurídico, mas com as constantes instabilidade política na Guiné-Bissau, torna difícil estabelecer uma eficaz articulação entre eles, que nos permita enfrentar com eficiência o fenómeno do tráfico, principalmente no que diz respeito ao tráfico de crianças.

Referente ao tráfico de menor, a vários anos que o país depara com a proliferação do fenómeno das “*crianças talibés estudantes do alcorão*”, cuja terminologia é usada na identificação de crianças de sexo masculino que se agrupam num espaço improvisados para o uso de escola corânica “Dhaaras”, baixo a orientação do “Mestre ou Marabu”, com o objetivo de adquirirem o conhecimento profundo do alcorão dentro e fora do País, tendo a prática da mendicidade como parte daquela formação religiosa.

Por outro lado, a prática e as condições, a que as crianças são submetidas é indigno tanto para os seus praticantes assim como para o Estado e a sociedade em geral, mesmo assim, todos os anos são transportadas centenas de crianças de entre os 4 aos 14 anos de idade para os países vizinhos (vice-versa) sem as devidas documentações de identificação pessoal e nem autorização legal de viagem de quem de direito, num total descontrolo nos postos fronteiriços de saída e entrada das crianças principalmente quando fazem parte da caravana com destino a cerimónia religiosa de gamo.

Infelizmente, nos tempos de hoje, os ensinamentos do alcorão nas Dhaaras, acabam por não acontecer, porque as crianças são obrigadas a prática da mendicidade nas ruas com animo meramente lucrativo para o mestre; esta prática é acrescido da falta de higiene, a malnutrição, a falta de condição de habitabilidade, abandono, propensos a todo tipo de infeções, tudo em nome de uma crença religiosa, cujo lema é “*sacrificar para melhor servir*”, o que despertou nos agentes do crime uma oportunidade de enriquecer de forma ilícita, as custas das crianças, principalmente aos que pertencem as famílias mais vulneráveis pelas suas condições socioeconómico, cultural e sobre tudo pela ausência do Estado em certas zonas do território nacional.

O fato é que este fenómeno se encontra numa rápida expansão, geri milhões de lucros para os seus agentes, com a exploração desumano de crianças a mendigarem a mais de 12 horas diárias, apesar da CRGB, no seu preceito 24.º e seguintes ter acautelado os direitos fundamentais de todos os cidadãos incluindo as crianças.

Constatamos que o fenómeno do tráfico de crianças talibés, envolve no seu cometimento tanto as questões sociais (como a religião, usos e costumes, género e grupos étnicos), assim como o político e o jurídico, sendo este ultimo uma das ferramentas mais eficazes para a prevenção e combate ao crime de tráfico de seres humanos em especial de crianças, com penas de prisão efetiva para todo aquele agente praticante deste ilícito; mas, o envolvimento da prática religioso no crime de tráfico de criança na Guiné-Bissau, é um entrave na luta para a erradicação deste fenómeno e sobre tudo na aplicação da lei que sanciona e combate o crime de tráfico de pessoas.

A exploração de uma criança para fins da mendicidade é considerada pelo Protocolo de Palermo assim como por muitos ordenamentos jurídicos nacionais dos Países Membros como uma das formas agravada do crime de tráfico quando a vítima é menor de idade; contrário do que acontece no ordenamento jurídico guineense, que deixou de fora a criminalização da prática da mendicidade devido ao enorme conflito que existe entre a lei substantiva e o direito consuetudinário, no âmbito da criminalização de certas práticas costumeira enraizada na nossa sociedade que é contraria aos princípios do direito fundamentais estabelecido na CRGB (artigo 24.º e seguintes); o exemplo deste conflito foi a quando da aprovação da Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, a lei de tráfico, que apesar de ter introduzido no seu texto a criminalização de casamento forçado, como sendo um dos elementos constitutivo do crime de tráfico praticado no âmbito de usos e costumes violadores dos direitos humanos, como dizia, deixou de fora a prática da mendicidade, que é uma das formas de exploração no crime de tráfico de pessoas.

Na Guiné-Bissau, é visível a prática de exploração para fins da mendicidade em nomes de usos e costumes praticados pelas crianças talibés estudantes de alcorão na formação religiosa de estudos corânicos.

Mesmo assim, a aprovação da Lei de tráfico de pessoas, na Guiné-Bissau, constitui uma inovação para o ordenamento jurídico nacional, por ser o primeiro e único instrumento jurídico de prevenção e combate ao tráfico e alargou o âmbito da incriminação do tráfico de pessoas, para *qualquer tipo de exploração*.

Vimos também, que o tráfico de pessoas é crime formal, cuja consumação não depende do resultado naturalístico, que consiste por exemplo na efetiva realização de trabalho forçado, prática da mendicidade, na efetiva remoção de órgãos assim como na efetiva prática de outras formas de exploração da vítima ou qualquer outro resultado decorrente das finalidades previstas no tipo penal.

Por tanto, podemos dizer que o crime de tráfico de pessoas consuma-se no momento em que o agente emprega ameaça, violência, rapto, coação, engano, intimidação, casamento forçado, aproveitando-se da situação de vulnerabilidade da vítima ou da incapacidade física, natural ou acidental, anomalia psíquica, fraude ou abuso para oferecer, entregar, aliciar, recrutar, transportar, aceitar, ou mediante contrapartida, alojar ou acolher pessoa, com a finalidade de exploração, incluindo a exploração sexual, exploração do trabalho, a escravidão, a extração de órgãos, a exploração de outras atividades criminosas, submetê-la a qualquer tipo de servidão ou a adoção ilegal.

Só que, neste tipo de crime não se exige que a vítima seja submetida a qualquer das finalidades específicas previstas no tipo penal, basta que a conduta do agente seja voltada a uma dessas finalidades, quer dizer qualquer das finalidades que compõem o elemento subjetivo específico, bastando por exemplo com a intenção do agente do crime ou conhecimento daquela intenção por parte de qualquer pessoa, seja pai, encarregado de educação ou um terceiro.

Sabendo que, qualquer dos crimes contra a pessoa do menor põe em causa a dignidade da pessoa humana, a prática da mendicidade que é, uma das formas de exploração no crime do tráfico, põe em causa a dignidade da criança e constitui ofensas a integridade física e psíquica para o desenvolvimento responsável dos menores pelo que a sua criminalização é uma questão de suma importância principalmente para os países de Costa Ocidental de África, já que o mais novo fenómeno do tráfico faz parte da nossa convivência diária com as crianças talibés a mendigarem nas ruas com carácter obrigatório.

No crime de tráfico de crianças talibés, o perigo reside na *entrega* do menor a um terceiro por parte do pai que detém o dever de garante e mesmo com o conhecimento da prática da mendicidade que será praticado pelo menor, este entrega o pequeno ao cuidado do terceiro; esta atuação do pai, será considerado crime de tráfico de menor cometido por ação de entrega da criança; enquanto que, em relação ao terceiro o perigo reside no recebimento do menor, porque é o terceiro quem dá o início ao processo de exploração, podendo fazer cessar essa exploração a todo o momento.

Por isso é que o legislador entende que o crime de perigo é um antecedente do crime de dano, aqui, pune-se o comportamento perigoso com a intenção de futuramente evitar o crime de dano; e também é considerado crime de mera atividade (quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação) por si tratar de uma presunção legal absoluta de perigo, onde o legislador aplica a pena à aquela conduta por considerar que ela seja perigosa, só pelo fato de entender que houve proximidade do perigo ao bem jurídico tutelado.

Por esta via, também podemos optar pela condenação dos dezasseis acusados constantes no processo n.º 57/2015, do Tribunal Regional de Bafatá, por transportar e tentar cruzar a fronteira com 54 crianças, para a Aldeia de Cabomba na vizinha República de Senegal, um lugar de concentração dos mestres marabus e de recrutamento de crianças para fins de exploração, porque nesta ação houve proximidade do perigo ao bem jurídico tutelado pela conduta dos acusados em transportar os pequenos com a intenção de os entregar a um terceiro que viria a submeter os mesmos a exploração para fins da mendicidade.

Tratando-se de um crime de mera atividade, o fato não inclui a omissão, mas indo em posição do Professor Américo Taipa de Carvalho, para qual, mesmo sendo crime de mera atividade, verifica-se o crime de omissão; também para mi, no crime de tráfico de crianças talibés, mesmo sendo crime de mera atividade a omissão existirá pelo simples fato de o pai ou o responsável do menor ter o conhecimento da prática de mendicidade e mesmo assim entrega o menor a pessoa que virá explorar a criança e ainda por cima não ter feito nada para impedir o ato de entrega ou quando uma terceira pessoa utiliza o menor para mendigar em seu proveito próprio e os pais sabendo-o, não o impedem. Neste caso, verifica-se o cometimento do crime de exploração de menor para fins da mendicidade por omissão. Sendo assim, os pais e equivalentes que entregam os seus educandos nestes termos, podem sim, serem responsabilizados pelo crime de tráfico de menor na exploração da criança na mendicidade por omissão. O tipo objetivo consiste na utilização de menor na mendicidade, por além de mais o crime de tráfico é um crime de resultado cortado.

A punibilidade do agente no crime de tráfico de pessoas se divide em três vertentes: na punibilidade do tráfico de adulto e do tráfico de criança, assim como na agravamento da pena para ambos os crimes e na punibilidade do crime de tráfico de menor, mulheres ou incapazes, cuja pena estabelecida para todos estes crimes é de três a quinze anos de prisão, que se eleva a uma pena de prisão de quinze a vinte anos, previstos nos termos dos artigos 4.º n.º 1 e 2 e 15.º da lei n.º 12/2011, de 6 de julho.

Hora bem, a questão fundamental é que a Lei n.º 12/2011, de 6 de julho, não define e nem criminaliza a prática da mendicidade como crime de tráfico de pessoas, mas, consta no texto da referida lei o trabalho forçado como uma das formas de exploração da vítima de tráfico de pessoas nos termos do artigo 3.º da referida lei. Neste sentido, é inconcebível e até mesmo irracional, deixar impune aos agentes praticantes deste hediondo crime que é a exploração de crianças talibés estudantes de alcorão para fins da mendicidade, só pelo facto de na lei n.º 12/2011, de 6 d de julho, a lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau, não ter definido e criminalizado a mendicidade como uma das formas de exploração no crime de tráfico de pessoas, não tem cabimento já que a solução foi brindada pela OIT que considera a prática da mendicidade no crime de tráfico de pessoas como uma forma de trabalho forçado.

Para tal, podemos fazer uso da definição da mendicidade dada pela OIT que considera a mendicidade no crime de tráfico de pessoas, como uma forma de trabalho forçado, tendo dado a ambos a mesma definição. Por tanto, cabe sim, na lei n.º 12/2011, de 6 de julho, a responsabilização criminal pelo crime de tráfico, a exploração para fins da mendicidade de uma criança em especial das crianças talibés, ao agente que praticar qualquer das ações, meios e fins constantes na referida lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular de crianças na Guiné-Bissau.

Sendo assim, a prática da exploração de menor para fins da mendicidade como é, o caso das crianças talibés, podem e devem ser enquadrados como crime de tráfico de pessoas,

na exploração de menor para fins do trabalho forçado, punível como crime de tráfico de pessoas na referida lei.

Para tanto, concluo este trabalho com a certeza de que, mesmo com a exclusão da mendicidade no texto da lei que define o tráfico de pessoas, nos termos do artigo 3.º como: *«o recrutamento ou acolhimento de pessoas por via de ameaça, coação moral ou física, do rapto, da fraude, do engano, do casamento forçado, do abuso de autoridade ou aproveitando-se da situação de vulnerabilidade da vítima ou da sua incapacidade física natural ou accidental, ou da anomalia psíquica, ou à entrega ou aceitação de pagamento ou benefícios para obter o consentimento da pessoa que tem autoridade sobre a vítima, com a finalidade de exploração sexual, casamento forçado, extração de órgãos humanos, trabalho, escravatura ou práticas similares, bem como a servidão»*, de que a exploração para fins da mendicidade de qualquer pessoa, pode perfeitamente ser considerado crime de tráfico de seres humanos em especial o crime de tráfico de crianças e particularmente o crime de tráfico de crianças talibés, uma camada da sociedade guineense pertencentes a uma determinada confissão religiosa, submetidos com carácter obrigatória a prática da mendicidade nas ruas.

Para tanto, é tráfico de crianças, todo aquele que recrutar, fornecer, transportar, acolher um menor, para fins de prostituição, trabalho forçado, escravatura, servidão involuntária ou servidão por dívida, é punido com a pena de prisão constantes nos artigos 4.º e seguintes da lei n.º 12/2011, de 6 de julho, lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças na Guiné-Bissau, sujeito a agravação da pena nos termos definida na presente lei.

ANEXO:

NÚMERO DE ESCOLAS CORÂNICA E TALIBÉ POR ÁREAS GEOGRÁFICAS

Tabela I: Escolas Corânica por Sector e Região da Guiné-Bissau em 2006

Sector/Região	Número de Escolas Corânicas /Madrassas	Número de Talibé
Bafatá	42	2416
Bambadinca	48	1657
Contuboele	23	1330
Cossé	22	702
Gãmamudo	38	1592
BAFATA	173 (28%)	7697 (33, 7%)
Gabú	48	1885
Pirada	6	190
Pitche	23	1231
Boé	23	564
Sonaco	22	819
GABU	122 (20%)	4689 (20,5%)
Buba	36	877
Empada	90	2073
Fulacunda	48	1150
Tite	2	25
QUINARA	176 (29%)	4125 (18,1%)
Bedanda	2	72
Cacine	37	913
Catio	16	528
Quebo	64	1549
TOMBALI	119 (19%)	3062 (13,3%)
SAB (Sector Autónomo de Bissau)	27 (4%)	3258 (14,3%)
Total	617	22.831

NÚMERO DE ESCOLAS CORÂNICA E TALIBÉ EM BISSAU

Tabela II: Escolas Corânica em alguns bairros do Sector Autónomo de Bissau (SAB) em 2016

Bairros da Cidade de Bissau	Número de Escolas Corânicas	Número de Talibé
Birro Militar	12	1550
Bairro de Msissira	4	756
Bairro de Belem	4	676
Bairro de Cupelum de Cima	2	538
Bairro de Sintra	2	334
Bairro de Bandim	2	230
Bairro de Brá	2	186
Bairro de Mindara	2	66
Bairro de Calequir	2	42
Total	32	4.378
Total de talibés masculino	32	3.198
Total de talibés feminino	32	1.180

Bibliografia

ALBURQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário ao código penal, à luz da constituição da república portuguesa e a convecção europeia dos direitos do homem. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

AMARAL, Diogo, Freitas do. Manuel de Introdução ao Direito, vol. I, Editorial Almedina, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. in: O Direito, Introdução e Teoria Geral, 3.º edição, março de 2015.

CARVALHO, Américo Taipa de. Direito Penal Parte Geral - Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.

CARVALHO, Américo Taipa de. Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora.

CORDEIRO, António Menezes. in: Manual de Direito do Trabalho, Coimbra Editora, ano 1994.

DALBORA, José Luis Guzmán. O tráfico de pessoas e o problema do seu bem jurídico. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, n.º 4, Coimbra Editora, Coimbra, Outubro-Dezembro de 2008.

DESAFIOS, (Ora di Diritu). Casa dos Direitos Humanos, Guiné-Bissau.

DUARTE, Jorge Dias. Tráfico e exploração sexual de mulheres, In: Revista do Ministério Público, ano 22.º, n.º 85, Coimbra Editora, Janeiro – Março de 2001, Lisboa.

FREIRE, Ivna Cristina de Melo. Tese sobre “A proteção e o combate ao tráfico de crianças analisando no âmbito do protocolo de palermo.

HAMMUDAH, Abdalati. O Islão em Foco.

HUMAN, Rights Watch. “A custa das Crianças”, Mendigagem forçada e outros abusos cometidos contra os talibés no Senegal.

JUSTO, António Santos. Introdução ao Estuo do Direito, 7.º Edição 2015, Coimbra Editorial.

MANÉ, Abulai Fodé. Relatório sobre aplicabilidade da Convenção de Direitos de Criança na Guiné-Bissau, Relatório Dezembro de 2008.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito Internacional dos Direitos Humanos, Coimbra, Portugal, Editora Almedina, abril de 2006.

MARTINS, Lourenço. Droga, Decisões de Tribunais de 1.º Instância 1994, comentários, gabinete de coordenação do combate a droga, Lisboa, 1997.

MENDES, Paulo de Sousa, Boletim da Faculdade de Direito, Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra Editora, 2010.

MENDES, Paulo de Sousa. Tráfico de Pessoas. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Jornadas (CEJ) sobre a Revisão do Código de Processo Penal, 1.º Semestre 2008, n.º 08 (especial), Editora Almedina, Lisboa 2008.

MENDES, Paulina. Relatório sobre aplicabilidade da Convenção de Direitos de Criança na Guiné-Bissau. Relatório Dezembro de 2008.

PATTO, Pedro Maria Vaz Godinho. O crime de tráfico de pessoas no código penal revisto, análise de algumas questões, jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, In: Revista do Centro de Estudos Judiciários, 1.º Semestre 2008, n.º 8 (especial), Editora Almedina, Lisboa 2008.

RENZIKOWSKI, Joachim. O objeto da consciência da ilicitude. Revista Portuguesa de Ciências Criminal, dirigido por Jorge Figueiredo Dias. Ano 26, n.º 1 a 4, janeiro a dezembro de 2016, Edição IDPEE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora. Coimbra, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Boletim da Faculdade de Direito, Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra Editora, 2010.

SILVA, Germano Marques da. Direito Penal Português, II, Teoria do Crime, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

SILVEIRA, Manuela Manuela F. Barata Valadão e. Algumas questões sobre os crimes contra a liberdade pessoal na revisão do código penal, in Politeia, ano VI/ano VII, reforma penal e processo penal, jornadas de 2008, ano 2011.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Tráfico de Pessoas - Breve Análise da Situação em Portugal-Notícia do Novo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional. In: Revista do Ministério Público. Ano 23 Julho/Dezembro 2002 n.º 91.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. In: “Política e Justiça”, Tráfico de Seres Humanos – a lei portuguesa e a importância da cooperação judiciária internacional, n.º 04, Série III Lisboa, Julho/Dezembro 2004.

SOUZA, Cléssio Moura de. Violência letal e tráfico ilícito de droga em Maceió. Revista portuguesa de Ciências Criminal, dirigido por Jorge Figueiredo Dias. Ano 26, n.º 1 a 4, Janeiro/Dezembro de 2016, Edição IDPEE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Introdução ao Direito, 2012, Editora Almedina.

UNICEF. O tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças na África Ocidental e Central, Quelle protection pour les enfants concernés par la mobilité en Afrique de l’Ouest? Nos positions et recommandations.

VERMEULEN, Gert. Internacional Trafficking in Women and Children. In. Internacional Review of Law, XVII Internacional Congres of Penal Law – Commentaries & Questions. Association Internacional de Droit Pènal: 3 et 4 trimestres 2001.

Resgates de crianças Talibés Guineenses das ruas de Dakar.

Os Talibés e o drama de uma infância perdida.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

Índice da Legislação Utilizada

Legislação guineense:

Lei nº 4/76, de 3 de maio de 1976 1º Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 4 de Maio de 1976.

Lei nº 5/76, de 3 de maio de 1976, publicada no 1º Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 4 de maio de 1976, fixa a idade em que atinge a maioridade e a idade a partir da qual os indivíduos menores podem ser emancipados.

Lei nº 12/2011, Lei da prevenção e combate ao tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças República da Guiné-Bissau, publicada no 2.º suplemento do Boletim Oficial n.º 27 de 6 de junho de 2011.

Lei nº 14/2011, Lei que visa prevenir, combater e reprimir a excisão feminina em todo o território Nacional.

Constituição da República da Guiné Bissau.

Lei da Violência Domestica.

Código Civil.

Código de Processo Civil.

Código Penal Guineense.

Código do Processo Penal.

Estatuto de Assistência Jurisdicional do Menor da Guiné-Bissau.

UNICEF, Edição. Relatório sobre aplicabilidade da CDC na Guiné-Bissau, 2008.

Depoimentos das crianças Talibés, Almames (padre religioso), chefes de tabanca, responsáveis das ONG ligados a proteção de menores e dos professores do Alcorão.

Levantamentos das escolas corânicas de Bissau, estadísticas, nacionalidades, condições, idades e naturalidade.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Regional de Bafatá.

Processo nº 57/2015, sobre o crime de tráfico de criança na Guiné-Bissau.

Legislações portuguesas:

Código Civil.

Código de Processo Civil.

Código Penal.

Código de processo penal.

Constituição da República de Portugal.

Legislações Internacionais:

Convenção sobre a Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo Aberto à Assinatura ou à Aceitação na Sede da Organização das NU, Nova York, em 7 de dezembro de 1953.

Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1924.

Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Protocolos Facultativos da Convenção de Direitos das Crianças (PF CDC).

Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança.

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional relativo a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoa, em Especial Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo 2000).

Convenção Internacional sobre o Tráfico Internacional de Menores.

Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocídio de 1910.

Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings

Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002 relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (2002/629/JAI)

Directiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas.

Convenção sobre o trabalho forçado ou obrigatório – 1930, Convenção n. 29, adotada em 28 de junho de 1930, pela Conferência Geral, da Organização Internacional do Trabalho, na sua 14ª reunião.

Derechos del Niño y la Leislación Interna.

Declaración de los Derechos del Nino.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Declaración de los Derechos del Nino” proclamado por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de Noviembre de 1959.

Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE n.º C 241, de 21 de Septiembre de 1992).

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Convención sobre los Derechos del Niño” Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Brasil).

Brasil. Lei n.º 13.344, de 6 de Outubro de 2016, lei sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas.

México. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012, última reforma publicada DOF 19-03-2014.

Senegal. Loi n° 2005-06 du 10 mai 2005 relatif à la lutte contre la traite des personnes et pratiques assimilées et à la protection des victimes.

UNODC Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2012.

Global Report on Trafficking in Persons 2016.

Web-Site Consultados

http://cdh.uem.mz/images/pdfs/Carta_Africana_dos_Direitos_e_Bem-Estar_da_Crianca.pdf

https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/convencao_direitos_crianca.pdf

http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/protocolotraficopt.pdf

http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/Legislação_sobre_escravatura/Conven%C3%A7%C3%A3o%20relativa%20C3%A0%20Escravatura%20-%201953.pdf

http://www.shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/MarcoJuridicoGlobal/Leyes/299_lgp-psedmtp.pdf

http://hff.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/06/declaracao_dos_direitos_da_criancadoc.pdf

http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-629-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2002.629_JAI_Trafico_de_serres_humanos.pdf?nocache=1199978622.33

<https://rm.coe.int/168008371d>

http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/Legislação_sobre_escravatura/Trabalho%20For%C3%A7ado%20e%20Pr%C3%A1ticas%20Similares%20-%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2029%20-%201930.pdf

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/trafico-pessoa.htm

https://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf

https://www.unodc.org/res/cld/document/loi-no--2005-06-du-10-mai-2005.html/Loi_No._2005-06_FR.pdf

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF>

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive_Summary_Spanish.pdf

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf