

**Guia legislativo
para a Implementação
do Protocolo Adicional
à Convenção
das Nações Unidas
contra a Criminalidade
Organizada
Transnacional,
contra o Tráfico Ilícito
de Migrantes
por Via Terrestre,
Marítima e Aérea**

Resolução da Assembleia Geral 55/25,
Anexo III, adoptada a 15 de Novembro de 2000



NAÇÕES UNIDAS

**CENTRO PARA A PREVENÇÃO
INTERNACIONAL DO CRÍME**

Versão 2, Viena, Março de 2003

	1ª Parte ENQUADRAMENTO, DISPOSIÇÕES GERAIS E INTERPRETATIVAS
7	Capítulo 1 Enquadramento da Convenção, dos Protocolos e do Presente Guia
7	Finalidade do Guia legislativo
7	Formato do Guia legislativo
9	Motivos porque foi desenvolvido o Protocolo
9	Razões para a elaboração deste Guia legislativo
9	Cláusula de desresponsabilização
10	Outros materiais que devem ser tidos em conta na ratificação ou adesão aos Protocolos
11	Capítulo 2 Interpretação e Disposições Técnicas do Protocolo
11	Disposições relevantes da Convenção e Protocolo
12	Interpretação do Protocolo
13	Relação entre a Convenção e os Protocolos
14	Objecto e âmbito de aplicação do Protocolo
15	Transnacionalidade e crime organizado
16	Razões para a adopção destes artigos
16	Meios de implementação destes artigos
17	Capítulo 3 Criminalização da Introdução Clandestina de Migrantes
17	Disposições relevantes do Protocolo
18	Significado de “introdução clandestina de migrantes” e as diferenças entre migração ilegal, introdução clandestina de migrantes e tráfico de seres humanos
19	Princípios fundamentais de criminalização estabelecidos pela Convenção
22	Principais elementos destes artigos
22	Requisitos plenamente obrigatórios
27	Requisitos condicionais e opcionais
35	Capítulo 4 Requisitos Relativos à Protecção e Assistência
35	Disposições relevantes do Protocolo
37	Principais elementos destes artigos
38	Estatuto jurídico, segurança e direitos dos migrantes introduzidos clandestinamente e residentes ilegais
39	Disposições relativas a navios
39	Razões para a adopção destes artigos
39	Meios de aplicação destes artigos
41	Referências
43	Capítulo 5 Prevenção
43	Disposições relevantes do Protocolo

44	Disposições associadas da Convenção e do Protocolo contra o Tráfico de Pessoas
45	Principais elementos destes artigos
45	Razões para a adopção destes artigos
45	Meios de aplicação destes artigos
49	Capítulo 6 Cooperação e Requisitos Relativos à Assistência
49	Disposições relevantes do Protocolo
53	Principais elementos destes artigos
55	Meios de implementação destes artigos

1ª Parte | **ENQUADRAMENTO,
DISPOSIÇÕES GERAIS
E INTERPRETATIVAS**

Capítulo 1 | Enquadramento da Convenção, dos Protocolos e do Presente Guia

Finalidade do Guia legislativo

O objectivo deste documento é o de servir de Guia para os governos que pretendem ratificar ou aderir ao *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea*. Recorda-se que os países devem tornar-se Partes na *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional* antes de poderem ratificar ou aderir ao Protocolo.

O Guia foi concebido de modo a acolher tradições jurídicas diferentes, níveis diversos de desenvolvimento institucional e, sempre que possível, apresenta alternativas de implementação. Uma vez que o Guia se destina primordialmente aos redactores legislativos dos países que se preparam para ratificar os Protocolos, nem todas as disposições destes são aqui referidas. O Guia aborda sobretudo aquelas disposições que exigem alterações legislativas.

Note-se que este Guia legislativo não pretende apresentar uma interpretação jurídica definitiva dos artigos do Protocolo. O seu conteúdo não tem força de lei e, para avaliar cada requisito, dever-se-á consultar o texto das disposições do Protocolo. Devem igualmente ser tomadas precauções na transposição *ipsis verbis* das disposições do Protocolo para o direito nacional, o qual exige geralmente níveis mais elevados de clareza e precisão para permitir a sua aplicação nos tribunais. Também se recomenda aos redactores que verifiquem a consistência com outras infracções e definições existentes no direito nacional, antes de se basearem nas formulações ou na terminologia do Protocolo.

O Centro das Nações Unidas para a Prevenção do Crime está disponível para ajudar na implementação da Convenção e dos seus Protocolos. O Centro está sediado em Viena e pode ser contactado através do número +431-26060-4269 ou do endereço electrónico uncicp-hq@cicp.un.or.at.

Os textos da Convenção e dos Protocolos, bem como outras informações relevantes estão disponíveis no *site* do Gabinete das Nações Unidas para o Controlo das Drogas e Prevenção do Crime (UNODC) em http://www.odccp.org/odccp/crime_cicp_convention.html.

Formato do Guia legislativo

O presente Guia é, em parte, idêntico ao *Guia do Protocolo relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças*, também ele um protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional. Ambos contêm disposições importantes que apresentam elementos paralelos ou que se sobrepõem e, provavelmente, envolvem muitas das mesmas áreas políticas, legislativas e administrati-

[1] Por exemplo, o n.º 1 do artigo 6.º do Protocolo: “Cada Estado Parte adoptará as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infracções penais...”.

[2] Por exemplo, o artigo 12.º do Protocolo: “Cada Estado Parte deverá adoptar, de acordo com os meios disponíveis, as medidas necessárias para...”.

[3] Por exemplo, o artigo 6.º, n.º 2, alínea a), do Protocolo, que limita a obrigação básica à sua compatibilidade com o quadro jurídico existente: “Cada Estado Parte adoptará também as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infracções penais... Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infracção estabelecida em conformidade com o n.º 1 do presente artigo”.

[4] Por exemplo, o n.º 6 do artigo 18.º do Protocolo: “Os Estados Partes podem cooperar com organizações internacionais competentes para a aplicação do presente artigo”.

vas nos governos dos países que pretendem tornar-se Estados Partes num ou em ambos os Protocolos. Assim, a Parte I de cada um dos dois Guias inicia-se com matérias que são frequentemente comuns a ambos os Protocolos, tais como as disposições interpretativas e técnicas. Embora, por vezes, alguns aspectos possam ser comuns, neste Guia, a Parte II trata de matérias específicas do Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes, enquanto que no outro, a Parte II trata de matérias específicas do Protocolo contra o tráfico de pessoas. Sempre que possível, fizeram-se referências cruzadas a uma e outra secção, a fim de permitir que os governos beneficiem ao máximo dos elementos sobrepostos ou paralelos, tendo ainda incluído outras referências cruzadas relativas ao Guia legislativo para a ratificação da Convenção-mãe.

Para efeitos de facilidade de acesso e referência útil, o conteúdo principal da Parte II deste Guia foi dividido nos seguintes capítulos, com títulos e subtítulos que se destinam a facilitar o acesso rápido a informações específicas.

- Enquadramento, disposições interpretativas e técnicas
- Criminalização
- Protecção
- Prevenção
- Cooperação

Estes temas genéricos não correspondem forçosamente a disposições específicas dos Protocolos. Muitas disposições do Protocolo são multifacetadas, incluindo, por exemplo, elementos de prevenção, protecção e cooperação. Na medida do possível foram incluídas referências específicas e referências cruzadas às disposições pertinentes da Convenção e do Protocolo.

Para facilitar ainda mais o trabalho dos utilizadores deste Guia, bem como o cruzamento da sua informação com a dos outros dois Guias desta série, para cada capítulo utilizou-se também um formato comum. Cada capítulo desenvolve-se, sempre que necessário, com base nos seguintes elementos:

- Introdução ou explicação da matéria de que trata o capítulo
- Síntese dos principais requisitos do capítulo
- Principais elementos de cada artigo
- Meios de implementação de cada artigo
- Disposições associadas
- Requisitos facultativos, incluindo aqueles indicados no Protocolo e, nalguns casos, outros que poderão surgir no direito interno

Cada secção contém também os textos das disposições relevantes do Protocolo e, se for caso disso, da Convenção-mãe, embora esta prática duplique o material disponível noutras fontes. Tal foi feito para permitir um acesso mais rápido e fácil ao texto dos próprios instrumentos e apoiar o cruzamento destes com outras disposições e materiais extrínsecos.

A Convenção e respectivos Protocolos utilizam uma linguagem que estabelece diferentes níveis de obrigação a serem assumidos pelos Estados Partes. As obrigações podem ser:

- totalmente obrigatórias, no sentido em que tanto a obrigação de actuar como a natureza da medida a tomar são especificadas^[1];
- parcialmente obrigatórias, no sentido em que existe a obrigação de actuar, mas a natureza precisa da medida a tomar é deixada à discricção do Estado Parte^[2];
- obrigatórias mas condicionais, no sentido em que só é necessário dar cumprimento à obrigação imposta se estiverem reunidas determinadas condições^[3];
- obrigatórias mas condicionais, no sentido em que existe a obrigação de estudar a possibilidade de tomar alguma medida, mas obrigação alguma de actuar se esse estudo a tornar desnecessária^[4]; ou

[5] Esta formulação só é utilizada nas disposições técnicas do Protocolo (artigo 24.º), mas é ilustrada pelo n.º 2 do artigo 15.º da Convenção, que enumera os domínios de competência jurisdicional totalmente facultativos que os Estados Partes podem estabelecer: “Sem prejuízo do disposto no artigo 4.º da presente Convenção, um Estado Parte poderá igualmente estabelecer a sua competência jurisdicional em relação a qualquer destas infracções nos seguintes casos...”.

[6] Note-se, todavia, que o entendimento claramente defendido pelo Comité Ad Hoc é de que a obrigação de estabelecer infracções penais é essencialmente legislativa. Ver notas interpretativas A/55/383/Add. 1, n.º 69.

[7] A série de resoluções da Assembleia Geral conducentes à Convenção e respectivos Protocolos faz uma breve história deste processo. Ver as resoluções: 49/159 de 23 Dezembro 1994; 51/120 de 12 Dezembro 1996; 52/85 de 12 Dezembro 1997; 53/111 de 9 Dezembro 1998; 55/25 de 15 Novembro 2000 e resolução 55/225 de 31 Maio 2001. Na verdade, os instrumentos foram redigidos por um Comité Ad Hoc intergovernamental de composição aberta, criado pela resolução 53/111, entre Janeiro de 1999 e Novembro de 2000, embora o terceiro Protocolo, que diz respeito ao tráfico de armas de fogo, só tenha sido finalizado em Março de 2001.

[8] GA/RES/55/25, parágrafo 12; GA/RES/56/120, n.º 4, e GA/RES/57/168, parágrafo 6.

[*] Introdução Clandestina de Migrantes (leia-se Tráfico Ilícito no Protocolo).

- facultativas, no sentido em que é identificada, e possivelmente recomendada, a medida a tomar, mas a mesma é totalmente facultativa^[5].

A natureza exacta de cada disposição será discutida no momento próprio. Tal como foi anteriormente referido, dado que o objectivo deste Guia é promover e apoiar os esforços de ratificação, o enfoque principal incidirá sobre as disposições que são de algum modo obrigatórias, bem como sobre os elementos das mesmas que são particularmente importantes para os esforços de ratificação. Os elementos, que é provável, serem de carácter legislativo, administrativo ou que, provavelmente, pertencem a outras categorias deste género, serão genericamente identificados como tal, sendo que surgem no Guia na base da substância da obrigação e não da natureza das acções que podem ser necessárias para os pôr em prática, algo que, em certa medida, pode variar de país para país ou de um sistema jurídico para outro^[6].

Motivos porque foi desenvolvido o Protocolo

O Protocolo foi negociado e adoptado no contexto de um esforço mais amplo por parte da comunidade internacional para prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional, estando por isso limitado na sua aplicação, não apenas ao problema da introdução clandestina de migrantes^[*], tal como definido, mas também a casos que comportem algum elemento de transnacionalidade e algum grau de envolvimento de um grupo criminoso organizado. O Protocolo reflecte um esforço concertado que começou no início da década de 90, culminou na finalização e adopção da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e de três Protocolos no final do ano 2000, e que prossegue com os esforços dos Estados Membros da ONU para ratificar e implementar plenamente os novos instrumentos jurídicos internacionais^[7].

Razões para a elaboração deste Guia legislativo

Este Guia foi elaborado em resposta a pedidos formulados pela Assembleia Geral no sentido do Secretário-Geral promover e prestar assistência aos Estados Membros nos seus esforços para ratificarem e implementarem a Convenção e respectivos Protocolos^[8]. O objectivo do Guia é apresentar aos governos, por um lado, informação que apresentará as razões para e as vantagens de se tornarem Estados Partes no Protocolo relativo ao Tráfico Ilícito de Migrantes e, por outro, informações úteis e práticas que podem ser usadas para elaborar as medidas legislativas, administrativas e outras que sejam necessárias para cumprir os requisitos do mesmo. Para além do Protocolo relativo ao Tráfico de Pessoas, como já foi dito, os outros dois instrumentos – a Convenção-mãe e o Protocolo relativo ao Tráfico Ilícito de Armas de Fogo – são o tema de outros Guias legislativos desta série. Este Guia irá centrar-se nos principais requisitos que os países terão de cumprir antes de se poderem tornar Estados Partes. Outras informações ou qualquer outra ajuda relacionadas com o processo de implementação dos tratados em curso serão desenvolvidas após a sua entrada em vigor.

Cláusula de desresponsabilização

Como já foi referido, este Guia foi elaborado pelo Secretariado das Nações Unidas em resposta ao pedido da Assembleia Geral dirigido ao Secretário-Geral para este promover e ajudar os Estados Membros nos seus esforços para se tornarem Estados Partes na Convenção das Nações Unidas con-

[9] A/55/383 e A/55/383 Adenda 1. Posteriormente, o conjunto dos *trabalhos preparatórios* do Comité foi publicado, podendo ser consultado em [acrescentar referência dos *travaux préparatoires* depois de publicados].

[10] <http://www.osce.org/docs/english/chronos.htm>.

[11] <http://www.icmpd.org/default.asp?alltext=Budapest&pubdatef=&pubdate=&nav=results>.

[12] <http://www.belgium.iom.int/STOPConference/Conference%20Papers/brudeclara-tion.pdf>. Ver Ponto #16.

[13] http://www.mofa.go.jp/policy/i_crime/high_tec/conf102.html.

[14] Os países que assinaram a Convenção e os Protocolos até à data (12 de Dezembro de 2002) prescrita em cada instrumento poderão tornar-se Partes mediante o depósito de um instrumento de ratificação. Aqueles que não o fizerem durante esse período poderão tornar-se Partes, após a entrada em vigor dos instrumentos, aderindo a esses mesmos instrumentos. Dados sobre os requisitos exactos podem ser obtidos do *Office of the Legal Advisor, Treaty Affairs Section* (Gabinete do Consultor Jurídico – Secção dos Tratados), na sede da ONU em Nova Iorque. Por uma questão de simplicidade, as referências neste Guia dizem respeito, essencialmente, à “ratificação”, mas a possibilidade de adoptar um instrumento através da adesão ao mesmo deve ser igualmente tida em conta.

[15] Os textos de todos estes documentos em todas as línguas oficiais das Nações Unidas, bem como outras informações sobre o historial legislativo dos instrumentos e sobre o seu estatuto actual, estão disponíveis no *site* do Centro das Nações Unidas para a Prevenção Internacional do Crime (Gabinete para o Controlo das Drogas e Prevenção do Crime) em: http://www.odccp.org/odccp/crime_cicp_convention.html.

tra a Criminalidade Organizada Transnacional e nos respectivos Protocolos. O Guia não pretende apresentar mais análises ou comentários interpretativos do que o necessário para ajudar directamente os legisladores, redactores legislativos e outros funcionários pertinentes nos seus esforços para elaborarem as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para que cada país se torne Estado Parte nestes instrumentos. A interpretação dos instrumentos, bem como o exercício de todo e qualquer poder discricionário neles previsto, cabe aos Estados Partes, individualmente e no contexto da Conferência de Estados Partes para cada instrumento. Para obter informações com carácter vinculativo sobre o teor de cada disposição dever-se-á consultar o respectivo texto oficial. O Comité Ad Hoc para a Elaboração de uma Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional também forneceu à Assembleia Geral informação interpretativa sobre algumas disposições, a qual consta do Relatório do Comité sobre os trabalhos realizados durante as primeiras onze sessões^[9].

Para além do apelo feito neste Guia para se efectuar a ratificação, há outros organismos internacionais que também encorajam os Estados a ratificarem a Convenção e o Protocolo, entre eles:

- A Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), através das Decisões n.º 1, ponto 2, de 28 de Novembro de 2000, e n.º 6 de 4 de Dezembro de 2001, durante a Oitava e Nona Reunião do Conselho de Ministros^[10];
- A Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), através da Declaração A/DC12/12/01 sobre a luta contra o tráfico de pessoas, adoptada em Dakar, a 20-21 de Dezembro de 2001;
- O Processo de Budapeste através da quarta Recomendação de Atenas apresentada para adopção em Junho de 2003^[11];
- A Organização Internacional para a Migrações, através da sua “Declaração de Bruxelas sobre a prevenção e o combate ao tráfico de seres humanos” de Setembro de 2002^[12];
- A Conferência do G8, realizada em Milão a 26 e 27 de Fevereiro de 2001^[13].

Outros materiais que devem ser tidos em conta na ratificação ou adesão^[14] aos Protocolos

Os legisladores, redactores e outros funcionários empenhados na ratificação ou implementação do Protocolo deveriam igualmente consultar os seguintes documentos^[15]:

- O texto da Convenção (GA/RES/55/25, Anexo I);
- O texto dos Protocolos (GA/RES/55/25, Anexos II e III);
- As notas interpretativas para os registos oficiais (*trabalhos preparatórios*) da negociação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada e respectivos Protocolos (A/55/383/Add. 1 – Adenda ao Relatório do Comité Ad Hoc para a Assembleia Geral, A/55/383);
- Os Guias relativos à Convenção e aos outros dois Protocolos.

Capítulo 2 | Interpretação e disposições técnicas do Protocolo

Disposições relevantes da Convenção e Protocolo

[PROTOCOLO] ARTIGO 1.º | Relação com a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional

1. O presente Protocolo completa a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e deverá ser 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 o artigo 6.º do presente Protocolo deverão ser consideradas como infracções estabelecidas em conformidade com a Convenção.

[CONVENÇÃO] ARTIGO 37.º | Relação com os protocolos

1. A presente Convenção poderá ser completada por um ou mais protocolos.
2. Para se tornar Parte num protocolo, um Estado ou uma organização regional de integração económica deverá igualmente ser Parte na presente Convenção.
3. Um Estado Parte na presente Convenção não estará vinculado por um protocolo, a menos que se torne Parte do mesmo protocolo, em conformidade com as disposições deste.
4. Qualquer protocolo adicional à presente Convenção será interpretado conjuntamente com a mesma, tendo em conta a finalidade desse protocolo.

[PROTOCOLO] ARTIGO 2.º | Objecto

O presente Protocolo tem como objecto prevenir e combater o tráfico ilícito de migrantes, bem como promover a cooperação entre os Estados Partes com esse fim, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes introduzidos clandestinamente.

[16] United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, N.º 189.

[17] *Ibid.*, vol. 606, N.º 8791.

[PROCOLO] ARTIGO 19.º | Cláusula de salvaguarda

1. Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará os direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, em particular, na medida em que sejam aplicáveis, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951^[16] e o seu Protocolo de 1967^[17] e o princípio do *non-refoulement* neles consagrado.

2. As medidas constantes do presente Protocolo serão interpretadas e aplicadas de forma a que as pessoas que tenham sido objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo não sejam discriminadas. A interpretação e aplicação das referidas medidas estarão em conformidade com os princípios de não discriminação internacionalmente reconhecidos.

[PROCOLO] ARTIGO 22.º | Entrada em vigor

1. O presente Protocolo entrará em vigor no nonagésimo dia seguinte à data do depósito do quadragésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, mas não antes da entrada em vigor da Convenção. Para efeitos do presente número, nenhum dos instrumentos depositados por uma organização regional de integração económica será considerado um instrumento adicional aos que já tenham sido depositados pelos Estados membros dessa organização.

2. Para cada Estado ou organização regional de integração económica que ratifique, aceite ou aprove o presente Protocolo ou a ele adira depois de ter sido depositado o quadragésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, o presente Protocolo entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data de depósito por tal Estado ou organização do referido instrumento, ou na data em que ele entra em vigor de acordo com o n.º 1 do presente artigo, se esta for posterior.

Interpretação do Protocolo (artigos 1.º e 19.º do Protocolo, artigo 37.º da Convenção)

A interpretação dos tratados é matéria da responsabilidade dos Estados Membros. As regras gerais de interpretação e aplicação dos tratados constam da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* de 1968, Parte III^[18], e não serão analisadas em detalhe neste Guia. Contudo, essas regras gerais podem ser alteradas ou complementadas por regras estabelecidas em tratados distintos, e tanto na Convenção como nos Protocolos há diversas referências interpretativas específicas^[19]. As disposições relativas à resolução de diferendos presentes nos quatro instrumentos também exigem negociações, seguidas de arbitragem, como o meio para resolver quaisquer diferendos que surjam a propósito da interpretação ou da aplicação^[20]. Serão feitas referências específicas relacionadas com as matérias a que se aplicam, mas há também duas disposições interpretativas de carácter geral que se aplicam ao Protocolo. A primeira, estabelecida pelo artigo 37.º da Convenção e pelo artigo 1.º do Protocolo, é a de que há elementos da Convenção-mãe que devem ser tidos em conta na interpretação do Protocolo. Esses elementos estão associados à relação entre os dois instrumentos e serão por isso abordados na secção seguinte. A segunda é definida pelo artigo 19.º, n.º 2, do Protocolo, que estipula que todas as medidas previstas no Protocolo sejam interpretadas e aplicadas de modo a não discriminarem as pessoas pelo facto de serem vítimas de tráfico.

[18] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, N.º 18232, p. 331. Foi adoptada a 22 de Maio de 1969 e está em vigor desde 27 de Janeiro de 1980. A International Law Commission disponibilizou online o texto da Convenção de Viena no seguinte endereço: <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm-top>.

[19] Ver, por exemplo, o artigo 16.º, n.º 14, da Convenção, que impõe o princípio de não discriminação como um limite à interpretação e aplicação da obrigação básica de extraditar os infractores.

[20] As disposições relevantes para este Protocolo são o artigo 35.º da Convenção e o artigo 20.º do Protocolo.

[21] Artigo 37.º, n.º 2 da Convenção.

[22] Artigo 37.º, n.º 4, da Convenção e artigo 1.º, n.º 1, do Protocolo.

[23] Artigo 37.º, n.º 4, da Convenção.

[24] Artigo 1.º, n.º 2, do Protocolo. Sobre o significado de *mutatis mutandis*, ver A/55/383/Add. 1, parágrafo 62.

[25] O Artigo 11.º, n.º 6, do Protocolo, por exemplo, estipula que “Sem prejuízo do disposto no artigo 27.º da Convenção, os Estados Partes deverão procurar intensificar a cooperação entre os serviços de controlo de fronteiras, designadamente através da criação e manutenção de canais de comunicação directos”.

[26] Artigo 1.º, n.º 3, do Protocolo.

Relação entre a Convenção e os Protocolos (artigo 37.º da Convenção, artigo 1.º dos Protocolos)

O artigo 1.º dos Protocolos e o artigo 37.º da Convenção estabelecem a relação básica entre a Convenção e os seus Protocolos. Os quatro instrumentos foram elaborados como um grupo, com disposições gerais contra o crime organizado internacional (por ex., extradição e auxílio judiciário) na Convenção-mãe, e elementos que são específicos da matéria de que trata cada um dos Protocolos (por ex. as infracções e disposições no Protocolo relativas aos documentos de viagem e identidade). Uma vez que os Protocolos não foram concebidos como tratados independentes, cada país tem de se tornar Estado-Parte na Convenção-mãe para se poder tornar Parte em qualquer um dos Protocolos. Deste modo fica assegurado que é também possível utilizar e aplicar todas as disposições gerais da Convenção a todo o caso que ocorra no âmbito de um Protocolo no qual os países em questão sejam Partes. Muitas disposições específicas são redigidas desta forma: a Convenção contém, por exemplo, requisitos gerais referentes ao auxílio judiciário e a outras formas de cooperação internacional, enquanto que os requisitos de ter de prestar assistência específica, como a verificação de documentos de viagem ou a localização de uma arma de fogo, são apenas abordados nos Protocolos pertinentes. As regras adicionais estabelecidas pelos artigos relevantes regulam depois a interpretação de disposições semelhantes ou paralelas em cada um dos instrumentos, bem como a aplicação das disposições gerais da Convenção às infracções e outras disposições previstas nos Protocolos.

O artigo 1.º do Protocolo e o artigo 37.º da Convenção estabelecem os seguintes princípios básicos que regem a relação entre os dois instrumentos:

Nenhum país pode ser Parte em nenhum dos Protocolos se não for também Parte na Convenção^[21]. A ratificação ou adesão simultâneas são permitidas, mas país algum pode tornar-se Parte em nenhum dos Protocolos salvo se for também Parte na Convenção-mãe. Fica assim assegurado que não seja possível a um país ser submetido às obrigações dos Protocolos se não estiver também sujeito às obrigações da Convenção.

A Convenção e o Protocolo devem ser interpretados em conjunto^[22]. A interpretação dos diversos instrumentos deveria ter em conta todos os instrumentos relevantes, e às disposições que tiverem uma redacção semelhante ou paralela deveria, em geral, ser atribuído significado semelhante. A interpretação de um Protocolo também tem de ter em consideração o objecto do mesmo, o que, nalguns casos^[23], poderá alterar significados atribuídos na Convenção.

As disposições da Convenção aplicam-se mutatis mutandis ao Protocolo^[24]. A expressão “*mutatis mutandis*” foi explicada nas notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios* como tendo o significado de “com as modificações que as circunstâncias exigirem” ou “com as modificações necessárias”. Ou seja, ao aplicar as disposições da Convenção ao Protocolo, é possível introduzir pequenas modificações na interpretação ou aplicação de modo a ter em conta as circunstâncias que surgem no âmbito do Protocolo, mas tais modificações não deveriam ser feitas a menos que fossem necessárias e, mesmo então, só na medida em que forem necessárias. Esta regra geral não se aplica nos casos em que os redactores a excluam especificamente^[25].

As infracções previstas no Protocolo deverão também ser consideradas infracções estabelecidas de acordo com a Convenção^[26]. Esta é uma ligação delicada entre o Protocolo e a Convenção. Ela garante que qualquer infracção ou infracções definidas por cada país para criminalizar o tráfico de seres humanos, de acordo com o exigido pelo artigo 6.º do Protocolo, estarão automaticamente abrangidas pelo âmbito das disposições básicas da Convenção que regulam formas de cooperação internacional tais

[27] As duas categorias são estabelecidas pela redacção das infracções estipuladas no Protocolo, no artigo 6.º, n.º 1, alíneas (a) e (c).

[28] Ver artigo 2.º, alínea a), e artigo 3.º, n.º 2, da Convenção.

como a extradição (artigo 16.º) e o auxílio judiciário (artigo 18.º). A redacção utilizada é do género “O presente artigo aplica-se às infracções abrangidas pela presente Convenção...” Estabelecer uma ligação semelhante poderá ser um elemento importante da legislação nacional, em particular nos casos em que a intenção é usar uma estrutura paralela à da Convenção e dos Protocolos.

Objecto e âmbito de aplicação do Protocolo

Todos os instrumentos incluem uma disposição que indica o objecto básico do instrumento, de modo a melhor orientar a interpretação e aplicação e contribuir para elas. Neste Protocolo, o artigo 2.º refere especificamente a prevenção e o combate à introdução clandestina de migrantes por um lado, e a protecção dos direitos dos migrantes introduzidos clandestinamente por outro.

O artigo 4.º aplica o Protocolo “à prevenção, investigação e repressão” das infracções por ele estabelecidas, bem como à protecção das vítimas dessas infracções. Esta é uma formulação mais abrangente do que aquela que é usada no artigo 3.º para garantir que o Protocolo se aplica não apenas aos direitos dos migrantes que foram de facto introduzidos clandestinamente num país, como também àqueles que poderão ter entrado legalmente mas cuja subsequente residência ilegal foi obtida ou facilitada^[27]. O artigo 4.º estabelece ainda dois limites fundamentais à sua aplicação, baseados nas disposições paralelas dos artigos 2.º e 3.º da Convenção. O Protocolo só é aplicável quando se tratar de infracções “de carácter transnacional” que envolvam um “grupo criminoso organizado”, conceitos definidos pela Convenção (ver secção seguinte)^[28]. Tal como sucede com a Convenção-mãe, os redactores não pretenderam abordar casos que não comportassem algum elemento de transnacionalidade ou de criminalidade organizada, mas as disposições pertinentes da Convenção deveriam ser cuidadosamente analisadas, dado que definem normas relativamente amplas e abrangentes para ambos os requisitos.

A reflexão sobre a transnacionalidade deveria ter também em consideração a natureza da introdução clandestina de migrantes. Como foi dito noutra parte (ver requisitos para a criminalização, infra), o princípio geral subjacente à transnacionalidade é o de que qualquer elemento de envolvimento estrangeiro desencadearia a aplicação da Convenção e dos Protocolos pertinentes, mesmo se a(s) infracção(ões) em questão fossem do âmbito puramente nacional. No caso da introdução clandestina de migrantes, todavia, não haveria nem “migrantes” nem “introdução clandestina” sem o elemento de passagem de fronteiras. Note-se, todavia, que estas circunstâncias não se aplicam às outras infracções ou disposições no Protocolo: falsificar ou utilizar indevidamente documentos de viagem ou de identidade e facilitar a residência ilegal desencadeariam a aplicação dos instrumentos sempre que estivessem preenchidos os requisitos fundamentais dos artigos 2.º e 3.º da Convenção e do artigo 4.º do Protocolo.

A referência a “grupo criminoso organizado” no artigo 4.º do Protocolo e a referência a “benefício financeiro ou outro benefício material” no artigo 6.º, n.º 1, do Protocolo levantam uma outra questão. Na elaboração do texto, houve a preocupação de garantir que o Protocolo não exigisse aos países a criminalização ou adopção de outras medidas contra grupos que auxiliam migrantes a entrarem clandestinamente num país por razões de caridade ou altruísmo, como sucede por vezes com a introdução clandestina de requerentes de asilo. A referência no artigo 4.º a “grupo criminoso organizado” significa que tem de haver uma intenção ou relação de lucro, uma vez que a expressão “benefício financeiro ou outro benefício material” é usada na definição desse termo no artigo 1.º, alínea a), da Convenção. Este aspecto é sublinhado pela inclusão específica da mesma expressão nos requisitos relativos à criminalização previstos no artigo 6.º.

[29] Ver artigo 3.º, n.º 2, da Convenção.

[30] Ver artigo 2.º, alínea a).

[31] O artigo 18.º, n.º 1, da Convenção, por exemplo, estabelece para a obtenção de auxílio judiciário como princípio base o de que tem de haver “motivos razoáveis para suspeitar” de que a infracção é de natureza transnacional e que há um grupo criminoso organizado envolvido, porque muitas vezes o auxílio estrangeiro é necessário para verificar se as suspeitas de tal envolvimento são válidas ou não. A extradição, que tem implicações mais graves tanto para os governos como para aqueles que são acusados de crimes, fixa uma norma mais elevada.

[32] A única excepção a este princípio surge nos casos em que a redacção do requisito de criminalização incorporar especificamente um desses elementos, tal como sucede no artigo 5, n.º 1, da Convenção (presença de um grupo criminoso organizado) ou com os requisitos de criminalização deste Protocolo ou do Protocolo relativo ao tráfico ilícito de armas de fogo, em que algumas das infracções exigem especificamente elementos de transnacionalidade.

Transnacionalidade e crime organizado

O artigo 3.º da Convenção estipula que a Convenção só é aplicável “...sempre que [as] infracções sejam de natureza transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado”. Como foi referido anteriormente, ambas as disposições estabelecem normas relativamente abertas e inclusivas para garantir a aplicação da Convenção e de qualquer Protocolo pertinente em quaisquer circunstâncias em que os investigadores ou o Ministério Público possam precisar destes instrumentos. Nos termos da Convenção,

Uma infracção é considerada “de carácter transnacional” se^[29]:

- For cometida em mais do que um Estado;
- For cometida no seio de um Estado, tendo uma parte substancial da preparação, do planeamento, da direcção ou do controlo sido efectuada noutro Estado;
- For cometida no seio de um Estado, mas com a participação de um grupo criminoso organizado envolvido em actividades criminosas em mais do que um Estado; ou
- For cometida no seio de um Estado, mas produzir efeitos significativos noutro Estado.

Há o envolvimento de um “grupo criminoso organizado” sempre que^[30]:

- se trate um grupo estruturado de três ou mais pessoas,
- que exista durante um período de tempo;
- actue de forma concertada com o objectivo de cometer um ou mais crimes graves ou uma ou mais infracções previstas na presente Convenção (incluindo o Protocolo);
- algumas acções do grupo visarem a obtenção, directa ou indirecta, de um benefício financeiro ou outro benefício material.

O grau desse envolvimento é depois determinado pelos diversos artigos específicos da Convenção e dos Protocolos, mas não é geralmente muito elevado^[31]. É importante que os redactores legislativos reparem que as disposições destes artigos regulam o âmbito de aplicação da Convenção e do Protocolo enquanto instrumentos internacionais entre Estados Partes soberanos e não necessariamente a aplicação de infracções ou outras disposições jurídicas previstas no direito interno a indivíduos. O artigo 34.º, n.º 1 da Convenção estipula especificamente que os órgãos legislativos não devem inserir elementos de transnacionalidade ou de crime organizado nas disposições no direito interno relativas a infracções. Em conjunto, estabelecem o princípio de que, embora os Estados Partes devessem ter de provar um certo grau de transnacionalidade e crime organizado quando solicitassem a cooperação ou auxílio de outros Estados Partes, os respectivos Ministérios Públicos não deveriam ter de provar nenhum desses elementos para obter uma condenação por introdução clandestina de migrantes ou qualquer outra infracção estabelecida pela Convenção ou pelos respectivos Protocolos.

No caso da introdução clandestina de migrantes, as infracções previstas no direito interno deveriam ser aplicadas, mesmo quando não haja nem transnacionalidade nem envolvimento de grupos criminosos organizados ou não for possível prová-los^[32]. Nem a Convenção nem o Protocolo exigem especificamente outras disposições que não as infracções penais, e os legisladores poderão considerar ser conveniente integrar referências à transnacionalidade e ao envolvimento de grupos criminosos organizados nalgumas disposições que versam sobre formas de cooperação internacional, tendo presente que a norma básica estabelecida pelo artigo 18.º da Convenção é apenas a de ter de haver “motivos razoáveis para suspeitar” e de que o texto da Convenção e dos Protocolos apenas fixa normas mínimas. Neste caso, ficaria, geralmente, ao critério dos redactores definir na legislação interna, que regula a cooperação, um requisito menor, mas não maior, excepto quando a disposição pertinente da Convenção ou do Protocolo o autorize especificamente.

[33] O artigo 37.º aplica-se a todos os Protocolos, e o texto do artigo 1.º é o mesmo em todos eles, o que significa que a relação é a mesma para todos eles.

[34] Um domínio onde isso se pode revelar desejável é o das disposições dos Protocolos relativos ao tráfico de pessoas e à introdução clandestina de migrantes que regulam a segurança nas fronteiras e os documentos de viagem (artigos 11.º-13.º), que são idênticas nos dois Protocolos e que, provavelmente, se sobreporão em muitas áreas do direito e da administração internos.

Razões para a adopção destes artigos

As disposições da Convenção e do Protocolo, apresentadas nesta secção, fornecem uma orientação de carácter geral para os redactores e governos, aplicável a todos os outros elementos dos instrumentos e às medidas legislativas e outras tomadas para os implementar. O objecto explícito do Protocolo constitui a base para a interpretação e aplicação das suas outras disposições; outros artigos visam garantir uma interpretação que seja consistente entre os dois instrumentos, bem como com outros domínios relevantes do direito internacional. Nesta secção estão igualmente compreendidas disposições técnicas que regulam a entrada em vigor e aplicação do Protocolo. Elas apresentam uma fórmula clara para que cada Estado Parte determine em que momento a Convenção e o Protocolo se tornam vinculativos para ele e, portanto, as datas em que medidas legislativas difíceis e outras poderão ser invocadas por outros Estados Partes.

As disposições interpretativas mais importantes são aquelas que regulam a relação entre a Convenção e cada um dos Protocolos, o artigo 37.º da Convenção e o artigo 1.º do Protocolo^[33]. Tal como já foi referido, o Protocolo não foi como um instrumento jurídico distinto mas antes como parte de um pacote de instrumentos contra a criminalidade organizada internacional. Depois de se ter tornado Parte na Convenção-mãe, cabe a cada país também ratificar ou aderir a qualquer um dos Protocolos. Quando o país se torna Parte em cada um dos Protocolos, esse Protocolo forma um todo com a Convenção. O Protocolo contém medidas específicas relativas ao tema base do mesmo, como seja a introdução clandestina de migrantes, apoiadas nos poderes e mecanismos mais amplos e genéricos da Convenção. Algumas medidas são mais ou menos exclusivas de um Protocolo (por ex., a infracção de introdução clandestina); alguns domínios podem ter elementos dos dois instrumentos (por ex. as medidas para a cooperação no domínio policial) e alguns elementos são exclusivos da Convenção (por ex. as 4 infracções da Convenção e a extradição). Ao elaborar legislação nacional, é importante que as medidas individuais de implementação dos instrumentos sejam integradas de modo análogo a fim de garantir medidas eficazes contra a introdução clandestina de migrantes, quer como crime distinto, quer no contexto mais geral dos grupos criminosos organizados que traficam seres humanos e das outras áreas de actuação criminosa em que podem estar envolvidos. Não se estabelece qualquer relação entre os Protocolos a não ser indirectamente através da Convenção, mas os Estados Partes podem estabelecer tais ligações se assim o desejarem^[34].

Meios de implementação destes artigos

De um modo geral, os artigos desta secção regulam a interpretação e aplicação das outras disposições. Eles podem assim ajudar e orientar os governos, redactores e órgãos legislativos, mas, eles próprios não requerem medidas de implementação específicas.

Capítulo 3 | Criminalização da Introdução Clandestina de Migrantes

Disposições relevantes do Protocolo

ARTIGO 3.º | Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- A) Por “tráfico ilícito de migrantes” entende-se o facilitar da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não é nacional ou residente permanente com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, um benefício financeiro ou outro benefício material.
- B) Por “entrada ilegal” entende-se a passagem de fronteiras sem preencher as condições necessárias para a entrada legal no Estado de acolhimento.
- C) Por “documento de viagem ou de identidade fraudulento” entende-se qualquer documento de viagem ou de identificação:
 - i) Que tenha sido falsificado ou alterado de forma substancial por uma pessoa ou uma entidade que não esteja legalmente autorizada a fazer ou emitir documentos de viagem ou de identidade em nome de um Estado; ou
 - ii) Que tenha sido emitido ou obtido de forma irregular, através de falsas declarações, corrupção, coacção ou de qualquer outro meio ilícito; ou
 - iii) Que seja utilizado por outra pessoa que não o seu titular legítimo;
- D) Por “navio” entende-se todo o tipo de embarcação, incluindo embarcações sem calado e hidroaviões, utilizados ou que possam ser utilizados como meio de transporte sobre a água, com excepção dos navios de guerra, navios auxiliares da armada ou outras embarcações pertencentes a um Governo ou por ele exploradas, desde que sejam utilizadas exclusivamente por um serviço público não comercial.

ARTIGO 5.º | Responsabilidade penal dos migrantes

Os migrantes não estarão sujeitos a procedimentos criminais nos termos do presente Protocolo, pelo facto de terem sido objecto dos actos enunciados no artigo 6.º deste Protocolo.

ARTIGO 6.º | *Criminalização*

Para efeitos do presente Protocolo:

1. Cada Estado Parte adoptará as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infracções penais, quando praticadas intencionalmente e de forma a obter, directa ou indirectamente, um benefício financeiro ou outro benefício material:
 - A) O tráfico ilícito de migrantes;
 - B) Os seguintes actos quando praticados com o objectivo de possibilitar o tráfico ilícito de migrantes:
 - i) Elaborar um documento de viagem ou de identidade fraudulento;
 - ii) Obter, fornecer ou possuir tal documento;
 - C) Permitir que uma pessoa, que não é nacional ou residente permanente, permaneça no Estado em causa, sem preencher as condições necessárias para permanecer legalmente no Estado, através dos meios referidos na alínea b) do presente número ou de qualquer outro meio ilegal.
2. Cada Estado Parte adoptará também as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infracções penais:
 - A) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infracção estabelecida em conformidade com o n.º 1 do presente artigo;
 - B) A participação como cúmplice numa infracção estabelecida em conformidade com as alíneas a), b) (i) ou c) do n.º 1 do presente artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a participação como cúmplice numa infracção estabelecida em conformidade com a alínea b) (ii) do n.º 1 do presente artigo;
 - C) A organização ou a determinação de outras pessoas para a prática de uma infracção em conformidade com o n.º 1 do presente artigo.
3. Cada Estado Parte adoptará as medidas legislativas e outras necessárias para considerar como circunstâncias agravantes das infracções estabelecidas em conformidade com as alíneas a), b) (i) e c) do n.º 1 do presente artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, das infracções estabelecidas em conformidade com as alíneas b) e c) do n.º 2 do presente artigo:
 - A) Pôr em perigo ou ameaçar pôr em perigo as vidas e a segurança dos migrantes em causa; ou
 - B) O tratamento desumano ou degradante desses migrantes, incluindo a sua exploração.
4. Nenhuma disposição do presente Protocolo impedirá um Estado Parte de tomar medidas contra uma pessoa cujo acto constitua uma infracção nos termos do seu direito interno.

Significado de “introdução clandestina de migrantes” e as diferenças entre migração ilegal, introdução clandestina de migrantes e tráfico de seres humanos

O Protocolo contra o Tráfico de Pessoas pode ser visto como fazendo parte dum conjunto de instrumentos que versam sobre o tráfico e actividades conexas, em particular a escravatura. Tais instrumentos demonstram que há muito que tanto o tráfico como as respostas jurídicas se têm vindo desenvolver. O Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes, por outro lado, é mais recente e único, reflectindo preocupações relativamente novas que surgiram a propósito da introdução clandestina de migrantes como uma forma de criminalidade organizada distinta da actividade, lícita ou ilícita, praticada pelos próprios migrantes. O recurso ao direito penal e a outra legislação para controlar o

[35] Ver Protocolo artigo 5.º e artigo 6.º, n.º 4.

[36] Note-se que, enquanto o Protocolo relativo ao tráfico de pessoas exige apenas a criminalização do próprio tráfico, o Protocolo relativo ao tráfico ilícito de migrantes exige também a criminalização do auxílio à entrada ilegal (i.e. introdução clandestina) e do auxílio à residência ilegal, mesmo se a entrada que a precedeu tenha sido legal. O Protocolo estabelece ainda algumas outras infracções relacionadas com documentos. Ver mais adiante, os requisitos de criminalização, bem como o artigo 3.º, alínea a), e o artigo 6.º do Protocolo.

fenómeno da imigração não constitui uma novidade, e muitos países definiram infracções relacionadas com a entrada ou residência ilegais. A exploração criminosa da migração e a obtenção de proventos ilícitos através do auxílio à entrada ou residência ilegais, bem como as respostas apresentadas nesse Protocolo representam, todavia, um desenvolvimento assaz novo.

Dois factores básicos são essenciais para compreender e aplicar o Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes. O primeiro é a intenção dos redactores de que as sanções previstas no Protocolo se apliquem à introdução clandestina de migrantes promovida por grupos criminosos organizados, e não à mera migração ou aos migrantes, mesmo nos casos em que, nos termos das leis do país em questão, a entrada ou residência são consideradas ilegais^[35]. A simples entrada ilegal pode ser crime nalguns países, mas não é considerada uma forma de crime organizado e, por isso, está fora do âmbito da Convenção e dos seus Protocolos. A actividade executada por um “grupo criminoso organizado” (uma expressão que comporta um elemento de benefício financeiro ou outro benefício material) com o intuito de proporcionar a entrada ou residência ilegais a migrantes, pelo contrário, foi reconhecida como uma forma grave de crime organizado transnacional, e constitui por isso o objecto principal do Protocolo.

O segundo factor é a relação entre o acto definido como tráfico de pessoas e a introdução clandestina de migrantes nos respectivos Protocolos. Estes conceitos foram definidos separadamente e abordados em instrumentos distintos, essencialmente porque há diferenças entre as pessoas objecto de tráfico, que são vítimas do crime de tráfico e, muitas vezes de outros crimes também, e os migrantes introduzidos clandestinamente. Embora se tenha considerado necessário tratar a introdução clandestina e o tráfico como questões distintas, na verdade, os comportamentos numa e noutra infracção sobrepõem-se grandemente. Os migrantes introduzidos clandestinamente e as vítimas de tráfico são uns e outros deslocados de um local para outro por grupos criminosos organizados com o objectivo de gerar proventos ilícitos.

As principais diferenças residem no facto de, no caso do tráfico, os infractores recrutarem ou conseguirem dominar as suas vítimas através de meios coercivos, fraudulentos ou abusivos e obterem proventos provenientes de uma qualquer forma de exploração das vítimas, vulgarmente prostituição ou um qualquer tipo de trabalho forçado, depois destas terem sido deslocadas. Quanto à introdução clandestina, pelo contrário, os migrantes são recrutados voluntariamente, podendo, em certa medida, ser cúmplices na introdução clandestina deles próprios. Não há exploração subsequente, e os proventos ilícitos provêm dos montantes pagos pelos próprios migrantes. Uma outra diferença é o facto do tráfico, enquanto infracção penal abrangida pela Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, ter de ser criminalizado, quer ocorra fora das fronteiras nacionais, quer ocorra inteiramente no interior de um país. A introdução clandestina, em contrapartida, comporta necessariamente um elemento de migração ilegal, o que implica a entrada ilegal num país a partir de outro^[36].

Princípios fundamentais de criminalização estabelecidos pela Convenção

Ao estabelecer as infracções requeridas pelos Protocolos, é importante ter presente que cada Protocolo deve ser interpretado em conjunto com a Convenção-mãe. A Convenção impõe vários princípios gerais que se aplicam aos respectivos Protocolos. Em alguns sistemas jurídicos, poderá também ser importante assegurar a coerência entre as infracções penais estabelecidas ao abrigo da Convenção e dos outros Protocolos, de maneira a servir de base à investigação e repressão dos grupos criminosos organizados e dos seus membros em caso de uma infracção ou de um conjunto de infracções estabelecidas pelos instrumentos. É raro a introdução clandestina de migrantes e outras infracções abrangidas pela Convenção ocorrerem isoladamente: na maioria dos casos, os grupos

- [37] Artigo 34.º n.º 3, da Convenção.
- [38] Artigo 10.º da Convenção.
- [39] Artigo 5.º, 6.º, 8.º e 23.º da Convenção.
- [40] Artigo 11.º, n.º 1, da Convenção.
- [41] Artigo 3.º, n.º 2, e artigo 34.º n.º 2, da Convenção.
- [42] Artigo 34.º, n.º 2, da Convenção e notas interpretativas, A/55/383/Add. 1, parágrafo 59.

criminosos organizados envolvidos numa forma de criminalidade também estão envolvidos noutras. Facto que representa uma oportunidade para os serviços responsáveis pela aplicação da lei e o Ministério Público investigarem e porem termo às suas operações. Regra geral, os órgãos legislativos nacionais hão de querer garantir que a redacção das infracções penais relevantes, ao abrigo da Convenção e dos respectivos Protocolos, apoie a coordenação de esforços para investigar e perseguir todas estas actividades juntas, se for caso disso. Os grupos criminosos organizados também estão frequentemente envolvidos noutras actividades ilícitas, como o tráfico de drogas ou de outras mercadorias, e os órgãos legislativos nacionais poderão querer garantir que as infracções adoptadas ao abrigo deste Protocolo sejam também compatíveis com outras infracções relevantes previstas no direito interno.

Ao redigir as infracções penais nos termos do Protocolo dever-se-ia ter em conta os princípios específicos da Convenção a seguir indicados:

Norma mínima. A definição de crime no direito interno poderá ser mais ampla no seu âmbito ou mais grave do que aquilo que é exigido pelo Protocolo, desde que todos os actos especificados pelo Protocolo sejam considerados crime^[37].

Responsabilidade das pessoas colectivas. A responsabilidade pelas infracções deve ser estabelecida tanto para as pessoas “singulares” ou biológicas como para as pessoas “colectivas”, tais como empresas^[38].

As infracções devem ser “penais” (excepto no caso das pessoas colectivas). Todas as disposições da Convenção e do Protocolo relativas às infracções determinam que estas devem ser definidas como infracções de natureza penal. Este princípio aplica-se, a menos que o acusado seja uma pessoa colectiva, e nesse caso a infracção poderá ser de natureza penal, civil ou administrativa^[39].

Sanções. As sanções adoptadas no direito interno têm de ter em conta a gravidade das infracções e ser proporcionais a essa mesma gravidade^[40].

Não inclusão da transnacionalidade nas infracções previstas no direito interno. Tal como foi acima referido, o elemento de transnacionalidade é um dos critérios para aplicar a Convenção e os Protocolos (artigo 3.º da Convenção), que se teria de provar antes de efectuar o pedido de auxílio internacional. Contudo, a transnacionalidade não deveria ter de ser provada num processo judicial interno. Por esse motivo, as infracções previstas no direito interno não têm de ter elemento de transnacionalidade. A excepção a este princípio é qualquer infracção que exija expressamente a transnacionalidade como um elemento da infracção. No caso deste Protocolo, por exemplo, a infracção de introdução clandestina de migrantes só é aplicável nos casos em que os migrantes são deslocados dum país para outro, enquanto que as infracções relacionadas com os documentos ou a obtenção da residência ilegal não deveriam comportar nenhum elemento de transnacionalidade^[41].

Não inclusão de “grupo criminoso organizado” nas infracções previstas no direito interno. Tal como sucede com a transnacionalidade, atrás referida, o envolvimento de um “grupo criminoso organizado” teria de ser demonstrado de modo a satisfazer um outro Estado Parte para poderem ser invocadas as obrigações em matéria de cooperação internacional, mas não deveria ter de ser provado como elemento de um processo judicial interno. As infracções definidas no Protocolo deveriam, por conseguinte, aplicar-se também, independentemente da infracção ter sido cometida por um indivíduo, ou por indivíduos associados a um grupo criminoso organizado, e independentemente desse facto poder ser provado ou não^[42].

[43] Notas interpretativas A/55/383/Add. 1, parágrafo 9, e A/55/383/Add. 3, parágrafo 5. Ver também o artigo 15.º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, GA/RES/2200A de 16 de Dezembro de 1966, GA/RES/2200A de 16 de Dezembro de 1966.

[44] Os trabalhos preparatórios formais para a Convenção e respectivos Protocolos ainda não foram redigidos. Reconhecendo que o processo demoraria algum tempo, e com o objectivo de garantir que os redactores legislativos teriam acesso às notas interpretativas durante os primeiros anos de vigência dos instrumentos, durante as últimas sessões, o Comité Ad Hoc elaborou e acordou numa redacção para notas interpretativas sobre muitos dos aspectos mais críticos. Essas notas foram apresentadas à Assembleia Geral juntamente com a versão final dos instrumentos e podem agora ser consultados nos documentos da Assembleia Geral anexos aos seus relatórios: A/55/383/Add. 1 (Notas sobre a Convenção e os dois primeiros Protocolos, apresentados à Assembleia Geral com a resolução 55/25 de 15 de Novembro de 2000) e A/55/383/Add. 3 (Notas sobre o Protocolo contra o Fabrico e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, das suas Peças, Componentes e Munições, apresentado à Assembleia Geral com a resolução 55/2555 de 31 de Maio de 2001).

[45] Artigo 2.º, alínea b), da Convenção.

A criminalização pode implicar o recurso a “medidas legislativas ou outras...” mas deve estar fundamentada na lei. Tanto a Convenção como o Protocolo referem-se à criminalização através do recurso a “medidas legislativas e outras [consideradas] necessárias...”, reconhecendo desse modo que nalguns países pode ser preciso conjugar medidas. Todavia, os redactores mostraram-se preocupados pois, regra geral, o Estado de Direito exige que as infracções criminais sejam definidas por lei, e com a referência a “outras medidas” não quiseram significar que se exige ou autoriza a criminalização sem legislação. As notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios* referem, por isso, que as outras medidas são adicionais e pressupõem a existência de uma lei^[43].

Só os actos intencionais têm de ser criminalizados. Todos os requisitos de criminalização na Convenção e nos Protocolos só exigem que o acto visado por cada infracção seja criminalizado se tiver sido praticado intencionalmente. Assim, um acto que envolva normas menos exigentes como a negligência não tem de ser criminalizado. Contudo, tal acto pode ser considerado crime nos termos do artigo 34.º, n.º 3, da Convenção que autoriza expressamente medidas “mais estritas ou mais rigorosas” do que o nível mínimo de infracção exigido. Os redactores deveriam também ter em conta que o elemento de intenção se refere apenas ao acto ou à acção que constitui cada uma das infracções penais e não deveria ser usado como critério para desculpar casos em que as pessoas poderão não conhecer a lei ou não saber da existência da infracção.

Significado dos termos. Tal como sucede com todos os requisitos da Convenção e do Protocolo, os redactores deveriam ter presente o significado das disposições relativas às infracções e não se limitar apenas a incorporar a redacção literal dos Protocolos. A linguagem utilizada na redacção das infracções previstas no direito interno deveria ser de molde a permitir que os tribunais nacionais e outras autoridades competentes a possam interpretar de forma consistente com o significado do Protocolo e as intenções aparentes dos seus autores. Nalguns casos, os significados visados foram esclarecidos nas notas interpretativas que foram redigidas e adoptadas pelo Comité Ad Hoc que elaborou a Convenção e o Protocolo^[44].

A definição de “crime grave” na Convenção. O artigo 2.º, alínea b), da Convenção define “crime grave”, mas trata-se de um critério para aplicar a Convenção e os Protocolos e não de um critério para o direito interno. Os Estados Partes não precisam de definir “crime grave” ou fazer referência à expressão “crime grave” em nenhuma legislação que implemente o Protocolo. Na verdade, tentativas nesse sentido poderiam criar problemas de conformidade, caso não fossem compatíveis com a definição da Convenção, ou se desse modo fossem interpretadas pelos tribunais nacionais. Todavia, os órgãos legislativos poderão querer ver se as definições de infracções penais existentes relacionadas com armas e crime organizado obedecem aos requisitos da definição, prevista na Convenção, de “crime grave”, tornando desse modo a aplicação da Convenção extensiva a elas. Se o objectivo for a aplicação, poder-se-á ter de introduzir alterações a infracções existentes para integrá-las no âmbito da definição. De um modo geral, isso implicará alterar a pena máxima prevista para uma infracção para quatro anos ou mais, de acordo com o indicado na definição^[45].

Jurisdição. A Convenção exige que os Estados Partes definam a competência jurisdicional para investigar, iniciar um procedimento criminal e punir todas as infracções definidas pela Convenção e quaisquer Protocolos nos quais o país em questão seja um Estado Parte. Deve ser definida a jurisdição sobre todas as infracções cometidas no âmbito da jurisdição territorial do país, incluindo os seus navios e aeronaves. Se a legislação nacional proíbe a extradição dos cidadãos nacionais, dever-se-á também estabelecer a competência jurisdicional sobre as infracções cometidas por esses cidadãos em qualquer parte do mundo, para que o país possa cumprir a obrigação decorrente da

[46] Artigo 15.º, n.º 1 (jurisdição obrigatória) e n.º 2 (jurisdição facultativa), e artigo 16.º, n.º 10, (obrigação de iniciar um procedimento judicial quando a extradição não é possível por força da nacionalidade do infractor) da Convenção. Ver também o Capítulo 9 do Guia legislativo da Convenção.

[47] O termo “*mutatis mutandis*” deveria ser interpretado de modo a significar “com as modificações necessárias” ou “com as modificações que as circunstâncias exigirem”. Ver notas interpretativas A/55/383/Add. I, parágrafo 26. Notas análogas foram adoptadas relativamente aos outros dois Protocolos.

Convenção de iniciar procedimentos criminais contra infractores que, por causa da sua nacionalidade, não possam ser extraditados conforme pedido. A Convenção também encoraja que se estabeleça a competência jurisdicional noutras circunstâncias, tais como todos os casos em que os cidadãos nacionais de um Estado são vítimas ou infractores, mas não o exige especificamente^[46].

Cooperação dos infractores. O artigo 26.º da Convenção determina a adopção de medidas adequadas para encorajar aqueles que estão envolvidos em actividades criminosas organizadas a cooperar com ou a prestar auxílio às autoridades competentes. As medidas em si não são especificadas, mas em muitos países incluem disposições, segundo as quais os infractores que cooperarem podem ser isentos de responsabilidade ou ver atenuadas as penas que, de outro modo, lhes seriam aplicáveis. Nalguns países, o poder discricionário nos procedimentos judiciais e determinação das sentenças é suficiente para que tal possa ser feito sem autoridade legislativa. Todavia, nos países que não têm esse poder discricionário, a legislação que define infracções específicas, estabelece penas mínimas obrigatórias ou define procedimentos criminais, pode ter de ser adaptada se os legisladores decidirem recorrer a disposições relativas à atenuação das penas ou à imunidade para implementar o artigo 26.º Isto poderia ser feito por via de uma regra geral, ou numa base casuística, infracção a infracção, consoante for desejado.

Outras considerações relativas à redacção. O artigo 11.º da Convenção fixa um conjunto de outros factores gerais que os redactores deveriam ter em conta na redacção de infracções específicas. Esses factores abrangem matérias como a aplicabilidade de infracções penais já existentes, a aplicação de períodos de limitação adequados, caso existam, e o requisito de aplicar penas que tenham em conta a gravidade da infracção. Aconselha-se os redactores a reverem todo o artigo 11.º. Como já foi referido, o artigo 10.º da Convenção contém igualmente princípios adicionais que se aplicam a infracções cometidas por pessoas colectivas.

Ao examinarem os princípios atrás referidos, assim como quaisquer outros elementos da Convenção que possam surgir, os redactores deveriam ter presente que, como foi referido no capítulo anterior, as disposições da Convenção se aplicam *mutatis mutandis*^[47] ao Protocolo. O Protocolo deve ser lido como um complemento à Convenção e interpretado em conjunto com ela. Por esse motivo, os redactores legislativos que estão a elaborar legislação para implementar o Protocolo são também aconselhados a consultar a Convenção e a legislação nacional que a implementa como princípio geral.

Principais elementos destes artigos

Requisitos plenamente obrigatórios

Infracção de tráfico ilícito de migrantes (artigo 3.º, alínea a), e artigo 6.º, n.º 1)

O artigo 6.º, n.º 1, alínea a), exige aos Estados Partes que criminalizem o “tráfico ilícito de migrantes”, que, por sua vez, é definido no artigo 3.º, alínea a). A definição de introdução clandestina, por sua vez, consiste em proporcionar a “entrada ilegal”, que está definida no artigo 3.º, alínea b).

Como já foi referido, os redactores quiseram exigir aos órgãos legislativos nacionais a definição de infracções penais que se aplicariam àqueles que introduzem outros clandestinamente num país com o intuito de obter um benefício, mas não aos que providenciam apenas no sentido de conseguirem eles próprios entrar ilegalmente, ou que auxiliam outros a entrarem ilegalmente por razões

[48] Ver notas para os trabalhos preparatórios, A/55/383/Add. 1, parágrafo 92.

[49] O termo residente “permanente” é também usado no artigo 18.º (regresso de migrantes objecto de tráfico ilícito) e o seu significado é esclarecido nesse contexto, tratando-se de “o direito de residir a longo prazo mas não necessariamente de modo indefinido”. Ver notas para os trabalhos preparatórios, A/55/383/Add. 1, parágrafo 112.

[50] Alguns dos exemplos comuns podem ser a contrafacção ou falsificação de documentos, a obtenção de documentos genuínos utilizando informações falsas, e utilização de documentos genuínos ou válidos por outras pessoas que não aquelas para quem foram emitidos.

[51] O modo de proceder mais frequente é o seguinte; os auxiliares obtêm para o migrante uma autorização para visitante que é válida no momento de entrada, permanecendo o migrante ilegalmente após o termo de validade da referida autorização (infracção de residência ilegal). Na maioria dos países, pelo contrário, a utilização de um visto válido por uma pessoa que não aquela para quem foi emitido estaria abrangida pela infracção de entrada ilegal.

que não as de lucro, como por exemplo os indivíduos que introduzem familiares clandestinamente ou organizações de caridade que apoiam o movimento de refugiados ou de requerentes de asilo^[48].

Abarcando estes elementos e excepções, o acto que tem de ser criminalizado é o auxílio à entrada de uma pessoa num país, quando essa pessoa não é um nacional desse país ou não tem nele direito de residência permanente^[49], bem como quando não são cumpridos um ou todos os requisitos exigidos para a entrada no país de pessoas que não são nem nacionais nem residentes permanentes. De um modo geral, estarão abrangidos casos em que os requisitos para a entrada legal, como a obtenção de vistos ou outras autorizações, não foram cumpridos, ou em que vistos ou documentos semelhantes foram obtidos ou usados de um modo ilegal, o que os torna inválidos^[50].

Os redactores quiseram que os casos de entrada tecnicamente legal e utilização indevida de documentos válidos fossem abrangidos pela infracção de auxílio à residência ilegal (artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Protocolo). A fronteira precisa entre estas infracções pode variar de país para país, dependendo de leis como as que regulamentam a validade dos documentos^[51]. Ao definir as duas infracções não é essencial para a conformidade com o Protocolo saber o modo exacto como elas são formuladas, nem onde se estabelece a fronteira entre ambas. O que é fundamental, tanto para a conformidade como para uma aplicação eficaz é que os redactores se certifiquem de que não são criadas “lacunas” e que todo o acto abrangido pelo Protocolo seja criminalizado.

Como foi referido anteriormente, a norma geral da Convenção e dos Protocolos no que se refere às infracções é de que estas têm de ter sido cometidas intencionalmente. Aplicada à infracção de introdução clandestina, a norma implica dois requisitos: tem de ter havido uma primeira intenção de obter a entrada ilegal, e uma segunda, a de obter um benefício financeiro ou outro benefício material.

Infracção de auxílio à residência ilegal (artigo 6.º, n.º 1, alínea c)

A segunda infracção mais importante definida pelo Protocolo é a de ajudar uma pessoa, que não preenche as condições necessárias para permanecer num Estado em virtude do seu estatuto (cidadão nacional ou residente permanente) ou por preencher requisitos alternativos, tais como a emissão de um qualquer tipo de visto ou autorização, a permanecer nesse Estado. Como já foi referido, com esta infracção pretendeu-se abarcar os casos em que o próprio esquema de introdução clandestina consiste em obter a entrada de migrantes através de meios legais, como a emissão de vistos de turismo ou outros, mas em que depois se recorre a meios ilegais para permitir que eles fiquem por outras razões que não as invocadas para justificar a entrada ou por mais tempo do que o permitido pelas respectivas autorizações de entrada.

O acto que tem de ser criminalizado é simplesmente toda a acção conducente a permitir a residência ilegal, quando o(s) residente(s) em causa carecem do estatuto jurídico ou das autorizações necessárias. O requisito inclui especificamente as infracções relacionadas com documentos, referidas na alínea b), mas poderia também abranger outros actos, como esconder ou dar abrigo a e empregar migrantes ilegais, ou recorrer a meios fraudulentos para obter os documentos necessários para residência ilegal, os quais não são “documentos de viagem ou de identidade” na acepção da alínea b).

O elemento de intenção é o mesmo que foi referido para a infracção anterior; tem de ter havido a intenção de perpetrar o acto que supostamente permitiu a residência ilegal e ainda a intenção ou o objectivo adicional de obter um qualquer benefício financeiro ou outro benefício material.

Ao contrário do que sucede com as outras infracções definidas pelo Protocolo, do ponto de vista dos legisladores que trabalharem esta infracção poderá ser necessário considerar se as infracções se aplicam a situações em que uma determinada acção continuada, iniciada antes da entrada em vigor do Protocolo ou da legislação que o implementa, e que contribui para a residência ilegal continuada, se mantém após a entrada em vigor duma nova infracção definida pela legislação de implementação do Protocolo. Os órgãos legislativos raramente procuram aplicar uma nova infracção *retroactiva-*

[52] *Nulla poena sine lege*. No direito internacional, este princípio está consagrado no artigo 15.º, n.º 1, do *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*.

[53] Um exemplo seria um caso em que a acção encetada para obter ilegalmente uma autorização de residência foi concluída no passado, mas a residência ilegal propriamente dita continua.

[54] A/55/383/Add. 1, parágrafo 89.

[55] A separação dos requisitos através da subdivisão do artigo 6, n.º 1, alínea b), subalíneas (i) e (ii), teve como objectivo facilitar a redacção do n.º 2, que estabelece uma distinção entre obrigações completamente obrigatórias e obrigações condicionais de criminalizar o acto de tentar, participar como cúmplice, organizar a prática das infracções ou mandar outras pessoas cometê-las. Isto não afecta a obrigação básica de criminalizar a principal acção envolvida.

[56] Ver A/55/383/Add. 1, parágrafo 93.

mente, o que abrangeria actos concluídos antes da entrada em vigor da disposição que versa sobre os mesmos, uma vez que tal violaria o princípio fundamental consagrado na maioria dos sistemas jurídicos de que não pode existir responsabilidade penal por actos que não eram ilegais quando foram perpetrados^[52]. Os legisladores poderão, todavia, aplicar a infracção *retrospectivamente*, o que tornaria a responsabilidade extensiva a casos em que uma acção praticada no passado contribuiu para a residência ilegal que continua no presente. Numa situação deste tipo, algumas das mesmas preocupações poderão ainda surgir, em especial, se a infracção for aplicável mesmo que não tenha sido praticada nenhuma acção adicional após a entrada em vigor das alterações à lei^[53].

Os legisladores poderão, todavia, querer dispor sobre os casos em que uma acção continuada, incluindo actos específicos cometidos após a entrada em vigor da nova infracção, permitiu a residência ilegal. Isto poderia aplicar-se, por exemplo, aos empregadores que empregam trabalhadores indocumentados, se a prestação do trabalho e o pagamento de salários ou de outro tipo de remuneração ocorrerem depois das alterações à lei e se isso tiver sido feito com a intenção de permitir a residência ilegal ou se o efeito tiver sido esse.

Infracções relacionadas com os documentos de viagem ou de identidade (artigo 6.º, n.º 1, alínea b)

O artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do Protocolo também estabelece um conjunto de infracções relacionadas com os “documentos de viagem ou de identidade” para reforçar as duas principais infracções – introdução clandestina e auxílio à residência ilegal. A expressão “documento de viagem ou de identidade fraudulento” é definida no artigo 3.º, alínea c), e mais detalhadamente explicada nas Notas para os *trabalhos preparatórios*^[54].

O acto que tem de ser criminalizado é a “elaboração” e a “obtenção, o fornecimento ou a posse” de um documento de viagem ou de identidade fraudulento^[55]. Os redactores legislativos podem estabelecer uma infracção distinta para cada um destes actos, ou juntá-los numa única disposição, deixando a especificação do acto de facto alegado ao cuidado daqueles que redigirem a acusação ou o despacho de pronúncia.

À semelhança do que sucede com as outras infracções, também aqui se aplica o mesmo elemento básico de intenção: tem de ter havido a intenção de “... elaborar, obter, fornecer ou possuir...” o documento, com a intenção ou o intuito adicional de obter um benefício financeiro ou outro benefício material. No caso das infracções relacionadas com documentos, todavia, tem também de ter havido a intenção ou o objectivo de permitir a introdução clandestina de migrantes. Esta medida constitui uma salvaguarda adicional que impede que se criminalize a acção daqueles que entram ilegalmente pelos seus próprios meios^[56], mas, levada à letra, também exclui aqueles que cometem as infracções em matéria de documentos com o fim de permitir a residência ilegal e não de obter a entrada ilegal. Note-se, todavia, que os órgãos legislativos que implementarem o Protocolo podem aplicar as infracções em matéria de documentos às duas principais infracções, se assim o entenderem, em conformidade com o artigo 34.º, n.º 3 da Convenção. Para além de alargar o âmbito de aplicação da legislação de modo a abarcar actos adicionais associados à introdução clandestina de migrantes, esta abordagem teria a vantagem de reduzir os litígios sobre se, nos casos concretos, o que está em causa é a entrada ou residência ilegais, uma vez que a responsabilidade penal seria a mesma em ambos os casos.

A definição de “documento de viagem ou de identidade fraudulento” acrescenta depois diversos elementos de natureza factual que devem ser tidos em conta na redacção da(s) infracção(ões).

- O documento pode ser “falsificado” a partir de nada, ou pode ser um documento genuíno que foi “substancialmente alterado...”.
- Por “falsificado” dever-se-ia entender tanto os documentos que são falsificados ou produzidos a partir de nada como os documentos que são genuínos mas incluem informação que não é verdadeira e que foi neles introduzida por alguém sem autorização para o fazer, ou sem autorização para emitir o documento em questão.

- Saber se o documento é “falsificado” ou “emitido de forma irregular” dependerá, nalguns casos, do modo como o direito nacional dispõe sobre os casos em que um funcionário público age ilegalmente ou sem autorização. Se um funcionário consular emitir um documento de viagem apesar de não ter competência para tal, os sistemas, para os quais este seria uma caso de não emissão, considerariam que o documento tinha sido produzido por alguém sem autorização para fazê-lo, situação que está contemplada na subalínea (i). Os sistemas, para os quais existiu emissão, considerariam que o documento foi “emitido de forma irregular”, nos termos da subalínea (ii). O importante é os redactores legislativos terem em conta a abordagem proposta no direito interno, e assegurarem-se de que todas as situações possíveis resultem em documentos considerados “fraudulentos”, e que não haja quaisquer lacunas.
- Os documentos que foram alterados têm de o ter sido de um modo que seja relevante para as outras infracções previstas no Protocolo, tal como alterar a identidade ou a fotografia do seu titular, ou as datas de validade do documento. Se o documento for “alterado”, tem de o ter sido por alguém sem autorização para tal.
- Por documentos “fraudulentos” entende-se também documentos que são genuínos mas que foram emitidos de forma irregular com base em falsas declarações, corrupção ou coacção. Também aqui a abordagem adoptada pelos redactores dependerá, em certa medida, do modo como o direito interno dispõe sobre os casos em que um funcionário público age ilegalmente ou sem autorização.
- Finalmente, por documentos “fraudulentos” entende-se ainda documentos formalmente válidos e validamente emitidos, mas que estão a ser utilizados por outra pessoa que não aquela a quem ou para a qual foram emitidos, quer o documento em causa tenha sido alterado ou não (por ex., através duma mudança de fotografia).
- As Notas para os *trabalhos preparatórios* esclarecem que por “documento de viagem” entende-se todo o documento necessário para entrar ou sair dum Estado segundo as leis desse Estado. Esta última parte poderia incluir as leis de qualquer Estado envolvido num caso específico. Por exemplo, um passaporte emitido por um país pode ter um visto aposto por outro, podendo ser preciso ter um ou ambos para sair de um país e entrar no outro, fazendo com que as leis de ambos os países sejam aplicáveis. Um “documento de identidade” é um documento utilizado para identificar as pessoas segundo e em conformidade com as leis do Estado que o emitiu, ou é suposto tê-lo emitido. Note-se que o artigo 13.º do Protocolo, que corresponde ao mesmo artigo do Protocolo contra o tráfico de pessoas, exige aos Estados Partes que verifiquem, num período de tempo razoável, a legitimidade e validade dos documentos por si emitidos ou supostamente emitidos. Os legisladores poderão querer utilizar uma linguagem semelhante para as disposições que implementem as infracções que, em matéria de documentos, são estabelecidas neste Protocolo.

Tentativas, participação como cúmplice, organizar ou determinar outros... (artigo 6.º, n.º 2)

O artigo 6.º, n.º 2, também exige que se alargue o âmbito da responsabilidade penal àqueles que tentam cometer ou organizam qualquer uma das infracções definidas pelo Protocolo, determinam que outros as cometam ou são cúmplices de tais infracções. Alguns destes elementos correspondem aos elementos dos requisitos de criminalização previstos nos artigos 5.º, 6.º e 8.º da Convenção e dos outros dois Protocolos. Os redactores poderão querer considerar a possibilidade de adopção de legislação que implemente requisitos análogos para assegurar que haja compatibilidade, sempre que tal seja conveniente.

Nem todos os sistemas jurídicos incluem o conceito de tentativa criminosa e, por isso, a obrigação de criminalizar tentativas de cometer qualquer uma das infracções definidas no Protocolo

[57] Ver. A/55/383/Add. 1, parágrafo 96.

está sujeita à seguinte expressão “... sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico...”. Do mesmo modo, nem todos os sistemas jurídicos puderam criminalizar a participação como cúmplice através de uma infracção que corresponda a “obter, fornecer ou possuir” um documento fraudulento, tendo este requisito sido por isso limitado na mesma medida. Estes temas serão, por isso, adiante analisados como obrigações condicionais.

Circunstâncias agravantes (artigo 6.º, n.º 3)

Sem acrescentarem outras infracções, os Estados Partes no Protocolo também devem incluir algumas das infracções previstas no Protocolo circunstâncias específicas, garantindo assim que os casos em que aquelas ocorrerem sejam levados mais a sério. A obrigação é plenamente obrigatória para todas as infracções, excepto as que têm que ver com a participação como cúmplice e a organização ou determinação de outras pessoas para a prática de infracções, as quais são definidas sem prejuízo dos conceitos fundamentais do sistema jurídico do Estado Parte que implementa o Protocolo (ver requisitos condicionais, adiante).

De um modo geral, os órgãos legislativos devem considerar as infracções de introdução clandestina praticadas em circunstâncias perigosas ou degradantes como envolvendo circunstâncias agravantes. Dependendo do sistema jurídico, esta medida poderia assumir a forma, quer de infracções equivalentes completas, como “introdução clandestina agravada”, quer de disposições, segundo as quais os tribunais devem prever sentenças mais longas ou mais pesadas sempre que haja circunstâncias agravantes e o arguido tenha sido condenado por uma ou mais das infracções básicas do Protocolo. A obrigação fundamental é de garantir que os infractores ficam sujeitos pelo menos ao risco de uma sanção mais severa sempre que ocorrerem as circunstâncias agravantes.

Na maioria dos sistemas jurídicos, submeter os infractores a uma sanção mais severa sempre que tenham ocorrido as circunstâncias especificadas exige que se faça prova dessas circunstâncias enquanto matéria de facto a um nível de prova criminal. Dependendo do direito interno, os redactores poderão querer considerar a possibilidade de adopção de uma disposição específica que estipule o que tem de ser provado, em que medida e em que fase do processo judicial, bem como a possibilidade de estabelecer quaisquer inferências relevantes ou presunção jurídica ou prova circunstancial.

A ocorrência mais comum visada por este requisito é o tipo de meios utilizado na introdução clandestina de migrantes, como por exemplo contentores de navios, que em si mesmos são perigosos para a vida dos migrantes, mas a legislação deveria ser suficientemente ampla para abranger outras circunstâncias, como os casos em que documentos fraudulentos criam perigo ou conduzem a um tratamento desumano ou degradante.

O “tratamento desumano ou degradante” poderá incluir o tratamento infligido por causa de uma qualquer forma de exploração. Note-se que se não houver consentimento ou se o consentimento tiver sido viciado ou anulado de acordo com as condições definidas no artigo 3.º, alíneas b) ou c), do Protocolo contra o tráfico de pessoas, a presença do elemento de exploração naquilo que de outro modo seria um caso de introdução clandestina fará com que a infracção de tráfico de pessoas seja, em geral, aplicável, se o Estado Parte em questão tiver ratificado e implementado o Protocolo. As Notas para os *trabalhos preparatórios* indicam que a referência a exploração aí incluída é “sem prejuízo” desse Protocolo^[57].

Estatuto jurídico dos migrantes (artigo 5.º e artigo 6.º, n.º 4)

Como já foi referido, a política fundamental definida pelo Protocolo é a de que a criminalização e outros requisitos estão centrados na introdução clandestina de migrantes, e não na migração em si mesma. Quanto à questão de saber se os que migram ilegalmente cometem uma infracção o Protocolo em si assume uma posição neutra: o artigo 5.º garante que nada no próprio Protocolo

[58] Isto ultrapassa, na verdade, a obrigação estrita consagrada no artigo 26.º, que trata apenas daqueles que participaram em actividades criminosas organizadas.

[59] Ver Notas para os trabalhos preparatórios, A/55/383/Add. 1, parágrafo 95. Ver também o parágrafo 70 e A/55/383/Add. 3, parágrafo 6, que aborda a mesma questão para os outros Protocolos.

pode ser interpretado no sentido de exigir a criminalização do comportamento de simples migrantes ou de actos que estes possam praticar, por oposição a quem pertença a grupos criminosos organizados ou esteja associado a eles. Ao mesmo tempo, o artigo 6.º, n.º 4, garante que nada no Protocolo limita os actuais direitos de cada Estado Parte de definir ou manter infracções antes de mais aplicáveis a simples migrantes, tais como entrada ilegal, residência ilegal e a posse ou uso de documentos fraudulentos em circunstâncias que não aquelas abrangidas pelo Protocolo.

Na redacção das infracções previstas no Protocolo, os Estados Partes podem alargar o âmbito de qualquer uma dessas infracções de modo a torná-las extensivas a simples migrantes, desde que fique claro que o fazem por sua própria iniciativa e não porque o Protocolo o imponha. O artigo 34.º, n.º 3, da Convenção, ainda esclarece mais este aspecto estipulando que os países poderão adoptar medidas “... mais estritas ou mais rigorosas...”, desde que tal seja feito para “... prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional...”. Do ponto de vista político, os legisladores poderão querer examinar um problema que normalmente surge mais no contexto do tráfico de seres humanos: a questão de saber se a criminalização dos actos de simples migrantes é um obstáculo no combate mais geral contra a criminalidade organizada, na medida em que torna a colaboração dos próprios migrantes com as autoridades menos provável. Nos países nos quais a obrigação de tomar medidas para intensificar a cooperação com as autoridades (artigo 26.º da Convenção) não puder ser coberta por um poder discricionário no âmbito de um processo judicial ou outra forma de discricção, os legisladores poderão querer garantir que quaisquer infracções ou sanções obrigatórias aplicadas a simples migrantes possam ser atenuadas ou alteradas sempre que os migrantes auxiliarem ou cooperarem com as autoridades competentes^[58].

Requisitos condicionais e opcionais

Tentativas (artigo 6.º, n.º 2, alínea a), do Protocolo)

Como foi acima referido, nem todos os sistemas jurídicos dispõem sobre a criminalização de casos em que a tentativa de cometer a infracção falhou. Dos países que criminalizam as tentativas, a maioria exige a prova de um acto substancial antes de poder haver uma condenação. Nalguns casos, é preciso estabelecer um ou mais actos positivos e, noutros, o Ministério Público tem de provar que o arguido fez tudo o que estava ao seu alcance para concluir a infracção, que falhou por outros motivos. O facto de posteriormente se verificar que a infracção era impossível (por ex., os casos em que a pessoa objecto do tráfico faleceu, não existia ou era um agente policial) geralmente não é considerado um argumento de defesa nos casos de tentativa. Para ajudar a esclarecer o leque de abordagens, as Notas para os *trabalhos preparatórios* indicam que as tentativas deveriam ser: “... entendidas nalguns países como abrangendo tanto os actos perpetrados na preparação de uma infracção penal como os actos praticados numa tentativa falhada de cometer a infracção, sempre que esses actos também sejam puníveis no direito interno”^[59]. A opção de proceder judicialmente em casos de tentativa pode constituir uma medida eficaz, em particular relativamente a crimes como o tráfico de pessoas e a introdução clandestina de migrantes que são cometidos durante períodos bastante extensos e que por vezes são interrompidos pelas autoridades policiais ou outras antes de se terem consumado. Sempre que não seja possível criminalizar as tentativas, os redactores e legisladores poderão querer considerar outros meios de reforçar as disposições que versam sobre as infracções, tais como criminalizar elementos distintos das infracções que poderiam ser objecto de procedimento criminal mesmo se a infracção prevista no Protocolo não tiver sido consumada. A título de exemplo refira-se infracções como o transporte ou a ocultação de migrantes com o intuito de os introduzir clandestinamente num país, que poderiam dar origem a um procedimento criminal ainda que a introdução clandestina não tenha sido levada a cabo ou tenha falhado.

[60] Ver artigo 3.º, alínea (c), subalínea (iii).

Participação como cúmplice na “obtenção, no fornecimento ou na posse” de um documento fraudulento (artigo 6.º, n.º 1, alínea b), subalínea ii) e n.º 2, alínea b))

A participação como cúmplice em algumas das infracções em matéria de documentos também está sujeita aos conceitos básicos do sistema jurídico de cada Estado Parte, essencialmente por causa das preocupações existentes nalguns sistemas em relação a um alargamento excessivo do âmbito e à possibilidade de alguém poder ser considerado cúmplice de uma infracção tal como a posse. A viabilidade foi também motivo de preocupação devido a alguns dos significados atribuídos a “documento fraudulento” e à possibilidade de alguém poder, por exemplo, ser considerado cúmplice na posse de um documento que apenas se torna um “documento fraudulento” quando usado por uma pessoa que não aquela para quem foi emitido^[60]. A produção de tais documentos não suscitou idênticas preocupações, e a obrigação de criminalizar o acto de ser cúmplice nesta infracção não foi qualificada.

A organização ou a determinação de outras pessoas para a prática de uma infracção e a participação como cúmplice enquanto circunstâncias agravantes das infracções principais (artigo 6.º, n.º 3 e n.º 2, alíneas b) e c))

Com a inclusão do artigo 6.º, n.º 3, no Protocolo pretendeu-se aumentar o efeito dissuasor nos casos em que as infracções previstas no Protocolo foram cometidas de um modo que implicou degradação ou perigo para os migrantes envolvidos. De um modo geral, esta questão suscitou preocupação pelo facto dos principais actores na infracção poderem decidir sobre a presença ou ausência de condições perigosas ou degradantes, enquanto que, em muitos casos, os cúmplices e outros não directamente envolvidos nas infracções não estão em posição de o fazer. Isto por sua vez suscitou preocupações de natureza constitucional e outra acerca da possibilidade de estabelecer infracções ou sanções agravadas em caso de circunstâncias que estão fora do controlo daqueles que são acusados do crime básico e, por isso, a obrigação foi qualificada para permitir que os países que se encontram nessa posição evitem tais problemas.

Infracções e sanções aplicáveis aos “transportadores comerciais” de passageiros (artigo 11.º, ns.º 2, 3, 4 e 5)

Disposições relevantes do Protocolo

ARTIGO 11.º

2. Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas ou outras medidas apropriadas para prevenir, na medida do possível, a utilização de meios de transporte explorados por transportadores comerciais para a prática da infracção estabelecida em conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do presente Protocolo.

3. Quando se considere apropriado e sem prejuízo das convenções internacionais aplicáveis, tais medidas deverão consistir, designadamente, em estabelecer a obrigação para os transportadores comerciais, incluindo qualquer empresa de transportes, proprietário ou operador de qualquer meio de transporte, de verificar se todos os passageiros são portadores dos documentos de viagem exigidos para a entrada no Estado de acolhimento.

4. Cada Estado Parte deverá tomar as medidas necessárias, em conformidade com o seu direito interno, para prever sanções em caso de incumprimento da obrigação constante do n.º 3 do presente artigo.

5. Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de tomar medidas que permitam, em conformidade com o seu direito interno, recusar a entrada ou anular os vistos de pessoas envolvidas na prática de infracções estabelecidas em conformidade com o presente Protocolo.

[61] Convenção de Chicago sobre Aviação Civil Internacional de 7 de Dezembro de 1944, Anexo 9, nota #1 (obrigação dos transportadores comerciais verificarem se os passageiros possuem os documentos exigidos pelo país de entrada).

[62] A/55/383/Add. 1, parágrafo 103.

Principais elementos deste artigo

Os artigos 11.º-13.º do Protocolo tratam, genericamente, do reforço da segurança e eficácia dos controlos nas fronteiras, bem como dos documentos de viagem ou de identificação, que serão abordados no capítulo sobre as medidas de prevenção, adiante. Todavia, de acordo com o artigo 11.º, ns.º 2-4, os Estados Partes também devem exigir dos “transportadores comerciais” que transportam passageiros de um país para outro que verifiquem se todos esses passageiros possuem os documentos de viagem necessários para entrar no Estado de acolhimento ao abrigo das leis desse Estado. Este requisito não é obrigatório e só tem de ser aplicado “se for caso disso”. O n.º 4 exige ainda que sejam tomadas medidas que imponham sanções em caso de não cumprimento dessa obrigação. Nos termos do artigo 11.º, n.º 5, os Estados Partes devem ainda prever medidas que lhes permitam recusar a entrada ou revogar vistos sempre que uma pessoa esteja implicada na prática de uma infracção prevista no Protocolo.

Razões para a adopção deste artigo

Regra geral, os redactores dos Protocolos contra o tráfico de pessoas e contra a introdução clandestina de migrantes sabiam que os métodos comuns de introduzir clandestinamente migrantes e de traficar pessoas implicam situações em que passageiros indocumentados entram em veículos, navios ou aeronaves comerciais, na esperança de escapar completamente à vigilância ou de beneficiar de disposições jurídicas tais como aquelas que regulamentam os pedidos de asilo no país de destino. Esta é uma matéria que, em certa medida, já foi trabalhada no caso do transporte aéreo através de uma regra estabelecida pela ICAO (Organização da Aviação Civil Internacional) que determina que os transportadores aéreos têm de verificar se os passageiros possuem os documentos necessários antes de os deixarem embarcar^[61]. Tal como sucede com a regra da ICAO que já existia, surgiram duas preocupações fundamentais relacionadas com esse requisito. A primeira é a de que esse controlo prévio dos passageiros pode afectar negativamente a possibilidade dos requerentes de asilo legítimos alcançarem uma jurisdição na qual possam requerer asilo em segurança. A segunda é a de que os funcionários dos transportadores comerciais poderiam verificar a existência ou posse de documentos de viagem básicos, mas de que não se poderia exigir deles uma avaliação técnica ou forense sobre a autenticidade dos documentos, ou um conhecimento pormenorizado quanto à documentação exacta que pode ser exigida ao abrigo das leis do Estado de destino. Este é um assunto que é abordado nas Notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios*. Estas limitam o âmbito da obrigação a ser imposta aos transportadores comerciais e respectivos funcionários e, por conseguinte, o âmbito da infracção e das sanções aplicáveis em caso de violação^[62].

Meios de implementação deste artigo

Ao implementarem este requisito, os redactores e legisladores deveriam ter presente que os artigos 11.º-13.º deste Protocolo correspondem aos mesmos artigos do Protocolo contra o tráfico de pessoas, e que as medidas que implementarem um também podem servir para implementar o outro, com alterações relativamente pequenas.

O requisito básico é o de tomar as medidas necessárias para poder aplicar “sanções” em caso de violação, mas o Protocolo não especifica a natureza das sanções ou se estas devem ser aplicadas ao transportador comercial, aos seus funcionários ou a ambos. De um modo geral, a imposição de sanções exige a definição de uma infracção, embora o requisito do artigo 6.º do Protocolo

[63] Vários países pequenos, por exemplo, mostraram-se preocupados com a viabilidade do controlo de documentos em transportadores rodoviários ou ferroviários em regiões onde as fronteiras são regularmente atravessadas por pequenos meios de transporte locais.

[64] Disponível no site: http://www.unhcr.bg/euro_do_cs/enL_schengen_en.pdf (texto disponível no *Jornal Oficial*, L 239, 22/9/2000, p. 0019-0062).

[65] Disponível no site: http://www.bundesgrenzschutz.de/allgem/service/befuenter/Richtlinie26SD_e.pdf (texto disponível no *Jornal Oficial* L 187, 10/07/2001, p. 0045-0046).

– as infracções ao abrigo desse artigo têm de ser infracções “penais” – não se aplique a esta disposição. Aqui, a infracção subjacente pode ser penal, administrativa ou regulamentar, tendo presente que, em muitos países, as infracções aplicáveis a pessoas colectivas como os transportadores comerciais têm de ser administrativas, e que essa opção está abrangida pelo artigo 10.º da Convenção. Como foi referido anteriormente, estes requisitos só têm de ser aplicados “quando se considere ser apropriado” o que permite conservar algum grau de flexibilidade para garantir que os mesmos não impedem indevidamente as deslocações legítimas^[63] ou o fluxo de requerentes de asilo legítimos.

As sanções contra os funcionários singulares poderão ser sanções pecuniárias, a prisão ou, nos casos em que excederam o âmbito das suas atribuições, medidas disciplinares (por ex., despedimento). As sanções contra as pessoas colectivas são normalmente de natureza pecuniária, mas neste caso poderiam também incluir medidas como a revogação ou suspensão da licença para transportar passageiros ou a interdição de acesso a rotas ou destinos em que se considera que o risco de serem utilizados para a introdução clandestina de migrantes ou para o tráfico de pessoas é elevado.

Como já foi dito, o âmbito quer da obrigação a ser imposta aos transportadores como da infracção e das correspondentes sanções está limitada em certa medida pelas Notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios*. Assim, por exemplo, dado que os transportadores apenas são obrigados a verificar a posse de documentos básicos, a infracção correspondente não deveria aplicar-se aos casos em que os documentos existem mas foram falsificados ou produzidos fraudulentamente, ou são inválidos. Como no caso de outras infracções, porém, este requisito estabelece uma norma mínima, mas os Estados Partes podem ir mais longe se assim o entenderem. Embora não seja de um modo geral razoável ou viável exigir um exame detalhado dos documentos, os legisladores poderiam considerar a possibilidade de exigir um controlo básico da validade *prima facie* dos mesmos para confirmar, por exemplo, que as fotografias correspondem à pessoa que utiliza o documento e que validade dos passaportes e vistos não caducou.

Ao contrário do que sucede com as sanções a serem impostas aos transportadores, o dispor sobre a recusa de entrada ou a revogação de vistos para pessoas “implicadas” numa infracção prevista no Protocolo não exige, na maioria dos países, uma disposição que verse sobre a infracção. De um modo geral, os nacionais ou cidadãos têm o direito, consagrado na lei, de entrar no seu próprio país, o que faz com que qualquer infracção ou requisito de exclusão seja vulnerável a desafios jurídicos fundados nas constituições nacionais ou no direito internacional. Quanto às pessoas que não são nacionais ou cidadãos, a soberania nacional implica que cada Estado tenha o direito de recusar ou revogar vistos ou recusar a entrada. Sempre que seja esse o caso, a implementação só requer geralmente a promulgação de regulamentos ou de instruções administrativas dirigidas aos funcionários que regulam as condições em que deveriam ser tomadas as medidas, bem como os critérios que estruturam o seu poder discricionário. Uma vez que da “implicação” numa infracção não decorre necessariamente a prova da culpa no âmbito de um processo judicial ou administrativo, a justiça natural pode exigir o estabelecimento de uma qualquer forma de apreciação judicial ou quase judicial a fim de conceder entrada ou vistos àqueles a quem foram negados.

Diversos instrumentos europeus contêm exemplos dos requisitos impostos e das sanções em caso de violação dos mesmos. Na União Europeia, o artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985^[64] exige que os transportadores tomem todas as medidas necessárias para garantir que os cidadãos estrangeiros possuem documentos válidos e que detenham aqueles a quem for recusada entrada. A Directiva do Conselho da UE 2001/51/EC de 28 de Junho de 2001 que complementa as disposições do artigo 26.º^[65] também prevê um certo número de sanções pecuniárias para os transportadores que não cumpram as suas obrigações.

Referências a este Protocolo:

- Artigo 4.º (Âmbito de aplicação)
- Artigo 8.º (Medidas contra o tráfico ilícito de migrantes por via marítima)
- Artigo 10.º (Informação)
- Artigo 14.º, n.º 2, alíneas (c) e (d) (Formação e cooperação técnica)

Referências ao Protocolo contra o tráfico de pessoas:

- Artigo 11.º (Medidas nas fronteiras)

Referências a este Protocolo:

- Artigo 4.º (Âmbito de aplicação)
- Artigo 12.º (Segurança e controlo de documentos)

Referências ao Protocolo contra o tráfico de pessoas:

- Artigo 5.º, n.º 2 (Criminalização)

Referências a outros instrumentos internacionais:

- Artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os governos dos Estados da União Económica do Benelux, a República Federal da Alemanha e a República Francesa sobre a abolição gradual dos controlos nas suas fronteiras comuns (1 de Junho de 1990), disponível no *site*: http://www.unhcr.bg/euro_docs/en/_schengen_en.pdf
- Directiva do Conselho da UE 2001/51/EC de 28 de Junho de 2001 que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985, disponível no *site*: http://www.bundesgrenzschutz.de/allgem/service/befunter/Richtlinie26SD_e.pdf
- Recomendação n.º 18 da Conferência de Ministros sobre a Prevenção da Migração Ilegal, realizada no âmbito do Processo de Budapeste em Praga, 14-15 de Outubro de 1997 (responsabilidade dos transportadores comerciais), disponível no *site*: <http://www.icmpd.org/uploading/Recommendations%20Prague%20Ministerial%20Oct%2097.pdf>
- Anexo 9 (Facilitação) da Convenção de Chicago sobre Aviação Civil Internacional de 7 de Dezembro de 1944 (obrigação dos transportadores comerciais de verificarem se os passageiros possuem o documento de transporte exigido pelo país de entrada), disponível no *site*: http://www.icao.int/cgi/eshop_anx.pl?GUESTguest

Razões para a adopção destes artigos

Os motivos específicos subjacentes à maioria das disposições atrás referidas foram apresentados no contexto das explicações fornecidas sobre as próprias disposições. Em termos gerais, o objectivo do Protocolo é prevenir e combater a introdução clandestina de migrantes enquanto forma de criminalidade organizada internacional e, simultaneamente, não criminalizar a simples migração, mesmo que seja ilegal ao abrigo de outros elementos do direito nacional. Estes aspectos reflectem-se quer no artigo 5.º e no artigo 6.º, n.º 4, como já foi referido, quer no facto das infracções que de outro modo poderiam aplicar-se a simples migrantes, em especial as infracções em matéria de documentos previstas no artigo 6.º, n.º 1, alínea b), terem sido formuladas de modo a reduzir ou eliminar essa aplicação. Assim, por exemplo, um migrante apanhado com um documento fraudulento, regra geral, não estaria sujeito às infracções previstas no direito interno e adop-

[66] Artigos 3.º e 4.º do Protocolo.

[67] A/55/383/add. 1, parágrafo 91. Estabeleceram-se requisitos análogos para a Convenção e os outros dois Protocolos.

tadas ao abrigo do n.º 1, alínea b), enquanto que um traficante que possuísse o mesmo documento para efeitos de introdução clandestina de outros estaria sujeito a essas infracções.

Em termos mais gerais, os requisitos de criminalização são fundamentais tanto para o Protocolo como para a Convenção-mãe, servindo não apenas para dissuadir e punir a introdução clandestina de migrantes, mas também como base para as diversas formas de prevenção, cooperação internacional, assistência técnica e outras medidas indicadas nos instrumentos. O objecto do Protocolo é expressamente definido (em parte) como o de prevenir e combater uma infracção – a introdução clandestina de migrantes – e a aplicação do Protocolo visa expressamente “prevenção, investigação e repressão” das infracções estabelecidas em conformidade com o Protocolo^[66]. Ao mesmo tempo, e tal como sucede no Protocolo contra o tráfico de pessoas, deve-se ter presente que a “mercadoria” introduzida clandestinamente ou traficada é formada por seres humanos, o que levanta questões de direitos humanos e outras que não estão associadas a outras mercadorias. No caso dos requisitos de criminalização deste Protocolo, a principal implicação de tal facto está patente na passagem segundo a qual as infracções não devem aplicar-se a grupos que auxiliam migrantes a entrarem clandestinamente num país ou requerentes de asilo por outras razões que não um “benefício financeiro ou outro benefício material”.

Meios de implementação destes artigos

A implementação dos requisitos de criminalização exigirá medidas legislativas, excepto nos casos em que as disposições necessárias já existem, um aspecto que é sublinhado pelas Notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios* que estipulam que quaisquer “outras medidas” tomadas para implementar os requisitos “pressupõem a existência de uma lei”^[67]. Como foi referido anteriormente, a linguagem do Protocolo é dirigida aos Estados Partes no pressuposto de que irão elaborar e aprovar a legislação necessária para garantir que a legislação nacional, no seu todo, estará em conformidade com os requisitos do Protocolo. A linguagem utilizada não se destina à aplicação ou adopção *ipsis verbis* e, regra geral, não será suficientemente pormenorizada ou específica para apoiar investigações ou procedimentos criminais efectivos, que sejam eficazes e consistentes com os direitos humanos fundamentais e as garantias processuais. Uma terminologia idêntica poderá ser interpretada e aplicada de modo diverso em diferentes sistemas e tradições jurídicas. Os redactores e legisladores devem, por isso, não esquecer que é o sentido do Protocolo e não a linguagem literal que importa.

Ao definirem as infracções necessárias, os redactores deveriam assegurar-se de que são criminalizados todos os actos abrangidos pelas disposições relevantes. Podem fazê-lo usando infracções simples ou múltiplas, embora, no caso de ser adoptada a segunda abordagem, teria de haver o cuidado de garantir que não são criadas lacunas ou inconsistências que possam deixar de fora algum tipo de acto. Como já foi referido, geralmente os redactores e legisladores irão querer ter em consideração a formulação e aplicação de quaisquer infracções adoptadas para implementar a Convenção e o Protocolo contra o tráfico de pessoas, bem como outras infracções pertinentes, especialmente aquelas que têm que ver com a criminalidade organizada. Quando houver sobreposição entre infracções já existentes e os actos abrangidos pelo Protocolo, os legisladores irão querer examinar se essas infracções são adequadas e, caso não o sejam, se deverão proceder a alterações para alargar o seu âmbito, ou revogá-las e substituí-las por infracções totalmente novas, ou adoptar infracções complementares que cubram qualquer acto abrangido pelo Protocolo e ainda não tenha sido criminalizado. Em geral, o recurso a infracções suplementares será a opção mais complexa, mas com a vantagem de conservar intactas as infracções já existentes e, nos casos em que for aplicável, a jurisprudência que nelas se baseia. A opção de criar infracções totalmente novas

[68] Ver o artigo 13.º, ns.º 1-4, da Convenção para uma lista dos bens abrangidos. Para além dos proventos básicos, os bens usados ou que se destinam a ser usados na introdução clandestina de migrantes podem incluir itens como bilhetes de avião, veículos a motor, aeronaves ou navios.

[69] Ver Directiva do Conselho da União Europeia de 28 de Novembro de 2002 relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência Irregulares (2002/90/CE), em particular o artigo 3.º sobre sanções.

tem a vantagem de permitir reformar e simplificar a legislação existente, mas pode igualmente gerar maior incerteza quanto ao modo como as novas infracções serão interpretadas e aplicadas.

Finalmente, e como foi atrás referido, o Protocolo estabelece apenas um requisito mínimo para o conjunto de actos que têm de ser criminalizados e quanto à gravidade com que devem ser punidos, cabendo aos Estados Partes decidir se pretendem ir mais longe em ambos os aspectos. A adopção de outras infracções suplementares ou de infracções de âmbito mais alargado do que aquele que é exigido poderão melhorar a eficácia da prevenção, investigação e dos procedimentos criminais nos casos de introdução clandestina de migrantes e, mais genericamente, de matérias relacionadas com a criminalidade organizada. Isto é verdade não apenas nos casos em que os sistemas jurídicos nacionais são incapazes de lidar com matérias como as tentativas (ver *supra*) mas noutras áreas também. Muitas vezes poderá não ser possível provar todos os elementos de infracções como a introdução clandestina, contudo, infracções suplementares definidas de modo mais restritivo poderiam ainda assim ser objecto de procedimento criminal e servirem de base para investigações a nível nacional. Convém não esquecer, todavia, que as infracções que excederem o âmbito dos requisitos do Protocolo não serão infracções “na acepção da Convenção” passíveis de desencadear os diferentes mecanismos de cooperação internacional previstos na Convenção e no Protocolo. Em tais casos, os países poderão cooperar voluntariamente, mas os instrumentos não os obriga a tal.

O Protocolo é omissivo no que se refere à sanção ou ao conjunto de sanções que devem ser aplicadas às diferentes infracções, o que deixa intacto o requisito básico do artigo 11.º, n.º 1, que estipula que as sanções devem ter em conta a gravidade da infracção. O princípio, consagrado no artigo 10.º, n.º 4, da Convenção, de que as sanções devem ser “eficazes, proporcionais e dissuasivas” também se aplica às pessoas colectivas. Além disso, os legisladores irão geralmente querer considerar a possibilidade de implementar sanções que no direito interno são aplicadas a outras infracções que se entende terem o mesmo tipo de gravidade, tendo em conta também a gravidade do problema específico da introdução clandestina de migrantes e do problema mais geral (e frequentemente mais grave) da criminalidade organizada transnacional. Se os órgãos legislativos decidirem aplicar sanções mínimas obrigatórias, a possibilidade de isenção ou atenuação para os infractores que colaborarem com ou auxiliarem as autoridades competentes também deveria ser encarada como uma forma possível de implementar o artigo 26.º da Convenção. Para além das sanções pecuniárias e de prisão básicas, os redactores deveriam não esquecer também que os artigos 12.º-14.º da Convenção exigem igualmente medidas que permitam investigar, apreender e declarar perdidos bens ou valores que constituam o produto de infracções previstas no Protocolo, valores ou bens equivalentes, ou outros bens que tenham sido usados ou se destinem a ser usados nessas infracções^[68]. A título de exemplo, refira-se que a União Europeia exigiu que os seus Estados Membros impusessem sanções máximas de oito anos de prisão (seis anos nalgumas circunstâncias) para os casos em que a introdução clandestina visava a obtenção de um ganho, envolvia uma organização criminosa ou pôs em risco a vida de pessoas, e também que tomassem medidas com vista a declararem perdidos os instrumentos usados, tais como meios de transporte^[69].

Referências

Protocolo:

- Artigo 2.º (Objecto)
- Artigo 4.º (Âmbito de aplicação)
- Artigo 16.º (Medidas de protecção e de assistência)
- Artigo 18.º (Regresso de migrantes objecto de tráfico ilícito)

Protocolo contra o tráfico de pessoas:

- Artigo 3.º (Definições)
- Artigo 5.º (Criminalização)

Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional:

- Artigo 3.º (Âmbito de aplicação)
- Artigo 5.º n.º 3 (Criminalização da participação num grupo criminoso organizado)
- Artigo 10.º (Responsabilidade das pessoas colectivas)
- Artigo 11.º (Procedimentos judiciais, julgamento e sanções)
- Artigo 12.º (Perda e apreensão)
- Artigo 14.º (Disposição do produto do crime ou dos bens declarados perdidos)
- Artigo 37.º (Relação com os protocolos)

Outros instrumentos internacionais:

- Artigos 1.º e 3.º da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia de 28 de Novembro de 2002 relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência Irregulares (2002/946/JAI), *Jornal Oficial*, L328, 05/12/2002, p. 0001-0003 (Penas e sanções).
- Directiva do Conselho da União Europeia de 28 de Novembro de 2002 relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (2002/90/CE), *Jornal Oficial*, L328, 05/12/2002, p. 0017-0018
- Artigo 31.º da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra em 28 de Julho de 1951, UN, *Treaty Series*, vol. 189, N.º 2545, p. 137
- Artigo 19.º, n.º 2, da Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, adoptada pela resolução 45/158 da Assembleia Geral de 18 de Dezembro de 1990 (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003)

Capítulo 4 | Requisitos Relativos à Protecção e Assistência

Disposições relevantes do Protocolo

A – Protecção e assistência a migrantes introduzidos clandestinamente num país e a pessoas para quem foi obtida a residência ilegal (artigos 5.º, 16, 18.º e 19.º)

ARTIGO 5.º | Responsabilidade penal dos migrantes

Os migrantes não estarão sujeitos a procedimentos criminais nos termos do presente Protocolo, pelo facto de terem sido objecto dos actos enunciados no artigo 6.º deste Protocolo.

ARTIGO 16.º | Medidas de protecção e de assistência

1. Ao aplicar o presente Protocolo, cada Estado Parte deverá adoptar, em conformidade com as obrigações que lhe incumbem nos termos do direito internacional, todas as medidas apropriadas, incluindo as medidas legislativas que considere necessárias, a fim de preservar e proteger os direitos das pessoas que foram objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo, que lhes são reconhecidos pelo direito internacional aplicável, especialmente o direito à vida e o direito a não ser submetido a tortura ou a outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

2. Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas apropriadas para conceder aos migrantes uma protecção adequada contra a violência que lhes possa ser infligida tanto por pessoas como por grupos, pelo facto de terem sido objecto dos actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo.

3. Cada Estado Parte deverá conceder uma assistência adequada aos migrantes, cuja vida ou segurança tenham sido postas em perigo pelo facto de terem sido objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo.

4. Ao aplicar as disposições do presente artigo, os Estados Partes deverão ter em conta as necessidades específicas das mulheres e das crianças.

5. No caso de detenção de uma pessoa que foi objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo, cada Estado Parte deverá dar cumprimento às obrigações que lhe incumbem nos termos da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, quando aplicável, incluindo a obrigação de informar sem demora a pessoa em causa sobre as disposições relativas à notificação e comunicação aos funcionários consulares.

ARTIGO 18.º | Regresso de migrantes objecto de tráfico ilícito

1. Cada Estado Parte acorda em facilitar e aceitar, sem demora indevida ou injustificada, o regresso de uma pessoa que foi objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo e que é seu nacional ou que tem o direito de residência permanente no seu território no momento do regresso.

2. Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de facilitar e aceitar, em conformidade com o seu direito interno, o regresso de uma pessoa que tenha sido objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo e que tinha o direito de residência permanente no território do Estado Parte no momento da sua entrada no Estado de acolhimento.

3. A pedido do Estado Parte de acolhimento, um Estado Parte requerido deverá verificar, sem demora indevida ou injustificada, se uma pessoa que foi objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo é nacional desse Estado Parte ou se tem o direito de residência permanente no seu território.

4. A fim de facilitar o regresso de uma pessoa que tenha sido objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo e não possui os documentos devidos, o Estado Parte do qual essa pessoa é nacional ou no qual tem direito de residência permanente deverá aceitar emitir, a pedido do Estado Parte de acolhimento, os documentos de viagem ou qualquer outra autorização que considere necessária para permitir à pessoa viajar e voltar a entrar no seu território.

5. Cada Estado Parte envolvido no regresso de uma pessoa que tenha sido objecto de um acto enunciado no artigo 6.º do presente Protocolo deverá adoptar todas as medidas adequadas para organizar esse regresso de forma ordenada e tendo devidamente em conta a segurança e a dignidade da pessoa.

6. Os Estados Partes podem cooperar com organizações internacionais competentes para a aplicação do presente artigo.

7. O disposto no presente artigo deve ser aplicado sem prejuízo de qualquer direito reconhecido às pessoas que tenham sido objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo, nos termos da legislação do Estado Parte de acolhimento.

8. O presente artigo não prejudica as obrigações decorrentes de qualquer outro tratado bilateral ou multilateral ou de qualquer outro acordo operacional aplicável que regule, no todo ou em parte, o regresso das pessoas que tenham sido objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo.

ARTIGO 19.º | Cláusula de salvaguarda

1. Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará os outros direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, em particular, na medida em que sejam aplicáveis, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu Protocolo de 1967 e o princípio do *non-refoulement* neles consagrado.

2. As medidas constantes do presente Protocolo serão interpretadas e aplicadas de forma a que as pessoas que tenham sido objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo não sejam discriminadas. A interpretação e aplicação das referidas medidas estarão em conformidade com os princípios de não discriminação internacionalmente reconhecidos.

ARTIGO 9.º | Cláusulas de protecção

1. Quando um Estado Parte tomar medidas contra um navio em conformidade com o artigo 8.º do presente Protocolo:
 - A) Deverá garantir a segurança e o tratamento humano das pessoas a bordo;
 - B) Deverá ter devidamente em conta a necessidade de não pôr em perigo a segurança do navio ou da sua carga;
 - C) Deverá ter devidamente em conta a necessidade de não prejudicar os interesses comerciais ou os direitos do Estado do pavilhão ou de qualquer outro Estado interessado;
 - D) Deverá assegurar que, consoante os meios disponíveis, quaisquer medidas tomadas em relação ao navio sejam ecologicamente razoáveis.
2. Se os motivos das medidas tomadas em conformidade com o artigo 8.º do presente Protocolo se revelarem infundados, o navio deverá ser indemnizado por qualquer eventual prejuízo ou dano, desde que não tenha praticado nenhum acto que tenha justificado a medida tomada.
3. Qualquer medida que seja tomada, adoptada ou aplicada em conformidade com o presente capítulo, deverá ter devidamente em conta a necessidade de não prejudicar ou afectar:
 - A) Os direitos e obrigações dos Estados costeiros e o exercício da sua jurisdição em conformidade com o direito internacional do mar; ou
 - B) O poder do Estado do pavilhão de exercer jurisdição e controlo relativamente às questões administrativas, técnicas e sociais relacionadas com o navio.
4. Qualquer medida tomada no mar, em conformidade com o disposto no presente capítulo, será executada apenas por navios de guerra ou aeronaves militares ou por outros navios ou aeronaves devidamente autorizados para esse efeito, que ostentem sinais claros e identificáveis como estando ao serviço do Estado.

Principais elementos destes artigos

O Protocolo inclui garantias em dois domínios principais:

- os direitos, o estatuto jurídico e a segurança de migrantes introduzidos clandestinamente e de residentes ilegais, incluindo aqueles que são também requerentes de asilo, e
- os direitos e interesses dos países e armadores ao abrigo do direito marítimo.

Reconhecendo que a migração ilegal ou irregular e, nalguns casos, a introdução clandestina de migrantes, podem envolver a circulação de refugiados ou requerentes de asilo legítimos, foram tomadas precauções para garantir que a implementação do Protocolo não prejudique as protecções existentes conferidas pelo direito internacional aos migrantes também incluídos numa dessas categorias. Aqui, a linguagem utilizada visa garantir que as infracções e sanções previstas no Protocolo se aplicarão àqueles que auxiliam migrantes a entrarem clandestinamente num país, mesmo que eles sejam também requerentes de asilo, mas apenas se o acto envolver um “grupo criminoso organizado”. Como foi explicado no capítulo anterior, foram tomadas diversas precauções para garantir que os grupos que, por altruísmo ou caridade, introduzem clandestinamente requerentes de asilo por outros motivos que não um “benefício financeiro ou outro benefício material” não serão criminalizados^[70].

[71] A necessidade de incluir ambas as categorias acabou por resultar na formulação seguinte: "...pessoa que foi objecto dos actos enunciados no artigo 6.º deste Protocolo...". Por uma questão de simplicidade, as referências neste Guia serão referências aos "migrantes introduzidos clandestinamente" e aos "residentes ilegais", ficando subentendido que esta última categoria diz respeito às pessoas cuja residência ilegal foi obtida ou facilitada por um grupo criminoso organizado, em violação de disposições no direito interno que implementam o artigo 6.º, n.º 1, alínea c) do Protocolo. Ver também A/55/383/Add. 1, parágrafo 107 a este respeito.

[72] Artigo 9.º, n.º 1, e artigo 16.º.

[73] Artigos 8.º e 9.º.

[74] Artigo 16.º, n.º 1 e n.º 2, e artigo 19.º, n.º 2.

[75] Artigo 16.º, n.º 5.

[76] Artigo 19.º, n.º 1.

A segurança e os direitos humanos fundamentais das pessoas que foram objecto de uma das principais infracções previstas no Protocolo, incluindo os migrantes introduzidos clandestinamente e aqueles que podem ter entrado legalmente num território mas cuja residência ilegal subsequente foi obtida por um grupo criminoso organizado^[71] também suscitaram preocupações. As disposições destinam-se aqui a estabelecer uma norma de conduta adequada para os funcionários que lidam com migrantes introduzidos clandestinamente e com residentes ilegais, bem como a desencorajar os infractores de praticarem actos que envolvam perigo ou degradação para os migrantes. Ao mesmo tempo, com a formulação das disposições relevantes pretendeu-se garantir a não atribuição de um estatuto jurídico adicional ou de direitos substantivos ou processuais adicionais aos migrantes ilegais, que não estão sujeitos às infracções previstas no Protocolo mas que podem contudo ser responsáveis por outras infracções associadas à sua entrada ou residência ilegais e estar sujeitos a sanções tal como a expulsão^[72].

O terceiro domínio que foi motivo de preocupação é mais especializado, e tem que ver com a relação entre o Protocolo e o direito marítimo já existente. A Parte II do Protocolo permite que os Estados Partes que detectem navios suspeitos de estarem envolvidos em actividades de auxílio à migração clandestina entrem a bordo e, em determinadas circunstâncias, efectuem buscas. Isto fez surgir preocupações acerca da segurança básica dos migrantes e de outras pessoas a bordo desses navios, tendo em conta o estado precário dos navios frequentemente usados pelos auxiliares e o facto da abordagem poder ocorrer no mar e longe da segurança dum porto. A intercepção e entrada a bordo de navios também gerou preocupações acerca da soberania dos Estados do pavilhão arvorado por tais embarcações ou nos quais estas estão registadas, bem como sobre as perdas comerciais que daí podem resultar para os respectivos armadores. Por esse motivo, também entendeu-se ser necessário incorporar requisitos de protecção básicos a fim de proteger esses interesses antes e durante a abordagem e de incluir uma disposição que permita o acesso a medidas de compensação quando a busca se revele infundada^[73].

Estatuto jurídico, segurança e direitos dos migrantes e residentes ilegais

Como foi referido no capítulo anterior, as diversas disposições do Protocolo foram formuladas de modo a não imporem a criminalização de migrantes ou residentes ilegais, ou de actos que possivelmente serão apenas perpetrados por essas pessoas mas, ao mesmo tempo, de modo a protegerem o direito soberano dos Estados Partes de definirem ou manterem outras infracções que seriam aplicáveis a essas mesmas pessoas. Nada no Protocolo se destina a criar quaisquer direitos reais ou processuais para os migrantes ou residentes ilegais, mas foram tomadas precauções, em particular nos artigos 16.º e 19.º, para garantir a conservação dos direitos já existentes. Estes incluem direitos humanos fundamentais^[74], e o direito à assistência consular^[75]. O artigo 16.º, n.º 3, não cria um novo direito, mas estabelece uma nova obrigação, exigindo aos Estados Partes que prestem assistência básica aos migrantes e residentes ilegais nos casos em que as suas vidas ou segurança tenham sido postas em perigo devido a uma infracção prevista no Protocolo. Foram tomados especiais cuidados para garantir a conservação dos direitos consagrados no direito humanitário internacional, que dizem respeito essencialmente a migrantes ou residentes ilegais que são também requerentes de asilo^[76].

O artigo 18.º, que define as condições para o regresso dos migrantes introduzidos clandestinamente e dos residentes ilegais aos seus países de origem, também não exige a criação de quaisquer direitos substantivos ou processuais para tais pessoas, mas o n.º 5 desse artigo exige medidas que garantam que esse regresso se processe "... de forma ordenada e tendo devidamente em conta a segurança e a dignidade da pessoa".

[77] A/55/383/Add. 1, parágrafo 118. Ver também o parágrafo 117 relativo ao estatuto dos refugiados.

[78] Artigo 16.º, n.º 1.

[79] Artigo 16.º, n.º 2. A existência de infracções penais básicas, tais como ofensas corporais comuns, seria em princípio suficiente para cumprir tal requisito.

[80] Artigo 16.º, n.º 5. Isto só será aplicável nos casos em que a Convenção de Viena não tiver sido implementada, e poderá não exigir legislação, desde que os funcionários recebam instruções para facultar o acesso necessário quando o mesmo for exigido ou solicitado.

Disposições relativas a navios

Como já foi referido, as disposições da Parte II (artigos 8.º-9.º) do Protocolo estabelecem requisitos destinados a proporcionar alguma protecção tanto aos migrantes ilegais e a outras pessoas que se encontrem a bordo de navios objecto de busca devido a suspeitas de envolvimento em actividades de auxílio à migração clandestina, como aos interesses nacionais e comerciais de outros países e armadores em tais casos. Estas são obrigações directas impostas aos Estados Partes pelo Protocolo e que, em geral, não exigirão legislação para a sua implementação. Contudo, poderão ser necessárias algumas medidas legislativas ou administrativas para garantir que as acções dos funcionários estão de acordo com as normas exigidas, e para estabelecer uma base real e processual para pedir uma compensação em caso de busca, da qual resulta alguma perda ou dano, e que se revela infundada.

Razões para a adopção destes artigos

As medidas de protecção foram incluídas, de um modo geral, para proteger certos interesses fundamentais e esclarecer a relação ou interacção entre o Protocolo e outros domínios do direito internacional. Como foi referido anteriormente, as principais áreas de preocupação foram os princípios do direito humanitário que regulam a migração de refugiados ou requerentes de asilo e os princípios do direito marítimo que regulam a detenção, abordagem e busca de navios, sendo que são com estas que com maior probabilidade os legisladores que elaborarem legislação para implementar elementos do Protocolo irão se deparar. Deve-se ter em conta, todavia, que o artigo 19.º, n.º 1, abrange todos os outros “... direitos, obrigações e responsabilidades... por força do direito internacional...” e que podem surgir outras questões, dependendo dos outros instrumentos globais ou regionais nos quais o Estado que implementa o Protocolo é igualmente Parte, e das características do direito interno já existente.

Meios de aplicação destes artigos

Partindo do princípio que a nível nacional estão em conformidade com os direitos básicos já existentes e os instrumentos que os definem, nenhum dos requisitos para proteger ou preservar os direitos humanos dos migrantes e residentes legais deveria levantar quaisquer problemas legislativos, embora devessem ser cuidadosamente ponderados no desenvolvimento de procedimentos administrativos e na formação de funcionários. Sempre que um país ainda não obedeça a estas normas já existentes, elas poderão ter de ser definidas, na medida do necessário, para garantir a conformidade com o Protocolo. Contudo, não há obrigação de ir mais além: as Notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios* especificam que as diversas referências cruzadas a outros instrumentos internacionais, incluindo aqueles que têm que ver com direito humanitário e requerentes de asilo, não significam que os países que ratifiquem e apliquem o Protocolo estejam igualmente vinculados às disposições desses instrumentos^[77]. Quando o direito nacional existente não estiver de acordo com os requisitos básicos do Protocolo, poderão ser necessárias as seguintes modificações:

- alterações para manter e proteger os direitos fundamentais dos migrantes introduzidos clandestinamente e dos residentes ilegais^[78];
- protecção contra a violência^[79]; e
- acesso à assistência consular^[80].

[81] Artigo 19.º, n.º 2.

Os legisladores poderão também ter de ajustar a linguagem de outras disposições legislativas para garantir que elas não são aplicadas de um modo que discrimine os migrantes introduzidos clandestinamente ou os residentes ilegais por força do seu estatuto^[81].

Como foi referido anteriormente, o artigo 18.º não exige a criação de quaisquer direitos reais ou processuais para os migrantes introduzidos clandestinamente ou para os residentes ilegais que sejam repatriados para os seus países de origem. O artigo 18.º, n.º 5, exige medidas que garantam que esse regresso se faça “... de forma ordenada e tendo devidamente em conta a segurança e a dignidade da pessoa”. Um tal requisito poderá, na maioria dos países, ser implementado por via administrativa, mas poderá envolver legislação se tal for necessário para garantir a sua adequada implementação.

Os legisladores encarregues de elaborar legislação para implementar os Protocolos contra o tráfico ilícito de migrantes e contra o tráfico de pessoas deveriam também notar que as disposições do outro Protocolo que regula o regresso em segurança das vítimas de tráfico são muito mais extensas por causa da situação de risco adicional em que essas vítimas geralmente se encontram, e que os artigos 24.º e 25.º da Convenção (assistência e protecção às vítimas e testemunhas em todos os casos abrangidos pela Convenção) também se aplicam às vítimas de tráfico. Esses artigos não se aplicam nem a migrantes introduzidos clandestinamente nem a residentes ilegais, e por isso os órgãos legislativos deverão em geral considerar ser necessária a adopção de disposições distintas que regulamentem essa matéria.

As disposições da Parte II, que impõem requisitos destinados a conferir alguma protecção, tanto a migrantes introduzidos clandestinamente como a outras pessoas que se encontrem a bordo de navios nos quais são efectuadas buscas no alto mar, são obrigações directas impostas aos Estados Partes pelo Protocolo e, de um modo geral, não exigirão legislação específica para a sua implementação. Contudo, poderão ser necessárias algumas medidas legislativas ou administrativas para garantir que os actos praticados pelos funcionários estão de acordo com as normas exigidas, bem como para estabelecer uma base real e processual para pedir indemnização em caso de busca, da qual resulte alguma perda ou dano, e que mais tarde se revela ter sido infundada. As principais exigências e considerações legislativas ou outras são as seguintes:

- O artigo 8.º cria, ao abrigo do direito internacional, a competência para abordar e efectuar buscas em navios suspeitos de envolvimento no auxílio à migração clandestina, quer com o consentimento dos Estados do pavilhão ou registo, quer unilateralmente se estes forem desconhecidos. Os órgãos legislativos poderão ter necessidade de alterar disposições no direito interno que regulam as buscas e apreensões, para garantir que os poderes das autoridades policiais para efectuar tais buscas e quaisquer garantias a elas ligadas se apliquem às buscas em navios. Tal poderá incluir alterações à legislação que regula os procedimentos criminais ou a admissibilidade da prova com o intuito de garantir que as provas apreendidas podem ser usadas em processos judiciais, e também para garantir que os poderes de detenção ou prisão permitem a detenção de pessoas e a apreensão de navios em circunstâncias adequadas. A Organização Marítima Internacional e o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados mostraram-se preocupados com o facto das buscas ou apreensões desnecessárias de navios poderem levar os capitães das embarcações a não cumprirem requisitos humanitários fundamentais, incluindo o salvamento de migrantes que se encontrem em pequenas embarcações em perigo no mar. Ao definirem e implementarem poderes para parar e abordar navios, para apreender navios ou deter membros da tripulação que podem ser testemunhas (mas não suspeitos), os legisladores deveriam ter em conta que tais procedimentos devem ser cuidadosamente ponderados e usados com a máxima contenção possível.
- Embora o Protocolo exija medidas para garantir que cada Estado Parte possui os poderes necessários para abordar e efectuar buscas em navios com base na suspeita da prática de

[82] Artigo 9.º, n.º 4.

[83] A/55/383/Add. 1, parágrafo 102.

uma infracção penal (auxílio à migração clandestina), tais poderes não devem ser confundidos com o dever consagrado no direito marítimo e consuetudinário de prestar auxílio àqueles que se encontrem em perigo no mar. Os navios utilizados no auxílio à migração clandestina podem ser declarados perdidos se forem apreendidos e, por isso os auxilia-dores usam frequentemente embarcações em condições precárias. Nalguns casos, esses navios estão no alto mar sobrelotados com migrantes e em risco iminente de se afundarem. Dever-se-ia elaborar e implementar legislação que assegurasse que os funcionários têm consciência de que o dever de prestar auxílio é prioritário nessas circunstâncias, e que em caso de perigo evidente no mar, os navios deverão ser abordados quer haja suspeita de auxílio à migração clandestina ou não. Os poderes e garantias definidos no direito interno, caso sejam necessários, deveriam ter em conta as cláusulas de protecção estabelecidas no artigo 9.º bem como os interesses que se prendem com a segurança e o salvamento marítimos. Não deveriam, todavia, limitar o dever ou os poderes das autoridades para actuar nos casos em que estejam em risco vidas ou a segurança, ou quando haja razões para crer que migrantes ou outras pessoas estão a ser objecto de tráfico ou mantidas a bordo contra a sua vontade.

- O Protocolo não estabelece restrições à classe ou ao estatuto dos funcionários que podem exercer os poderes de busca no mar, deixando ao critério dos órgãos legislativos alargá-los a quaisquer funcionários ou organismos com as adequadas atribuições de natureza policial. Note-se, todavia, que quaisquer embarcações, navios ou aeronaves devem estar “... devidamente autorizados para esse efeito, [e ostentar] sinais claros e identificáveis como estando ao serviço do Estado”^[82]. Dado os riscos e dificuldades associados à abordagem e busca de navios no alto mar, os órgãos legislativos poderão também querer considerar a possibilidade de limitar a competência para exercer os poderes consagrados no Protocolo a um número relativamente pequeno de funcionários que possuam a formação, competência e equipamento necessários.
- Os redactores deveriam ter presente que o significado de “envolvimento no auxílio à migração clandestina por via marítima” é discutido nas Notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios*^[83]. A expressão abarca tanto o envolvimento directo como indirecto, incluindo os casos em que um “navio-mãe” já transferiu os migrantes para embarcações mais pequenas para efeitos de desembarque e já não tem a bordo quaisquer migrantes ou recebeu migrantes no mar para efeitos de introdução clandestina. Não seria incluído um navio que tivesse simplesmente salvo migrantes que estavam noutra embarcação para serem introduzidos clandestinamente.
- Poderá ser necessário ter legislação para designar uma autoridade central que lide com os pedidos de auxílio marítimo em conformidade com o disposto no artigo 8.º, n.º 6. Por uma questão de eficiência, essas autoridades deveriam ser, se possível, as mesmas que as designadas para os pedidos de auxílio judiciário ao abrigo do artigo 18.º, n.º 3, da Convenção. No entanto, poder-se-á designar autoridades distintas para os assuntos marítimos, se necessário, e os países com sistemas federais poderão designar autoridades distintas para cada região.

Referências

Protocolo:

- Artigo 2.º (Objecto)
- Artigo 3.º (Definições)

- Artigo 4.º (Âmbito de aplicação)
- Artigo 5.º (Responsabilidade penal dos migrantes)
- Artigo 8.º (Medidas contra o tráfico ilícito de migrantes por via marítima)
- Artigo 10.º (Informação)
- Artigo 14.º (Formação e cooperação técnica)
- Artigo 15.º (Outras medidas de prevenção)

Protocolo contra o tráfico de pessoas:

- Artigo 6.º (Assistência e protecção às vítimas de tráfico de pessoas)

Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional:

- Artigo 24.º (Protecção das testemunhas)
- Artigo 25.º (Assistência e protecção às vítimas)

Outros instrumentos internacionais:

- Directrizes ns.º 1 e 6 (*Promoção e protecção dos direitos humanos / Protecção e assistência a pessoas objecto de tráfico*) das Orientações e Princípios Recomendados em matéria de Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas, Relatório do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos elaborado para o Conselho Económico e Social, aprovado a 20 de Maio de 2002 (United Nations E/2002/68/Add. 1)
- Artigo 98.º-1 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, a 10 de Dezembro de 1982, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, no. 31363, p. 3
- Artigo 1.º da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS) de 1 de Novembro de 1974
- Convenção Internacional sobre Busca e Salvamento Marítimo, adoptada em Hamburgo a 27 de Abril de 1979, Anexo
- Recomendações ns.º 24-38 da Conferência de Ministros sobre a Prevenção da Migração Ilegal, realizada no contexto do Processo de Budapeste em Praga, a 14-15 de Outubro de 1997 (Regresso dos migrantes)
- Proposta para um Plano Global de luta contra a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos na EU, Conselho da Europa, 15 de Fevereiro de 2002, ILE (política de readmissão e repatriamento)
- Recomendação do Conselho da Europa de 30 de Novembro de 1994 (modelo de acordo bilateral regulador da readmissão de nacionais), artigo 2.º, n.º 1
- Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, obrigação geral n.º 27/CCPR/C/21/Rev1/Add 9, n.º 21 (regresso de migrantes)
- Artigo 8.º da Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias, adoptada pela resolução 45/158 da Assembleia Geral de 18 de Dezembro de 1990 (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003)

Disposições relevantes do Protocolo

ARTIGO 11.º | Medidas nas fronteiras

1. Sem prejuízo dos compromissos internacionais relativos à liberdade de circulação de pessoas, os Estados Partes deverão reforçar, na medida do possível, os controlos fronteiriços que considerem necessários para prevenir e detectar o tráfico ilícito de migrantes.
2. Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas ou outras medidas apropriadas para prevenir, na medida do possível, a utilização de meios de transporte explorados por transportadores comerciais para a prática da infracção estabelecida em conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do presente Protocolo.
3. Quando se considere apropriado e sem prejuízo das convenções internacionais aplicáveis, tais medidas deverão consistir, designadamente, em estabelecer a obrigação para os transportadores comerciais, incluindo qualquer empresa de transportes, proprietário ou operador de qualquer meio de transporte, de verificar se todos os passageiros são portadores dos documentos de viagem exigidos para a entrada no Estado de acolhimento.
4. Cada Estado Parte deverá tomar as medidas necessárias, em conformidade com o seu direito interno, para prever sanções em caso de incumprimento da obrigação constante do n.º 3 do presente artigo.
5. Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de tomar medidas que permitam, em conformidade com o seu direito interno, recusar a entrada ou anular os vistos de pessoas envolvidas na prática de infracções estabelecidas em conformidade com o presente Protocolo.
6. Sem prejuízo do disposto no artigo 27.º da Convenção, os Estados Partes deverão procurar intensificar a cooperação entre os serviços de controlo de fronteiras, designadamente através da criação e manutenção de canais de comunicação directos.

ARTIGO 12.º | Segurança e controlo de documentos

Cada Estado Parte deverá adoptar, de acordo com os meios disponíveis, as medidas necessárias para:

- A) Assegurar a qualidade dos documentos de viagem ou de identidade que emitir, de forma a que não possam ser, com facilidade, indevidamente utilizados, falsificados, modificados, reproduzidos ou emitidos de forma ilícita; e
- B) Assegurar a integridade e a segurança dos documentos de viagem ou de identidade emitidos por si ou em seu nome e impedir a sua criação, emissão e utilização ilícitas.

ARTIGO 14.º | Formação e cooperação técnica

1. Os Estados Partes deverão assegurar ou reforçar a formação especializada dos funcionários dos serviços de imigração e de outros funcionários competentes para a prevenção dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo e o tratamento humano dos migrantes que foram objecto desses actos, respeitando os direitos que lhes são reconhecidos no presente Protocolo.

ARTIGO 15.º | Outras medidas de prevenção

1. Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas destinadas a instituir ou a reforçar programas de informação para sensibilizar o público para o facto de os actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo constituírem uma actividade criminosa frequentemente praticada por grupos criminosos organizados com fins lucrativos e que representam um grande risco para os migrantes em questão.

2. Em conformidade com o disposto no artigo 31.º da Convenção, os Estados Partes deverão cooperar no domínio da informação a fim de impedir que potenciais migrantes se tornem vítimas de grupos criminosos organizados.

3. Cada Estado Parte deverá promover ou reforçar, de forma apropriada, programas de desenvolvimento e de cooperação a nível nacional, regional e internacional, tendo em conta as realidades sociais e económicas da migração e prestando especial atenção a zonas económica e socialmente desfavorecidas, de forma a combater as causas profundas do tráfico ilícito de migrantes, tais como a pobreza e o subdesenvolvimento.

Disposições associadas da Convenção e do Protocolo contra o Tráfico de Pessoas

Os redactores e legisladores deveriam ter em conta que estas disposições devem ser interpretadas e aplicadas em articulação com o artigo 31.º da Convenção que versa sobre a prevenção de todas as formas de criminalidade organizada. Atendendo à natureza da migração e da introdução clandestina de migrantes, o artigo 31.º, n.º 5 (sensibilizar mais o público para os problemas associados à criminalidade organizada) e n.º 7 (atenuar as condições sociais que tornam os grupos socialmente marginalizados vulneráveis à acção da criminalidade organizada), poderá ter particular interesse para a aplicação do Protocolo.

Os redactores e legisladores encarregues de implementar os dois Protocolos contra o tráfico ilícito de migrantes e contra o tráfico de pessoas, poderão também tomar em consideração o facto de existirem muitas semelhanças, quanto à origem, entre os casos de introdução clandestina de migrantes e de tráfico de pessoas, a tal ponto que nalgumas situações a distinção é impossível até ser evidente se os migrantes irão ser explorados (tráfico de pessoas) ou não (introdução clandestina de migrantes). Um elemento decisivo em ambos os casos é o desejo de migrar, que é aproveitado quer pelos auxiliares, quer pelos traficantes; isto significa que, muitas vezes, pode optar-se pela elaboração e implementação conjuntas das medidas preventivas. Por exemplo, programas como iniciativas da comunicação social para prevenir potenciais migrantes e vítimas sobre os perigos da migração clandestina, do tráfico de pessoas e, em geral, de quaisquer contactos com grupos criminosos organizados, ou iniciativas de carácter mais geral para atenuar as condições sociais ou outras, geradoras de pressões favoráveis à migração, podem tornar-se mais eficientes e eficazes se forem postos em prática conjuntamente.

Principais elementos destes artigos

A Parte III do Protocolo contém requisitos para aplicar medidas preventivas tanto de natureza social como contextual. Reconhecendo que uma das principais causas da introdução clandestina é o desejo das pessoas de migrarem para longe de condições como a pobreza ou opressão em busca de uma vida melhor, o artigo 18.º, n.º 3, exige a promoção ou o reforço de programas de desenvolvimento que visam as causas sociais e económicas da introdução clandestina. O artigo 18.º, ns.º 1 e 2, pretende, através do recurso a informação pública acerca dos malefícios da criminalidade organizada em geral e do tráfico de migrantes em particular, atingir potenciais migrantes e outros mais directamente envolvidos no auxílio à migração clandestina. Os artigos 11.º, 12.º e 13.º têm como objectivo prevenir mais directamente esse auxílio, transformando-o numa actividade mais difícil e arriscada para os infractores. O artigo 11.º exige a adopção de medidas que garantam que os transportadores comerciais controlam os documentos de viagem dos seus passageiros, bem como outras medidas não especificadas para melhorar a eficácia dos controlos nas fronteiras. O artigo 12.º exige que os Estados Partes tenham documentos de viagem mais difíceis de falsificar ou obter irregularmente. O artigo 13.º pretende aumentar o risco que comporta a utilização indevida, bem como a probabilidade de detecção, exigindo aos Estados Partes que verifiquem num prazo razoável se um documento que supostamente emitiram é genuíno e válido ou não.

Razões para a adopção destes artigos

Os legisladores responsáveis pela elaboração do Protocolo e da Convenção-mãe reconheceram que, dados os elevados custos da criminalidade organizada internacional, várias formas de prevenção representavam uma parte importante do esforço contra ela. Essas formas têm o potencial de reduzir ou até de evitar os elevados custos financeiros e institucionais associados a grandes investigações e procedimentos criminais de natureza multinacional. Mais importante, talvez, é o facto dessas formas de prevenção poderem evitar muitos dos custos humanos suportados pelas vítimas e, na medida que reduzem o potencial para a introdução clandestina e o tráfico de pessoas, podem reduzir os proventos ilícitos que os grupos criminosos organizados obtêm com essas infracções e que, muitas vezes, aplicam noutras actividades ilegais como a corrupção de funcionários ou o financiamento de outras actividades criminosas.

Meios de aplicação destes artigos

Sensibilizar mais o público e combater as causas sociais e económicas (artigo 15.º)

Como foi referido, os redactores quiseram exigir medidas com vista a aumentar o grau de consciência do público acerca da natureza da introdução clandestina de migrantes e do facto de grande parte desta actividade envolver grupos criminosos organizados. Trata-se de uma disposição de natureza obrigatória, mas não há nada nela que exija o recurso a medidas legislativas. Contudo, e juntamente com outras informações sobre a introdução clandestina, poder-se-ia desenvolver campanhas de informação ao público sobre a legislação usada para implementar no direito interno as infracções definidas no Protocolo e na Convenção. Uma tal iniciativa serviria para sublinhar que a introdução clandestina de migrantes é uma actividade criminosa grave, acarretando muitas vezes danos para os próprios migrantes, e com implicações mais vastas no que se refere aos níveis de criminalidade nas comunidades.

[84] Artigo 11.º, n.º 2.

[85] Artigo 11.º, n.º 3.

[86] Artigo 11.º, n.º 4.

[87] Ver Notas aos *trabalhos preparatórios*, A/55/383/Add. 1, parágrafos 80.

[88] Ver Notas aos *trabalhos preparatórios*, A/55/383/Add. 1, parágrafos 80.

[89] Ver Notas aos *trabalhos preparatórios*, A/55/383/Add. 1, parágrafos 78 e 83.

[90] As Notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios* estabelecem um espectro bastante amplo de usos indevidos referentes a documentos. Os redactores legislativos quiseram abranger não só a criação de documentos falsos, mas também a alteração de documentos autênticos e o uso de documentos autênticos válidos por pessoas sem direito a fazê-lo. Ver: A/55/383/Add. 1, parágrafo 105.

Promoção ou reforço de programas de desenvolvimento destinados a combater as causas sociais e económicas da introdução clandestina

À semelhança da obrigação acima referida, esta também é uma obrigação positiva, mas não implica quaisquer elementos legislativos. A legislação noutros domínios poderá, contudo, fazer parte dos programas de desenvolvimento. São esses domínios, por exemplo, as reformas destinadas a combater a corrupção e a estabelecer um Estado de Direito, que permitem estabilizar as condições sociais e económicas.

Medidas referentes aos transportadores comerciais (ver igualmente criminalização, *supra*)

O requisito legislativo mais importante estabelecido no artigo 11.º do Protocolo é o seguinte: os Estados Partes têm “na medida do possível” de adoptar as medidas legislativas ou outras para impedir que os transportadores comerciais sejam usados pelos traficantes^[84]. A natureza exacta dessas medidas é deixada ao critério dos órgãos legislativos, embora os transportadores que efectuem serviços entre fronteiras devessem ter de controlar os documentos de viagem dos passageiros^[85], ficando sujeitos a sanções apropriadas sempre que não o fizerem^[86]. Os redactores legislativos encarregues de implementar estes requisitos deveriam ter em conta os seguintes pontos:

- A obrigação fundamental dos transportadores é a de verificar se os passageiros são portadores dos documentos que possam ser necessários para entrar no Estado de destino, mas não têm de examinar a autenticidade ou validade dos documentos, ou se estes foram validamente emitidos à pessoa que os possui^[87].
- A obrigação consiste em responsabilizar os transportadores por, contrariamente ao pedido, não terem verificado os documentos. Os Estados podem responsabilizá-los por terem transportado migrantes indocumentados, mas o Protocolo não o exige.
- Lembra-se também que fica à discrição dos países não responsabilizarem os transportadores quando tenham transportado refugiados indocumentados^[88]. No entanto, não se trata de um requisito obrigatório, sendo uma questão que pode ser resolvida através do exercício de um poder discricionário processual, sempre que o haja e que tal seja considerado apropriado.
- A obrigação descrita no artigo 11.º, n.º 4, consiste em “... prever sanções...”, cuja natureza não é especificada nem no Protocolo nem nos *trabalhos preparatórios*. Caso se pretenda introduzir a responsabilidade penal, os redactores deveriam ter em conta o artigo 10.º da Convenção, que dispõe sobre a obrigação de garantir a responsabilidade de pessoas colectivas como as empresas.
- Nas Notas para os *trabalhos preparatórios* discute-se, em várias ocasiões, o significado de “documento de viagem ou de identidade”, definição que abrange quaisquer documentos que possam ser utilizados para deslocações entre Estados, ou quaisquer documentos normalmente utilizados para estabelecer a identidade num Estado, ao abrigo das leis desse mesmo Estado^[89].

Medidas referentes aos documentos de viagem ou de identidade

Como foi acima dito, nos termos do artigo 12.º devem ser tomadas medidas que assegurem a “qualidade” e a “integridade e segurança” de documentos como os passaportes. A redacção dos

[91] Desenvolvido ao abrigo da Acção Conjunta 98/700/JHA, de 3 de Dezembro de 1998, adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia de 3 de Dezembro de 1998, *Jornal Oficial* L 333, 09/12/1998. Ver site: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33075.htm>.

artigos é bem clara quanto a essas medidas abrangerem elementos técnicos que dificultem a falsificação, produção fraudulenta ou alteração dos documentos, bem como elementos administrativos e securizadores para proteger o processo de produção e emissão contra situações de corrupção, roubo ou outros desvios de documentos^[91]. Estas medidas não acarretam obrigações legislativas directas, excepto talvez na medida em que tipos de documentos como os passaportes são prescritos por lei, lei essa que teria de ser alterada para melhorar as normas ou declarar juridicamente as versões aperfeiçoadas documentos formalmente válidos. De forma indirecta, poder-se-ia ponderar a possibilidade de introduzir infracções suplementares sobre roubo, falsificação e outros procedimentos irregulares em matéria de documentos de viagem ou de identidade, caso não sejam já aplicadas infracções mais gerais.

Várias tecnologias novas e em vias de desenvolvimento apresentam um potencial excelente para criar novos tipos de documentos que identificam de forma única as pessoas e que podem ser lidos por leitores ópticos com rapidez e precisão, sendo difíceis de falsificar por utilizarem informação que está guardada numa base de dados fora do alcance dos infractores em vez de estar na face do próprio documento. A título de exemplo, refira-se o Sistema Europeu de Arquivamento de Imagens (FADO: Documentos Genuínos e Falsos)^[91]. Este sistema permite confrontar rapidamente os documentos com os seus portadores, bem como notificar de forma célere e abrangente os serviços responsáveis pela aplicação da lei ou os serviços de imigração relevantes noutros países participantes, sempre que se detecte o uso indevido de um documento ou um documento fraudulento. Nas negociações do artigo 12.º do Protocolo foi matéria de preocupação os custos e os problemas técnicos com que os países em vias de desenvolvimento se irão provavelmente debater na implementação destes sistemas. O desenvolvimento de sistemas e tecnologias que minimizem o grau de manutenção sofisticada e a quantidade de infra-estruturas de alta tecnologia necessárias para apoiar e manter os referidos sistemas será crucial para o êxito da sua instalação nos países em vias de desenvolvimento, podendo por vezes ser preciso recorrer à assistência técnica nos termos do artigo 30.º da Convenção.

Referências

Protocolo contra a introdução clandestina de migrantes:

- Artigo 2.º (Objecto)
- Artigo 6.º (Criminalização)
- Artigo 14.º n.º 2 (Formação e cooperação técnica)
- Artigo 13.º (Legitimidade e validade dos documentos)

Protocolo contra o tráfico de pessoas:

- Artigo 11.º (Medidas nas fronteiras)
- Artigo 12.º (Segurança e controlo dos documentos)
- Artigo 13.º (Legitimidade e validade dos documentos)
- Artigo 10.º (Intercâmbio de informações e formação)

Outros instrumentos internacionais:

- Directriz N.º 7 (Prevenção do tráfico) das Orientações e Princípios Recomendados em matéria de Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas, Relatório do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos elaborado para o Conselho Económico e Social, aprovado a 20 de Maio de 2002 (United Nations E/2002/68/Add. 1)
- Pontos 8 e 10 das Recomendações da UE na “Declaração de Bruxelas sobre a Prevenção e Luta contra o Tráfico de Seres Humanos” de Setembro de 2002

- Pontos 5 e 12 dos “12 Compromissos da Luta contra o Tráfico de Seres Humanos”, Reunião dos Ministros JAI dos Estados Membros da UE e dos países candidatos, Bruxelas, 2001 (campanhas de prevenção e luta contra os documentos falsos)
- Recomendação n.º 13 da Conferência de Ministros sobre a prevenção da migração ilegal, realizada no âmbito do processo de Budapeste em Praga, 14-15 de Outubro de 1997 (campanhas de informação)
- Proposta para um Plano Global de luta contra a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos na EU, Conselho da Europa, 15 de Fevereiro de 2002, ILE (campanhas de sensibilização do público)
- Ponto 11 das Recomendações da UE na “Declaração de Bruxelas sobre a Prevenção e Luta contra o Tráfico de Seres Humanos” de Setembro de 2002 (controlos administrativos)

Capítulo 6 | **Cooperação e Requisitos Relativos à Assistência**

Disposições relevantes do Protocolo

ARTIGO 7.º | Cooperação

Os Estados Partes cooperarão na medida do possível para prevenir e reprimir o tráfico ilícito de migrantes por via marítima, em conformidade com o direito internacional do mar.

ARTIGO 8.º | Medidas contra o tráfico ilícito de migrantes por via marítima

1. Um Estado Parte que tenha motivos razoáveis para suspeitar que um navio que arvora o seu pavilhão ou que invoca o registo da matrícula neste Estado, sem nacionalidade, ou que apesar de arvorar um pavilhão estrangeiro ou recusar mostrar o seu pavilhão, tem na verdade a nacionalidade do Estado Parte em questão, está a ser utilizado para o tráfico ilícito de migrantes por via marítima, pode pedir o auxílio a outros Estados Partes para pôr termo à utilização do referido navio para esse fim. Os Estados Partes a quem foi solicitado o auxílio deverão prestá-lo na medida do possível tendo em conta os meios de que dispõem.

2. Um Estado Parte que tenha motivos razoáveis para suspeitar que um navio que exerce a liberdade de navegação em conformidade com o direito internacional e arvora o pavilhão ou exhibe sinais de matrícula de outro Estado Parte está a ser utilizado para o tráfico ilícito de migrantes por via marítima pode notificar o Estado do pavilhão, solicitar a confirmação do registo da matrícula e, se este se confirmar, solicitar autorização a esse Estado para tomar as medidas apropriadas relativamente ao navio. O Estado do pavilhão pode, designadamente, autorizar o Estado requerente a:

- A) Entrar a bordo do navio;
- B) Revistar o navio; e
- C) Se forem encontradas provas de que o navio está a ser utilizado para o tráfico ilícito de migrantes por via marítima, tomar as medidas que considere apropriadas relativamente ao navio, às pessoas e à carga que se encontrem a bordo, nos termos em que foi autorizado pelo Estado do pavilhão.

3. Um Estado Parte que tenha tomado qualquer medida em conformidade com o n.º 2 do presente artigo, deverá informar imediatamente o Estado do pavilhão em causa sobre os resultados das referidas medidas.

ARTIGO 8.º | Medidas contra o tráfico ilícito de migrantes por via marítima (continuação)

4. Um Estado Parte deverá responder imediatamente a qualquer pedido de outro Estado Parte com vista a determinar se um navio que invoca o registo da matrícula neste Estado ou arvora o seu pavilhão está autorizado a fazê-lo, bem como a um pedido de autorização efectuado em conformidade com o n.º 2 do presente artigo.

5. O Estado do pavilhão pode, em conformidade com o artigo 7.º do presente Protocolo, fazer depender a sua autorização de condições a acordar com o Estado requerente, nomeadamente condições relativas à responsabilidade e ao alcance das medidas efectivas a tomar. Um Estado Parte não deverá tomar medidas adicionais sem autorização expressa do Estado do pavilhão, excepto aquelas que sejam necessárias para afastar um perigo iminente para a vida das pessoas ou as que resultam de acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis.

6. Cada Estado Parte designa uma ou, se necessário, várias autoridades, para receber e responder a pedidos de auxílio, de confirmação do registo de matrícula ou do direito de uma embarcação arvorar o seu pavilhão e a pedidos de autorização para tomar as medidas apropriadas. Essa designação será notificada pelo Secretário-Geral a todos os outros Estados Partes no prazo de um mês após esta designação.

7. Um Estado Parte que tenha motivos razoáveis para suspeitar que um navio está a ser utilizado para o tráfico ilícito de migrantes por via marítima e não tem nacionalidade ou é equiparado a um navio sem nacionalidade pode entrar a bordo e proceder à busca. Se forem encontradas provas que confirmem a suspeita, esse Estado Parte deverá tomar as medidas apropriadas em conformidade com o direito interno e internacional aplicáveis.

ARTIGO 10.º | Informação

1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 27.º e 28.º da Convenção, os Estados Partes, em especial aqueles que têm fronteiras comuns ou se encontram situados em itinerários utilizados para o tráfico ilícito de migrantes, para atingirem os objectivos do presente Protocolo, trocarão entre si e em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos e administrativos internos, informações relevantes, designadamente sobre:

- A) Os pontos de embarque e de destino, bem como os itinerários, os transportadores e os meios de transporte, dos quais se tem conhecimento ou se suspeita que são utilizados por um grupo criminoso organizado que pratica os actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo;
- B) A identidade e os métodos das organizações ou grupos criminosos organizados dos quais se tem conhecimento ou se suspeita de envolvimento na prática dos actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo;
- C) A autenticidade e as características dos documentos de viagem emitidos por um Estado Parte e o furto ou a utilização indevida de documentos de viagem ou de identidade em branco;
- D) Os meios e métodos de dissimulação e de transporte de pessoas, a modificação, a reprodução ou a aquisição ilícitas ou qualquer outra utilização indevida de documentos de viagem ou de identidade utilizados nos actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo e os meios para os detectar;
- E) Informação relativa à experiência legislativa, bem como práticas e medidas destinadas a prevenir e a combater os actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo; e

ARTIGO 10.º | Informação (continuação)

- F) Questões científicas e tecnológicas úteis para a investigação e a repressão, a fim de reforçar mutuamente a respectiva capacidade de prevenir e detectar os actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo, conduzir investigações sobre esses actos e perseguir judicialmente os seus autores.
2. Um Estado Parte que receba informações, deverá respeitar qualquer pedido do Estado Parte que as tenha transmitido, que sujeite a sua utilização a restrições.

ARTIGO 11.º | Medidas nas fronteiras

1. Sem prejuízo dos compromissos internacionais relativos à liberdade de circulação de pessoas, os Estados Partes deverão reforçar, na medida do possível, os controlos fronteiriços que considerem necessários para prevenir e detectar o tráfico ilícito de migrantes.

[n.º 2 – 4 versam sobre os requisitos e as sanções aplicáveis aos transportadores comerciais de passageiros]

3. —

4. —

5. Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de tomar medidas que permitam, em conformidade com o seu direito interno, recusar a entrada ou anular os vistos de pessoas envolvidas na prática de infracções estabelecidas em conformidade com o presente Protocolo.

6. Sem prejuízo do disposto no artigo 27.º da Convenção, os Estados Partes deverão procurar intensificar a cooperação entre os serviços de controlo de fronteiras, designadamente através da criação e manutenção de canais de comunicação directos.

ARTIGO 13.º | Legitimidade e validade dos documentos

A pedido de outro Estado Parte, um Estado Parte deverá verificar, em conformidade com o seu direito interno e dentro de um prazo razoável, a legitimidade e validade dos documentos de viagem ou de identidade emitidos ou supostamente emitidos em seu nome e de que se suspeita terem sido utilizados para a prática dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo.

ARTIGO 14.º | Formação e cooperação técnica

1. Os Estados Partes deverão assegurar ou reforçar a formação especializada dos funcionários dos serviços de imigração e de outros funcionários competentes para a prevenção dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo e o tratamento humano dos migrantes que foram objecto desses actos, respeitando os direitos que lhes são reconhecidos no presente Protocolo.

2. Os Estados Partes deverão cooperar entre si e com organizações internacionais, organizações não governamentais, outras organizações competentes e outros sectores da sociedade civil, na medida do possível, para assegurar uma formação adequada do pessoal nos respectivos territórios com vista a prevenir, combater e erradicar os actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo e a proteger os direitos dos migrantes que foram objecto desses actos. Essa formação deverá incidir, nomeadamente, sobre:

- A) A melhoria da segurança e da qualidade dos documentos de viagem;

ARTIGO 14.º | Formação e cooperação técnica (continuação)

- B) A identificação e a detecção de documentos de viagem ou de identidade fraudulentos;
 - C) A recolha de informações de carácter criminal e, em especial, sobre a identificação de grupos criminosos organizados dos quais se tem conhecimento ou se suspeita de estarem envolvidos na prática dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo, os métodos utilizados para o transporte de migrantes que são objecto de tráfico ilícito, a utilização indevida de documentos de viagem ou de identidade para a prática dos actos estabelecidos no artigo 6.º e os meios de dissimulação utilizados na introdução clandestina de migrantes;
 - D) A melhoria de procedimentos para a detecção, nos pontos de entrada e de saída tradicionais e não tradicionais, de pessoas objecto de tráfico ilícito; e
 - E) O tratamento humano de migrantes e a protecção dos direitos que lhes são reconhecidos no presente Protocolo.
3. Os Estados Partes que tenham conhecimentos especializados relevantes deverão considerar a possibilidade de prestar assistência técnica aos Estados que são frequentemente países de origem ou de trânsito de pessoas que foram objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo. Os Estados Partes deverão envidar esforços para fornecerem os recursos necessários, tais como veículos, sistemas informáticos e leitores de documentos, para combater os actos estabelecidos no artigo 6.º.

ARTIGO 15.º | Outras medidas de prevenção

1. Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas destinadas a instituir ou a reforçar programas de informação para sensibilizar o público para o facto de os actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo constituírem uma actividade criminosa frequentemente praticada por grupos criminosos organizados com fins lucrativos e que representam um grande risco para os migrantes em questão.
2. Em conformidade com o disposto no artigo 31.º da Convenção, os Estados Partes deverão cooperar no domínio da informação a fim de impedir que potenciais migrantes se tornem vítimas de grupos criminosos organizados.
3. Cada Estado Parte deverá promover ou reforçar, de forma apropriada, programas de desenvolvimento e de cooperação a nível nacional, regional e internacional, tendo em conta as realidades sociais e económicas da migração e prestando especial atenção a zonas económica e socialmente desfavorecidas, de forma a combater as causas profundas da introdução clandestina de migrantes, tais como a pobreza e o subdesenvolvimento.

ARTIGO 17.º | ACORDOS

Os Estados Partes deverão considerar a possibilidade de celebrar acordos bilaterais ou regionais, acordos operacionais ou outras formas de entendimento com o objectivo de:

- A) Estabelecer as medidas mais apropriadas e eficazes para prevenir e combater os actos enunciados no artigo 6.º do presente Protocolo; ou
- B) Desenvolver entre si as disposições constantes do presente Protocolo.

[92] Artigos 27.º (cooperação entre as autoridades responsáveis pela aplicação da lei), 28.º (intercâmbio de informações), 29.º (formação e assistência técnica), 30.º (desenvolvimento económico e outras medidas de assistência técnica) e 31.º (cooperação na prevenção da criminalidade organizada) da Convenção.

[93] Artigos 12.º-13.º (cooperação internacional para efeitos de perda e apreensão), 16.º (extradição), 18.º (auxílio judiciário), 17.º e 21.º (transferência de pessoas condenadas e processos penais) e 24.º (protecção das testemunhas) da Convenção.

ARTIGO 18.º | Regresso de migrantes objecto de tráfico ilícito

1. Cada Estado Parte acorda em facilitar e aceitar, sem demora indevida ou injustificada, o regresso de uma pessoa que foi objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo e que é seu nacional ou que tem o direito de residência permanente no seu território no momento do regresso.

2. Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de facilitar e aceitar, em conformidade com o seu direito interno, o regresso de uma pessoa que tenha sido objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo e que tinha o direito de residência permanente no território do Estado Parte no momento da sua entrada no Estado de acolhimento.

3. A pedido do Estado Parte de acolhimento, um Estado Parte requerido deverá verificar, sem demora indevida ou injustificada, se uma pessoa que foi objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo é nacional desse Estado Parte ou se tem o direito de residência permanente no seu território.

4. A fim de facilitar o regresso de uma pessoa que tenha sido objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo e não possui os documentos devidos, o Estado Parte do qual essa pessoa é nacional ou no qual tem direito de residência permanente deverá aceitar emitir, a pedido do Estado Parte de acolhimento, os documentos de viagem ou qualquer outra autorização que considere necessária para permitir à pessoa viajar e voltar a entrar no seu território.

5. Cada Estado Parte envolvido no regresso de uma pessoa que tenha sido objecto de um acto enunciado no artigo 6.º do presente Protocolo deverá adoptar todas as medidas adequadas para organizar esse regresso de forma ordenada e tendo devidamente em conta a segurança e a dignidade da pessoa.

6. Os Estados Partes podem cooperar com organizações internacionais competentes para a aplicação do presente artigo.

7. O disposto no presente artigo deve ser aplicado sem prejuízo de qualquer direito reconhecido às pessoas que tenham sido objecto dos actos estabelecidos no artigo 6.º do presente Protocolo, nos termos da legislação do Estado Parte de acolhimento.

8. O presente artigo não prejudica as obrigações decorrentes de qualquer outro tratado bilateral ou multilateral ou de qualquer outro acordo operacional aplicável que regule, no todo ou em parte, o regresso das pessoas que tenham sido objecto de um acto estabelecido no artigo 6.º do presente Protocolo.

Principais elementos destes artigos

Importância de considerar conjuntamente os elementos da Convenção e do Protocolo

No geral, o âmbito de cooperação definido ao abrigo da Convenção e dos respectivos Protocolos é regulado pelo âmbito da própria Convenção – são definidas formas genéricas e específicas de cooperação e assistência para a “prevenção, investigação e repressão” das infracções previstas na Convenção e em qualquer um dos Protocolos aplicáveis, sempre que a infracção tenha um carácter transnacional e envolva um grupo criminoso organizado. Na formulação de regras e procedimentos legislativos e administrativos para a cooperação ao abrigo do Protocolo, é importante que a Convenção e o Protocolo sejam lidos em conjunto. A Convenção contém requisitos gerais em matéria de cooperação^[92] entre os Estados Partes, e um conjunto de obrigações centradas em matérias ou formas de cooperação específicas^[93]. É particularmente importante garantir, por um lado, a

[94] Ver, em particular, o artigo 31.º, n.º 7. O artigo 30.º, n.º 2, alínea c), exige contribuições voluntárias para apoiar a implementação, tal como o faz a resolução em que a Assembleia Geral adoptou a Convenção e o Protocolo. Ver GA/RES/55/25 de 15 de Novembro de 2000, parágrafo 9.

[95] Artigo 8.º, n.º 1.

[96] Artigo 8.º n.º 2 e 4.

[97] Artigo 8.º, n.º 3.

[98] Artigo 8.º, n.º 7.

[99] Artigo 11.º, ns.º 1 e 6.

[100] Artigo 12.º.

[101] Artigo 13.º.

[102] Artigo 14.º, n.º 2.

[103] Artigo 14.º, n.º 3.

[104] Artigo 15.º, n.º 3.

consistência das regras e práticas de cooperação ao abrigo da Convenção e do Protocolo e, por outro, que não haja lacunas que possam criar áreas nas quais, se for pedida assistência, não se possa dá-la. Para além das formas de assistência, como o auxílio judiciário, que também podem ser consideradas formas de cooperação, a Convenção também reconhece que muitos países em vias de desenvolvimento irão precisar de tipos de cooperação de carácter mais geral, sob a forma de recursos e conhecimentos especializados técnicos ou outros, se é para eles implementarem plenamente a Convenção e os Protocolos e estarem em condições de prestar assistência ou cooperação, como lhes é exigido depois da entrada em vigor dos instrumentos. Assim, o artigo 29.º da Convenção dispõe sobre a prestação de formação e assistência técnica, e os artigos 30.º e 31.º sobre uma ajuda ao desenvolvimento de carácter mais geral, para ajudar os países em vias de desenvolvimento na implementação da Convenção e no combate às circunstâncias subjacentes que tornam os grupos socialmente marginalizados vulneráveis à criminalidade organizada^[94].

Os domínios específicos nos quais o Protocolo exige alguma forma de cooperação são os seguintes:

- *Assistência nos casos marítimos.* Quando houver suspeita do envolvimento dum navio no auxílio à migração clandestina, os Estados Partes poderão solicitar assistência de carácter geral a outros Estados Partes, tendo em vista o fim da utilização que é dada a esse navio. Essa assistência tem de ser prestada tendo em conta os meios de que dispõe o Estado Parte requerido^[95]. Sempre que, de facto ou aparentemente, o navio estiver registado ou arvorar o pavilhão de um Estado Parte, este último poderá também de ter de autorizar a abordagem, a busca e outras medidas adequadas. Esses pedidos deverão ser analisados e respondidos “imediatamente”^[96]. Por sua vez, o Estado Parte que efectuar a busca no navio deverá “informar imediatamente” o Estado Parte que deu a autorização dos resultados de quaisquer medidas tomadas^[97]. Cada Estado Parte deve designar uma autoridade ou autoridades para receber e responder a pedidos de assistência em casos marítimos^[98].
- *Medidas nas fronteiras.* De um modo geral, os Estados Partes devem reforçar, na medida do possível, os controlos nas fronteiras e considerar a possibilidade de reforçar a cooperação entre os serviços responsáveis pelo controlo das fronteiras, incluindo através da criação de canais directos de comunicação^[99].
- *Documentos de viagem e de identidade.* Os Estados Partes devem assegurar a integridade e segurança dos seus documentos de viagem, o que poderá implicar ter de informar outros Estados Partes sobre medidas adoptadas para tornar os documentos resistentes à falsificação, bem como sobre medidas que podem ser utilizadas para verificar a autenticidade dos mesmos^[100]. Os Estados Partes devem também, a pedido de outro Estado Parte, “verificar dentro de um prazo razoável” a legitimidade e validade dos documentos supostamente por si emitidos^[101].
- *Formação e assistência técnica.* Para além da formação dos seus próprios funcionários, os Estados Partes devem cooperar entre si na formação em matéria de prevenção e luta contra o auxílio à migração clandestina, bem como sobre métodos adequados para lidar com os migrantes introduzidos clandestinamente. A obrigação de cooperar também abarca a cooperação com organizações intergovernamentais e não-governamentais, muitas das quais actuam em domínios relacionados com a migração^[102]. Acrescido ao requisito mais genérico, consagrado nos artigos 29.º-30.º da Convenção, de prestar assistência técnica, o Protocolo também exige que seja dada uma assistência técnica relevante aos países de origem ou de trânsito^[103].
- *Prevenção.* O Protocolo exige que cada Estado Parte promova ou reforce os programas de desenvolvimento que combatem as principais “causas sociais e económicas” da introdução clandestina de migrantes^[104].

[105] Artigo 18.º, n.º 1-4.

[106] Artigo 10.º.

[107] Artigo 17.º.

- *Retorno de migrantes introduzidos clandestinamente.* Regra geral, quando solicitados, os Estados Partes devem aceitar a repatriamento dos seus nacionais e considerar a possibilidade de aceitar aqueles que têm ou tiveram direito de residência. O que significa verificar o estatuto de nacional ou residente sem demora indevida ou injustificada, readmitir a pessoa e, se necessário, dar a essa pessoa quaisquer documentos ou autorizações que sejam necessários para ela poder regressar ao Estado Parte requerido^[105].
- *Intercâmbio de informações.* De acordo com os sistemas jurídicos e administrativos existentes os Estados Partes devem trocar entre si todo um conjunto de tipos de informação, que podem ir desde o material de natureza política ou científica sobre a introdução clandestina e problemas conexos, até a informações mais pormenorizadas sobre os métodos usados pelos auxiliares^[106].
- *Acordos e outras formas de entendimento.* Tal como sucede com a Convenção-mãe, os Estados Partes são encorajados a concluir outros acordos de natureza bilateral ou regional para apoiar formas de cooperação e assistência que podem ser mais vastas do que as exigidas pelo Protocolo^[107].

Meios de implementação destes artigos

As disposições que versam sobre a cooperação e assistência constituem, em geral, matéria para regras e práticas administrativas e não exigirão legislação. Há, no entanto, algumas excepções.

Cooperação e assistência em questões marítimas (artigos 7.º-9.º)

De um modo geral, as informações referentes ao estatuto dos navios e à autorização para abordar e efectuar buscas em navios ancorados no pavilhão de um Estado Parte ou nele registados não exigirão legislação. No entanto, nos casos em que haja limites legais à divulgação da informação, tais como disposições sobre confidencialidade, poderá ser necessário introduzir alterações à legislação. Os órgãos legislativos poderão também querer implementar garantias básicas, análogas às que se aplicam às buscas e apreensões no direito interno, não esquecendo que estas poderão não ser praticáveis em muitos casos marítimos nos quais os navios podem colocar-se fora do alcance do Estado Parte requerente antes de ser concedida autorização para os abordar e efectuar a busca. Uma solução possível poderá ser uma forma de “exigido pelas circunstâncias”, uma norma prática aplicada por alguns países, segundo a qual não é necessária a autorização judicial prévia para poder efectuar uma busca, mas esta em si mesma, o seu resultado e o modo como é executada têm depois de ser submetidos à apreciação de um tribunal. Os redactores que considerarem esta alternativa deveriam ter em conta o artigo 9.º, n.º 2, que prevê indemnizações em caso de busca da qual resultaram danos e que, mais tarde, se revelou ser infundada.

O artigo 8.º, n.º 6, exige que cada Estado Parte designe uma “autoridade central” para tratar dos casos marítimos. Serão necessárias medidas legislativas para criar essa autoridade e dar-lhe os poderes necessários para obter a informação que é preciso para responder a pedidos de outros Estados Partes. A redacção reflecte a intenção dos redactores de que esta e a autoridade criada para tratar dos pedidos de auxílio judiciário nos termos do artigo 8.º, n.º 13, da Convenção sejam uma só, sempre que tal seja possível. Os redactores poderão, no geral, basear-se na legislação que implementa essa disposição como precedente, no caso de ser preciso legislação adicional ao abrigo deste Protocolo. Providenciou-se para que houvesse flexibilidade para criar uma autoridade distinta para tratar dos pedidos ao abrigo do direito marítimo por causa dos diferentes regimes legislativos e administrati-

vos já existentes em alguns países e pelo facto da informação sobre navios não ser geralmente mantida pelos organismos com competências judiciais. Independentemente de se criar ou não uma autoridade distinta, será importante garantir que a agência esteja claramente identificada e seja capaz de obter rapidamente a informação necessária para a transmitir aos Estados Partes requerentes.

Os órgãos legislativos que criarem autoridades distintas deveriam ter em conta que o artigo 8.º, n.º 6, também exige que o Secretário-Geral seja notificado do facto, para que seja possível elaborar e distribuir a todos os Estados Partes uma lista dos pontos de contacto. Os governos que optem por esta solução poderiam também dar outras informações importantes, nomeadamente indicar a(s) língua(s) em que os pedidos podem ser processados. Trata-se de um requisito para as autoridades centrais principais ao abrigo do artigo 18.º, n.º 14, da Convenção, mas no Protocolo não foi incluído um requisito equivalente.

Medidas nas fronteiras (artigo 11.º)

O requisito de reforçar os controlos elementares nas fronteiras não implica forçosamente a cooperação com outros países e essa cooperação ou coordenação dos controlos nas fronteiras, se for caso disso, não exigirá, no geral, legislação. O reforço da cooperação entre serviços e a criação de canais directos de comunicação poderá requerer alguma legislação, ao abrigo da qual se estabeleça que os serviços em causa têm competência para cooperar e autorizar o intercâmbio de informações, que de outro modo estariam protegidas por normas de confidencialidade. Muitas das questões levantadas pela cooperação entre serviços responsáveis pelo controlo das fronteiras serão semelhantes às levantadas pela cooperação entre serviços responsáveis pela aplicação da lei, podendo portanto prever-se o recurso ao artigo 27.º da Convenção, ao Guia legislativo referente a este artigo e à legislação nacional utilizada para implementá-lo.

Documentos de viagem ou identidade (artigos 12.º-13.º)

A criação de formas específicas ou a definição ou alteração de normas técnicas para a elaboração de documentos como os passaportes pode ser matéria para legislação em alguns países. Nesses casos, os legisladores irão precisar, regra geral, de consultar peritos técnicos, a nível nacional ou noutros Estados Partes, a fim de apurar quais as normas fundamentais exequíveis e como devem ser formuladas. Compreender tecnologias como a biometria e a utilização de documentos com informação guardada electronicamente será essencial para a elaboração de normas legais que exigem a utilização de tais tecnologias. Em termos gerais, não será necessário legislar para implementar o requisito que exige a verificação dos documentos de viagem ou de identidade, uma vez que praticamente todos os Estados Partes já o fazem quando solicitados para o efeito, mas talvez sejam precisos recursos ou alterações administrativas para permitir que o processo seja finalizado dentro dos prazos relativamente curtos estipulados no Protocolo.

Assistência técnica, cooperação e formação (artigo 14.º)

A criação de programas para a formação de funcionários nacionais não exigirá, de um modo geral, medidas de natureza legislativa. No entanto, os materiais e o pessoal investidos nessa formação dependerão fortemente da legislação nacional, dos instrumentos internacionais e, em muitos casos, da legislação de outros países com os quais o Estado Parte interessado pode entender ser

[108] Artigo 14.º, n.º 2 e 3, do Protocolo. A título de exemplo, ver também a “Proposta de um Plano Global para combater a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos na EU”, Conselho da Europa, 15 de Fevereiro de 2002, pontos 64 a 66. O ponto 54 sublinha a necessidade destes programas terem em conta as características específicas de cada sistema nacional de formação.

[109] A/55/383/Add. 1, parágrafo 37, que faz referência ao artigo 18.º, n.º 5, da Convenção.

[110] Uma linguagem análoga é também usada no artigo 12.º, n.º 5, do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Componentes e Munições, GA/RES/55/255, anexo.

[111] Sobre as obrigações precisas, ver supra e o artigo 18.º do Protocolo.

[112] Protocolo, artigo 18.º, n.º 8, e as notas para os trabalhos preparatórios, A/55/383/Add. 1, parágrafo 116.

[113] Convenção Internacional sobre a protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, adoptada pela resolução 45/158 da Assembleia Geral de 18 de Dezembro de 1990 (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003). Ver, em particular, o artigo 67.º desse instrumento que apela à cooperação “... com vista à promoção de condições económicas adequadas para... realojamento e para facilitar... uma reintegração social e cultural durável no Estado de origem”.

necessário cooperar com frequência ou regularidade. A cooperação para o desenvolvimento e aplicação de programas de formação e a assistência a outros países, sob a forma de recursos e/ou técnicos especializados, será também importante para garantir uma cooperação eficiente e eficaz com outros Estados Partes na administração dos tratados^[108].

Intercâmbio de informações (artigo 10.º)

À semelhança do que sucede noutros domínios de cooperação, não é provável que o simples intercâmbio de informações requiera medidas legislativas. No entanto, atendendo à natureza de algumas das informações que poderão ser trocadas, talvez seja preciso alterar a regulamentação nacional em matéria de confidencialidade para assegurar que essas informações podem ser divulgadas. Poderá também ser necessário tomar precauções para que, em virtude da divulgação dessa informação, a mesma não venha a ser do conhecimento público. Nas notas para os *trabalhos preparatórios*, refere-se igualmente a necessidade de consultas prévias em alguns casos, em especial antes de se partilhar, de forma espontânea e não solicitada, informação sensível^[109]. Essas modificações poderão exigir que se altere a legislação vigente relativa à comunicação social e ao acesso público à informação, ao sigilo oficial e outra legislação similar de modo a assegurar o equilíbrio apropriado entre sigilo e divulgação. Outra questão que poderá levantar-se em países onde haja obrigações constitucionais ou outras, que impõem a divulgação ao advogado de defesa de informações que possam ilibar o arguido em processos penais, é que a confidencialidade absoluta nem sempre pode ser garantida. Os representantes que negociaram a Convenção alcançaram uma solução de compromisso quanto à forma de abordar este assunto, expressa no artigo 18.º, ns.º 5 e 19. Relativamente às disposições; uma vez confrontados com essa questão, os funcionários poderão querer rever essas disposições e o correspondente Guia legislativo^[110].

Regresso de migrantes objecto de tráfico ilícito (artigo 18.º)

Como foi referido anteriormente, os países devem cooperar na identificação ou determinação do estatuto dos seus nacionais e residentes. Devem cooperar (“facilitar e aceitar”) no regresso de nacionais e considerar a possibilidade de cooperar no regresso daqueles que tenham outro direito de residência que não o de cidadania, incluindo através da emissão dos documentos necessários para permitir a viagem de regresso dessas pessoas dos países onde foram ilegalmente introduzidas^[111]. Na maioria dos países, a conformidade com estes requisitos implicaria, fundamentalmente, a elaboração de instruções administrativas para os funcionários pertinentes e a garantia de que os recursos necessários para prestar a assistência necessária estão disponíveis.

Nalguns países, contudo, poderá ser preciso introduzir alterações legislativas para garantir que os funcionários são obrigados a agir (ou, se for o caso, considerar a possibilidade de agir) em resposta a pedidos, e que possuem a competência necessária para emitir vistos ou outros documentos de viagem em caso de repatriamento de um nacional ou residente. Ao elaborarem tal legislação, os funcionários deveriam ter presente que quaisquer obrigações decorrentes do direito internacional que regula os direitos ou o tratamento de migrantes introduzidos clandestinamente, incluindo as que são aplicáveis aos requerentes de asilo, não são afectadas pelo Protocolo ou pelo facto do país em questão se ter tornado ou ir tornar-se Parte no mesmo^[112]. Os órgãos legislativos poderão também querer consultar as disposições da *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias* (1990)^[113], que inclui medidas que excedem as que são definidas no Protocolo.

[114] A/55/383/Add. 1, parágrafo 11. Ver também o parágrafo 112, que esclarece o significado de “residente permanente”.

[115] A/55/383/Add. 1, parágrafo 113.

O requisito para aceitar o regresso dos nacionais e de considerar aceitar o regresso daqueles que possuem algum direito de residência assenta no estatuto desses indivíduos no momento do regresso, o que levanta a possibilidade desse estatuto poder ser revogado para impedir o seu regresso. Esse problema é abordado no n.º III das Notas aprovadas para os *trabalhos preparatórios*, que afirmam^[114]:

“Os trabalhos preparatórios devem indicar que este artigo se baseia no entendimento de que os Estados Partes não irão privar as pessoas da sua nacionalidade em violação do direito internacional, transformando-as desse modo em apátridas”.

As Notas indicam igualmente que o regresso não deveria ocorrer até ser feita prova da nacionalidade ou de qualquer estatuto de residência^[115].

Sempre que seja viável, os países deveriam igualmente considerar ter formação dirigida aos funcionários que possam vir a estar envolvidos no regresso de migrantes introduzidos clandestinamente, tendo em conta os requisitos do artigo 16.º relativos à preservação e protecção dos seus direitos fundamentais, e o requisito do artigo 18.º, n.º 5, que determina que esse regresso deve envolver quaisquer medidas necessárias para garantir que ele ocorra “de forma ordenada e tendo devidamente em conta a segurança e a dignidade da pessoa”.

Outros acordos e formas de entendimento (artigo 17.º)

Tal como sucede com a Convenção-mãe, o objectivo do Protocolo é estabelecer uma norma global mínima para diversas medidas relacionadas com a introdução clandestina de migrantes, o seu regresso e outros problemas conexos. Os redactores previram especificamente a possibilidade de alguns países pretenderem avançar com medidas mais elaboradas, em particular para resolver problemas que surgiram ou que só são considerados particularmente graves em contextos bilaterais ou regionais. Dois Estados Partes com um problema específico de introdução clandestina de migrantes nas suas fronteiras poderão entender ser adequado celebrar um acordo bilateral ou outro tipo de entendimento para facilitar a cooperação entre ambos, por exemplo. Ou países com sistemas jurídicos análogos, como sucede na Europa, poderão adoptar procedimentos simplificados para beneficiarem dessa vantagem. Os requisitos legais ou legislativos para implementar essa disposição (que não é obrigatória) variarão de país para país. Nalguns casos, será necessária competência legislativa ou executiva para encetar discussões ou negociações, enquanto que noutros só será preciso recorrer à legislação para ratificar ou adoptar o tratado final ou para o implementar no direito interno. A expressão “acordos ou acordos operacionais” é usada para garantir a inclusão de alternativas que abrangem tratados formais, acordos ou outras formas de entendimento menos formais.

Referências

Protocolo contra a introdução clandestina de migrantes:

- Artigo 2.º (Objecto)
- Artigos 7.º-9.º (Disposições relativas ao tráfico ilícito de migrantes por via marítima)
- Artigo 10.º (Intercâmbio de informações)
- Artigo 11.º (Medidas nas fronteiras)
- Artigos 12.º-13.º (Documentos de viagem e identidade)
- Artigo 14.º (Formação e cooperação técnica)

- Artigo 15.º, n.º 3 (Prevenção)
- Artigo 17.º (Outros acordos e formas de entendimento)
- Artigo 18.º (Regresso de migrantes objecto de tráfico ilícito e residentes ilegais)

Protocolo contra o tráfico de pessoas:

- Artigo 11.º (Medidas nas fronteiras)
- Artigo 10.º (Intercâmbio de informações e formação)
- Artigo 8.º (Repatriamento das vítimas)

Convenção contra a criminalidade organizada transnacional:

- Artigo 11.º (Procedimentos judiciais, julgamento e sanções)
- Artigos 12.º-13.º (Cooperação na apreensão do produto das infracções e instrumentos utilizados por grupos criminosos organizados)
- Artigo 16.º (Extradição de infractores)
- Artigo 18.º (Auxílio judiciário)
- Artigos 17.º e 21.º (Transferência de processos penais e pessoas condenadas)
- Artigo 24.º (Cooperação na protecção das testemunhas)
- Artigo 27.º (Cooperação entre as autoridades competentes para a aplicação da lei)
- Artigo 28.º (Intercâmbio de informações)
- Artigo 29.º (Formação e assistência técnica)
- Artigo 30.º (Desenvolvimento económico e outra assistência)
- Artigo 31.º (Cooperação na prevenção da criminalidade organizada)

Outros instrumentos internacionais:

- Directriz n.º 11 (*Cooperação e coordenação entre Estados e regiões*) das Orientações e Princípios Recomendados em matéria de Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas, Relatório do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos elaborado para o Conselho Económico e Social, aprovado a 20 de Maio de 2002 (United Nations E/2002/68/Add. 1)
- Ponto 5 em “12 Compromissos na luta contra o tráfico de seres humanos”, Reunião dos Ministros JAI da UE e dos países candidatos, Bruxelas, 2001 (Cooperação)
- Recomendação n.º 14 da Conferência de Ministros sobre a Prevenção da Migração Ilegal, realizada no âmbito do Processo de Budapeste em Praga, 14-15 de Outubro de 1997 (Cooperação relativa às práticas eficazes de controlo)
- Recomendação n.º 17 da Conferência de Ministros sobre a Prevenção da Migração Ilegal, realizada no âmbito do Processo de Budapeste em Praga, 14-15 de Outubro de 1997 (Formação)
- Programa de Acção adoptado na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, 5-13 de Setembro de 1994, artigos 10.º, n.º 1, e 10.º, n.º 2, alínea a); Declaração de Banguecoque sobre Migração Irregular, 26 de Fevereiro de 1999 (ajuda ao desenvolvimento)
- Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, adoptada pela resolução 45/158 da Assembleia Geral de 18 de Dezembro de 1990 (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003)
- Proposta para um Plano Global de luta contra a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos na UE, Conselho da Europa, 15 de Fevereiro de 2002, II.E (pontos 64-66)
- Recomendação 1467 (2000) do Conselho da Europa, “Imigração clandestina e a luta contra os traficantes”, ponto 11.

EDITOR

Centro das Nações Unidas para a Prevenção Internacional do Crime

Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação
Ministério da Justiça

Rua Sousa Martins, 21, 6.º e 7.º

1050-217 Lisboa

www.griec.mj.pt

TRADUÇÃO

Raquel Tavares

Gabinete de Documentação e Direito Comparado
Procuradoria-Geral da República

TÍTULO ORIGINAL

Legislative Guide for the Implementation of the Protocol
against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the
United Nations Convention against Transnational Organized Crime

DESIGN GRÁFICO

José Brandão / Paulo Falardo

[Atelier B2]

IMPRESSÃO

Rainho & Neves, Lda. / Santa Maria da Feira

ISBN

972-99054-1-X

DEPÓSITO LEGAL

201971/03

PRIMEIRA EDIÇÃO

Novembro 2003