



Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

**O SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
DE CONDENADOS POR CRIMES CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO
SEXUAL E A LIBERDADE SEXUAL DE MENOR**

CONSIDERAÇÕES AO ANEXO I DA LEI N.º 103/2015 DE 24 AGOSTO

Ariana Barros Trévidic Nunes

Dissertação do 2º Ciclo de Estudos
conducente ao grau de Mestre em Direito Forense

Trabalho realizado sob a orientação do
Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Agosto de 2015.

À minha Mãe e ao meu Pai.

Ao meu Irmão e à Júlia.

Às meninas.

Às nossas crianças:

“Do mesmo modo que no início da primavera todas as folhas têm a mesma cor e quase a mesma forma, nós também, na nossa tenra infância, somos todos semelhantes e, portanto, perfeitamente harmonizados.”

Arthur Schopenhauer

Nota prévia

O trabalho académico que agora se apresenta traduz uma investigação e estudo da temática do sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, realizado no âmbito do Mestrado Forense da Faculdade de Direito - Escola de Lisboa, da Universidade Católica.

Para o mesmo, em muito contribui o Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva, a quem agradeço os ensinamentos transmitidos, a dedicação, a paciência e o sentido prático.

Mais agradeço à Universidade Católica Portuguesa por toda a formação e oportunidades, aos Professores e aos meus colegas.

Índice

Introdução	5
I. Enquadramento legal	7
1.1. A Convenção de Lanzarote	10
1.2. A Diretiva 2011/93/UE	15
II. Síntese comparativa	19
2.1. O sistema de registo norte-americano	19
2.2. O sistema de registo inglês	25
2.3. O sistema de registo francês	29
III. O Anexo I da Lei N.º 103/2015	32
3.1. O bem jurídico tutelado	33
3.1.1. Os crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor e as alterações introduzidas pela Lei N.º 103/2015	34
3.2. O regime jurídico	39
3.2.1. A questão do acesso	45
3.2.2. A questão do prazo	48
3.3. A natureza jurídica do registo	49
Conclusão	51
Bibliografia	52

Introdução

A criação de um sistema de registo de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, anunciada aquando da abertura do corrente ano judicial de 2014 pela Ministra da Justiça, afigura-se desde logo como uma medida totalmente inovadora no nosso ordenamento jurídico, dando desta forma o mote à construção dogmática.

Neste sentido se decidiu pela escolha do tema da presente dissertação, procurando-se *prima facie* compreender a *ratio* da intenção legislativa e aferir se uma medida desta natureza se concilia com o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais inerentes ao Estado de direito democrático.

Visando a transposição para o nosso ordenamento jurídico da Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; e dando cumprimento ao compromisso internacional a que o Estado Português se vinculou com a adesão à Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, lançaram-se as bases para a inserção de um capítulo dedicado ao enquadramento legal da referida medida.

Porque inexistente um estudo acerca do impacto que a criação de um sistema de registo de condenados por crimes sexuais contra menores pode vir a ter no nosso ordenamento jurídico; e porque a mesma se inspirou nas “*experiências consolidadas*” de outros ordenamentos jurídicos, decidimos por um capítulo adstrito ao conhecimento dos sistemas de registo norte-americano, inglês e francês.

Chegados aqui, debruçamo-nos sobre o “*sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor*”, anexado à Lei N.º 103/2015 de 24 de agosto.

Constituindo este o objeto central da presente dissertação, tornou-se imperiosa a apreciação do bem jurídico que o legislador especialmente quis proteger com a introdução desta medida; confrontando a lei em vigor com as alterações introduzidas pela Trigésima Nona alteração ao Código Penal; e por fim referimo-nos ao regime jurídico estabelecido, tratando em especial, por mais controvérsia oferecerem, a questão do acesso e a questão do prazo.

Em relação à natureza jurídica do registo, atendeu-se aos efeitos preconizados pelo mesmo e discutiu-se a sua qualificação enquanto pena acessória ou enquanto medida de segurança.

Por último, sublinhamos que não pudemos deixar de apreciar a constitucionalidade do Anexo I da Lei N.º 103/2015.

I. Enquadramento legal

A criação de um sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menores inicialmente previsto no Anexo I a que se refere o artigo 4.º da Proposta de Lei N.º 305/XII – sob a epígrafe “*Sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menores*” – encontra fundamento no cumprimento das obrigações assumidas por Portugal com a ratificação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais assinada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007.

De acordo com a exposição de motivos da Proposta de Lei N.º 305/XII, a criação deste sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menores baseia-se ainda na Resolução 1733 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa aprovada em 21 de maio de 2010; e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2011/93/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil ¹, que substitui a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003.

De acordo com a exposição de motivos, este instrumento apela “*a um reforço das medidas contra os criminosos sexuais, entre as quais figura a introdução no ordenamento jurídico de um registo de condenados por crimes sexuais de forma a criar uma base de dados que permita o intercâmbio de informação entre autoridades, em conformidade com o princípio da proporcionalidade e os preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”.

No que concerne ao estatuído no Resolução 1773, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, convida as Partes à adoção de medidas destinadas à prevenção da exploração e dos abusos sexuais ², em conformidade com o seu direito interno e em respeito pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em particular pelo artigo

¹ A qual deveria ter sido transposta pelo Estado Português até 18 de dezembro de 2013.

² Assim no ponto 16. da Resolução 1733 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa: “16. Consequently, the Assembly does not support the introduction of a Europe-wide sex offenders register but calls on member states to take effective national measures to prevent sexual offences and, in particular, to: 16.1. evaluate their respective legal frameworks to assess whether they provide appropriate safeguards against sexual offences and, if necessary, amend their legislation in order to create a comprehensive system to manage sex offenders; 16.2. introduce, as part of their national system, in accordance with the provisions of the European Convention on Human Rights and, in particular, in compliance with the principle of proportionality, a sex offenders register which contains accurate and regularly updated information on persons convicted of such offences in order to produce a central file allowing an exchange of information between entitled authorities, as strictly defined by law.

8.º, n.º 1, que assegura a qualquer pessoa o direito ao respeito da sua vida privada e familiar.

Importa precisar que o texto da dita Resolução limita-se a reconhecer o papel-chave que um sistema de registo pode desempenhar na monitorização dos condenados por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores, enquanto parte de um programa mais geral de gestão de agressores sexuais, enfatizando que as medidas adotadas devem respeitar integralmente os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Estes dois instrumentos de ordem jurídica internacional aproximam-se no âmbito de intervenção e expressam ambos o objetivo geral da política do Conselho da Europa no domínio da proteção dos menores contra a exploração e o abuso sexual, constituindo a base legal a que o Estado Português enquanto membro dessa organização internacional, se encontra vinculado nos termos do artigo 8.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, a nossa Constituição estabeleceu um regime de receção automática mas condicionada das normas de Direito Internacional Público convencional, exigindo que tais textos constantes de convenções internacionais tenham sido regularmente ratificados e aprovados por Portugal, entrando em vigor na ordem jurídica interna após a sua publicação oficial.

Pela via do artigo 8.º, n.º 4 da Constituição, a Lei N.º 103/2015 transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2011/93/UE.

Neste sentido, cumpre referir que o primado do direito da União Europeia sobre o direito interno dos Estados-Membros está condicionado pela “*reserva constitucional de respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”³. Esta reserva constitucional torna claro que o princípio do primado do direito da União Europeia está limitado por um núcleo essencial da Constituição, que se manifesta em princípios do Estado de direito democrático que funcionarão como uma “*espécie de reserva de ordem pública constitucional*” contra eventuais preceitos ou disposições do direito da União aniquiladores, nomeadamente e para o que aqui importa, de direitos fundamentais.

Embora não contemplando expressamente a criação deste registo de identificação criminal de condenados por crimes sexuais contra menores, outros diplomas ao nível

³ Artigo 8.º, n.º 4, *in fine* da CRP.

internacional prosseguem igualmente as finalidades comuns de proteção das crianças contra a exploração e os abusos sexuais, centrados nomeadamente nos aspetos relacionados com a prevenção, a proteção e em matéria de luta contra todas as formas de exploração sexual e de abusos sexuais de crianças.

No âmbito da Organização das Nações Unidas é de referir a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças ⁴, em particular o seu artigo 34.º que estabelece que os Estados se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e de violência sexuais. Adicionalmente à Convenção foi ainda aprovado o Protocolo Facultativo relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil.

No âmbito do Conselho da Europa assumem ainda importância a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) a qual dispõe no seu artigo 5.º que toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Também a Carta Social Europeia (1996) prevê no ponto 7. (Parte I) que “*as crianças e os adolescentes têm direito a uma proteção especial contra os perigos físicos e morais a que se encontram expostos*”.

A União Europeia assume como uma das suas bandeiras a proteção dos direitos das crianças ⁵ e promove como valores “*a proteção dos direitos do Homem, em especial os da criança*”. No artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia, a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, segundo a qual, “*as crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar*” ⁶, bem como, “*todos os actos relativos às crianças, praticados por entidades públicas ou por instituições privadas, deverão ter como preocupação primordial o superior interesse da criança.*” ⁷.

No âmbito do direito interno, a criação do sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, surgiu nos moldes definidos pelo Anexo I da Lei N.º 103/2015, publicada no Diário da República – 1.ª série – N.º 164 – 24 de agosto de 2015.

⁴ Adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas a 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Estado português através da Resolução da Assembleia da República N.º 20/90, de 12 de setembro, e do Decreto do Presidente da República N.º 49/90, de 12 de setembro.

⁵ Veja-se o artigo 3.º, n.º 3 e 5 do TUE.

⁶ Artigo 24.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁷ Artigo 24.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

1.1.A Convenção de Lanzarote ⁸

A Convenção de Lanzarote nasceu da necessidade de existência de um instrumento de Direito Internacional Público de dimensão global centrado nas questões atinentes à prevenção, proteção e ao direito penal em matéria de luta contra todas as formas de exploração sexual e de abusos sexuais de crianças.

Foi com esta finalidade que logo no seu artigo 1.º a Convenção definiu como objetivos, a prevenção e combate à exploração sexual e aos abusos sexuais, a proteção dos direitos das crianças vítimas de exploração sexual e abusos sexuais e a promoção da cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e os abusos sexuais.

Para efeitos da Convenção de Lanzarote é considerada criança “*qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos*” ⁹ e constituem condutas subsumíveis à exploração sexual e abusos sexuais de crianças “*os comportamentos referidos nos artigos. 18.º a 23.º*” ¹⁰. Tratando ainda das definições da Convenção de Lanzarote é considerada vítima “*qualquer criança vítima de exploração e de abusos sexuais*” ¹¹, cujas condutas do ponto de vista técnico-jurídico suscetíveis de integrarem esse fenómeno, passamos a expor.

Assim, no artigo 18.º da Convenção de Lanzarote, sob a epígrafe “*Abusos Sexuais*”, as Partes devem tomar medidas para qualificar como infração penal os seguintes comportamentos dolosos:

- i) a prática de ato sexual com criança que, nos termos da legislação interna, não tenha atingido a idade legal para o efeito, exceto nos atos praticados entre menores;
- ii) a prática de ato sexual por meio de coação, violência ou ameaça;
- iii) a prática de ato sexual abusando da reconhecida posição de confiança, autoridade ou influência sobre a criança, incluindo o ambiente familiar; e
- iv) a prática de ato sexual abusando de uma situação de particular vulnerabilidade da criança, nomeadamente devido a incapacidade mental ou física ou a uma situação de dependência.

⁸ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2012.

⁹ Artigo 3.º a) da Convenção de Lanzarote.

¹⁰ Artigo 3.º b) da Convenção de Lanzarote.

¹¹ Artigo 3.º c) da Convenção de Lanzarote.

Quanto à prostituição de menores – *“utilização de criança para atividades sexuais, oferecendo ou prometendo dinheiro ou qualquer outra forma de remuneração, pagamento, promessa ou vantagem feita à criança ou a terceiro”*– segundo o artigo 19.º, n.º 1, devem ser tipificados como crimes os seguintes comportamentos dolosos:

i) o recrutamento de uma criança para que ela se dedique à prostituição ou de favorecer a participação de uma criança na prostituição;

ii) a coação de uma criança a dedicar-se à prostituição, ou tirar proveito dessa atividade ou, por qualquer outra forma, explorar uma criança para tais fins; e

iii) o recurso à prostituição de uma criança.

A pornografia de menores – que designa *“todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais”* - é regulada nos termos do artigo 20.º o qual prevê deverem ser tipificados criminalmente os subsequentes comportamentos dolosos:

i) a produção de pornografia de menores;

ii) a oferta ou disponibilização de pornografia de menores;

iii) a difusão ou transmissão de pornografia de menores;

iv) a procura para si ou para outrem de pornografia de menores;

v) a posse de pornografia de menores; e

vi) o facto de aceder, conscientemente, através de tecnologias de comunicação e informação a pornografia de menores.

Nos termos do artigo 21.º, tipificam-se infrações penais relativas à participação de crianças em espetáculos pornográficos, consubstanciados nos seguintes comportamentos:

i) o recrutamento de uma criança para que participe em espetáculos pornográficos ou favorecer a participação de uma criança em tais espetáculos;

ii) a coação de uma criança a participar em espetáculos pornográficos ou tirar proveito dessa situação ou, por qualquer forma, exploração de uma criança para tais fins; e

iii) a assistência consciente a espetáculos pornográficos envolvendo a participação de crianças.

A corrupção de menores é objeto de normativo especial, o artigo 22.º, no qual se estabelece que cada Parte tomará medidas legislativas ou outras para qualificar como infração penal o fato doloso de forçar uma criança com fins sexuais a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais, mesmo que neles não participe.

De igual modo, nos termos do artigo 23.º, as Parte se obrigam a legislar no sentido de tipificar como crime a abordagem de crianças para fins sexuais através de tecnologias de informação e comunicação.

Neste sentido, tanto a cumplicidade como a tentativa, segundo a previsão normativa do artigo 24.º, devem ser penalmente punidas nas legislações internas das Partes desde que os factos que as integram sejam cometidos dolosamente.

Refira-se ainda a inserção de um capítulo dedicado a medidas preventivas, o qual disciplina genericamente as medidas legislativas ou outras que cada parte deve adotar tendo em vista a concretização da Convenção ¹².

Neste sentido se ocupam os artigos. 5.º a 9.º, em que cumpre desde logo assinalar o artigo 5.º, particularmente a norma ínsita no seu n.º 3.º, pois aí se estabelece, para obviar a situações de grande alarde e mesmo indignação social a que por vezes se assiste, que cada Parte tomará as necessárias medidas por forma a garantir que os candidatos a profissões que impliquem contatos regulares com crianças não tenham sido anteriormente condenadas por atos de exploração ou abuso sexual de crianças ¹³.

O artigo 7.º sob a epígrafe “*Programas ou medidas de intervenção*”, desviando o foco da vítima para o agente do crime, introduz um importante preceito no domínio da prevenção, ao determinar que “*cada Parte garante que as pessoas que receiam poder cometer qualquer das infrações penais previstas na presente Convenção possam aceder, se necessário, a programas ou medidas de intervenção eficazes destinados a avaliar e prevenir os riscos de prática de tais actos*”.

Como medida preventiva da exploração sexual e de abusos sexuais de crianças, embora sistematicamente enquadrada noutra capítulo, surge o registo e armazenamento

¹² Foi esta a vontade expressa no artigo 4.º da Convenção de Lanzarote.

¹³ Note-se que o ordenamento jurídico já incorpora legislação nesse sentido - Lei N.º 113/2009.

de dados nacionais sobre pessoas condenadas por infrações penais de natureza sexual. Estatui o artigo 37.º da Convenção que as Partes tomarão medidas, em conformidade com as disposições legais relevantes sobre a proteção de dados de carácter pessoal e com as regras e garantias do direito interno, no sentido de coligir e armazenar dados relativos à identidade e ao perfil genético de pessoas condenadas por infrações penais previstas na Convenção. Nos termos do n.º 2 do artigo supra citado, cada Parte comunica ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, aquando da assinatura ou depósito do seu instrumento de ratificação, o nome e a morada de uma autoridade nacional única responsável por coligir e armazenar os dados que, segundo o n.º 3 do mesmo artigo, podem ser transmitidos a autoridade competente de outra Parte, em conformidade com as condições estabelecidas no seu direito interno e em instrumentos internacionais relevantes.

Muito se tem dito acerca da adesão do Estado Português à Convenção de Lanzarote e das consequências da sua vinculação, quer no plano do direito interno, quer no plano do direito internacional ¹⁴.

Ora, essa preocupação no cumprimento das obrigações internacionais a que o Estado Português se encontra vinculado, bem patente na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 305/XII, necessita de precisão no seu sentido e alcance.

De acordo com o artigo 48.º da Convenção, nenhuma reserva pode ser formulada relativamente a qualquer disposição da presente Convenção, com excepção das reservas expressamente previstas. Neste sentido, a reserva é uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou uma designação, feita por um Estado quando ratifica, aceita ou aprova uma convenção, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições da convenção na sua aplicação a este Estado. Ora, quer dos trabalhos desenvolvidos na Assembleia da República quer do Parecer elaborado pela Comissão de Negócios Estrangeiros e Comunidades Portuguesas, retira-se uma adesão integral e sem reservas do Estado Português à Convenção de Lanzarote.

¹⁴ Como ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira: *“O facto de o Estado não poder cumprir as obrigações internacionais a que se comprometeu por via de convenção, por motivo de inconstitucionalidade desta, não o exime da responsabilidade internacional pelo mesmo incumprimento.”* Como veremos, a questão não se chega a equacionar, pois a hipótese aqui prevista parte do pressuposto de que as normas a que o Estado se vinculou internacionalmente ferem a Constituição, razão pela qual, ao desaplicá-las, o Estado entraria em incumprimento no plano internacional.

Se é unívoca a adesão à Convenção de Lanzarote e consequentemente ao estatuído, nomeadamente, no artigo 37.º, será igualmente pacífico dizer que, no que concerne à criação do registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores, os moldes em que o mesmo se fará se encontra na margem de discricionariedade dos Estados, e de acordo com a própria letra do referido preceito “*em conformidade com as disposições legais relevantes sobre a protecção de dados de carácter pessoal e com as regras e garantias apropriadas previstas no direito interno*”.

Veja-se o Relatório Explicativo da Convenção de Lanzarote do Conselho da Europa, de acordo com o qual o objetivo foi, como já se disse, conceder às Partes margem de discricionariedade no cumprimento desta obrigação.

Resulta igualmente do Relatório Explicativo da Convenção de Lanzarote que o artigo 37.º não impõe a criação de uma base de dados ¹⁵ e que atendendo à sensibilidade que encerra o registo e o armazenamento de dados relativos “*à identidade e ao perfil genético (ADN)*” de pessoas condenadas por crimes contra a liberdade sexual e a autodeterminação sexual de menores, os mesmos devem ser :

- i) obtidos e processados de forma legítima;
- ii) registados para fins específicos e legítimos, sem utilização contrária a essas finalidades;
- iii) adequados, relevantes e não excessivos, em relação aos fins do sistema de registo;
- iv) devendo ser precisos e quando necessário, atualizados; e
- v) proceder-se à sua guarda por forma a que permita a identificação pelo tempo estritamente indispensável para o fim que justificou a sua guarda e de acordo com as medidas de segurança específicas que se justifiquem ¹⁶.

Como bem se observa, são manifestas as preocupações da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em assegurar o respeito pelo princípio da

¹⁵ Assim se diz no Relatório Explicativo da Convenção de Lanzarote: “245. Article 37 does not impose the establishment of a “database”, still less a single database. The data in question and the past history of the persons concerned may therefore very well be included in separate databases. This means it is also possible for information about sex offenders to exist in databases that do not necessarily contain only information about such offenders.”

¹⁶ Vide ponto 257. do Relatório Explicativo da Convenção de Lanzarote.

legalidade e pelo princípio da proporcionalidade nas suas vertentes de necessidade, adequação e racionalidade.

Neste sentido, a *ratio* do artigo 37.º da Convenção de Lanzarote assenta nas seguintes considerações:

- em ser assegurada a guarda e o registo de dados de identidade e perfil genético de condenados por crimes previstos e punidos pela Convenção, a estabelecer com a maior flexibilidade possível por cada Estado signatário, a qual não obriga o estabelecimento de uma base de dados, em respeito pela legislação interna em matéria de proteção de dados pessoais;

- em ser estabelecida a troca de dados de informação pertinente entre os Estados signatários da Convenção relativamente à identidade e perfil genético de agressores sexuais.

Em face do exposto, podemos concluir que o Estado Português se vinculou internacionalmente a criar um registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menores, mas que esta vinculação, por forma a dar cumprimento ao compromisso internacional, não terá de ser nos moldes previstos no Anexo I da Lei N.º 103/2015.

1.2.A Diretiva 2011/93/UE

A Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, prossegue a estratégia da União Europeia na prevenção e no combate aos crimes sexuais contra as crianças, estabelecendo “regras mínimas” relativas à definição dos crimes e sanções no domínio do abuso sexual e da exploração sexual de crianças, da pornografia infantil e do aliciamento de crianças para fins sexuais. Pode desde logo afirmar-se que um dos objetivos primordiais da Diretiva foi harmonizar a política de combate a este tipo de criminalidade nos Estados-membros, mormente no que respeita à coerência das penas a aplicar por cada um desses Estados, propondo a medida da pena ¹⁷.

¹⁷ Considerando 11 da Diretiva.

No seu artigo 1.º a Diretiva 2011/93/UE estabelece ainda a introdução de disposições para reforçar a prevenção desse tipo de crimes e a proteção das suas vítimas.

Do ponto de vista material, a Diretiva 2011/93/UE define vinte crimes divididos em quatro grandes categorias:

i) o abuso sexual – tais como a prática de atos com uma criança que não tenha atingido a maioridade sexual ou forçá-la a submeter-se a tais atos com outra pessoa;

ii) a exploração sexual – como por exemplo, coagir uma criança a participar em prostituição ou em espetáculos pornográficos;

iii) a pornografia infantil – possuir, aceder, distribuir e fornecer e produzir pornografia infantil; e

iv) o aliciamento de crianças por via eletrónica para fins sexuais – propor na Internet um encontro com uma criança com o intuito de cometer abusos sexuais, bem como instigá-la, pelo mesmo meio, a fornecer material pornográfico representando essa criança.¹⁸

Prosseguindo os objetivos da União Europeia, a Diretiva 2011/93/UE impõe que as *“formas graves de abuso sexual e de exploração sexual de crianças deverão ser penalizadas de forma eficaz, proporcionada e dissuasiva”*, devendo ser aplicada a pena máxima de prisão prevista nesta diretiva (não menos de 10 anos de prisão) *“pelo menos, aos comportamentos mais graves que integram esses crimes”*, podendo ser privilegiado o princípio segundo o qual é permitido aos Estados-Membros *“combinar, tendo em conta a legislação nacional, as penas de prisão previstas na sua legislação para esses crimes”*.

Numa perspetiva de prevenção da reincidência, a Diretiva 2011/93/UE introduziu disposições acerca de atividades profissionais em contato com crianças. Como tal, prevê a Diretiva que as pessoas condenadas por um dos crimes definidos nos seus artigos 3.º a 6.º devam ser impedidas de exercer atividades que impliquem contatos diretos e regulares com crianças.

¹⁸Respetivamente artigos. 3.º, 4.º, 5.º e 6.º da Diretiva 2011/93/UE.

Prevê-se ainda um alargamento da competência jurisdicional dos Estados-Membros como medida de combate ao turismo sexual. Assim, além da sua própria competência, quando um crime é cometido no seu território ou por um dos seus nacionais, os Estados-Membros podem alargar as suas competências aos crimes cometidos no estrangeiro quando o autor reside habitualmente no seu território ou se o crime tiver sido cometido em benefício de uma pessoa coletiva estabelecida no seu território ou ainda quando a vítima for um dos seus nacionais.

Em conformidade com as disposições previstas pela Diretiva relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal ¹⁹, a Diretiva 2011/93/UE estabelece no seu artigo 18.º e seguintes, a obrigação de prestar assistência e ajuda às vítimas antes, durante e após a conclusão do processo penal. As crianças vítimas de abuso sexual, de exploração sexual ou de pornografia infantil são consideradas vítima particularmente vulneráveis e devem ser tratadas da forma mais adequada à sua situação.

Ainda no domínio da prevenção, a Diretiva recomenda que sejam disponibilizados às pessoas condenadas ou acusadas de crimes sexuais contra as crianças, programas específicos destinados a reduzir os riscos de reincidência, determinando que as mesmas também devem ser avaliadas por forma a averiguar o perigo que representam e os riscos de reincidência.

No que concerne à matéria da criação de um sistema de registo de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor no seu Considerando 43 a Diretiva 2011/93/UE toma uma posição clara sobre a questão. Como tal, *“os Estados-membros podem considerar a adopção de outras medidas administrativas aplicáveis aos infractores, como o registo de pessoas condenadas pelos crimes previstos na presente directiva em registos de autores de crimes sexuais”*. Mais acrescenta, *“o acesso a esses registos deverá ser sujeito a uma limitação, de acordo com os princípios constitucionais nacionais e com as normas em vigor aplicáveis em matéria de proteção de dados, por exemplo limitando o seu acesso às autoridades judiciais e/ou policiais”*.

Como já foi referido, o primado do direito da União está condicionado pela reserva constitucional de respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, o que significa que, no caso de conflito entre normas de direito da União e

¹⁹ Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho de 15 de março de 2001.

normas de direito interno do Estado-Membro, o Tribunal de Justiça da União Europeia preconizou o entendimento que o direito da União cede perante disposições internas que sejam mais favoráveis aos direitos fundamentais dos cidadãos ²⁰.

Não será contudo necessário equacionar a questão nesses moldes. De acordo com o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, as diretivas enquanto direito da União “*vinculam o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*”. Neste sentido, as diretivas carecem de intervenção dos Estados-Membros para produzir os seus efeitos, os quais gozam do poder discricionário de escolher a forma e os meios de se alcançar o resultado prescrito na diretiva.

Concretizando, o resultado a alcançar da Diretiva 2011/93/UE é a prevenção e o combate ao abuso sexual e à exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, assumindo a criação de um sistema de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menores, o papel de uma medida facultativa a adotar no âmbito da discricionariedade de cada Estado-membro em conformidade com o seu direito interno.

Em conclusão, pode dizer-se que na constante evolução legislativa, o legislador nacional tem procurado harmonizar-se com as opções político-criminais determinadas em função dos compromissos assumidos no quadro do direito da União Europeia e do direito internacional, mas por outro, “*passou a haver um certo aproveitamento político – alheio a considerações político-criminais – dos instrumentos de direito europeu e internacional. Tais instrumentos acabam mesmo por ser “úteis” ao legislador nacional, e por servir propósitos neo-criminalizadores nacionais, indo além da vinculação mínima do Estado e indo mesmo além da vinculação máxima*”²¹.

²⁰ Jurisprudência do TJUE nos casos *Stauder*, *InternationaleHandelsgesellschaft*, *Nold* e *Wachauf*.

²¹ Antunes, Maria João, *Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores*, p. 156.

II. Síntese comparativa²²

A inserção de um capítulo dedicado ao conhecimento de ordens jurídicas estrangeiras assume especial relevância na temática em apreço pela própria função realista do Direito Comparado, em que a investigação pode dirigir-se a finalidades utilitárias relativas ao direito nacional, propiciando a interpretação de normas jurídicas, *maxime* quando tenham sido inspiradas em estudos comparativos^{23, 24}.

Na família de *commonlaw*, abordar-se-á, em primeiro lugar o direito dos Estados Unidos da América - pioneiro na criação de um sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores²⁵ - seguindo-se o direito inglês, génese de todos os da mesma família²⁶.

Na família romano-germânica atender-se-á à experiência do direito francês.

2.1.O sistema de registo norte-americano

Em 1947 a Califórnia tornou-se o primeiro Estado norte-americano a implementar um sistema de registo de agressores sexuais que impunha aos condenados a obrigação de fornecer às autoridades policiais locais o seu local de residência e a apresentação anual por altura do seu aniversário²⁷.

A popularidade desta medida ao nível da prevenção da reincidência e na manutenção da segurança pública²⁸ levou a que, rapidamente, vários Estados adotassem

²² Não se pretende aqui proceder a uma análise comparatística de outros sistemas jurídicos, a qual tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes, mas tão-somente o simples conhecimento de direitos estrangeiros, que se distingue pela utilização do método comparativo e pela apresentação de conclusões.

²³ Ferreira de Almeida, Carlos, *Introdução ao Direito Comparado*, p. 15.

²⁴ Também assim no ponto 2. da exposição de motivos da Proposta de Lei N.º 305/XII, de acordo com a qual a criação de um registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores “*não surge, assim, isolada no panorama europeu, sendo inspirada nas experiências consolidadas do Reino Unido e da França (...)*”.

²⁵ Introduziram também esta medida nos respetivos ordenamentos jurídicos a Austrália, a Áustria, o Canadá, a Coreia do Sul, a Irlanda, o Japão e o Quênia.

²⁶ Ferreira de Almeida, Carlos, *op. cit.*, p. 35.

²⁷ Logan, W., *Knowledge as Power: Criminal Registration and Community Notification Laws in America*, apud, Thomas, Terry, *European Developments in Sex Offender Registration and Monitoring*, p. 1. Worley, R. e Worley, V., *The sex offender next door: deconstructing the United States' obsession with offender registries in an age of neoliberalism*, p. 1.

²⁸ *Idem*.

as suas próprias leis estaduais ²⁹. Em termos gerais, o conteúdo normativo destas leis seguiram um padrão similar, variando contudo ao nível dos comportamentos subsumíveis ³⁰, dos elementos de identificação dos agressores, das sanções pelo incumprimento dos deveres de comunicação e no acesso.

O desenvolvimento do dito moderno registo norte-americano de agressores sexuais³¹, deu-se em 1994 com a aprovação do *Jacob Wetterling Crime against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*. Segundo a exposição de motivos do relatório explicativo desta lei federal, o *Jacob Wetterling Act* não obrigava mas encorajava fortemente ³²os estados à criação de um registo que obrigasse agressores sexuais condenados por *criminal offense against a minor*³³ ou por *sexually violent offense*, a fornecerem às autoridades policiais locais a morada atual do seu domicílio e, regra geral, à manutenção desse registo até dez anos após a data da sua libertação.

Nos casos de reincidência ou em que o agressor fosse condenado por *aggravated offense* ou considerado um predador sexual violento, o registo seria perpétuo ³⁴. Adicionalmente às informações de identificação pessoal do agressor sexual procedia-se ainda ao registo de impressões digitais, ao armazenamento de uma fotografia do

²⁹Bedarf, A., *Examining Sex Offender Community Notification Laws*, p. 4.

³⁰*Ibidem*, p. 5. Assim, enquanto alguns Estados optaram pela criação de sistema de registo de agressores sexuais que abrangesse todo e qualquer crime de cariz sexual, outros Estados focaram-se num registo que abrangesse somente crimes sexuais praticados contra menores.

³¹Wright, R., *Sex Offender Post-Incarceration Sanctions: Are There Any Limits?*, p. 3 e ss. Este autor descreve o processo legislativo norte-americano em matéria de registo de agressores sexuais como um processo evolutivo por etapas. Assim, a primeira etapa consiste na ocorrência de um homicídio que cause impacto na sociedade, envolvendo uma criança; seguidamente, o suspeito do crime, geralmente um agressor sexual reincidente é identificado e passa a ser conhecimento do público de que este agressor é domiciliado na área de residência da vítima (o que poderia ser do conhecimento das autoridades policiais locais, mas não dos pais da vítima); na segunda etapa, os meios de comunicação local mediatizam o referido caso; por sua vez, na terceira etapa o legislador federal toma conhecimento do referido caso, frequentemente contacta os pais da vítima e decide gizar uma nova lei que previna estes crimes de ocorrerem no futuro. Consequentemente esta nova lei acaba por ser aprovada no Congresso norte-americano, tornando-se obrigatória para todos os Estados e muitas vezes sem qualquer motivo de controvérsia e com o apoio dos pais da vítima. Este processo ocorre com frequência nos Estados Unidos da América quando surgem casos mediatizados que envolvem crimes sexuais e as suas vítimas são uma parte vulnerável da população, sendo exatamente estas as situações que maior impacto causam na legislação norte-americana. Como nos referiremos *infra*, o Congresso norte-americano tem vindo a aprovar entre os anos de 1990 a 2006, várias leis sobre esta problemática como consequência destes casos específicos, também conhecidos por *memorial laws*.

³²Newburn, Karne, *The prospect of an International Sex Offender Registry: Why and International system modeled after United States sex offender laws is not an effective solution to stop child sexual abuse*, p. 5; e Thomas, Terry, *op. cit.*, p. 2.

³³*Vide US CODE, SUBCHAPTER VI—CRIMES AGAINST CHILDREN, § 14071. Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Program*, seção (3) parágrafo (A) alíneasi a vii) para a definição de *criminal offense of against a victim who is a minor*. Não obstante o elenco ali produzido, em última análise, a tipificação dos crimes suscetíveis de registo encontra-se na margem de discricionariedade dos Estados.

³⁴*Vide, ibidem*, seção (1) e parágrafo (A), da subseção (b) da seção (6) quanto à duração do registo.

agressor, e por fim, à complementação do cadastro criminal, onde devia constar o crime pelo qual o agressor tinha sido condenado e a data e o local da sentença condenatória.

À medida que os crimes de abuso sexual de menores foram recebendo mais atenção por parte dos órgãos de comunicação social, disseminaram-se sentimentos de frustração e de impotência na comunidade norte-americana face à possibilidade de agressores sexuais de menores poderem estar em contacto com potenciais vítimas em virtude do seu local de residência ³⁵. O argumento aduzido seria que se as autoridades policiais locais tinham acesso à morada de residência do agressor sexual também o público deveria ter em ordem a proteger-se ³⁶.

Neste sentido, em 1996 o congresso norte-americano emendou o *Jacob Wetterling Act* por forma a permitir o acesso do público ao registo dos agressores sexuais e a torna-lo obrigatório para todos os Estados ³⁷.

Assim, se até então na maior parte dos Estados era vedado o acesso ao público a estes registos e as autoridades policiais locais expressamente proibidas de divulgarem qualquer informação a terceiros ³⁸, com a *Megan's Law* as autoridades policiais locais passaram a estar autorizadas a divulgar informações específicas de um agressor sexual ao público através de páginas na internet, panfletos, reuniões com a comunidade local e notificações de porta em porta ³⁹.

O Congresso norte-americano continuou a alterar o *Jacob Wetterling Act* e decorrido um ano desde a aprovação da *Megan's Law*, foi a vez da implementação da *Pam Lyncher Sexual Offender Tracking and Identification Act*, a qual procedeu à criação do Registo Nacional dos Condenados por Crimes Sexuais - *National Sex Offender Registry (NSOR)*⁴⁰.

Em 2005, foi aprovado o *Jessica Lunsford Act*, que aumentou a monitorização e o controlo de agressores sexuais, nomeadamente ao estatuir a obrigação das entidades empregadoras cujo exercício envolva contacto com crianças a exigir o cadastro criminal dos seus empregados, assim como ao punir gravemente os agressores sexuais que não se

³⁵ Op. cit., Newburn, Karne, p. 6.

³⁶ Op. cit., Thomas, Terry, p. 2.

³⁷ Kunz, C., *Toward dispassionate, effective control of sexual offenders*, p. 4. O processo de notificação à comunidade já havia sido iniciado nalguns Estados.

³⁸ Op. cit., Bedarf, A., p. 9. Mas a verdade é que não estava prevista nenhuma sanção para quem incumprisse o dever de sigilo.

³⁹ Op. cit., Falcão, Maria João, p. 55.

⁴⁰ Op. cit., Newburn, Karne, p. 7.

registassem nas autoridades policiais locais ou não fornecessem todos os dados a que estavam obrigados ⁴¹.

Por esta altura na evolução do moderno sistema de registo de agressores sexuais norte-americano os Estados apresentavam discrepâncias legislativas em virtude da margem de discricionariedade que lhes foi concedida. Neste sentido, foi sendo desenvolvido pelos Estados o mais diverso conjunto de estratégias de controlo dos agressores sexuais, que incluíam restrições residenciais ⁴², políticas de castração química ⁴³, monitorização através de GPS (*Global Positioning Systems*) ⁴⁴, compromisso civil ⁴⁵, entre outras ⁴⁶.

Em 2006, por forma a uniformizar a diversa legislação em matéria de agressores sexuais, o Congresso norte-americano aprovou o *Adam Walsh Safety and Protection Act* – também conhecido por *Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA)* ⁴⁷ - que para além de harmonizar as leis estaduais nomeadamente no tocante aos crimes

⁴¹ Mancini, C., *Sex Crime in America: Examining the Emergence and Effectiveness of Sex Offender Laws*, p. 26

⁴² Wakefield, Hollida, *The Vilification of Sex Offenders: Do Laws Targeting Sex Offenders Increase Recidivism and Sexual Violence?* Este método de controlo e de monitorização de agressores sexuais baseia-se na premissa de que estes têm maior probabilidade de cometerem um crime se estiverem inseridos na vizinhança de uma vítima. Sobre estes estudos vide, Mustaine, E., Tewksbury, R., e Stengel, K., *Residential Location and Mobility of Registered Sex Offenders*. Para alguns autores, a eficácia desta medida não tem logrado resultados ao nível da prevenção, ao passo que as consequências negativas da sua vigência têm sido inúmeras. Vide Payne, Brian e DeMichele, Matthew, *Sex offender policies: Concerning unanticipated consequences of GPS sex offender monitoring*, p. 2.

⁴³ Meyer, W., e Collier, M., *Physical and Chemical Castration of Sex Offenders: A Review*, *apud, op. cit.*, Mancini, C., p. 26. Segundo estes autores esta medida seria bastante eficaz ao nível da reincidência, pois uma das consequências da castração química seria a diminuição dos níveis de testosterona e consequentemente uma diminuição da libido e do interesse sexual, o que culminaria no decréscimo de violência sexual.

⁴⁴ *Op. cit.*, Payne, Brian e DeMichele, Matthew, p. 9. As conclusões apresentadas por estes autores sobre a ineficácia destas medidas são bastante elucidativas: “*One apparent problem with these recent laws is that they fail to consider how these policies relate to the motivations for sexual assault. Consider that GPS policies are based on the presumption that sexual offending is caused by opportunity and location (e.g., by controlling where offenders go and knowing their location, the likelihood of sexual abuse is reduced)*.”

⁴⁵ *Op. cit.*, Wright, R., p. 22 e ss.

⁴⁶ *Op. cit.*, Mancini, C., p. 12.

⁴⁷ Doyle, Charles, *Adam Walsh Child Protection and Safety Act: A Legal Analysis*, p. 7 e ss. O *Adam Walsh Act* ampliou o leque de agressores sexuais obrigados a registarem-se: “*The group includes anyone found in the United States and previously convicted of a federal, state, local, tribal, military, or foreign qualifying offense*”. Para concretizar a noção de “*qualifying offense*” estabeleceram-se cinco categorias, entre as quais, “*specific offenses against a minor*”. Concretizando para o que nos interessa, a noção de “*specific offenses against a minor*” incorpora as seguintes condutas: *kidnaping of a minor, except by a parent or guardian; false imprisonment of a minor, except by a parent or guardian; solicitation of a minor to engage in sexual conduct; use of a minor in a sexual performance; solicitation to practice prostitution; video voyeurism (as described in 18 U.S.C. 1801); possession, production, or distribution of child pornography; criminal sexual conduct toward a minor, or the use of the Internet to facilitate or attempt such conduct; any conduct that by its nature is a sexual offense against a minor*. Diga-se que o *Adam Walsh Act* estabeleceu um “*quantum*” de condutas cujo registo seria obrigatório, mas não impôs limitações aos Estados na sua ampliação.

subsumíveis ao registo ⁴⁸e na duração do mesmo ⁴⁹ – disponibilizava aos cinquenta Estados e ao Distrito de Columbia, o acesso ao Registo Nacional dos Condenados por Crimes Sexuais via *internet*⁵⁰.

São inúmeras e diversificadas as críticas que se podem tecer ao modelo dos Estados Unidos da América, as quais podem ser sistematizadas em diferentes níveis, mas que em última análise espelham um modelo mal concebido, imponderado e em que os aspetos negativos se sobrepõem largamente aos aspetos positivos ⁵¹.

Assim, por exemplo, é inegável e incauto o papel que os órgãos de comunicação social assumem no processo legislativo, na forma como influenciam o público e a perceção que têm sobre os crimes sexuais. Consequência direta da mediatização do processo legislativo parece ser a sucessiva aprovação de diplomas legais cuja necessidade não assenta em estudos que demonstrem a diminuição da reincidência, mas que pelo contrário, comprova o decréscimo da prática de crimes sexuais contra crianças cometidos por agressores sexuais reincidentes antes mesmo da massificação legislativa ⁵².

Quanto ao sistema de registo, a prática tem demonstrado que o mesmo é estabelecido de forma arbitrária, variando a sua inscrição e duração do local da prática do crime, o que põe a descoberto as fragilidades do *Adam Walsh Act*. Assim, o critério

⁴⁸Vide 42 U.S.C. 16911(5)(A) e nota de rodapé *supra*.

⁴⁹Hynes, Kate, *The Cost of Fear: An Analysis of Sex Offender Registration, Community Notification, and Civil Commitment Laws in the United States and the United Kingdom*, p. 9 e ss: “The length of the registration requirement is dependent on the classification of the sex offender. The Walsh Act sets out the maximum registration for Tier I offenders as fifteen years, Tier II offenders as twenty-five years, and Tier III offenders can be required to register for life.” Sobre os níveis de risco dos agressores sexuais: “Under the Walsh Act, Tier III offences are those punishable by more than one year in prison and require at least one of the following: a) aggravated sexual abuse or sexual abuse; b) abusive sexual conduct with a minor under the age of thirteen; c) kidnapping of a minor; or d) that the offense be committed after the offender becomes a Tier II offender. Tier II offenses are also punishable by more than one year in prison and include one of the following: a) sex trafficking; b) coercion and enticement; c) transportation with intent to commit sexual activity; or d) committing an offence after becoming a Tier I offender. Each of the previous offences must incorporate either sexual activity with a minor, soliciting a minor for prostitution, or the creation or circulation of child pornography. Tier I offenses include all sexual offenses not included in Tier II and Tier III, which can include both felonies and misdemeanors. The all-encompassing nature of Tier I offenses shows that an extensive number of crimes can land an individual on the sex offender registry.” À semelhança dos crimes cujo registo é obrigatório, o *Adam Walsh Act* estabeleceu um mínimo quanto à duração do registo mas não proibiu os Estados de o ampliarem.

⁵⁰*Op. cit.*, Newburn, Karne, p. 8.

⁵¹A chegarem a esta conclusão ainda que baseado em diferentes argumentos: Human’s Right Watch, *No Easy Answers: Sex Offender Laws in the US*; *op. cit.* Newburn, Karne; Lovell, Elizabeth, *Megan’s Law: Does it protect children?*; *op. cit.* Hynes, Kate; *op. cit.* Bedarf, A.;

⁵²Ao enfatizarem o papel emocional da aprovação destas leis. *Op. cit.*, Mancini, C., p. 161; *op. cit.* Newburn, Karne, p. 11 e ss; *op. cit.* Human’s Right Watch, *passim*; Levenson, J. e Cotter, L., *The Effect of Megan’s Law on Sex Offender Reintegration*, p. 3.

adotado para a obrigatoriedade da inscrição prende-se com a natureza do crime⁵³ - leia-se, com a previsão legal estatuída nas diversas leis estaduais – e não tanto com a sua necessidade ou no risco que o agressor representa para a sociedade.

Pelas mesmas razões aduzidas, o sistema de notificação surge desajustado e ineficaz, concluindo-se que o acesso ao mesmo deve ser limitado às autoridades policiais. Assim, esta emenda ao *Jacob Wetterling Act* baseou-se desde o início na ideia generalizada na sociedade norte-americana de que os crimes sexuais apresentam uma “*taxa de reincidência astronomicamente elevada*”, mas desde a sua implementação inexistem estudos que comprovem a sua aplicabilidade prática na diminuição da taxa de reincidência e portanto, da eficácia desta lei⁵⁴.

Em termos gerais, pode dizer-se que os defensores do sistema de registo e de notificação de agressores sexuais acreditam que este acervo normativo “protege as suas crianças” de duas maneiras: por um lado, quando acontece um crime de abuso sexual de menores numa determinada vizinhança, as autoridades policiais já têm uma lista de possíveis suspeitos da prática do crime; por outro lado, as restrições residenciais condicionam o acesso dos agressores sexuais a potenciais vítimas.

Mas a verdade é que esta conceção dissemina aos seus defensores uma sensação de falsa segurança com base em premissas erróneas. Senão vejamos:

- apesar da criação destas leis se basearem em situações fáticas (*memorial laws*) e terem como objetivo prevenir a reincidência, a verdade é que o rapto, o abuso sexual e o homicídio de uma criança por um estranho que já foi anteriormente condenado pela prática de crimes sexuais de menores é um ocorrência rara⁵⁵;

- os estudos demonstram que a maior parte dos agressões sexuais são cometidas por pessoas que as crianças conhecem e confiam, nomeadamente pessoas do seio familiar ou conhecidos⁵⁶;

- a taxa de reincidência neste crime é superior à de outros⁵⁷.

⁵³ O que nos levaria a pensar que o crime praticado é de cariz sexual, não sendo em todos os casos, essa a previsão legal.

⁵⁴ *Op. cit.*, Fitch, Kate, p. 36; *Op. cit.*, Lovell, Elizabeth, p. 3; Greenfeld, L., *Sex Offenses and Offenders – An Analysis off Data on Rape and Sexual Assault*.

⁵⁵ *Op. cit.*, Human’s Right Watch, p.8; Philpott, T., “*Paedophiles and the Law*”, *apud, op. cit.*, Fitch, Kate, p. 41; Freeman-Longo, R. E., *Prevention or problem?*, *apud, op. cit.*, Levenson, J. e Cotter, L., p. 3.

⁵⁶ *Op. cit.*, Human’s Right Watch, p. 8; Shenk, J., *Do “Megan’s laws” make a difference?*, *apud, op. cit.*, Levenson, J. e Cotter, L., p. 3; *op. cit.* Hynes, Kate, p. 6.

No plano da reintegração do agressor sexual na sociedade, a imposição de medidas como as restrições residenciais conduzem à exclusão social. Neste sentido, ao impedir que os agressores sexuais permaneçam em determinadas áreas, muitas vezes estes são afastados da sua família e de uma rede de apoio necessária à sua reintegração na sociedade⁵⁸.

Na doutrina norte-americana tem ainda sido levantada a questão da eficácia da legislação aplicável aos agressores sexuais. Por um lado, questiona-se a capacidade económico-financeira que os Estados apresentam no controlo efetivo e eficaz dos dados dos agressores sexuais registados⁵⁹; por outro, o estigma social associado aos agressores sexuais registados e a burocracia inerente ao registo dos mesmos, conduziram a uma evasão de registos⁶⁰. Neste sentido se ponderou a eficácia de uma lei que ao estatuir consequências tão gravosas para os seus destinatários, alguns se decidiram pelo seu incumprimento.

Não obstante a popularidade do sistema de registo norte-americano e a resultante aceitação por parte da comunidade, à luz dos direitos e dos princípios constitucionalmente protegidos tem sido desafiada a sua conformidade, nomeadamente em matéria de *equalprotection*, *doublejeopardy*, *proceduraldueprocess*, *cruel andunusualpunishment*, e por fim, *right to privacy*⁶¹.

2.2.O sistema de registo inglês⁶²

Em Inglaterra a ideia da criação de um registo de agressores sexuais começou a ser considerada em 1996. De acordo com o *Home Office ConsultationPaper - TheSupervisionandSentencingofSexOffenders*, o objetivo seria que qualquer pessoa

⁵⁷ *Op. cit.*, Human's Right Watch, p. 8; *op. cit.*, Falcão, Maria João, p. 65, *apud*, Hanson, R. K., e Morton-Bourgon, K., *Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-analysis*; *op. cit.*, Levenson, J. e Cotter, L., p. 3; *op. cit.* Hynes, Kate, p. 6.

⁵⁸ Sobre o vigilantismo e o seu impacto na reintegração do agressor sexual e sobre as consequências nos membros da sua família, *vide, op. cit.*, Levenson, J. e Cotter, L., p. 13; e, *op. cit.*, Fitch, Karne, p. 40.

⁵⁹ *Op. cit.* Hynes, Kate, p. 7 e ss.

⁶⁰ Dugan, Meghann J., *Megan's Law or Sarah's Law? A Comparative Analysis of Public Notification Statutes in the United States and England*, p. 20:

⁶¹ *Ibidem*, p. 8.

⁶² Thomas, Terry, *The Registration and Monitoring of Sex Offenders: A comparative study*, p. 12. Especifica este autor que na realidade não existe um sistema de registo de agressores sexuais no Reino Unido, uma vez que a par do registo criminal comum não foi criado um registo específico para os condenados por crimes sexuais. Neste sentido, a expressão "*sexoffenderregister*" deve ser entendida como o conjunto de leis aplicáveis aos condenados pela prática destes crimes, entre as quais se inclui a obrigação de notificar as autoridades policiais locais do seu local de residência.

condenada pela prática de um crime sexual notificasse as autoridades policiais – durante um certo período de tempo – sempre que alterasse o seu local de residência no sentido de se conseguir manter uma base de dados atualizada e eficaz acerca do paradeiro dos agressores sexuais.

Neste contexto instituiu-se o *SexOffenderAct* de 1997, cujas finalidades então seriam: i) facilitar a identificação de suspeitos aquando da prática de um crime; ii) constituir uma ferramenta como meio de prevenção do cometimento destes crimes; e iii) dissuadir o futuro cometimento dos mesmos ⁶³.

Em 2001 o *Criminal Justice and Court ServicesAct* introduziu cinco novos requisitos, segundo os quais os condenados eram obrigados a registarem-se pessoalmente no prazo de três dias após a sua libertação junto das autoridades policiais, havendo a possibilidade de ser proceder ao armazenamento e recolha de mais recentes impressões digitais e fotografias, exigindo ainda que reportassem a sua ausência do local de residência sempre que superior a oito dias ⁶⁴.

Em 2003, ao abrigo do *Sexual OffencesAct* of 1993 foi introduzido no ordenamento jurídico inglês o denominado VISOR (*Violent and Sex Offender Register*) o qual consiste numa base de dados de registo para inscrição de condenados pela prática de crimes inscrita na sua Parte 1 ⁶⁵.

A Parte 2 do diploma define os mecanismos ao alcance das forças de segurança e dos tribunais para monitorizarem a ação dos agressores sexuais com vista a evitar a reincidência, introduzindo disposições relativas a: *notification requirements, information for verification, information about release or transfer, entry or surch of home address, notification orders, sexual offences prevention orders, foreign travel order and risk of sexual harm orders*.

Os dados a que os condenados por crimes sexuais estariam obrigados a fornecer corresponderiam ao nome completo, residência, data de nascimento, número da segurança social, detalhes bancários, passaporte, nome e morada da entidade patronal,

⁶³ Thomas, Terry, *The Sex Offender Register: A measure of public protection or a punishment in its own right?*, p. 3.

⁶⁴ *Ibidem* p. 5.

⁶⁵ Contempla os diversos atos ilícitos e respetivos elementos do tipo e estabelece os 16 anos de idade como o mínimo legal para que haja consentimento nas relações sexuais, independentemente da orientação sexual. É aberta a exceção a menores adolescentes quando inexista diferença significativa de idade entre os participantes na relação sexual. Rejeita-se em todo o caso que seja possível haver consentimento relativamente a menores de 13 anos de idade.

detalhes do provedor de internet, dados registrais de veículos do agente e número de telefone ⁶⁶. Adicionalmente, foi criminalizada a ausência de registo e estabeleceram-se sanções quanto à ausência de notificação às autoridades policiais aquando da alteração dos dados supramencionados ⁶⁷.

Quanto ao acesso, o mesmo encontra-se restringido às autoridades policiais, ao *National Probation Service* aos serviços prisionais, sendo gerido pela *National Policing Improvement Agency* a qual funciona sob a alçada do Ministério do Interior ⁶⁸.

Não obstante, no ano 2000, o *Child Sex Offender Disclosure Scheme*, veio permitir às vítimas e às suas famílias acederem a informação sobre específicos criminosos ⁶⁹. Numa versão mais recente desta lei, adotada em 2009, permitiu-se aos pais solicitar informação de individuo que tenha contacto regular, não supervisionado, com crianças ⁷⁰.

À semelhança do que sucedeu no ordenamento jurídico norte-americano, também aqui foi debatida a questão do alargamento do seu acesso à comunidade ⁷¹. A polémica instalou-se com o trágico caso de Sarah Payne.

Na origem da rejeição de um sistema de notificação semelhante ao implementado nos Estados Unidos da América estiveram vários fatores, entre os quais:

- a falta de prova de que um sistema de registo de notificação ao público efetivamente diminua a reincidência e contribua para a manutenção da segurança pública ⁷²;

⁶⁶Vide S. 83 (5) e (5A) do *Sexual Offences Act of 2003*.

⁶⁷*Op. cit.*, Hynes, Kate, p. 15. Esta autora estabelece um paralelismo entre os sistemas de registo norte-americano e inglês, concluindo que o sistema implementado em Inglaterra é menos invasivo, nomeadamente quanto aos dados de identificação pessoal do condenado inseridos no registo.

⁶⁸*Ibidem*, p. 17.

⁶⁹*Op. cit.*, Hynes, Kate, p. 16.

⁷⁰*Idem*.

⁷¹*Op. cit.*, Hynes, Kate, p. 16; *op. cit.* Karne, Newburn, p. 13; *op. cit.*, Lovell, Elizabeth, p. 5; Thomas, Terry, *The Sex Offender Register: A measure of public protection or a punishment in its own right?*, p. 3; *op. cit.*, Dugan, Meghann, J., p. 18.

⁷²*Op. cit.* Karne, Newburn, p. 14. "As discussed earlier, the British Parliament opposed the U.S. model due to "a lack of statistical evidence that notification affects recidivism, the reluctance of pedophiles to register for fear of harassment, an increased likelihood that offenders will kill their victims to avoid conviction, a possibility of violence against offenders and suicide of registrants, and the possibility of driving sex offenders underground (...)".

⁷³*Op. cit.* Thomas, Terry, p. 7. Este autor rejeita perentoriamente que um sistema baseado na monitorização e controlo de agressores sexuais, através da sua inscrição obrigatória numa base de dados e

- a recusa na cedência do papel que os órgãos de comunicação social e que os grupos de pressão desempenharam na popularização da adoção destas medidas legislativas⁷⁴;

- a esfera de direitos consagrados e protegidos pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Com efeito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve oportunidade de se pronunciar acerca da compatibilidade da criação de uma base de dados pessoais e o direito fundamental à privacidade previsto pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no caso *Adamson v. UK* (1999) – Processo N.º 42293/98⁷⁵.

Sobre o direito à privacidade, o artigo 8.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem admite expressamente limitação àquele direito desde que, para além de se exigir previsão na lei, *“seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”*.

Neste sentido, o entendimento perfilhado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem admite que a mera imposição ao condenado de comunicar às autoridades a sua residência e qualquer alteração da mesma não configura uma intromissão desproporcionada no seu direito de privacidade pois é balanceada pelos efeitos na proteção dos direitos das vítimas e pela prevenção do crime.

Estando em causa a mera obrigação do visado comunicar a sua residência, sendo tal informação armazenada numa base de dados acessível *apenas a entidades*

a consequente notificação à comunidade contribua de forma positiva para a diminuição da reincidência. Assim: *“How do you demonstrate links between registers and recidivism when there are so many other factors to consider? It leaves the register more as an act of faith (...) Using the Sarah Payne case again we could say that the furore over community notification and a Sarah’s Law overlooked and marginalised the fact that the register in itself had been no help at all. The perpetrator of the offence - Roy Whiting - was on the register when he re-offended to abduct and murder and the fact of being required to notify had had no effect on his propensity to re-offend. The furore- if it noted this at all - did so only to argue for community notification as the answer.”*

⁷⁴ *Idem; op. cit.* Karne, Newburn, p. 14: *“In response to Parliament’s refusal to adopt U.S. law, news organizations began publishing the names and locations of sex offenders. The result was exactly what the British government feared—public protests and violence. In fact, the harassment led to a pedophile committing suicide.”*

⁷⁵ Neste caso em particular, o demandante reclamou também a esfera de proteção concedida pelos artigos 7.º e 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. À semelhança do que sucedeu no ordenamento jurídico norte-americano, também aqui não colheu a tese de que a obrigação de inscrição no registo constitui uma pena acessória e consequentemente, não pode a mesma ser considerada “desumana” ou “degradante” para efeitos do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

*públicas*⁷⁶ enquadradas num regime de segredo profissional e tendo como efeito a dissuasão dos agentes da prática de atos da mesma natureza pela facilidade com que seriam suspeitos daqueles e facilitando a intervenção das entidades de investigação criminal, trata-se de uma limitação ao direito à privacidade proporcional e adequada.

2.3.O sistema de registo francês

O *fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes* (FIJAIS), encontra-se previsto no Título XIX do Código de Processo Penal francês, o qual prevê o conjunto de procedimentos aplicáveis às infrações de natureza sexual e à proteção de vítimas menores.

Vigente desde 2004, o sistema de registo francês destina-se a prevenir a reincidência relativamente aos autores de crimes sexuais ou violentos já condenados e a facilitar a identificação dos autores destas mesmas infrações, permitindo uma localização rápida e a todo o momento dos nele inscritos.

Com efeito, são obrigados a registarem-se os condenados por homicídio de menor precedido ou acompanhado de violação, tortura ou atos de barbárie, bem como agressão ou atos sexuais, tráfico ou lenocínio de menores, os quais se encontram abrangidos por um regime especial que inclui a monitorização judiciária⁷⁷.

Neste ficheiro de registo constam os dados de identificação pessoal do condenado (nome, sexo, data de nascimento, nacionalidade, filiação, domicílio)⁷⁸, a natureza e a data da decisão (jurisdição, penas principais ou acessórias, medidas tomadas, data dos factos, data de notificação das obrigações, data de execução e de fim das penas ou medidas, data de liberdade condicional e definitiva), os dados relativos à periodicidade da obrigação de apresentação, entre outros.

Quanto ao prazo de duração de inscrição no ficheiro de registo, o mesmo varia em função da gravidade da infração cometida, sendo de trinta nas situações em que a pena de prisão aplicada é igual ou superior a dez anos, e de vinte anos nos restantes casos⁷⁹.

⁷⁶ O itálico é nosso.

⁷⁷ Vide artigo 706-47 do Código de Processo Penal francês.

⁷⁸ Vide artigo 706-53-2 do Código de Processo Penal francês.

⁷⁹ Vide artigo 706-53-4 do Código de Processo Penal francês.

No que concerne ao acesso ao ficheiro de registo, este apenas pode ser consultado pelas autoridades judiciárias, pelos órgãos de polícia criminal em sede de terminados processos ou atos, pelos serviços de administração pública em sede de recrutamentos, autorizações, afetações, habilitações ou exercício de atividades que impliquem um contacto com menores e agentes especialmente habilitados pelos chefes dos serviços prisionais ⁸⁰.

Como bem se observa, o sistema de registo francês consagrou a vertente do “*registration*” sem a vertente de “*notification*”, o qual mereceu impugnação junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em sede dos casos *Gardel v. France* (2006) – Processo N.º 16428/0517; *Bouchacourt v. France* - Processo N.º 5335/06; e *M. B. v. France* - Processo N.º 22115/06.

Da análise sobre a conformidade do sistema de registo francês com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendeu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

- a inclusão de agressores sexuais numa base de dados nacional especificamente criada para estes crimes não viola o princípio da legalidade previsto no já referido artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mais concretamente a proibição de retroatividade da lei penal sob o princípio *nulla poena sine lege*;

- o acesso limitado a polícias, a magistrados e a autoridades sujeitas a um dever de confidencialidade e na prossecução das suas funções é proporcionado e adequado;

- consequentemente, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, previsto no também já referido, artigo 8.º, encontra-se assegurado face aos fins deste registo, que são meramente preventivos e dissuasores, não podendo por isso ser interpretado como constituindo uma sanção penal, garantindo-se o equilíbrio entre os direitos fundamentais dos nele inscritos e o interesse público;

- no que concerne à reavaliação da inscrição no registo, apesar de o mesmo poder permanecer por vários anos, pode o condenado inscrito solicitar ao procurador que os seus dados sejam retirados invocando para isso, a sua desnecessidade face aos objetivos do sistema, nomeadamente em face da natureza da ofensa, o período já decorrido ou a sua própria personalidade atual.

⁸⁰Vide artigo 706-53-7 do Código de Processo Penal francês.

III. O Anexo I da Lei N.º 103/2015

Tratando-se de uma opção de política legislativa, a introdução no nosso ordenamento jurídico de um sistema de registo criminal específico e autónomo para os condenados pelos crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores, oferece considerações a refletir, as quais serão o objeto do presente capítulo.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de referir que a implementação desta medida no nosso ordenamento jurídico representa uma duplicação de registos com o registo criminal dito tradicional ⁸¹, podendo *prima facie* discutir-se a essencialidade de um registo autónomo em face de um possível apêndice ao registo criminal já existente.

No que concerne à tutela do bem jurídico é inegável o conflito na conciliação entre aquilo que se pretende e os princípios e direitos em que assenta a construção do próprio ordenamento jurídico português.

Neste sentido, subjazem dúvidas de que a prossecução das finalidades visadas por esta medida ⁸²seja feita à custa da contração dos direitos dos condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menor.

Por um lado pretende-se a “*proteção da criança e a prevenção e minimização dos riscos da prática de infrações de natureza sexual*”⁸³; invocando-se razões de natureza preventiva num combate à reincidência; por outro, questiona-se se a presente Lei tem em linha de conta direitos e princípios de direito constitucional, do direito penal e penitenciário.

Infelizmente não contemplado na exposição de motivos da Proposta de Lei 305/XII, será porventura frutuoso referir-nos aos dados recolhidos e analisados no Relatório Anual de Segurança Interna de 2014, da autoria do Sistema de Segurança Interna, tornado público em março de 2014.

De acordo com o Relatório Anual de Segurança Interna, em 2014 foram registados 119 casos de violação de menores (112 vítimas do sexo feminino e 7 do sexo masculino), praticados por 39 arguidos (um do sexo feminino e 38 do sexo masculino) criminalmente imputáveis ⁸⁴.

⁸¹Lei N.º 37/205 de 5 de maio.

⁸²Previstas num todo no artigo 3.º do Anexo I da Lei N.º 103/2015.

⁸³Assim no ponto 2. da Proposta de Lei 305/XII.

⁸⁴RASI de 2013, p. 48.

Quanto ao tipo de relacionamento entre o autor e a vítima, “*prevalece o quadro das relações familiares enquanto espaço social*”, traduzido em 45,2% das ocorrências registadas ⁸⁵.

Paralelamente, no âmbito de criminalidade conexas ao tráfico de seres humanos, o Relatório Anual de Segurança Interna identificou 144 situações de lenocínio e pornografia de menores ⁸⁶.

3.1.O bem jurídico tutelado

Os crimes sexuais encontram-se consagrados no nosso Código Penal, no Capítulo V, com o título “*Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”. Este Capítulo divide-se em duas Secções: a Secção I, trata os crimes contra a liberdade sexual; e a Secção II, os crimes contra a autodeterminação sexual.

Os crimes contra a liberdade sexual consagrados na Secção I têm como bem jurídico a proteção da liberdade e autodeterminação sexual de todas as pessoas, sem aceção de idade; enquanto os crimes contra a autodeterminação sexual, consagrados na secção II, têm como bem jurídico a proteção da autodeterminação sexual dos menores que se encontra intimamente relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual.

Assim, o bem jurídico a proteger é o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade, considerando-se aqui que, determinados atos ou condutas de natureza sexual podem, mesmo sem violência, em razão da pouca idade da vítima prejudicar gravemente o seu crescimento harmonioso e, por consequência, o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Neste sentido, dispõe o artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa que as “*crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições*”. A proteção da criança constitui então um direito fundamental, o qual deve ser assegurado não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade,

⁸⁵*Ibidem*, p. 49.

⁸⁶*Ibidem*, p. 80.

conceito que integra a família (e que inclui os progenitores), bem como outras instituições da sociedade ⁸⁷.

Pese embora a Lei Fundamental não defina os limites do conceito criança, deve considerar-se o conceito estatuído na Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo artigo 1.º dispõe que “criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”. Alinhado com este entendimento, dispõem os artigos 122.º e 130.º do Código Civil que a maioridade é atingida aos 18 anos, podendo o menor emancipar-se pelo casamento (artigo 132.º) a partir dos 16 anos (artigos 1600.º e 1601.º, al. a)).

Enquanto objetivo primordial da proteção a conferir pela sociedade e pelo Estado, o “*desenvolvimento integral*” da criança tem sido entendido pela doutrina que o significado desta expressão deve aproximar-se da noção de “*desenvolvimento da personalidade*”, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Assim, este desenvolvimento assenta em dois vetores fundamentais: em primeiro na garantia constitucional de dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa; em segundo, “na consideração da criança como pessoa em formação, elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades”.

3.1.1. Os crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor e as alterações introduzidas pela Lei N.º 103/2015

A par da criação do sistema de registo de identificação criminal de condenados pelos crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor, introduziu a referida Lei alterações à caracterização penal dos crimes previstos e punidos pelos artigos 171.º a 178.º do Código Penal.

Com a incriminação do abuso sexual de crianças previsto e punido pelo artigo 171.º do Código Penal pretendeu o legislador criar uma tutela penal das crianças até 14 anos no domínio sexual, estendendo-se a proteção da autodeterminação sexual a situações que não constituem crime se praticadas entre adultos. Considerou então o

⁸⁷ Assim também no Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (CACDLG) acerca da Proposta de Lei N.º 305/XII/4.ª, p. 19.

legislador que qualquer conduta sexual com menor de 14 anos prejudica gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, pois abaixo do limiar dessa idade o menor não tem capacidade nem determinação para, de forma livre, consciente e esclarecida se decidir em termos de relacionamento sexual, não tendo por isso, o consentimento do menor qualquer relevância ⁸⁸.

Assim, no caso do artigo 171.º do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a proteção da autodeterminação sexual face a “*condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem a coação, prejudicar o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual*”⁸⁹.

Em face das alterações introduzidas, cumpre assinalar a alteração do artigo 171.º, n.º 3 alínea c) do Código Penal ⁹⁰, cuja punição da conduta descrita traduz a importação para o ordenamento jurídico interno dos comportamentos descritos nos números 1 e 2 do artigo 3.º da Diretiva 2011/93/UE.

Sistematicamente, ao distinguir as situações de “*abuso sexual*” e de “*atividade sexual*” o desenho típico constante da Lei N.º 103/2015 alcança plenamente as finalidades almejadas pelo legislador comunitário, constituindo uma evidente mais-valia nos mecanismos de proteção do bem jurídico em causa ⁹¹.

Relativamente ao crime de abuso sexual de menores dependentes, previsto e punido pelo artigo 172.º do Código Penal, o bem jurídico protegido permanece o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, embora este preceito vinque a ideia de que a liberdade a autodeterminação sexual de adolescentes entre os 14 e os 18 anos, que estejam confiados a um terceiro para educação ou assistência, justifica uma proteção especial, sendo este um princípio que resulta da existência de uma especial relação de dependência ⁹².

Não havendo consenso na jurisprudência e na doutrina acerca do que se entende por “*confiado para educação ou assistência*”, poderia o legislador porventura ter aproveitado a oportunidade legislativa para alcançar um preenchimento adequado e esclarecido do conceito.

⁸⁸ Dias, Maria do Carmo, *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, p. 211 e ss.

⁸⁹ Figueiredo Dias, J., *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo II*, p. 843.

⁹⁰ “c) Aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais”.

⁹¹ *Idem*

⁹² *Op. cit.*, Figueiredo Dias, J., p. 846.

No artigo 173.º do Código Penal com a epígrafe atos sexuais com adolescentes e sempre com o livre desenvolvimento da sexualidade do menor como bem jurídico protegido, essa proteção é limitada a menores de idade entre os 14 anos e os 16 anos, “*face a processos proibidos de sedução conducentes à prática de atos sexuais de relevo*”, sendo que o ato sexual referido “*é livre e conscientemente consentido*”, simplesmente se tendo chegado a ele através do meio típico da sedução”⁹³.

Com as alterações introduzidas pela Lei N.º 103/2015, penalizou-se mais gravemente os comportamentos ali previstos, com a aplicação exclusiva de pena de prisão para além de se punir a tentativa.

Por seu turno, o crime de recurso à prostituição de menores, previsto e punido pelo artigo 174.º do Código Penal o bem jurídico que se quis tutelar com a incriminação incide no “*livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente de 14 a 18 anos face à prática de atos sexuais de relevo mediante o pagamento ou outra contrapartida*”, constituindo este um crime de perigo, uma vez que o “*preenchimento do tipo objetivo de ilícito se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico*”, sendo esse perigo abstrato, uma vez que “*o perigo não é elemento do tipo*”⁹⁴.

A redação constante da Lei N.º 103/2015, manteve a versão original do tipo legal de crime, alterando a moldura penal, na medida em que à semelhança do proposto no artigo 173.º do Código Penal, o crime ali previsto passou a ser punido unicamente com pena de prisão.

Confrontando com o disposto no artigo 4.º, n.º 7 da Diretiva 2011/93/EU, verifica-se que a punição não alcança o limiar mínimo estabelecido por este diploma comunitário, que impõe que se estabeleça uma moldura da pena cujo máximo não seja inferior a 2 ou 5 anos, consoante a criança tenha ou não atingido a “*maioridade sexual*”.

Neste sentido, não foi certamente por lapso que o legislador comunitário distinguiu e autonomizou nos artigos 3.º, n.º 4, e 4.º, n.º 7 da Diretiva 2011/93/UE as situações de prática de atos sexuais com crianças e a prática de atos sexuais com crianças recorrendo à prostituição infantil.

⁹³*Op. cit.*, Figueiredo Dias, J., p. 859.

⁹⁴*Op. cit.*, Figueiredo Dias, J., p. 866 e 867.

Resulta pois incompreensível a solução de se punir de modo mais severo o “cliente” das crianças objeto de prostituição infantil com menos de 14 anos do que aquele que potencia a “comercialização” de criança dessa idade como objeto sexual.

Não distinguindo o artigo 171.º do Código Penal as situações em que o ato de natureza sexual é ou não remunerado, sempre seria inevitável a subsunção da conduta do agente neste tipo de ilícito. Não obstante, é consabido que o recurso à prostituição de menores corresponde a uma específica pretensão punitiva, não devendo a mesma ser confundida com as finalidades e fundamentos da incriminação dos comportamentos estabelecidos na previsão legal do artigo 171.º do Código Penal.

Sob pena de uma intolerável incongruência do sistema, não pode o legislador reconhecer no artigo 177.º, n.º 4 do Código Penal a prostituição de menores de 14 anos, não reconhecendo no preceito correspondente – artigo 174.º do Código Penal – que igualmente existem clientes.

Em relação ao crime de lenocínio de menores, previsto e punido pelo artigo 175.º do Código Penal, ao incriminar qualquer pessoa, homem ou mulher, como agente da prática do crime, desde que seja criminalmente imputável, assume-se como bem jurídico a proteção do *“livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, criando as condições para que esse desenvolvimento se processe de uma forma adequada e sem perturbações”*⁹⁵.

Pretendendo dar cumprimento às finalidades punitivas presentes na Diretiva 2011/93/UE, introduziu-se na redação do tipo incriminador constante da Lei N.º 103/2015, o ato de induzir/aliciar, passando a assumir relevância penal o comportamento daquele que alicia menor para que se prostitua. Não obstante, a medida da pena, que se manteve inalterada, não alcança o limiar mínimo estabelecido pelo legislador comunitário, mesmo considerando-se as circunstâncias agravantes previstas no artigo 177.º do Código Penal.

O crime de pornografia de menores, previsto e punido pelo artigo 176.º do Código Penal, foi autonomizado através da revisão de 2007, tratando-se de um crime de perigo abstrato. Mais uma vez, o bem jurídico protegido pela incriminação incide no livre desenvolvimento da vida sexual do menor, sendo que, no caso deste tipo de crime, são

⁹⁵*Op. cit.*, Figueiredo Dias, J., p. 873.

protegidos todos os menores de 18 anos contra conteúdos ou materiais de cariz pornográfico ⁹⁶.

Com as alterações introduzidas passou a prever-se uma norma especial de agravação do comportamento criminoso quando a pornografia de menores for feita com recurso a violência ou ameaça grave. Neste sentido, os comportamentos que anteriormente eram punidos em concurso de crimes passam a integrar um único crime.

Sucedem em face ao estabelecido na Diretiva 2011/93/UE, da qual resulta desde logo a preocupação em estabelecer de modo claro e rigoroso o conceito de pornografia ⁹⁷, não se impõe o conceito de “*ameaça grave*”, nem existe fronteira, da perspectiva da criança, que separe os comportamentos integrantes dessa ameaça como “*grave*” ou “*não grave*” e que conseqüentemente se imponha tal distinção qualificativa.

Alarga-se ainda o âmbito de proteção da norma, passando a punir não só quem adquirir ou detiver fotografia, filme ou gravação pornográfica envolvendo menores, como também quem aceder ou obtiver acesso, através de qualquer meio, a tais materiais, nomeadamente por via informática.

No mesmo sentido, pune-se quem assistir, por qualquer meio, nomeadamente através de sistema informático, a espetáculo pornográfico.

A punição desta conduta revela-se essencial, terminando assim um ciclo de impunidade intolerável aos espectadores de eventos desta natureza, e que, em primeira linha, seriam os verdadeiros impulsionadores da exploração sexual das crianças envolvidas.

O aditamento do artigo 176.º-A ao Código Penal introduz o tipo legal de crime aliciamento de menores para fins sexuais, passando a ser possível combater uma realidade que, por via da massificação das comunicações por meios informáticos, constituía uma fonte de preocupação acrescida para a comunidade.

Em face do artigo 177.º do Código Penal, prevê-se a agravação dos crimes previstos nos artigos 171.º, 172.º, 173.º e 176.º.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 881.

⁹⁷ Considerando 12 da Diretiva 2011/93/EU.

No essencial, pode dizer-se que as agravações previstas no nosso ordenamento jurídico acolhem já as exigências contempladas no artigo 9.º da Diretiva 2011/93/UE⁹⁸.

É de louvar a inclusão das situações de “coabitação” nas circunstâncias agravantes previstas na nova redação do artigo 177.º, n.º 1, alínea b), uma vez que a jurisprudência dos tribunais portugueses aponta para uma preponderância de situações em que o crime contra a autodeterminação sexual praticado envolve contato físico com a criança é cometido por familiares ou pessoas próximas à criança.

Assim, não haveria qualquer justificação para que o aproveitamento da relação de confiança e as situações de oportunidade criadas pela existência da coabitação entre a criança e o agressor não merecesse o devido juízo acrescido de censura.

3.2.O regime jurídico

Anexado à Lei N.º 103/2015 da qual faz parte integrante, o sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor encontra-se sistematizado em três capítulos: o primeiro relativo a disposições gerais; o segundo atinente ao seu regime; e o terceiro referente ao acesso ao registo e à segurança da informação.

No artigo 1.º fixou-se o objeto, de acordo com o qual, o sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor, “*constitui uma base de recolha, tratamento e conservação de elementos de identificação*” de pessoas por eles condenadas.

Assim, como já foi referido, esta duplicação de registos, por proliferar informação de cariz sensível em diversos ficheiros, “*potencia a difusão da informação que, atendendo à da natureza em causa, pode desencadear perigos de dimensão significativa e irremediável*”⁹⁹ colocando a descoberto as fragilidades desde registo específico e autónomo, uma vez que a não coincidência de informação entre um e outro, promove a inexatidão de dados e “*é possibilitadora de utilizações em função da realização de certos interesses com a conseqüente possibilidade de discriminação*”¹⁰⁰.

⁹⁸ Em sentido contrário no Parecer da APAV, p. 3.

⁹⁹ Assim também no Parecer da CNPD, p. 13; e no Parecer do CFSIIC, p. 3.

¹⁰⁰ Parecer da CNPD, p. 13.

Não tendo sido esta a opção legislativa, cumpre por isso garantir a compatibilidade entre ambos, não oferecendo conflitos e inexatidões.

O artigo 2.º estabelece o âmbito de aplicação, ao estatuir que o mesmo se aplica “aos cidadãos nacionais” e “não nacionais residentes em Portugal”, “com antecedentes criminais relativamente aos crimes previstos no número anterior”, enumerando no n.º 2 alíneas a) a d) as decisões suscetíveis de integrarem o registo.

Cumpre desde logo referir, que por força da estatuição constante do n.º 1, conjugado com o n.º 2 do artigo 8.º, irá proceder-se à “inscrição das decisões anteriores à criação deste registo”, o que se afigura claramente violador do princípio da não retroatividade da lei penal, consagrado no n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal. Neste sentido, a integração de condenações já existentes, desacompanhada da ponderação das circunstâncias concretas e com as consequências a ela associadas, é claramente violador do princípio da legalidade.

Postula o princípio da não retroatividade da lei penal que a lei não pode incriminar factos já ocorridos, nem puní-los mais severamente do que a lei anterior, nem mesmo dar-lhes relevância para efeito de aplicação de medida de segurança criminal ou determinar-lhes a aplicação de medida desta natureza mais gravosa do que a da lei anterior ¹⁰¹.

Ainda que se possa discutir a natureza do registo ¹⁰², dir-se-á para já, que com a inclusão desta previsão no n.º 2 do artigo 8.º, está-se na prática a fazer retroagir um regime de carácter sancionatório a factos que ao tempo da sua prática não estavam a ele sujeitos, englobando ainda situações em que a foram cumpridas e extintas as penas e medidas privativas da liberdade ¹⁰³.

Como tal, não se compreende este profundo desrespeito pelo preceituado n.º 1 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa.

O artigo 3.º estabelece as finalidades a visadas pelo sistema de registo, que serão:

i) o acompanhamento da reinserção do agente na sociedade;

ii) obedecendo ao princípio do interesse superior das crianças e jovens, em ordem à concretização do direito destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso;

¹⁰¹ Maia Gonçalves, M., *Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, p. 173.

¹⁰² A qual relega para o competente subcapítulo.

¹⁰³ Parecer da CNPD, p. 14.

iii) bem como auxiliar a investigação criminal.

Ora, à luz da doutrina dos fins das penas, não se vislumbra como, e em que medida, fazer parte de uma base de dados de condenados, por um lado, e de uma base de dados por crimes sexuais contra menores, por outro, permite “acompanhar a reinserção do agente na sociedade”. Pelo contrário, parece esta finalidade contundente com o princípio da reinserção do agente por força do cumprimento da pena, onde se cria um espaço livre propenso à estigmatização e à discriminação.

Por seu turno, centrando-se este registo no condenado – conforme o seu objeto – também não vislumbramos de que forma se garante o respeito pelo princípio do interesse superior das crianças, o que, diríamos, caberia à lei substantiva. Não fica pois demonstrado de que forma é que o registo de condenados pode garantir a tutela de direitos fundamentais das crianças e jovens.

Relativamente às finalidades de investigação criminal, pode dizer-se que o mesmo se apresenta “grandemente contundente com o sistema integrado de informação criminal”¹⁰⁴. Com efeito, na medida em que os elementos que constituem o sistema de registo de condenados por crimes sexuais, constarão também do sistema de informação criminal do órgão de polícia criminal que executou a investigação e os deverá partilhar com os demais órgãos de polícia criminal e autoridades judiciais, parece ser o Sistema Integrado de Informação Criminal, que melhor satisfará os interesses visados. Parece, por isso, ser de diminuto relevo a justificação para a finalidade de investigação criminal¹⁰⁵.

Em face do artigo 4.º, procede-se à enumeração dos princípios norteadores do sistema de registo, os quais asseguram “o estrito respeito pelo princípio da legalidade e, bem assim, pelos princípios da autenticidade, veracidade, univocidade e segurança dos elementos identificativos”.

Valendo as considerações já tecidas, não podemos deixar de referir a ausência de enumeração de princípios tão ou mais relevantes na temática em causa, como o princípio da proporcionalidade, necessidade, adequação.

¹⁰⁴ Parecer do CFSIIC, p. 3.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Mais acrescentamos que tem razão a Comissão Nacional para a Proteção de Dados no seu Parecer, ao referir que se omitem princípios aplicáveis à proteção de dados, o que se afigura estranho quando está em causa a criação de uma base de dados.

De acordo com o artigo 5.º do Anexo I, o sistema de registo é constituído por:

i) elementos de identificação do agente;

ii) extrato da decisão judicial na origem da sua inscrição no registo; e

iii) outras decisões judiciais subsequentes abrangidos pelo n.º 2 do artigo 2.º, pelos crimes imputados e disposições legais aplicadas.

Ao prever a extensão de inscrição no registo a todo e a qualquer condenado, desmerecendo a pena em concreto que lhe foi aplicada, não se compaginou a pluralidade de situações que poderão fundar uma condenação e a gravidade das mesmas, permitindo a inscrição no registo de decisões de condenação do agente em pena suspensa ou de decisões de dispensa de pena, sem que se vislumbre finalidades na concretização de um tal registo ¹⁰⁶.

Determina o artigo 6.º do Anexo I que o registo “*é organizado em ficheiro central informatizado, funcionando como plataforma de informação criminal por via eletrónica*”, sendo responsável o Diretor-geral da Administração da Justiça, de acordo com o artigo 7.º, a quem incumbe “*assegurar o funcionamento, a segurança e o acesso à plataforma de informação criminal por via eletrónica*” e ainda “*velar pela exatidão dos dados*”¹⁰⁷.

O n.º 1 do artigo 8.º do Anexo I postula o critério do registo automático dos condenados, a qual é promovida pelos serviços de identificação criminal da Direção-geral da Administração da Justiça, tendo por base a receção dos boletins do registo criminal.

O artigo 9.º vem definir quais serão os elementos de identificação a inscrever-se no registo, apontando para a sua recolha como única fonte o registo criminal, “*não existindo coincidência com os elementos de identificação permitidos pela lei de identificação criminal, sendo de salientar, pelo relevo para os propósitos afirmados*

¹⁰⁶ Assim também no Parecer do CSM, p. 22.

¹⁰⁷ Em consonância com o artigo 3.º da Lei N.º 57/98 de 18 de agosto.

para o novo sistema de registo, a impossibilidade de recolha do domicílio profissional”¹⁰⁸.

O artigo 10.º trata da atualização do registo, fazendo impender a mesma dos deveres de comunicação do agente, previstos no artigo 13.º do referido Anexo. Com efeito, recebida a comunicação de alteração de residência ou de outro elemento de identificação, a autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal dispõe de cinco a contar da sua receção, para comunicar à Direção-geral da Administração da Justiça os novos dados. Competirá depois à Direção-geral da Administração da Justiça, no prazo de cinco dias a contar da comunicação da autoridade judiciária ou do órgão de polícia criminal, a respetiva validação e inscrição dos novos dados.

No artigo 11.º regula-se o cancelamento do registo, de acordo com o qual a inscrição no registo “*é cancelada decorridos os prazos referidos no n.º 3 do artigo 13.º, desde que entretanto não tenha ocorrido nova condenação por crime contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, ou quando verificada a morte do agente*”.

Atenta a duração e os efeitos do registo, deveria ter-se ponderado pela criação de um mecanismo de revisão da manutenção do registo a pedido do agente ¹⁰⁹. Assim, em conformidade com os Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem deve conceder-se ao visado a possibilidade de suscitar a reavaliação da sua inscrição no registo de condenados por crimes contra a autodeterminação e a liberdade sexual de menor, atenta a desnecessidade para as finalidades de proteção dos direitos dos menores e da prevenção do crime, nomeadamente por deixar de existir risco significativo de reincidência.

O artigo 12.º do Anexo I postula a exigência de notificação pessoal ao agente da inscrição neste registo, ao informá-lo dos seus direitos e deveres, assim como das consequências do incumprimento desses deveres ¹¹⁰.

¹⁰⁸ Parecer do CFSIIC, p. 4.

¹⁰⁹ Assim também no Parecer do SMMP, p. 50 e no Parecer da PGR.

¹¹⁰ Vide Parecer do SMMP, p. 50, segundo o qual “*a arquitetura jurídica deste diploma impunha que o condenado tivesse conhecimento unívoco não só dos seus deveres de comunicação, mas principalmente que pese embora tenha cumprido a pena principal que lhe foi aplicada os seus movimentos continuarão a ser acompanhados até ao momento em que se possa considerar que não representa qualquer perigo para as suas vítimas*”.

Impõe o artigo 13.º os deveres que impendem sobre os condenados registados, os quais se traduzem:

i) na comunicação do seu local de residência e domicílio profissional, no prazo de 15 dias a contar da data do cumprimento da pena ou medida segurança, ou da colocação em liberdade, e à sua confirmação com periodicidade anual;

ii) em declarar qualquer alteração de residência, no prazo de 15 dias; e

iii) na comunicação prévia da sua ausência do domicílio quando superior a cinco dias e seu paradeiro.

Dispõe o 14.º sobre as consequências do incumprimento dos deveres previstos no artigo anterior. Assim, se é questionável fazer impender sobre o condenado registado o bom funcionamento do sistema de registo – mediante os deveres que lhe são impostos - afigura-se incomportável a criminalização prevista no artigo 14.º do referido diploma ¹¹¹.

Neste sentido, tem razão o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público no seu Parecer, ao referir que criminalização desta conduta afasta-se do tradicional “*critério do bem jurídico*”, ao assumir frontalmente o avanço da ideia de “*mera infração de um dever*”, como elemento determinante na inclusão de determinada realidade no direito penal. Com efeito, “*ao manter-se esta incriminação, ela será certamente o exemplo paradigmático do critério da infração de um dever como elemento legitimador*”.

Não pode deixar de se referir que a inserção desta norma constitui mais uma situação desfavorável, a somar-se à inscrição num registo que já é ele próprio “*um repisar de um registo de condenados e que, como se disse, por si só já parece constituir uma sanção acrescida em relação àquela que puniu a sua conduta criminoso*”¹¹², cujo bem jurídico a tutelar é de difícil configuração. Será porventura o sistema a gerar os seus próprios criminosos.

O artigo 17.º regula genericamente o controlo da utilização do registo, ao dispor que os acessos ou as alterações a elementos inscritos no ficheiro central do registo são registados, para verificação da legalidade da consulta e do tratamento dessa informação,

¹¹¹Vide Parecer do SMMP, p. 57: “*não cremos que a violação dos formalismos ora criados assumam com a devida nitidez o preenchimento dos critérios legitimadores de de um processo de criminalização*”.

¹¹²Vide Parecer da CNPD, p. 19.

a fim de garantir a integridade e a segurança dos dados; estabelecendo no n.º 2 o mecanismo desse controlo de utilização.

Num quadro de acesso alargado, a Lei N.º 103/2015 é omissa quanto aos dados que deverão ficar registados, nomeadamente para verificação da legalidade da consulta, sobre o cidadão requerente e os fundamentos alegados para que sejam facultados os elementos constantes do sistema ¹¹³.

Por forma a garantir a segurança da informação vertida no registo, dispõe o n.º 1 do artigo 18.º o objeto desse controlo, punindo nos termos previstos na lei de proteção de dados pessoais a “*inserção de dados falsos, a viciação ou destruição de dados e o uso indevido da informação disponível no registo*”.

Atendendo à natureza sensível dos dados inscritos no registo, o artigo 19.º impõe o dever de sigilo profissional, mas não estabelece consequências para o incumprimento do mesmo.

3.2.1. A questão do acesso

Constituindo a questão que mais controvérsia oferece, dispõe o artigo 16.º do Anexo I sobre o acesso ao registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor.

Tendo como ponto de partida o que já foi sendo referido acerca da transposição da Diretiva 2011/93/EU e sobre a Convenção de Lanzarote, temos que o acesso ao registo deverá obedecer à ordem constitucional de cada Estado-membro e respeitar as leis nacionais em matéria de proteção de dados.

Não se questionando o acesso pelas diversas entidades elencadas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 16.º - em que se faz depender o acesso, respetivamente, mediante “*os fins da investigação criminal, de instrução de processos criminais, de execução de penas e de decisão sobre adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores ou regulação do exercício das responsabilidades parentais*”; “*delegação para a prática de atos de inquérito ou instrução, ou a quem incumba cooperar internacionalmente na prevenção e repressão da criminalidade e no âmbito destas competências*”; e “*prossecução dos*

¹¹³ Também assim o CFSIIC no seu Parecer, p. 7.

seus fins”; o mesmo não se poderá dizer da inserção do n.º 2, a qual, avançamos, nos parece inconstitucional.

Assim, dispõe o n.º 2 do artigo 16.º da referida lei que se possibilite o acesso à informação por parte de quem exerça responsabilidades parentais sobre o menor até aos 16 anos; consignando-se no n.º 3 que para aceder, o requerente alegará a situação concreta que justifique um fundado receio de que determinada pessoa conste do registo, dirigindo-se para tanto à autoridade policial da área de residência, requerendo que seja confirmada a respetiva inscrição ¹¹⁴.

Para tanto bastará a alegação de “*situação concreta que justifique um fundado receio de que determinada pessoa conste do registo*”¹¹⁵, sendo contudo necessária a verificação ou alegação de situação concreta, seja de vizinhança, de proximidade, ou outra, da pessoa em causa e o menor, que justifique o receio de perigo de comprometimento da segurança do menor e da concretização do direito das crianças e jovens a um desenvolvimento pleno e harmonioso ¹¹⁶.

Com efeito, o acesso a cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos, mediante a “*confirmação e averiguação dos factos que fundamentem esse fundado receio*” desconsidera princípios basilares do ordenamento jurídico português.

Como primeiro entrave constitucional podemos referir o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, cuja previsão do acesso (ainda que indireto) aumenta consideravelmente o nível de ingerência na privacidade dos visados.

Neste sentido cumpre revisar o direito que a lei especialmente quis proteger no artigo 26, n.º 1, *in fine*, e n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, pois que “*o âmbito normativo do direito fundamental à reserva da vida privada e familiar deverá delimitar-se com base num conceito de ‘vida privada’ que tenha em conta a referência*

¹¹⁴ Na sua versão inicial o acesso aos “*cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos*” (para usar a terminologia legislativa) encontrava-se previsto na alínea e) do n.º 1, para tanto “*alegando situação concreta que justifique um fundado receio de que determinada pessoa conste do registo, dirigir-se à autoridade policial da área de residência no concelho do requerente ou no concelho onde se situe o estabelecimento de ensino frequentado pelo menor sobre o qual exerçam responsabilidades parentais*”; estabelecendo o n.º 4 “*que em caso algum será facultado o acesso (...) à integralidade dos dados constantes do registo, mas tão só a confirmação ou a infirmação da inscrição e da residência no respetivo concelho*”.

¹¹⁵ De difícil concretização, o que se entende por “*fundado receio*”? Um rumor? Uma conversa de vizinhos? Uma desconfiança pessoal?

¹¹⁶ Requisito que não constava da versão inicial do diploma.

*civilizacional a três aspectos: 1) o respeito dos comportamentos; 2) o respeito do anonimato; 3) o respeito da vida em relação*¹¹⁷.

Ora o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa estabeleceu as condições em que pode operar a restrição de direitos, liberdades e garantias; não nos parecendo neste caso concreto que esteja preenchido o requisito da proporcionalidade.

Com efeito, para que possa operar a restrição legítima do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, haverá *in casu*:

i) que demonstrar a necessidade ou indispensabilidade da exigência desta ingerência, a qual deverá ser compensada com um aumento proporcional da eficácia na proteção dos direitos dos menores e na prevenção da reincidência¹¹⁸¹¹⁹;

ii) que comprovar a sua adequação e idoneidade para a realização do interesse público para a salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos; e

iii) que a restrição ou o sacrifício a impor ao cidadão se situa na “*justa medida*”, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas e excessivas em relação aos fins obtidos.

Apreciando as suas finalidades não vislumbramos uma única finalidade relevante e legítima a alcançar com esta medida¹²⁰; havendo que concluir pela ilegitimidade da compressão do direito à reserva da vida privada, por violação do princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, necessidade e de proibição do excesso.

De facto, também não podemos deixar de referir que a opção legislativa vertida nesta lei ofende gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana¹²¹, consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, de acordo com o qual

¹¹⁷Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, p. 468.

¹¹⁸ Ora, é este equilíbrio, que no nosso entender, não se encontra devidamente fundado, mormente quando atentamos às “experiências consolidadas” noutros ordenamentos jurídicos, não podendo deixar de se questionar a sua constitucionalidade.

¹¹⁹ Também assim a PGR no seu Parecer.

¹²⁰ Também assim o SMMP no seu Parecer, p. 63: “É certo que pode afirmar-se que ela visa garantir que os detentores das responsabilidades parentais poderiam proteger as crianças. Este seria sempre um argumento puramente demagógico. Proteger as crianças como? Organizando milícias populares de ‘caça ao pedófilo’? Substituindo-se às atividades próprias das entidades policiais? Criando nas crianças um sentimento de medo permanente de circular em determinada zona?”

¹²¹ Moreira, Vital e Canotilho, Gomes, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, p. 199. O princípio da dignidade da pessoa humana, “*alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades: (...) os ‘criminosos’, os ‘desviantes’, têm a mesma dignidade da chamada ‘pessoa normal’.*”

“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...) empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; dispoendo ainda o seu artigo 2.º *“a) que a República Portuguesa é um Estadode direito democrático, baseada (...) no respeito e na garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”*¹²²

Com efeito, o acesso na situação prevista no n.º 2 tem apenas dois efeitos imediatos: por um lado, será um incentivo que se aprenda a esconder-se; por outro, será um entrave a que o efeito ressocializador pretendido com estas medidas possa obter os resultados pretendidos, afetando não só a sua privacidade como a possibilidade de viver em sociedade, dificultando ou mesmo impedindo a sua reinserção (a qual foi tida como finalidade no artigo 3.º)¹²³.

Neste sentido, o registo pode, com alguma facilidade, transformar-se num fator de ostracização e marginalização dos visados, relevando-se totalmente ineficaz.

3.2.2. A questão do prazo

A duração dos deveres de comunicação previstos no n.º 1 do artigo 13.º encontram-se regulados no n.º 3 do mesmo artigo.

Assim, *“a contar da data do cumprimento da pena ou da medida segurança, ou da colocação em liberdade”* os deveres de comunicação têm a duração de: *“a) cinco anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de multa ou pena de prisão até 1 ano, ainda que substituída por outra pena, ou medida de segurança; b) 10 anos quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a 1 ano e não superior a 5 anos, ainda que substituída por outra pena; c) 15 anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a 5 anos e não superior a 10 anos; d) 20 anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a 10 anos”*.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de referir que a opção legislativa vertida se assemelha a um prolongamento do estatuto coativo do arguido sujeito ao termo de identidade e residência.

¹²²Também assim a OA no seu Parecer.

¹²³*Ibidem*, p. 64.

Não obstante a duração “temporária” do prazo do registo não podemos deixar de questionar se o estatuído se coaduna com o preceituado n.º 1 do artigo 30.º da Constituição da República Portuguesa, o qual estabelece os limites das penas e das medidas de segurança, proibindo o seu carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

É que o referido artigo postula também o princípio da reinserção do agente por força do cumprimento da pena; mas o que dizer deste registo que limita e restringe os direitos de determinados cidadãos, tendo por base a sua potencial perigosidade para interesses de elevado valor na comunidade, “*após o cumprimento da pena ou medida de segurança*” e que nalguns casos pode ter a duração de 20?

Mesmo que não se entenda que estamos perante uma pena perpétua ou de duração indefinida, haverá que concordar pelo prejuízo da ressocialização do agente que fica sujeito às obrigações previstas no artigo 13.º por um período que consoante a gravidade da infração cometida encontra como liminar mínimo cinco anos e como máximo 20 anos.

Assim, não obstante a previsão prevista noutros ordenamentos jurídicos, não vislumbramos de que maneira a manutenção desta obrigação num prazo tão extenso se coaduna com o nosso ordenamento jurídico.

3.3.A natureza jurídica do registo

Quanto à natureza jurídica do registo, haverá que ponderar a sua qualificação enquanto pena acessória ou enquanto medida de segurança.

Numa primeira análise inclinar-nos-íamos a considerar a inscrição no registo como uma verdadeira pena acessória, pela sua própria definição, no sentido em que faz depender a sua aplicação de uma pena principal e visa proteger determinados interesses colocados em perigo com a prática do crime.

É que neste sentido, basta a condenação pela prática de um crime contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual para que se encontre legitimado o registo do agente.

Assim, “*aplicação da pena acessória traduz-se num mal para o delinquente e, por conseguinte, não pode deixar de traduzir-se em uma verdadeira pena*”¹²⁴ o que, cremos ter demonstrado, está intimamente relacionado com os fatores de estigmatização e de exclusão social, indissociáveis deste registo.

Com efeito, o conceito de sanção penal abrange tanto as penas acessórias, quanto as medidas de segurança, enquanto consequência prática de um facto objetivamente ilícito, que se distinguem “*na medida em que a pena traduz a reação jurídica à culpabilidade do agente pelo mal do crime, enquanto a medida de segurança traduz a reação jurídica à perigosidade do delinquente*”¹²⁵.

Será nesse ponto que concedemos na natureza do registo enquanto medida de segurança – Vejamos.

Atendendo aos efeitos decorrentes do registo, isto é, do registo enquanto consequência inevitável da condenação por crimes praticados contra a autodeterminação e a liberdade sexual de menor, será a qualificação enquanto medida de segurança que melhor se adequa às finalidades preconizadas por este.

É que agora já não se discute a culpabilidade do agente pelo crime praticado; nem a culpa enquanto condição necessária da pena, donde não existindo culpa não pode ser aplicada pena alguma ¹²⁶.

Com efeito, as medidas de segurança “*não têm verdadeiramente carácter sancionatório, mas são medidas de tutela jurídica, de precaução ou curativas, que têm como pressuposto a perigosidade do agente revelada ou indiciada pela prática do facto típico*” ¹²⁷.

De facto, a *ratio* legislativa, apontou para atenta a prática do ilícito cometido, se decidir pela manutenção do merecimento da tutela penal na criação de um sistema de controlo específico e autónomo, justificando-a na prevenção da reincidência e na perigosidade do agente.

¹²⁴Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Geral, p. 103.

¹²⁵Silva, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo III, Teoria das Penas e Medidas de Segurança*, p. 19.

¹²⁶*Ibidem*.

¹²⁷*Ibidem*.

Conclusão

Em face daquilo que foi sendo dito, no nosso entender a Lei N.º 103/2015 é inconstitucional na parte em que cria o sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor.

Com efeito, cremos ter demonstrado que este registo constitui uma medida acessória, enquanto consequência da condenação por crimes contra a autodeterminação e a liberdade sexual de menor e neste sentido, a inscrição de condenações anteriores à entrada em vigor da presente lei é violadora do princípio da não retroatividade da lei penal, corolário do princípio da legalidade.

Não sendo adequada a realizar a finalidade de acompanhar a reinserção social do condenado e falhando em demonstrar de que forma se prossegue o “*superior interesse da criança*”, não vemos razão para a restrição de direitos, liberdades e garantias, violando-se, por isso, o princípio da proporcionalidade.

Na parte em que se prevê o acesso aos “*cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até 16 anos*”, viola-se gravemente o direito à reserva da vida privada e ofende-se o princípio da dignidade humana.

Relembramos que nem a Diretiva 2011/93/UE, nem a Convenção de Lanzarote impunham a criação de um sistema de registo de condenados pelos crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores.

Na parte em que se inspirou nas “*experiências consolidadas do Reino Unido e da França*”, esqueceu-se o legislador que nesses ordenamentos jurídicos, o acesso é limitado às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal.

Salientamos que a Lei N.º 103/2015 desrespeita direitos consagrados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e é contrária ao entendimento preconizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nas decisões em que este teve oportunidade de se pronunciar.

Por fim, notamos o descrédito que esta medida constitui na capacidade de arrependimento e emenda do ser humano, nos princípios de Direito Penal, enfim, na Justiça.

Bibliografia

Monografias e Artigos

Aires Magriço, Manuel Eduardo (2013). *A exploração sexual de crianças no Ciberespaço – aquisição e valoração de prova forense de natureza digital*. Óbidos: Sinapsis.

Antunes, Maria João (2010). *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*. Julgar, n.º 12 (especial).

Bedarf, Abril R. (1995). *Examining Sex Offender Community Notification Laws*. *CaliforniaLawReview*83(3).

Dias, Maria do Carmo (2011). *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, N.º 15.

Doyle, Charles (2007). *Adam Walsh Child Protection and Safety Act: A Legal Analysis*.

Dugan, Meghann J. (2001). *Megan's Law or Sarah's Law? A Comparative Analysis of Public Notification Statutes in the United States and England*. *Loy. L.A. Int'l&Comp. L. Rev*, Vol. 23.

Falcão, Maria João S. (2015). *O registo dos agressores sexuais – Perceções e atitudes dos Órgãos de Polícia Criminal Portugueses: PSP, GNR e PJ*. Porto.

Ferreira de Almeida, Carlos (2000). *Direito Comparado Ensino e Método*. Lisboa: Edições Cosmos e Carlos Ferreira de Almeida.

Ferreira de Almeida, Carlos (1998). *Introdução ao Direito Comparado* (2.º edição). Coimbra: Livraria Almedina.

Figueiredo Dias, Jorge de (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo II* (2.º edição), Coimbra: Coimbra Editora.

Figueiredo Dias, Jorge de (2009). *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime* (2ª Reimpressão). Coimbra Editora.

Fitch, Kate (2006). *Megan's Law: Does it protect children?* Disponível em: www.nspcc.org.uk.

- Gonçalves, Rui Abrunhosa, & Vieira, S. (2005). *A Avaliação do Estilo de Vida Criminal em Ofensores Sexuais*. Psicologia: Teoria, Investigação e Prática.
- Greenfeld, Lawrence A. (1997). *Sex Offenses and Offenders – An Analysis off Data on Rape and Sexual Assault*.
- Guglielmi, Gilles J. (2008). *De quoi rester FIJAIS: La version « TIC » du pilori*. Drôled'en droit.
- Hollenbeck, Elizabeth. *Megan's Law: Does it increase Parents ability to protect their Children against sexual offenders?*
- Human's Right Watch (2007). *No Easy Answers: Sex Offender Laws in the US*. Disponível em: <http://www.hrw.org>.
- Hynes, Kate (2013). *The Cost of Fear: An Analysis of Sex Offender Registration, Community Notification, and Civil Commitment Laws in the United States and the United Kingdom*. Penn State Journal of Law & International Affairs, Volume 2, Issue 2.
- Kunz, Carol L. (1997). *Toward dispassionate, effective control of sexual offenders*. The American University Law Review, Vol. 47. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu>.
- Levenson, Jill S. e Cotter, Leo P., *The Effect of Megan's Law on Sex Offender Reintegration*. Journal of Contemporary Criminal Justice. Disponível em: <http://ccj.sagepub.com>.
- Logan, Wayne A. (2009). *Knowledge as Power: Criminal Registration and Community Notification Laws in America*. Stanford University Press.
- Lovell, Elizabeth (2001). *Megan's Law: Does it protect children?*. Disponível em: <http://217.35.77.12/archive/England/papers/justice>.
- Maia Gonçalves, Manuel Lopes (2001). *Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar* (4º Edição). Almedina.
- Mancini, Christina N. (2009). *Sex Crime in America: Examining the Emergence and Effectiveness of Sex Offender Laws*. The Florida State University. Disponível em: <http://diginole.lib.fsu.edu/cgi>.

Menezes da Silva Dias, Maria do Carmo (2006). *Crimes Sexuais com Adolescentes – Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português*. Almedina.

Moreira, Vital e Canotilho, Gomes (2007). *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume 1º*. Coimbra Editora.

Moura, Joana (2012). *Reflexões sobre o instituto da prisão perpétua*. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/>.

Moya, Juliana (2011). *A Vitimação Infantil e os Crimes Sexuais Contra Menores*. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/>.

Mustaine, E. E., Tewksbury, R., & Stengel, K. M. (2006). *Residential Location and Mobility of Registered Sex Offenders*. American Journal of Criminal Justice, 30.

Newburn, Karne (2001). *The prospect of an International Sex Offender Registry: Why and International system modeled after United States sex offender laws is not an effective solution to stop child sexual abuse*. Wisconsin International Law Journal, Vol. 28, No. 3. Disponível em: <http://hosted.law.wisc.edu>.

Pacheco, Maria Beatriz (2012). *O crime de atos sexuais com adolescentes - Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima*. Disponível em: www.repositorio.ucp.pt.

Payne, Brian K. & DeMichele, Matthew (2011). *Sex offender policies: Concerning unanticipated consequences of GPS sex offender monitoring*.

Pizarro Beleza, Teresa (1996). *Sem sombra de Pecado: O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

Prescott, J. J. (2008). *Do sex offender registries make us less safe?* Disponível em: <https://www.law.virginia.edu>.

Rasmussen, Lucinda A. (2010). *A Commentary on the Michigan Sex Offender Registration Article*. Journal of Child Sexual Abuse, 19.

Silva, Germano Marques da (2008). *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo III, Teoria das Penas e Medidas de Segurança* (2ª Edição). Editorial Verbo

Silva, Liliana Sobral Lopes da Silva (2007). *Estratégias de prevenção e intervenção em agressores sexuais no contexto de abuso sexual*. Disponível em: <http://bdigital.ufp.pt>.

Thomas, Terry (2010). *European Developments in Sex Offender Registration and Monitoring*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 18.

Thomas, Terry (2011). *The Registration and Monitoring of Sex Offenders: A comparative study*.

Thomas, Terry (2008). *The Sex Offender Register: A measure of public protection or a punishment in its own right?*. Papers from the British Criminology Conference.

Thomas, Terry (2001). *Supervising Child Sex Offenders in the Community – Some Observations on Law and Practice in England and Wales, the Republic of Ireland and Sweden*. European Journal of Criminal Law and Criminal Justice.

Wakefield, Hollida. *The Vilification of Sex Offenders: Do Laws Targeting Sex Offenders Increase Recidivism and Sexual Violence?* Institute for Psychological Therapies.

Worley, Robert M. & Worley, VidishaBarua (2013). *The sex offender next door: deconstructing the United States' obsession with sex offender registries in an age of neoliberalism*. International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 27, No. 3. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2013.796708>.

Wright, Richard G. (2008). *Sex Offender Post-Incarceration Sanctions: Are There Any Limits?*. Disponível em: <http://www.nesl.edu/userfiles/file/nejccc/vol34/1/wright.pdf>.

Legislação

Carta Social Europeia. Disponível em: <https://www.coe.int/>.

Código Penal Português (2010). Lisboa: QuidJuris.

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950).

Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais. Disponível em: <http://www.coe.int/>.

Diretiva 2011/93/UE. Disponível em: JO L 335 de 17 de dezembro de 2011.

Home Office Consultation Paper - The Supervision and Sentencing of Sex Offenders. Disponível em: <http://researchbriefings.files.parliament.uk>.

Jacob Wetterling Crime against Children and Sexually Violent Offender Registration Act. Disponível em: <http://law.justia.com/codes/us>.

Protocolo Facultativo relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil (2011). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis>.

Relatório Explicativo da Convenção de Lanzarote do Conselho da Europa. Disponível em: <http://www.conventions.coe.int/>.

Relatório Explicativo do Jacob Wetterling Act. Disponível em: <https://www.federalregister.gov>.

Resolução 1733 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Disponível em: <http://assembly.coe.int/>.

Tratado da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu>.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu>.

Proposta de Lei 305/XII e Pareceres

Proposta de Lei N.º 305/XII (versão inicial). Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/>.

Parecer da Ordem dos Advogados (AO).

Parecer do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP).

Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR).

Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP).

Parecer do Conselho dos Oficiais de Justiça (COJ).

Parecer do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Faro (OACDF).

Parecer do Conselho Superior da Magistratura (CSM).

Parecer do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF).

Parecer da Comissão Nacional da Proteção de Dados (CNPd).

Parecer da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV).

Parecer do Conselho de Fiscalização do Sistema Integrado de Informação Criminal (CSFSIIC).

Parecer e Nota Técnica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (CACDLG).

Jurisprudência

Adamson v. UK (1999). Processo N.º 42293/98.

Massey v. UK (2003). Processo N.º 14399/02.

Bouchacourt v. France (2009). Processo N.º 5335/06.

Gardel v. France (2006). Processo N.º 16428/0517.

M. B. v. France (2009). Processo N.º 22115/06.