

LISBON LAW REVIEW

REVISTA
DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2016/1



Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVII – 2016/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)
Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)
Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)
Ken Pennington (Universidade Católica da América)
Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)
Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRECTOR

Eduardo Vera-Cruz Pinto

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte
Diogo Costa Gonçalves
Helena Morão
Miguel Lopes Romão
Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Sofia Duarte

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - 1649-014 Lisboa - Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO **LISBON LAW EDITIONS**

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Abril, 2016

Editorial

05-08 Nota do Diretor

Diogo Costa Gonçalves

09-46 O reconhecimento das fundações privadas: personificação ou limitação da responsabilidade?

Eduardo Oliveira Lopes

47-78 A compensação especial no quadro dos instrumentos de proteção dos bens ambientais

Francisco Rodrigues Rocha

79-132 Dos prazos de exercício de direitos em matéria de abalroação

João Espírito Santo

133-143 Les sociétés commerciales unipersonnelles du droit Bissau-guinéen (Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)

Maria João Carvalho Vaz

145-167 O registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores: Um mal desnecessário

Raul Relvas Moreira

169-201 A competência dos tribunais arbitrais administrativos para a decisão de questões prejudiciais

Rita Guimarães Fialho d'Almeida

203-246 Breves notas acerca da responsabilidade civil do Estado por actos da função jurisdicional

O REGISTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DE CONDENADOS POR CRIMES CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO E LIBERDADE SEXUAL DE MENORES: UM MAL DESNECESSÁRIO

Maria Vaz

Resumo: O presente artigo tem por finalidade gerar uma reflexão crítica em torno da Proposta de Lei 305/XII, aprovada em Conselho de Ministros, que criou o registo especial de identificação de condenados por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores.

Nessa medida, procuraremos fazer um enquadramento geral do seu surgimento para, seguidamente, estabelecermos uma análise crítica daquilo que, no nosso entendimento, compõe os pontos controversos da supra mencionada proposta. Procuraremos, de igual modo, averiguar a real finalidade do instituto e, conseqüentemente, identificar a sua natureza jurídica.

Palavras-chave: Registo; Crimes Sexuais; Riscofobia; Desnecessidade; Medida de Segurança.

Abstract: This article has the purpose of generate a critical reflection about the Draft Law 305 / XII, approved by the Council of Ministers, which created the special registration and identification of sentenced for crimes against sexual freedom and self-determination of minors.

With that extent, we try to do a general framework of its emergence to subsequently establish a critical analysis of what, in our view, compose the controversial points of the above mentioned proposal. We will seek, likewise, find out the real purpose of the institute and thereby identify its legal nature.

Keywords: Registration; Sexual Crimes; Riscophobia; Needlessness; Security Measure.

Maria João Carvalho Vaz (maria-vaz100@hotmail.com)

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Aluna de Intercâmbio e pesquisadora-visitante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

I – O ENQUADRAMENTO DO SEU SURGIMENTO

1.1. ENQUADRAMENTO GERAL

O surgimento do registo nos crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores encontra-se influenciado por uma ideia geral de prevenção de riscos relativamente à colocação em perigo ou de realização de dano relativamente a bens jurídico-penalmente protegidos, unicamente nos crimes daquela natureza. Quando interiormente questionados acerca dos porquês da necessidade de protecção acrescida daqueles bens jurídicos – através de uma prevenção repressora que, em caso de incumprimento de deveres, sanciona –, não conseguimos descurar a existência de várias influências, além das tendências de política criminal de ordenamentos-jurídicos próximos.

Desse modo, de forma inolvidável, cremos que o nascimento desta medida preventiva se encontra ancorada a movimentos criminológicos que visam a protecção das vítimas¹, a par de uma certa adesão – ainda que não consciente ou expressa – ao direito penal do inimigo². E dizemos isto, porque, inequivocamente,

* Por opção do autor, o presente artigo não respeita o acordo ortográfico.

¹ A vitimologia, enquanto movimento criminológico apoiado na necessidade de protecção das vítimas do crime. A protecção da vítima prende-se com uma compreensão do crime como algo “abusivo, doloroso, destrutivo, parasitário e injusto”. Cfr. KARMEN, Andrew. *Crime Victims: an introduction to victimology*. Belmont: Wadsworth Cengage Learning. Eighth edition, 2013, p. 2. A preocupação com as vítimas pode encontrar-se na antiguidade. Todavia, só se voltou a dar-lhe importância em 1927, altura em que EDWIN SUTHERLAND decidiu incluir um capítulo sobre as vítimas num livro. Desde então deu-se uma crescente preocupação com as vítimas do crime, até que surgiu, na década de 50 do século XX, pela primeira vez na história a palavra “vitimologia”, por FREDERIC WERTHAM (num livro sobre violência). Cfr. DUSSICH, Jonh P. J. *Victimology – Past, Present and future*. Acessível em: <http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No70/No70_12VE_Dussich.pdf>. Não podemos deixar de mencionar que a vítima é um conceito criminológico distinto do ofendido, que é um conceito processual para um participante. O ofendido só se torna sujeito processual se se tornar assistente (art. 68º, nº 1 do CPC e art. 113º, nº 1 do CP).

² O direito penal do inimigo nasce do contraponto com o direito penal do cidadão, unindo-se naquilo que JAKOBS e CANCIO MELIÁ designam de “dois polos de um só mundo”. Na linha de defensabilidade do facto e da pena como “meios de interacção simbólica”. A pena não se dirige “contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso”. É nessa linha de pensamento dirigido ao futuro, com base numa ideia de perigosidade do agente para a generalidade, que JAKOBS fundamenta a finalidade da pena como contradição (do direito) e como segurança. Assim, podemos dizer que, com base em influências Hegelianas, a pena dá-se devido negação do direito e para a negação da negação da vontade do agente no sentido de não mais negar aquele direito. Cfr. JAKOBS, Günther / MELIÁ, Manuel Cancio. *DIREITO PENAL DO INIMIGO: noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, pp. 21-24. Lançando uma perspectiva crítica sob um direito penal envolto na sociedade do risco e que caminha no sentido da “reconstrução de um direito da

só encontramos aí explicação – no vislumbre do inimigo ‘pedófilo’, do inimigo ‘abusador’ sexual de crianças –, a par da necessidade de protecção de vulneráveis (neste caso, a ‘criança indefesa’), numa avultação de um direito penal emocional que descarta a racionalidade imparcial e, desse modo, intranquiliza a coerência do sistema e gera incongruência entre os institutos que compõe um ‘todo’ sistemático, que é a (nova) “*ciência conjunta do direito penal*”. Ressalte-se, porém, que a “nova ciência conjunta do direito penal” de que falamos rejeita a subjugação da dogmática penal relativamente aos ímpetos de eficácia da política criminal³.

Deste modo, podemos ver o agente dos crimes sexuais contra menores como alguém que é marcado com um rótulo estigmatizante, através da publicidade prolongada de um registo criminal especial – sobre o normal registo criminal que tem lugar na prática de crimes de outra natureza –, que lhe impõe deveres e continua a restringir-lhe desproporcionalmente liberdades, tratando-o como um ‘caso perdido’ que não conseguirá fugir na sua tendência endógena no sentido da reincidência, o que nos faz voltar para a velha teoria do *Labeling Approach*⁴.

Além do supra mencionado, constituiria uma negligência na análise do instituto em apreço não chamar à colação as influências de uma teoria geral da infracção criminal da qual descuramos, pelo facto de se caracterizar pela utilização da política criminal como um mecanismo funcional que, querendo

perigosidade”: RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 17, nº 4, (out. / dez.) 2007, pp. 547-600.

³ VON LISZT foi o primeiro a utilizar o termo “*ciência do direito penal total*”, defendendo uma interligação entre a criminologia, a dogmática penal e a política criminal na tarefa estatal de controlo do crime. Não descurando a teoria de VON LISZT, mas acompanhando um pensamento de não subjugação da criminologia e da dogmática penal aos ímpetos eficientistas da política criminal, acompanhamos a reflexão crítica de FARIA COSTA na defensabilidade de uma “*nova ciência conjunta do direito penal*”. Vide: COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2009, pp. 28 e 29. No mesmo sentido, estabelecendo críticas ao pensamento funcional de CLAUS ROXIN: D’AVILA, Fabio Roberto. *Os limites normativos da política criminal no âmbito da “ciência conjunta do direito penal”*. Acessível em: <http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/07022012153413.pdf>, em 03/02/2016, pela última vez a 03/02/2016.

⁴ Falamos da teoria da etiquetagem ou da reacção social porque, na medida em que entendemos que os agentes de crimes sexuais contra menores se encontram rotulados por um registo de prazos desproporcionais e após o cumprimento de pena, não faria mal recordarmos esta teoria criminológica que – além da procura da etiologia dos fenómenos criminógenos – se centra nos “*powerful reactors*” e não nos “*bad actors*”. Neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa. *CRIMINOLOGIA: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Reimpressão, 2011, pp. 342 e ss. Na linha do interaccionismo simbólico, o crime tem lugar na realidade devido à atribuição de “*de um status criminal, que tem lugar de forma selectiva e discriminatória*”. Cfr. SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Aproximación Al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosh Editor S.A., 1992, p. 19.

eliminar os males pela raiz – partindo de um vislumbre do direito penal centrado numa auto-suficiência sistémico-funcional⁵ –, tantas vezes se perde no populismo⁶ que se avulta na sacralização da segurança⁷, descurando as liberdades e o escopo axiológico subjacente à norma incriminadora, de forma a neutralizar um risco que é natural e que sempre existiu nas sociedades humanas⁸.

⁵ O funcionalismo sistémico-penal é influenciado pela teoria dos sistemas de NIKLAS LUHMANN. A teoria em questão vislumbra as sociedades modernas de forma sistemática, em que a comunicação é elemento primordial, dividindo-se em subsistemas totalmente fechados através de códigos especializados (política, economia, direito, etc). Para uma compreensão breve sobre a teoria de LUHMANN: URTEGA, Eguzuki. *La teoría de sistemas de Niklas Luhmann*. In Revista Internacional de Filosofía, vol. XV (2010), pp. 301-317. A aplicação da teoria sistémica ao direito penal faz com que o sistema jurídico se feche, perdendo-se na abstracção, servindo-se do direito para regular imperativamente e sem qualquer tipo de aproximação da justiça penal ao caso concreto, com base em finalidades de prevenção geral. Sobre o funcionalismo jurídico, ficam as palavras de CASTANHEIRA NEVES: “o objetivo é de convocar o pensamento jurídico (encarne ele no legislador, no juiz ou no jurista em geral) para a preparação ou a definição, através do direito, de soluções socialmente mais convenientes – não as soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim as soluções finalístico-programaticamente adequadas ou eficazes – no pressuposto de uma básica preferência pela pragmática utilidade (e a sua racional eficiência) relativamente à axiológica justiça (e a sua apelativa normatividade) ou da performance relativamente à validade – o técnico-sociologismo é sempre um utilitarismo.” Cfr. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Studia iuridica I. Separata do BFDUC. Coimbra, Coimbra editora, 2013, pp. 55 e 56.

⁶ Um populismo punitivista que se baseia na insegurança. Sobre esta temática, ainda que voltado para a Argentina, vide: MOUZO, Karina. *Inseguridad y “populismo penal”*. In Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, Nº 11 (2012). Acessível em:

<http://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/43-51>, pela última vez a 03/02/2016.. Em Portugal, podemos falar da influência mediática, nos crimes de natureza sexual contra menores, do Caso Casa Pia.

⁷ Aquilo que apelido de sacralização da segurança constitui uma resposta da Justiça Penal ao despontar de novos riscos e ao aumento da insegurança, havendo um vislumbre da maioria social como vítima do delito. Assim, descredibilizou-se o direito penal como direito de última ratio, como preconizavam os princípios iluministas, para passarmos a um direito penal expansivo (no nosso pensamento, infelizmente, tantas vezes como primeira ou segunda ratio em razão da eficiência), que se avulta na ‘gestão da moral’, e que se legitima no poder legislativo (além da protecção de qualquer bem jurídico-penal), em nome da suposta necessidade de fazer face ao aumento da criminalidade e do risco, que se deu com o advento de um paradigma sociológico e económico-financeiro totalmente globalizado. Sobre as tendências de um direito penal expansivo: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2ª edición revisada y ampliada, 2001.

⁸ Se é certo que, com a consideração da existência de bens jurídicos sociais ou colectivos que alcançam dignidade penal, passa a ser possível antecipar a tutela penal em nome do risco (crimes de perigo abstracto), não conseguimos deixar de questionar o porquê da antecipação alargada quando os bens jurídicos em questão não são colectivos mas individuais, como é o caso do registo de crimes

Assim, com base numa política criminal funcional – em que o cerne da ilicitude se centra na figura do desvalor da acção⁹ da conduta do agente ante a defensabilidade de teorias de prevenção geral positivas¹⁰, que se baseiam na teoria kantiana dos imperativos¹¹ e que vêem a norma penal como “norma de

sexuais contra menores em apreço. Sobre a possibilidade de o direito penal se ocupar de riscos futuros (relativamente a bens jurídico-penais colectivos): HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos e delitos de peligro abstracto*. In *Anales de Derecho da Universidad de Murcia*, nº 19 (2001), pp. 147-158.

⁹ A predominância do desvalor da acção sobre o desvalor de resultado faz-nos remontar ao finalismo de WELZEL, que atentava contra o causalismo naturalista dos clássicos e trouxe para a dogmática penal a inovação de que toda a acção humana era vocacionada à concretização de uma vontade final. Sobre a teoria finalista da acção: WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951. A colocação da tónica do ilícito no desvalor da acção fez com que se criticasse e se abandonasse o causalismo naturalista, que não atribuía relevância à ideia de perigo, na medida em que a ilicitude material recaía apenas nos desvalores de resultado de dano. Não obstante, podemos dizer que o ontologismo de WELZEL (inspirado na filosofia dos valores de Hartmann e Pufendorff), se encontra em contraposição com o normativismo radical de JAKOBS. Para uma melhor compreensão do normativismo de JAKOBS: MIR PUIG, Santiago. *Limites del normativismo en Derecho Penal*. In *RBCCrim*, nº 64, 2007, pp. 197-221.

Não obstante, aquilo que defendemos é um direito penal de matriz onto-antropológica, baseado numa relação de cuidado-de-perigo, mas em que o perigo se insere no desvalor de resultado, que pode ser de perigo ou de dano. Sobre a fundamentação onto-antropológica do direito penal: COSTA, José de Faria. *Noções (...). Op. Cit.*, pp. 19-26. A explicação da inserção do perigo no desvalor de resultado surge da violação de uma parte ao redor do núcleo duro do bem jurídico, que constitui, ainda, uma “*parte intrínseca do próprio bem jurídico*”, chamada de *vorfeld* protectivo. Assim: se a conduta se dirigisse ao núcleo duro do bem jurídico estaríamos perante um desvalor de resultado de dano; se o perigo fosse relativo àquele *vorfeld* protectivo, estaríamos perante um desvalor de resultado de perigo. Assim, “*seria a zona atingida do bem jurídico que contaminaria retroativamente a própria conduta*”. Cfr. COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra Editora: Coimbra, 199, p. 410.

¹⁰ Nas palavras de KINDHÄUSER, “o facto punível é a contradição de uma norma” e “a quebra da norma faz com que ela perca a sua função social, levando a sociedade a não saber o que é certo e o que é errado”, sendo a sua validade “um fato social”. Cfr. KINDHÄUSER, Urs. *La lógica de la construcción del delito*. Traducción de Juan Pablo Mañalich R. Texto distribuido por Taller de Ciencias Penales de la UNMSM en el seminario realizado con la participación del Prof. Urs Kindhäuser del 23 al 25 setiembre 2009. Acessível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_02.pdf.

Sobre a crítica à teoria da prevenção geral positiva: Schünemann, Bernd. *Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva*. In: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Jesús-María Silva Sánchez. Barcelona: Editorial Bosch, 1997.

¹¹ Kant definiu o imperativo como “*um comando emitido pelo espírito humano e dirigido a ele mesmo*” e distinguiu dois tipos: o categórico, que “*imprime um comando incondicional*”; e o hipotético, “*no qual o comando emitido se condiciona, na qualidade de meio, a um certo fim a ser atingido ou atingível*”. Para uma melhor compreensão: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. São Paulo: Edições profissionais, 2003, p. 32.

determinação”¹² –, procura eliminar-se o mal pela raiz, em nome da protecção de imperativos ético-sociais¹³, além dos bens jurídicos que constituem o norma-texto¹⁴ subjacente ao elemento literal da norma incriminadora.

Podemos, ainda, dizer que estas teorias nasceram da necessidade de mitigar a subjectivização do ilícito com notas de objectividade¹⁵ – por imperativo de qualquer Estado de Direito Democrático –, após a queda da subjectivização total

¹² Assim, esta teoria kantiana influenciou a norma penal – agora conhecida como norma de determinação –, na medida em que constitui uma forma de imperativo a que a generalidade dos cidadãos deve obediência, cominando com pena o seu desrespeito. A norma de determinação encontra-se imbricada na figura do desvalor da acção e das teorias de prevenção geral. Em defesa da norma penal como norma de determinação: KAUFMANN, Aramin. *Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1977, p. 68; JESCHECK, Hans-Henrich / WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General: volume I*. Granada: Editorial Comares, 5ª Edição, 2002, p. 213.

Em sentido oposto, partindo da defensabilidade da norma penal como norma de valoração por ser mais adaptável às necessidades valorativas de uma “sociedade plural”: COSTA, José de Faria. *O perigo (...)*. *Op. Cit.*, p. 409, nota 105.

¹³ Autores como LENCKNER defendem a existência de um Direito Penal que não se legitime na teoria do bem jurídico. *Cfr.* COSTA, José de Faria. *O perigo (...)*. *Op. Cit.*, p. 41, nota 34. Quando questionados acerca da possibilidade de o direito penal punir condutas inofensivas, chegamos à seguinte conclusão: ou se trata de punir a moral ou de punir a perigosidade, não do facto, do agente. Assim: VAZ, Maria João Carvalho. *A punibilidade da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objecto: um problema de (in)validade material*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Sr. Prof. Doutor José Francisco de Faria Costa. Coimbra: 2014, p. 84. Colocando em causa a questão da teoria do bem jurídico, devido à discussão que se gerou em torno da pronúncia do Tribunal Constitucional Alemão acerca da existência de conformidade da tipificação do incesto com a constituição: GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico?: Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*. In *RBCCrim*, nº 82, 2010, pp. 165-183. Além de a queda da teoria do bem jurídico possibilitar a punição com base na moral também possibilita a punição da culpa sem ilícito. Para compreender melhor esta teoria austríaca: PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición en la tentativa*. In *Livro de Homenage al Prof. Doctor Don Ángel Torío Lopez*. Editorial Comares. Granada, 1999, pp. 528-529.

¹⁴ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais (...)*, *op cit.*, pp. 146-148.

¹⁵ O objectividade que é conferida pelo início dos actos de execução, na medida em que constituem uma externalização do domínio interno do agente. A mitigação ocorre tanto na teoria normativo-funcional como com a teoria da impressão. Sobre a teoria da Impressão: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição reimpressa, 2012, p. 691, nota 7.

do ilícito, naquele que ficou conhecido como ‘direito penal da vontade’¹⁶, em que o Direito Penal punia o domínio interno da psique do agente independentemente da existência de um perigo real para um bem jurídico com dignidade penal¹⁷.

Não obstante, a centralização do cerne da ilicitude material na figura do desvalor da acção e as sucessivas necessidades de antecipação da tutela penal – com o objectivo de se evitar a temerosa figura da reincidência – faz com que vislumbremos as novas tendências do direito penal no sentido da deslocação da perigosidade do facto para a pessoa do agente, naquilo que parece ser um retorno lento, ainda que evolutivamente distinto do que vigorou no passado, ao direito penal do agente: um direito penal do agente mascarado pela cientificidade pseudo-infalsificável das ciências comportamentais conjugadas com as neurociências¹⁸.

Além de todas as influências apontadas, podemos dizer que o instituto do registo de crimes sexuais contra menores visa uma espécie de neutralização do risco através da atribuição de publicidade a uma condenação – cuja pena já foi cumprida, tendo-se restabelecido, desse modo, a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo¹⁹ –, de forma preventiva.

¹⁶ Não obstante, a deslocação do dolo da culpa para a acção fez com que se desse uma progressiva subjectivização do ilícito: primeiro, através da consideração da vontade como elemento único para que qualquer acção gerasse necessidade de penal, pelo Tribunal Imperial Alemão (passando a punir-se as tentativas impossíveis devido à teoria do ‘erro ao revés’) e, depois, a subjectivização foi legitimada pela dogmática, ao longo do regime nacional-socialista, naquele que ficou conhecido por ‘Direito penal da Vontade’. Nas palavras de MEZGER: “*não se castiga alguém por ter cometido um fato punível, mas porque é uma pessoa socialmente perigosa, como se depreende do próprio fato que cometeu. Por isso, o fundamento verdadeiro da pena está situado na perigosidade da personalidade do autor.*” Cfr. MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 86.

¹⁷ A título de exemplo, podemos falar da punibilidade – nos anos 30 do século XX, pelo Supremo Tribunal Imperial Alemão – da tentativa impossível de aborto através da ingestão de açúcar ou da tentativa impossível de aborto sem a senhora estar grávida, através da aplicação da teoria do ‘erro ao revés’.

¹⁸ Para uma compreensão mais profunda do que afirmamos: BAIRD, Abigail A.. *The Developmental Neuroscience of Criminal Behavior*. In FARAHANI, Nita: *The Impact Of Behavioral Sciences on Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 81-124.

¹⁹ Na medida em que já se cumpriu a pena, coloca-se a questão de saber o porquê da existência de acrescidas necessidades de prevenção especial (positiva ?), visto que a pena não cumpriu a sua finalidade (prevista no art. 40º do CP). Se olhássemos para a pena como se ela tivesse uma finalidade neoretributiva, a sua finalidade estaria cumprida e não requereria necessidades preventivas acrescidas. Isto porque, se vislumbrássemos a pena com aquelas finalidades, o seu mal anularia o mal do crime restabelecendo a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Para uma melhor compreensão deste pensamento neoretributivo: COSTA, José de Faria. *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª Edição atualizada e ampliada. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2008.

1.2. A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL EUROPEU E DE OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS NO SEU SURGIMENTO

A criação de um sistema de registo criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação e a liberdade sexual de menores encontra um dos seus motivos fundantes em linhas de política criminal da União Europeia, especificamente na existência de uma Decisão-Quadro, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil – a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003²⁰ –, que foi substituída pela Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011²¹.

Logo no preâmbulo da Directiva²² supra mencionada invoca-se o artigo 34º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças²³, em que todos os Estados Partes se comprometem a proteger as crianças contra todas as formas de exploração e abuso sexual, tal como se comprometeram com a Convenção de Lanzarote²⁴⁻²⁵⁻²⁶.

²⁰ Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2004-68-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2004.68.JAI_Exploracao_sexual_de_crianças.pdf?nocache=1199981526, acessado pela última vez a 03/02/2016.

²¹ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093>, acessado pela última vez a 03/02/2016.

²² As directivas – *vinculam o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando no entanto às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.* – Cfr. CAMPOS, Mota de / CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de Direito Europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 6ª Edição, 2010, p. 326.

²³ Acessível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>. O preâmbulo também invoca a Convenção das Nações Unidas de 2000 sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil. Acessível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/protocolo-crian%E7as2.html>, acessada pela última vez a 03/02/2016.

²⁴ Acessível em: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/Source/LanzaroteConvention_por.pdf, acessada pela última vez a 03/02/2016.

²⁵ Sobre a interpretação dos tratados e convenções no direito (penal) internacional: AMBOS, Kai. *A parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, pp. 109-110.

²⁶ Sobre a tentativa de conciliar a investigação e a protecção dos direitos humanos no terceiro pilar (que foram criados em Maastricht e que deixaram de existir com o Tratado de Lisboa): PEERS, Steve. *Human rights and the third pillar*. In *The EU and human rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 167 e ss.

Naqueles termos, podemos dizer que o nascimento deste tipo de registo criminal se insere em políticas de harmonização²⁷ da União Europeia, pelo estabelecimento da necessidade de os Estados-Membros adoptarem regras mínimas, através da necessária transposição da directiva para os ordenamentos jurídicos internos²⁸. Este foi um dos argumentos da Ministra da Justiça – a invocação da necessidade de transposição da directiva para o ordenamento jurídico interno, sob pena de ser intentada contra Portugal uma acção de incumprimento –, no sentido da criação de um sistema de registo para a criminalidade daquela natureza, nos moldes em que se elaborou a Proposta de Lei 305/XII, aprovada em Conselho de Ministros²⁹.

Ditas as coisas nestes termos, a questão que fica é: encontrar-se-ia o Estado português obrigado a adoptar um sistema de registo criminal nos moldes em que foi elaborada a proposta de lei 305/XII?

De facto, o art. 24º da Directiva³⁰ em apreço incentiva os Estados-Membros a criar programas e medidas de intervenção “*durante ou após o processo penal*”, com o objectivo de evitar a reincidência. No entanto, o mesmo artigo menciona que as regras mínimas em questão devem ser adoptadas “*em conformidade com a legislação nacional*”.

Os imperativos do Direito Europeu acabaram por influenciar o surgimento deste tipo de registo criminal nos países da União Europeia, dentre os quais a França (através do aditamento do *article 706-47 du Code de Procédure Pénale*³¹) ou o Reino Unido, que já tinha adoptado um “*Sex Offenders Registration and Notification Act*” (SORNA)³².

²⁷ Sobre as tendências de harmonização do direito penal no âmbito europeu: MITSILEGAS, Valsamis. *EU CRIMINAL LAW*. Portland: Hart publishing, 2009, pp. 59-110.

²⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 93 e ss.

²⁹ Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a41314c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl305-XII.doc&Inline=true>, acedida pela última vez a 03/02/2016.

³⁰ Sob a epígrafe: “*Programas ou medidas de intervenção, a título voluntário, durante ou após o processo penal*”.

³¹ Disponível em: http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=12DB8B1796DC898C2EC243DFA9627442.tpdila12v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006138130&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20150629, acessível a 03/02/2016.

³² Para uma melhor compreensão do SORNA: <http://www.justice.gov/criminal-ceos/sex-offender-registration-and-notification-act-sorna>, acedido pela última vez a 03/02/2016.

Além da França e do Reino Unido, podemos invocar a existência de outros países em que existe um sistema de registo semelhante para os crimes de natureza sexual. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, existe um sistema de registo totalmente público e de acesso online, por separação de Estados, através do site do FBI³³.

Na União Europeia, os Estados-Membros encontram-se tão seduzidos pela promessa fácil de segurança, através da exequibilidade destas medidas, que já existiu, inclusivamente, uma proposta de criação de um registo europeu de delinquentes sexuais, em 2008³⁴. Nessa linha de pensamento, também o Canadá adoptou uma linha de política criminal protectora das crianças enquanto vítimas de crimes sexuais, proibindo, *v.g.*, aos agentes desses crimes o contacto profissional com crianças³⁵.

Todavia, atendendo ao caso português, defendemos que a proposta de lei vai além das regras mínimas, restringindo direitos, liberdades e garantias de um condenado que já cumpriu pena e que, por isso, já não deveria necessitar de medidas de prevenção para evitar a reincidência. Assim: se a finalidade da pena é a ressocialização do agente (nos termos do art. 40º do CP) e se após o cumprimento da pena o ex-condenado ainda precisa de ser ressocializado, existiria necessidade de pena? Qual a sua real finalidade? Buscar-se-á, com esta medida, uma espécie de medida de segurança pós-delitual e, com base em uma presunção inilidível, pré-delitual, ainda que com outro *'nomen'*?

Não obstante, não podemos, ainda, deixar de questionar o porquê da supremacia do bem jurídico 'superior interesse da criança' relativamente a outros bens jurídico-penalmente protegidos e tidos, até com base no senso comum, como mais gravosos (*v.g.*, a vida), para que se crie um sistema de registo com prazos irrazoavelmente acrescidos e desproporcionais à gravidade do facto, só neste tipo de criminalidade. E mais: o registo gera uma espécie de presunção de reincidência quase certa – havendo publicidade, além das entidades que normalmente podem acessar o registo criminal nos restantes tipos de criminalidade, a quem exerce

³³ Sistema de acesso público ao registo de crimes sexuais nos Estados Unidos: <https://www.fbi.gov/scams-safety/registry>, acedido pela última vez a 03/02/2016.

³⁴ Para consulta da proposta: http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20081104_fjdoc51.pdf, acedido pela última vez a 03/02/2016.

³⁵ Para mais pormenores sobre a protecção canadiana das crianças: <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/pm-cp/rc-cr/dig/prot.html>, acedido pela última vez a 03/02/2016.

responsabilidades parentais³⁶ –, como se a criminalidade desta natureza se encontrasse sempre imbricada num impulso endógeno a tocar a fronteira da doença³⁷⁻³⁸.

Ainda que disso se tratasse, podemos acrescentar que os mais recentes estudos neurocientíficos, que estabelecem uma relação entre as tendências neurológicas e genómicas do ser humano com a prática de comportamentos crimínógenos – em que se poderia enquadrar a existência de um impulso irresistível no sentido da reincidência do agente –, não conseguem confirmar com toda a certeza ou a maior das probabilidades a repetição do comportamento³⁹.

Nessa linha de pensamento, por mais que um pedófilo ou um praticante de crimes sexuais tenha tendência a ter um excesso de actividade cerebral em áreas relacionadas com o instinto de sobrevivência e, por conseguinte, o impulso sexual (como a ‘*amígdala*’, que se integra no sistema límbico, mais propriamente uma zona cerebral situada perto da separação dos hemisférios e que se denomina NAC ou “*nucleous accubens*” e que se encontra intimamente ligada à necessidade de obtenção de prazer que gera comportamentos de vício), não podemos dizer que o agente não consiga contornar essa tendência comportamental, até porque entraríamos no debate, sempre incompleto, de saber se esse agente age com livre-arbítrio ou se o mesmo se deixa controlar pelo impulso⁴⁰.

Por fim, entendemos que a ultrapassagem das ‘regras mínimas’ de transposição da directiva gera a desnecessidade do art. 16º, nº 1, al. e) – relativa a possibilidade de acesso ao registo por qualquer pessoa que exerça responsabilidades parentais –, uma vez que poderia existir o mesmo tipo de registo, em moldes menos invasivos aos direitos, liberdades e garantias do agente.

³⁶ Nos termos do art. 16º, nº 1, al. e) da proposta de lei.

³⁷ Sobre as tendências que trazem o determinismo endógeno ao direito penal, vide: LEITE, Renann de Carvalho Holanda / BEZERRA, Thiago Luiz Vasconcelos. *O avanço da neurociência, a quebra da dogmática do livre-arbítrio e as suas implicações na seara penal*. In Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, vol. IV, nº 2, jul./dez., 2013, pp. 234-247.

³⁸ Sobre a forma como vemos a doença mental e a ligamos a um conceito de ‘pessoa’: LOUREIRO, João Carlos. Pessoa e Doença Mental. In Boletim da Faculdade de Direito, nº 81, 2005, pp. 145-187.

³⁹ Nesse sentido: GREELY, Henry T. “*Who Knows What Evil Lurks in The Hearts of Men?*”: Behavioral Genomics, Neuroscience, Criminal Law, and the Search for Hidden Knowledge. In FARAHANI, Nita: *The Impact of Behavioral Sciences on Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 161-181.

⁴⁰ Sobre a explicação do sistema límbico, da amígdala e do NAC: BAIRD, Abigail. A.. *Op. Cit.*, pp. 84 e ss.

Nessa linha de pensamento – tendo em conta que a publicidade em excesso, através da potencialização inibidora pela vergonha, enquanto técnica de prevenção especial negativa –, e não olvidando o facto de que a publicidade de que falamos não protege o tão aclamado ‘superior interesse da criança’, entendemos que o artigo em questão atenta o princípio da proporcionalidade, na sua vertente de princípio da necessidade (nos termos do art. 18º, nº 2 da CRP), dado que, além de sacralizar aquele bem jurídico, não permite um verdadeiro ‘direito ao esquecimento’ e acaba por colocar em cheque a possibilidade de se verificar uma possível ressocialização⁴¹.

II – ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE LEI 305/XII, DE 12 DE MARÇO DE 2015

2.1. RELATIVAMENTE AO OBJECTO E AO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O objecto de aplicação da proposta de lei em apreço dirige-se exclusivamente ao registo de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação e a liberdade sexual de menores⁴², nos casos enumerados no art. 2º da proposta de lei⁴³.

⁴¹ Em sentido semelhante, o parecer da Bastonária da Ordem dos Advogados: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a41314c56684a535638784c6e426b5a673d3d&fich=ppl305-XII_1.pdf&Inline=true, acedido pela última vez a 03/02/2016.

⁴² No sentido da compreensão da protecção do superior interesse da criança para evitar fenómenos de dupla vitimização vai o parecer do Conselho Superior do Ministério Público: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d7a41314c56684a535638794c6e426b5a673d3d&fich=ppl305-XII_2.pdf&Inline=true, acedido pela última vez a 03/02/2016.

⁴³ Art. 2º (âmbito de aplicação):

1 – O sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor aplica-se aos cidadãos nacionais e não nacionais residentes em Portugal, com antecedentes criminais relativamente aos crimes previstos no artigo anterior.

2 – Integram o sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor as seguintes decisões:

- a) As decisões que apliquem penas e medidas de segurança, as que determinem o seu reexame, substituição, suspensão, prorrogação da suspensão, revogação e as que declarem a sua extinção;
- b) Os acórdãos de revisão e de confirmação de decisões condenatórias estrangeiras;
- c) As decisões de inibição de exercício de responsabilidades parentais, da tutela ou da curatela;
- d) As decisões de proibição do exercício de profissão, função ou atividade que impliquem ter menores sob sua responsabilidade, educação, tratamento ou vigilância.

Deste modo, podemos dizer que os Estados que tomam este tipo de medidas reagem através do seu “*ius puniendi*” pelo facto de terem consciência da natural vulnerabilidade dos menores naquele tipo de crimes⁴⁴. Não obstante: se, por um lado, entendemos que o Estado deve criar mecanismos de protecção daqueles bens jurídicos essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade dos menores; por outro lado, consideramos que já o faz com a tipificação dos crimes daquela natureza.

Não é que não compreendamos que se tratem de matérias que mexem com as emoções das pessoas e que despertam paixões colectivas, de um populismo que se avulta ante o impacto impulsivo de algo que, pela sua natureza imoral, desperta irracionalidades protectoras em nome de um ‘dever ser’ que deveria ser relativizável pela razão. Deste modo, na medida em que entendemos que o Direito Penal existe para proteger valores essenciais, que nos permitam ‘ser-aí com o outro’, defendemos que aquele direito se deve circunscrever a um chamado de necessidade, em *última ratio*.

Com base no supra mencionado –, sem querer parecer que não compreendemos o outro lado da argumentação e sem querer descurar comportamentos que a sociedade considera, so de per si, imorais e censuráveis –, entendemos que o direito penal não deve chamar a si as vestes punitivas da censura moral querendo, com isso, criar uma sociedade perfeita à luz de um ‘dever ser’ paternalista e restritivo de liberdades. E dizemos isto porque, no fundo, entendemos que o direito penal não deve ser um instrumento de purificação de vontades malélicas nem de promoção de qualquer evolução espiritual forçada; porque defendemos a racionalização do mal do crime, que se expurga com o cumprimento de uma pena.

Contudo, também é certo que a razão em excesso produz raciocínios lineares – tantas vezes tautológico-circulares – que, centrando-se na parte, esquece o todo. Por esse motivo, conseguimos compreender que, em determinadas situações o direito penal deva antecipar a tutela daqueles bens jurídicos com dignidade penal

⁴⁴ Sobre os crimes contra a liberdade sexual, ainda que voltada para o ordenamento jurídico-criminal espanhol: MELIÁ, Cancio. *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*. In *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciário*, nº 80, 2011, pp. 1 e ss. Sobre da mesma natureza no ordenamento jurídico-criminal português: ANTUNES, Maria João. *Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*. In *Boletim da Faculdade de Direito*, ano 81, 2005, pp. 57-72. O artigo em questão termina desta forma: “Ao legislador caberá responder se a – especial protecção – do menor de 18 anos de idade, nos quadros do direito penal, não acaba, afinal, por lhes recusar o “inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, conquanto que no caminho não atentem contra a vida ou a propriedade de ninguém.”

com base numa ideia de perigo. Todavia, entendemos que o perigo deva ser real e não nefelibata ou ultra-hipotético: o medo e a insegurança criam verdades subjectivizadas onde, objectivamente, inexistem qualquer tipo de perigosidade⁴⁵. E, depois, não podemos descurar que todos os juízos de prognose são falíveis, do mesmo modo que todo o conhecimento cientificamente corroborado e tido como paradigmaticamente certo é facilmente falsificável. Isto para dizer que também não defendemos um *ius puniendi* estatal que se perde numa anomia axiológica ou num niilismo valorativo. Antes um meio-termo racional e razoável que, sem se perder em moralismos, protege o essencial, a par de um processo com garantias, que não se torne em uma espécie de apontar o dedo enquanto forma de exteriorização de raiva.

Dito isto, facilmente se delinea a nossa opinião face ao sistema de registo criminal em apreço. Todavia, não descuramos de um caminho argumentativo. Vejamos.

2.2. RELATIVAMENTE AOS ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO

No que toca à matéria de identificação não podemos descurar que a informação que se insere no registo criado pela presente proposta de lei é muito mais pormenorizada do que aquela que é aplicável ao registo dos restantes crimes, com base na lei do registo criminal⁴⁶.

Assim, enquanto, nos termos do art. 4º da Lei de Registo Criminal, só consta no registo criminal o tribunal que proferiu a decisão, a identificação do arguido, a data da sentença condenatória e a forma da prisão ou as especificidades da multa. Diferentemente, no registo em caso de crimes sexuais contra menores deverão constar, nos termos do art. 9º da Proposta de Lei: nome completo, a residência e domicílio profissional, data de nascimento, naturalidade, nacionalidade, o número de identificação civil, fiscal, segurança social e de registo criminal.

⁴⁵ Sobre a existência de uma realidade objectiva além da que subjectivizamos (indo além da teoria de KANT na “*Crítica da razão pura*”: HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1992.

⁴⁶ Lei do registo criminal: http://www.dgaj.mj.pt/sections/files/identificacao-criminal/legislacao/lei-57-98/downloadFile/file/Lei_57-98.pdf?nocache=1334683927.87. Sobre o sistema comum de registo criminal: COSTA, António Manuel de Almeida. *O registo criminal*. In Boletim da Faculdade de Direito. Suplemento 27, 1984, pp. 285-612. Também: MALHADO, Maria do Céu. *Noções de registo criminal: de registo de contumazes, de registo de medidas tutelares educativas e legislação anotada*. Coimbra: Almedina, 2001.

Resumindo: a vida privada do condenado fica totalmente registada, indo além dos elementos de identificação, na nossa opinião, razoáveis e necessários. Assim, se a finalidade deste regime de registo é o evitamento da reincidência, não conseguimos compreender, *v.g.*, em que medida o registo do número de segurança social ou o número de identificação fiscal serão úteis para a (sobre)protecção do bem jurídico ‘superior interesse da criança’⁴⁷.

2.3. RELATIVAMENTE AOS DEVERES DO AGENTE

O agente dos crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores fica adstrito, com base no art. 13º da Proposta de Lei a: “*comunicar o seu lugar de residência e domicílio profissional*”, “*declarar qualquer alteração de residência*”, sempre no prazo de 15 dias. Tem ainda que “*comunicar, previamente, ausência do domicílio superior a cinco dias e o seu paradeiro.*”

Destarte – não obstante a desproporcionalidade entre a perigosidade de um crime, cuja pena já se cumpriu com a perigosidade hipotética de reincidência –, os deveres em questão parecem-nos mais gravosos do que o Termo de Identidade e Residência⁴⁸ (art. 196º do Código de Processo Penal⁴⁹), que é uma medida de coacção que visa a salvaguarda do processo, permitindo que o arguido vá sendo notificado. Todavia, no caso de incumprimento dos deveres do art. 13º da Proposta de Lei em apreço, o ex-condenado pode ser (re)condenado por mais um ano de prisão ou até 120 dias de multa, nos termos do art. 14º daquela Proposta.

Resumindo: além da informação partilhada pelo ex-condenado, os deveres a que ele fica adstrito após a condenação implicam uma compressão dos seus direitos fundamentais de forma mais restritiva do que se o agente estivesse sob suspeita num processo penal, em que usufruiria de todas as garantias inerentes ao estatuto de arguido.

⁴⁷ Em sentido semelhante, o parecer da Comissão Nacional para a Protecção de dados: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a4d344e444a6a-4d7a49314c544a694e5759744e47526c5a4330354e7a646c4c5467324d44526d4e6d45344d6d-55774d4335775a47593d&fich=3842c325-2b5f-4ded-977e-8604f6a82e00.pdf&Inline=true>, acedido pela última vez a 03/02/2016.

⁴⁸ O TIR é a única medida de coacção que pode ser aplicada pelo Ministério Público ou por um órgão de polícia criminal (o artigo 196º do CPP remete-nos para o art. 61º, nº 3 do CPP).

⁴⁹ Acessível em: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=387456, acedido pela última vez a 03/02/2016.

2.4. RELATIVAMENTE AOS PRAZOS

A duração do registo consta no n° 3 do artigo 13° da Proposta de Lei, por remissão do art. 11°, que versa sobre o cancelamento do registo. Assim, podemos dizer que o registo vale: por cinco anos, *“quando tiver sido aplicada ao agente pena de multa ou pena de prisão até um ano, ainda que substituída por outra pena ou medida de segurança”*; *“10 anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a um ano e não superior a cinco anos”*; *“15 anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena superior a cinco anos e não superior a 10”*; ou 20 anos *“quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a 10 anos”*.

Assim, se nos voltarmos para a elaboração de um juízo comparativo relativamente à Lei de Registo Criminal, facilmente percebemos que os prazos são, uma vez mais, irrazoavelmente inflacionados no regime da proposta de lei em apreço.

Por isso mesmo, entendemos que existe uma desproporcionalidade enorme entre a necessidade de prevenção de ofensas hipotéticas a um bem jurídico sacralizado – o superior interesse da criança – e as restrições aos direitos, liberdades e garantias do ex-condenado.

Entendemos, ainda, que a desproporcionalidade dos prazos de registo constantes desta proposta de lei ultrapassa, inclusivamente, o limite que o legislador penal achou razoável para punir com especial censurabilidade a reincidência (que é o que supostamente se quer evitar). Para percebermos melhor, atendamos ao seguinte caso hipotético, a título de exemplo.

O agente A praticou abuso sexual de criança (art. 170° do CP) e foi condenado por três anos. Após o cumprimento de pena ficou no sistema de registos pelo prazo de 10 anos (nos termos do art. 13°, n° 3, al. b)). Passados nove anos, um vizinho desconfia de que, o agora ex-condenado, A tenha abusado sexualmente do seu filho e resolve dirigir-se aos órgão de polícia criminal para aceder ao seu registo (nos termos do art. 16°, n° 1 al. e)). Na medida em que o legislador, nos crimes de natureza sexual contra menores, nada menciona – não se encontrando este tipo de crime sexual dependente de queixa, nos termos do art. 178° do CP –, estamos perante um crime público em que basta a notícia do crime (art. 242° do CPP) para que tenha lugar o início da fase de inquérito. Se no final do inquérito o Ministério Público deduzir acusação (art. 276° e 283° do CPP) – e saltando todos os restantes trâmites processuais – e se na audiência de julgamento o arguido for condenado, não seria aplicável o agravante de 1/3 ao limite mínimo da pena, uma vez que, já decorridos nove anos da condenação anterior, não se aplicaria o regime da reincidência (arts. 75° e 76° do CP). Não obstante, a condenação do Sr. A faria com que se prolongasse o registo criminal, nos termos do art. 11° da Proposta de lei.

Depois do exposto, colocam-se-nos outras questões: não criará este registo um rótulo no ex-condenado, funcionando como uma presunção quase inilidível de reincidência? Além disso: se estamos perante um crime de natureza pública – em que se maximiza o princípio da oficialidade e em que basta a simples notícia para que o Ministério Público abra Inquérito – não será este registo um mal desnecessário?

2.5. RELATIVAMENTE AO PROCESSO POR TERCEIROS

Uma das maiores críticas apontadas a esta proposta de lei – pelo menos aquela que “fez correr tinta” na imprensa nacional –, foi precisamente o facto de o registo ser acessível por qualquer pessoa que exerça responsabilidades parentais (art. 16º, nº 1, al. e) da proposta). Em causa encontra-se, inequivocamente, a violação do direito à intimidade da vida privada do ex-condenado⁵⁰.

Não obstante, encontra-se aqui um problema mais profundo: um problema que nasce por se absolutizarem as teorias da prevenção geral. É que, muito embora possamos dizer que são positivas e que visam a revalidação da vigência da norma e da confiança da comunidade na sua vigência, a verdade é que a generalidade da prevenção – quando absolutizada em nome da eficácia –, acaba por se polarizar no sentido negativo. Neste caso, a imposição da abstenção de reincidência, quando funciona, dá-se pela vergonha ou pela instigação do medo.

Não podemos é esquecer, claro está, a percentagem de agentes que cometerão um qualquer crime contra a liberdade sexual de menor e que não quererão reincidir: com isto, ficarão estigmatizados. Como a notícia do crime origina a abertura de inquérito, qualquer suspeita nefelibata – ou devaneio de alguém que, v.g., até conhece a pessoa e, curioso, resolva dirigir-se a um qualquer órgão de polícia criminal para verificar se o nome do vizinho se encontra inscrito – origina abertura de um inquérito infundado.

Até que ponto a estigmatização, pela lembrança e pelo rótulo, não leva a que se desperte no agente o sentimento de raiva e de rancor que – por avultarem a percepção de que não tem, nem direito ao esquecimento, nem direito a uma nova chance de ser aceite na sociedade –, acaba por originar aquilo que o registo quis evitar: a

⁵⁰ Para uma melhor compreensão do direito à intimidade da vida privada: DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson, 2000. Sobre o conflito de direitos fundamentais: ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. In Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, pp. 131-40.

reincidência. E isto leva-nos a lembrar a velha ideia (ainda viva) dos julgamentos como “*cerimónias degradantes*”, a par da (re)potenciação de novos “*Outsiders*”⁵¹.

2.6. RELATIVAMENTE ÀS FINALIDADES

As finalidades do registo em apreço são enunciadas no art. 3º da Proposta de Lei e prendem-se com aquilo que – após termos analisados alguns pormenores da mencionada proposta de lei – nos parece utópico: o acompanhamento da reinserção do agente. A par disso, visa proteger o ‘superior interesse da criança’, à defesa de um desenvolvimento pleno e harmonioso das crianças e para que o registo seja um auxílio na investigação criminal.

Assim sendo, parece-nos que uma coisa é certa: a proposta de lei cumpre a finalidade de protecção do “superior interesse das crianças”, tal como promove o seu desenvolvimento pleno e harmonioso. Não obstante, parece-nos muito criticável que auxilie na investigação criminal. E isso prende-se com o facto de, como já o enunciámos, estarmos perante um crime público em que uma simples notícia ou suspeita comunicada a um órgão de polícia criminal determina a abertura de inquérito. E, além disso, queremos crer que, após a abertura do inquérito – por algum motivo conexo a economia de meios ou a eficientismos investigatórios –, o rótulo adveniente do sistema de registo em análise não vá originar uma presunção, contra o ex-condenado, de que estão reunidos “*indícios suficientes da prática de um crime*”, levando o Ministério Público a acusar de forma infundada (atendendo ao nº 1 do art. 283º do CPP).

Resta-nos, assim, a crítica à finalidade de “*acompanhamento da reinserção do agente*”. Perguntamos: Como? Se estigmatiza e promove a exclusão social⁵²? A finalidade real deste instituto é a protecção das crianças pela força impositiva de um direito sancionador que, de forma geral, promove o medo e que, em especial, segrega o agente da sociedade. Um exemplo disso foi o aditamento ao código penal, que acompanhou o surgimento deste registo, da proibição ao agente do exercício de profissões que envolvam menores (art. 69º-A CP).

⁵¹ BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, versão em português, de 2009.

⁵² Nas palavras de ZAFFARONI, a punibilidade com essa finalidade é inclusivamente incompatível com o disposto do art. 1º da DUDH. Cfr: ZAFFARONI, Eugenio Raul/ ALAGIA, Alejandro/ SLOCKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Segunda edición. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 64.

Várias questões me assolaram a mente: e se o ex-condenado tiver filhos, não pode viver com eles? Grande parte dos crimes sexuais contra menores são cometidos pelos próprios pais da criança⁵³. E se padecer de insuficiência financeira e tiver que dividir casa com uma irmã, que tem uma filha? Não pode viver com a irmã? Indo mais além: não pode este tipo de pensamento estigmatizante e potenciador de sentimentos de superioridade moral perante um ex-condenado fazer com que, v.g., uma irmã não dê abrigo a um irmão em casa devido a uma ideia, potenciada pelo rótulo, de que irmão pode abusar sexualmente da filha de sete anos. E se o agente for professor num infantário? Perde a profissão em que se sentia realizado? Não queremos ser radicalistas, mas parece-nos uma situação possível, na medida em que a realidade tende sempre a ser mais fértil do que qualquer pensamento. Não estará o Estado a ir longe demais?⁵⁴

Além disso, gera incongruências intra-sistémicas. Ora vejamos. Imaginemos que o agente D praticou o crime Y contra a liberdade sexual de menor e foi condenado a seis anos de prisão (o que equivaleria, nos termos do n.º 3 do art. 13.º da proposta, a um registo de identificação criminal de 15 anos). Após cumprir metade da pena (três anos) colocar-se-ia a questão de saber se o agente D cumpre as finalidades de prevenção especial positivas, necessárias para que saia em liberdade condicional (art. 61.º, n.º 2 al. a) do CP). Se o agente D sair em liberdade condicional fica imediatamente adstrito aos deveres plasmados no art. 13.º da proposta de lei, como se pode ler no n.º 1.

Não será incongruente que um Juiz conceda liberdade condicional⁵⁵ por acreditar que estejam preenchidos os requisitos de prevenção especial positiva e, depois, venha um registo automático, com imposição de deveres para o agente, sobrepor-se, com base em necessidades de prevenção especial positiva? O próprio código penal aponta no sentido de que, caso não estejam cumpridas as finalidades de prevenção positiva, a liberdade condicional cai, por revogação, devendo ter lugar a continuação da execução da pena.

⁵³ A esta conclusão chegou: OLIVEIRA, Olga Suzi. *Crianças Vítimas de abuso sexual: reincidência dos abusadores sexuais*. Dissertação de mestrado em direito penal, sob a orientação da Sra. Prof. Doutora Cláudia Santos. Coimbra, 2009.

⁵⁴ Sobre a necessidade de respeito pelos direitos fundamentais por parte de instituições públicas e particulares: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 6ª edição revista e ampliada, 2006, pp. 381-400. Não obstante, em França, a questão de proibição do exercício de determinadas funções é discutida desde o início da década de 90. Assim: RENAUD, Gilles. *Cassier Judiciaire et insertion professionnelle: enquête sur la délivrance du bulletin n.º 2 du casier judiciaire*. In *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 1, (Janv./ mars), 1990, pp. 48-58.

⁵⁵ Sobre a liberdade condicional no sistema jurídico-criminal português: BRANDÃO, Nuno. *Liberdade Condicional e prisão (subsidiária) de curta duração*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 4, (out. / dez.) 2007, pp. 673-701.

Além disso, o outro requisito para concessão de liberdade condicional prende-se com a necessidade de “a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem e da paz social”. Neste sentido, afloraram mais questões: este tipo de registo não gera uma espécie de presunção de perigosidade endógena para os seus agentes? Assim sendo, o que se faz: deixa de se aplicar o instituto da liberdade condicional aos crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores, violando, no nosso entendimento, o princípio da igualdade? Ou fecha-se os olhos à falta de coerência, continuando a aplicar-se a liberdade condicional? É que o art. 13º, nº 1 da Proposta de lei em apreço presume que se aplica. Só nos resta dizer que se trata de incongruência pura.

Ainda relativamente ao encontro da verdadeira finalidade existencial deste registo especial de condenados, não podemos olvidar que se trate de um mecanismo de segregação prolongada com base em estudos e políticas atuariais, geradas com base em matematicidades probabilísticas falsificáveis⁵⁶.

Além do mais, ainda que se aceitasse a premissa de que a criminalidade de natureza sexual contra menores se trate de uma doença, julgamos que – se o real fundamento do instituto se encontrasse em razões de prevenção especial positiva que evitassem, realmente, a reincidência – o legislador deveria promover a existência de um tratamento adequado à patologia em questão (após a sua devida comprovação, através de exames médicos), ao invés de aumentar os prazos de registo e expor em demasia o ex-condenado, que já cumprira a pena relativa ao crime que, efectivamente, cometera ou tentara cometer.

Sobre a questão da intromissão desmedida da medicina no Direito Penal, também não podemos deixar de apontar algumas notas daquilo que nos parece ser criticável: as ciências comportamentais – cada vez mais entranhadas no estudo dos comportamentos criminosos (o que parece mais um retorno aos ditames deterministas da criminologia da etiologia individual) –, defendem o extremo indefensável de que a medicina é a solução para todos os males, como se regredíssemos à era do cientismo de COMTE e não conseguíssemos ter memória das desgraças que isso provocou, quer no direito penal, com a potencialização da evolução do finalismo para o direito penal da vontade, em que se punia um elemento etéreo de acção hipotética, ainda que impossível.

⁵⁶ Para uma leitura incisivamente crítica a estas tendências: DIETER, Maurício Stegmann. *Política Atuarial e incapacidade selectiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas*. In Revista EPOS, vol. IV, nº I, 2013. No mesmo sentido, uma obra do mesmo autor: DIETER, Maurício Stegmann. *Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

Nessa linha de cientificidade extrema, os seus defensores têm propugnado pela aplicação de tratamentos radicais, que classificam através do recurso a técnicas de neuro-imagem, em apelo à remoção: da amígdala para evitar estados de agressividade; da NAC para evitar comportamentos viciosos; ou, até, a castração química, no caso de crimes sexuais⁵⁷.

Não obstante, as posições mais radicais da ciência comportamental e das neurociências encontram alguma resistência no mundo da psiquiatria, havendo uma ala desta área científica que rejeita os tratamentos radicais, em prol da aplicação de terapias não intrusivas, baseadas em técnicas de reprogramação neurológica (neuroplasticidade) e realizadas com base no poder de determinação que gera a força mental (explicável a partir das teorias da mecânica quântica), que vêm dar outras perspectivas às teorias do livre arbítrio humano⁵⁸.

III. A NATUREZA JURÍDICA DO REGISTO DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

A natureza jurídica do registo de identificação criminal, *ab initio*, é dúbia. O raciocínio tem de se formar por exclusão de partes. Assim: se, *a priori*, nos parece de descurar a consideração deste sistema de registo de identificação criminal como uma pena ou medida de segurança, uma vez que, em termos reais e supraliterais, não respeitam o preceito do art. 40º do CP, quanto à sua finalidade; *a posteriori*, os pensamentos tornam-se complexos pelo facto de também não o podermos considerar um mero efeito automático da pena.

Desse modo, sobrar-nos-ia o tão apazível mundo do direito administrativo sancionador. Não obstante, a sua incisão restritiva aos direitos, liberdades e garantias do agente, a par da invocação da protecção de um bem jurídico, sobrevalorizado, mas com dignidade penal – “*o superior interesse da criança*” –, faz com que tenhamos de renunciar a uma catalogação da natureza do instituto num ramo do direito que não se destina à protecção valores essenciais ao modo de vida em sociedade e que, por esse motivo, descuuraria a tutela das normais garantias a que o arguido tem direito ao longo do processo penal.

⁵⁷ Sobre os tratamentos propugnados pelas ciências comportamentais e desenvolvidos pelo estudo do comportamento genómico dos indivíduos e das neurociências, quer sejam eles farmacológicos ou cirúrgicos: GREELY, Henry T.. *Op. Cit.*, pp. 174 e ss.

⁵⁸ Essas teorias começaram por ser estudadas em pessoas com comportamentos obsessivo-compulsivos. Para uma melhor compreensão do que defendem: SCHWARTZ, Jeffrey M./ BEGLEY, Sharon. *The Mind and The Brain: Neuroplasticity and the Power of Mental Force*. New York: Harper Perennial Publisher, 2003.

Em boa verdade, estamos aqui perante um instituto em que, após o cumprimento de pena (motivada pela prática de um facto jurídico-criminalmente relevante), o agente incorre em uma espécie de processo contínuo, após a execução e cumprimento da pena, com efeitos e possibilidades sancionatórias mais ofensivas aos seus direitos, liberdades e garantias do que aquelas a que o agente seria submetido, caso fosse suspeito de um processo penal, com base em uma presunção nem sempre provida de sentido, ainda que inilidível.

Seguindo aquela linha de pensamento, sem descurar o enfoque da invocada necessidade de prevenção da reincidência e de uma abordagem do instituto voltada para uma ideia de que a perigosidade não se encontra no facto, mas na pessoa do agente, somos levados a sustentar de que se trata de uma medida de segurança pós-sentencial e pré-delitual. Um tipo de medida de segurança que, muito embora cumpra a finalidade de protecção de um bem jurídico, acaba por não cumprir a finalidade de reintegração do agente na sociedade, prevista no art. 40º do CP, atentando, deste modo, o princípio da legalidade.

Em termos de política criminal, no âmbito de uma sociedade mundializada, podemos dizer que este tipo de medidas de segurança foram potencializadas pelos seguidores do finalismo de WELZEL, que defendia a relevância jurídico-penal de imperativos ético-sociais, tantas vezes embebidos em moralismo puro. Essa tendência fez com que, ainda hoje, exista doutrina a defender que as medidas de segurança – ao contrário das penas, que se dedicam a finalidades preventivas e à protecção de bens jurídicos –, apenas se dedicam à prevenção do crime⁵⁹, voltadas para uma ideia de perigosidade endógena do agente⁶⁰, descurando o direito penal do facto e atentando contra um direito penal enquanto “*ordem de liberdade*”⁶¹. Destarte, entendemos que estamos perante a punição da perigosidade do agente, na linha daquilo que se denomina “*riscofobia*”⁶².

⁵⁹ PANCHERI, Ivarina. *Medidas de Segurança*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, nº 20, (out. / dez.) 1997, pp. 105-113.

⁶⁰ No sentido da existência de estádios entre a liberdade condicional e a utilização da medida de segurança como medida de liberdade vigiada, em que se atende, também, ao crimes sexuais: RIVAS, Nicolás Garcia. *La libertad vigiada y el derecho penal de la peligrosidad*. In Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento juridico-penal de la peligrosidad. Buenos Aires: Edisofer Libros jurídicos, 2013, pp. 601-628.

⁶¹ Sobre o direito penal como uma ordem de segurança e de liberdade num contexto cada vez mais securitário: DENNINGER, Erhard. *Prevención y libertad: sobre el orden de la libertad*. In Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 43, 2009, pp. 39-57.

⁶² HEBENTON, Bill / SEDDON, Toby. *From dangerousness to precaution: managing sexual and violent offenders in na insecure and uncertain age*. In The british Journal of Criminology,

IV. CONCLUSÃO

Após a análise da Proposta de Lei – sem descurar das tendências globais no sentido do seu surgimento, mas atendendo às especificidades do nosso sistema jurídico-criminal –, entendemos que estamos perante uma medida de segurança pós-sentencial e pré-delitual, baseada numa perigosidade hipotética de um agente que se toma por endogenamente perigoso. Entendemos, ainda, que o registo desrespeita as finalidades de prevenção especial positivas previstas no art. 40º do CP, promovendo a prevenção através de um conceito de “liberdade vigiada” com implicação de restrição de direitos e imposição de deveres além do razoável.

De forma resumida – e em jeito de conclusão –, entendemos que a Proposta de Lei padece de uma patologia, que a enferrou desde as pequenas peculiaridades até atingir o seu todo: o desrespeito pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que o legislador penal veio, com isto, sacralizar o “superior interesse da criança” em nome da promoção de uma segurança aniquiladora de liberdades e garantias, querendo-se neutralizar, pelo uso da força, um risco que sempre existiu e que é natural nas imperfeitas sociedades humanas. Com base nisso, e em toda a argumentação transcorrida ao longo do presente artigo, defendemos a desnecessidade do instituto nos moldes em que foi criado pela Proposta em análise e a sua desconformidade com o preceito do art. 18º, nº 2 da CRP.

vol. 49, nº 3, 2009, pp.346. No mesmo sentido: CORDERO, Isidoro Blanco. *De la peligrosidad (criminal) a la precaución. Las medidas para delincuentes sexuales y terroristas. In Principio de precaución y derecho punitivo del estado*. Valencia: tirant lo blanch, 2014.