



Sua Excelência
O Presidente da Assembleia da República
Palácio de S. Bento
1249-068 Lisboa

– por protocolo –

Lisboa, 2 de agosto de 2018

Sua referência

Sua comunicação

Nossa referência

Q/5140/2015

Q/5777/2017

1

RECOMENDAÇÃO N.º 3/B/2018

(alínea *b*), do n.º 1, do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril)

Assunto: Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto. Sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor

Nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *b*), do n.º 1, do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, na redação da Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro, recomendo à Assembleia da República, na pessoa de Vossa Excelência, que:

Em observância do princípio da proporcionalidade na restrição de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), sejam adotados os procedimentos necessários à alteração do artigo 11.º do *sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor*, criado pelo artigo 4.º da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que consta do anexo a essa lei, da qual faz parte integrante.

1. A Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, criou o sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor (cfr. artigo 4.º e respetivo anexo).

2. Os debates parlamentares testemunham a controvérsia que, quer no plano da política-criminal quer no plano jurídico-constitucional, a criação do registo gerou (cfr., entre outras, Declaração de voto do Deputado do PSD, Paulo Mota Pinto, por ocasião da votação e aprovação, na generalidade, da Proposta de Lei n.º 305/XII/4.^a [DAR I Série N.º 81/XII/4 2015.05.02 (págs. 54 e 62-63)]).

3. Também na comunidade jurídica encontramos reflexões que manifestam reservas relativamente à bondade da solução legislativa (cfr. Maria João de Carvalho Vaz, “O registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores: um mal desnecessário”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 57, n.º 1 (2016), pp. 145-167).



4. Não obstante, com a presente recomendação não pretendo questionar a solução legislativa consistente na criação de um sistema de registo de identificação criminal autónomo e específico, uma vez que considero que com tal solução está o legislador a assegurar o cumprimento de deveres estaduais de proteção de direitos fundamentais dos menores.

5. Com efeito, apesar de todas as reservas manifestadas sobre a eficácia de um sistema de registo para efeitos de prossecução da política criminal neste domínio, entendo, justamente em virtude da natureza controvertida da matéria bem como da existência de estudos científicos com conclusões opostas, que cabe ainda na margem de apreciação do legislador o juízo sobre a sua adequação e necessidade.

6. No entanto, e embora seja esse o meu entendimento, não deixo de reconhecer que a conformidade constitucional de um sistema de registo com as características daquele criado pelo artigo 4.º da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, na medida em que consubstancia uma restrição de direitos e liberdades individuais, depende de as soluções encontradas pelo legislador na conformação do regime legal observarem o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2).

7. Ora, ao não contemplar a possibilidade de, após um determinado período de tempo, que cabe ao legislador fixar, a requerimento do interessado, ser iniciado um procedimento de reavaliação individual da sua situação – nessa avaliação ponderando-se fatores tais como o decurso do tempo sem a ocorrência de factos que sugiram perigosidade para a sociedade em termos de ainda se justificar as restrições às liberdades inerentes à sua inscrição no registo – com vista



HP

ao cancelamento da sua inscrição no registo, o regime legal estabelecido no artigo 11.º, do anexo, constitui uma ingerência desproporcionada no direito ao bom nome e reputação e no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ambos consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

8. Com efeito, de acordo com a atual redação do artigo 11.º do sistema de registo de identificação criminal [de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores], deverá entender-se que os prazos aí fixados para o cancelamento da inscrição no registo são limites *máximos*, que não podem, em caso algum, ser ultrapassados.

Tal não significa, no entanto, que esses prazos devam também ser limites *mínimos*.

Dito de outro modo, mesmo dentro dos prazos legalmente fixados, a manutenção da inscrição no registo tem que ser justificada, sob pena de ser ilegítima.

4

9. Note-se que, nos casos de maior gravidade, a inscrição no registo mantém-se impreterivelmente por 20 anos após o cumprimento de pena ou medida de segurança, ou a colocação em liberdade condicional (artigo 13.º, n.º 3, alínea *d*), *ex vi* artigo 11.º, do anexo).

10. Ora, a única forma de tornar operante a justificação da manutenção da inscrição no registo é estabelecer um regime de reavaliação individual periódica, a



MF

requerimento do interessado, para determinar o nível atual de risco para a sociedade ou o seu grau de perigosidade¹.

11. Ao não contemplar tal possibilidade e ser indiferente à própria evolução comportamental do agente, o regime legal, além de não criar adequadamente incentivos de ressocialização, viola o princípio da proporcionalidade, pois o objetivo da lei de, através de uma identificação de quem esteja inscrito no registo, prevenir o risco de ocorrência de futuras agressões, protegendo outros menores de se tornarem potenciais vítimas, sendo em si mesmo legítimo, pressupõe que quem esteja inscrito no registo continue a ser, face a uma avaliação objetiva do seu estado que deve ser feita periodicamente, um potencial agressor.

12. Dito de outro modo, se, em geral, o sistema de registo é justificado por razões de prevenção especial, quer no sentido de evitar a reincidência quer na socialização do agente, tal justificação esgota-se na verificação de uma situação de efetiva perigosidade do agente, desaparecendo a partir do momento em que o risco de reincidência é infirmado pela sua não ocorrência ao longo de um determinado período de tempo ou numa situação em que comprovadamente a

5

¹ Isso mesmo fora sugerido quer no parecer elaborado pelo Gabinete da Procuradoria-Geral da República relativamente ao projecto de proposta de lei (Parecer da Procuradoria Geral da República, datado de 07.10.2014, pág. 13) quer no parecer elaborado por esse mesmo gabinete relativamente à própria Proposta de Lei n.º 305/XII/4.^a (Parecer da Procuradoria-Geral da República, datado de 22.04.2015, pág. 22): «[...] sugerimos que se preveja a possibilidade do visado requerer a um juiz, de forma fundamentada, que o seu nome seja retirado do registo por deixar de ser necessário para as finalidades de protecção dos direitos dos menores e prevenção do crime, nomeadamente por deixar de existir risco significativo de reincidência».

MF

ressocialização do agente se tenha logrado, em termos de o mesmo não representar mais um risco para a sociedade.

13. Em sentido semelhante, no Reino Unido, face a um regime legal que previa que a inscrição no registo e inerentes deveres de notificação se mantinham ao longo de toda a vida (Secção 82 do Sexual Offences Act 2003), o *United Kingdom Supreme Court* declarou tal regime incompatível com o artigo 8.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [CEDH], por constituir uma ingerência desproporcionada no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar aí consagrado².

14. Essa decisão analisa a pertinente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [TEDH] (cfr. parágrafo 24-34), com particular destaque para o acórdão *B.B. c. França*, n.º 5335/06, de 17 de Dezembro de 2009, em que o TEDH considerou que o regime francês não violava o artigo 8.º da CEDH justamente porque nele, ao estabelecer-se a possibilidade de cancelamento da inscrição no registo a requerimento do interessado, a ingerência no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar aí consagrado não era desproporcionada à finalidade de política criminal prosseguida através da inscrição no registo (no mesmo sentido, acórdão *M.B. c. França*, n.º 22115/06, de 17 de Dezembro de 2009).

6

15. À luz da fundamentação da jurisprudência do TEDH, é legítima a interpretação segundo a qual um regime jurídico de um Estado que não preveja

² Decisão de 21 de Abril de 2010, *R (on the application of F (by his litigation friend F)) and Thompson (FC) v Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17.



Handwritten signature in blue ink.

expressamente a possibilidade de, a requerimento do interessado, ser cancelada a sua inscrição no registo, consubstancia uma ingerência desproporcionada no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, em violação do artigo 8.º da CEDH.

16. A alteração, quanto a este aspeto, do regime constante da Lei n.º 103/2015, de 4 de agosto, não apenas tornará tal regime conforme com as exigências da CEDH, de acordo com a jurisprudência atrás referida, mas também conforme com a Constituição da República, que axiologicamente converge – no que à tutela das liberdades individuais diz respeito – com a Convenção Europeia.

17. Dando esse ponto por assente e avançando na análise daquele que deve ser o sentido da alteração a efetuar pelo legislador, é importante que fique claro que não quero, de modo algum, sugerir que a solução passaria por prever a possibilidade de o interessado provar que não constitui já um risco para a sociedade.

7

18. Tal seria um regime legal ainda insatisfatório, porque violador do princípio da proporcionalidade, na medida em que faria recair sobre o interessado o ónus da demonstração da sua não perigosidade.

19. O ponto de partida deve ser justamente o inverso. A legitimidade da manutenção da inscrição no registo depende da demonstração positiva de que tal é necessário, o que, pressupõe, naturalmente, a previsão de um regime de reavaliação periódica, devendo ser facultada ao interessado a possibilidade de requerê-la após um determinado período de tempo a fixar pelo legislador.



MF

20. A eventual dificuldade de prova, por parte do interessado, de que já não representa um risco para a sociedade não parece ser argumento bastante para que se exclua *in limine* a possibilidade de cancelamento da inscrição no registo antes de decorrido o prazo máximo legalmente estabelecido.

21. Por outro lado, também não é convincente o argumento baseado na maior propensão para a reincidência neste tipo de crimes. Além de tal ideia ser especulativa e contestada (cfr. J.J. Prescott & Jonah E. Rockoff, *Do Sex Offender Registration and Notification Laws Affect Criminal Behavior?*, 54 J.L. & ECON. 161 (2011)), essa circunstância poderá servir, quando muito, para justificar a existência de um sistema de registo autónomo e específico, mas não para a exclusão da possibilidade de cancelamento da inscrição no registo antes de decorrido o prazo legal.

Note-se que a própria previsão legislativa de um prazo máximo – e, portanto, a não-opção por um regime de inscrição no registo a título vitalício – sugere que a própria lei parte do pressuposto de que o risco de reincidência se não mantém indefinidamente.

8

22. Se a não previsão de um procedimento de reavaliação com vista ao cancelamento da inscrição no registo é, em geral, injustificada, ela é particularmente agressiva naquelas situações em que a inscrição no registo se aplica a quem, no momento da entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, já havia sido condenado e inclusivamente já tinha cumprido integralmente a pena ou medida de segurança que lhe foi aplicada.



MF

23. Com efeito, o artigo 2.º, n.º 1, do sistema de registo, anexo à Lei 103/2015, aplica-se a cidadãos nacionais e não nacionais residentes em Portugal condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, mesmo naquelas situações em que os factos punidos tenham ocorrido antes da entrada em vigor da referida lei.

24. Embora o Tribunal Constitucional não tenha ainda tido oportunidade de se pronunciar sobre a matéria, admito que a não exclusão expressa desse grupo de pessoas do âmbito de aplicação do sistema de registo seja constitucionalmente conforme.

25. A confirmar isso mesmo, recordo que, na Europa, outros tribunais constitucionais têm considerado que o acto de inscrição no registo não tem natureza sancionatória, constituindo antes uma medida de polícia destinada à prevenção (cfr., em França, *Conseil Constitutionnel*, Décision n.º 2004-492 DC du 2 mars 2004, paragr. 74³), sendo tal entendimento pacífico na jurisprudência do TEDH que tem considerado estar-se fora do âmbito de protecção do artigo 7.º, n.º 1, da CEDH (*Gardel c. França*, n.º 16428/05, de 17 de dezembro de 2009).

9

26. Também nos Estados Unidos da América, o *United States Supreme Court*, em 2003, apreciando uma legislação – o Sex Offender Registration Act – do Estado do Alasca, decidiu que a inscrição no registo e inerentes deveres de

³ O Conselho Constitucional apreciou a conformidade com a Constituição francesa do aditamento, pelo artigo 48.º da «Loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité», ao «code de procédure pénale» do artigo 706-53, que cria o «fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles».



MF

notificação não assumem natureza sancionatória, não violando, por isso, a *ex post facto clause* prevista na Secção 10 do Artigo I da Constituição norte-americana (cfr. *Smith v. Doe*, 538 U.S. 1009 (2003)).

27. Ainda que seja juridicamente defensável a natureza meramente regulatória e não-sancionatória de um sistema de registo, o que é certo é que a partir do momento em que daí decorre a legitimação da inscrição no registo de todos aqueles cujos crimes antecederam a própria criação do registo, podendo tais pessoas já ter sido então condenadas e, inclusivamente, à data da entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, ter já cumprido a pena ou medida de segurança que lhes fora aplicada, tanto mais evidente é, nessas situações, a desproporção do atual regime legal que não permite uma reavaliação individual da situação atual do agente em termos de se determinar se ainda se justifica a manutenção da sua inscrição no registo.

10

28. Tal significa que a previsão legal da possibilidade de cancelamento da inscrição no registo, nos termos propostos, é também uma condição necessária para que a aplicação retrospectiva do sistema de registo seja constitucionalmente conforme.

29. Com efeito, enquanto tal alteração não for feita, em causa poderá estar a validade do próprio artigo 2.º, n.º 1, do anexo, na parte em que se aplica a cidadãos nacionais e não nacionais residentes em Portugal condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, *em que os factos tenham ocorrido antes da entrada em vigor da lei.*



30. Nesse mesmo sentido, nos Estados Unidos da América, e não obstante a decisão do *US Supreme Court* (*supra*, ponto 26), a nível estadual, o *Supreme Court* do Estado de New Hampshire, numa decisão recente, considerou que a manutenção vitalícia de um registo sem a possibilidade de reavaliação violaria a *ex post facto clause* da constituição estadual⁴.

31. Estando ao meu dispor o uso da competência que me é atribuída pelo artigo 281.º, n.º 2, alínea *d*), da Constituição da República Portuguesa, para requerer ao Tribunal Constitucional a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 2.º, n.º 1, do anexo, na parte em que se aplica a cidadãos nacionais e não nacionais residentes em Portugal condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, *em que os factos tenham ocorrido antes da entrada em vigor dessa lei*, considero, no entanto, ser preferível dirigir-me antes ao legislador, recomendando a alteração ao artigo 11.º, do anexo, nos termos em que o faço com a presente recomendação.

11

⁴ Opinião de 12 de fevereiro de 2015 (*Doe v. State*, 111 A.3d 1077 (N.H. 2015): «[...] we conclude that the act can be enforced against the petitioner consistently with the constitutional prohibition against retrospective laws only if he is promptly given an opportunity for either a court hearing, or an administrative hearing subject to judicial review, at which he is permitted to demonstrate that he no longer poses a risk sufficient to justify continued registration. If the hearing results in a finding that he has made the required showing that he is not a danger to the public, he must be relieved from the requirements of registration. If, after such hearing, it is determined that he has not made the required showing, he must continue to comply with the act, but thereafter he must be afforded periodic opportunities for further hearings, at reasonable intervals, to revisit whether registration continues to be necessary to protect the public».



32. A meu ver, tal modo de proceder é preferível, desde logo, porque é mais consentâneo com os propósitos regulatórios e não-sancionatórios da lei, fazendo para mim sentido que, tratando-se de uma medida destinada a prevenir o risco de ocorrência de futuras agressões – protegendo, através de uma identificação de quem esteja inscrito no registo, outros menores de se tornarem potenciais vítimas de agressões sexuais –, a mesma abranja *todas* as situações de efetiva perigosidade.

33. Assim, em meu entendimento, tem plena justificação a opção legislativa de alargar a inscrição no registo, com os inerentes deveres de comunicação (artigo 13.º, do anexo), a todos os potenciais agressores sexuais, independentemente da data da prática dos crimes por que estes foram ou possam vir a ser condenados⁵.

⁵ A esta minha posição não é indiferente a apreciação que faço do conteúdo dos elementos de identificação a inscrever no registo (artigo 9.º, do anexo) bem como do conteúdo normativo dos deveres inerentes à inscrição no registo, tal como hoje constam do artigo 13.º, do anexo, e que, na medida em que se resumem a deveres de comunicação, não constituirão um ónus excessivo impendente sobre o agente. Segundo creio, tais deveres, que não são de difícil cumprimento, justificam-se atendendo ao valor a atribuir às razões de interesse público – a prevenção do risco de ocorrência de futuras agressões, protegendo outros menores de se tornarem potenciais vítimas de agressões sexuais – que determinam a criação do sistema de registo. Importa, no entanto, assinalar que, caso, no futuro, por decisão do legislador, a tais deveres venham a acrescer outros que agravem os direitos e as liberdades do agente, poderá já merecer reserva a aplicação retrospectiva desse eventual novo regime. Mesmo que tais deveres se mantenham tal como hoje existem, a mera alteração da frequência das comunicações devidas pode ser relevante a ponto de impedir a sua aplicação retrospectiva. Em ordem a sustentar a minha posição considero igualmente relevante o facto de, nos termos do artigo 16.º, do anexo, o acesso à informação constante do registo ser restrito a entidades com competência na área da



34. Além disso, a solução de alteração do artigo 11.º, do anexo, é preferível, porque, enquanto que a declaração de inconstitucionalidade apenas iria beneficiar aqueles cujos crimes precedessem a entrada em vigor da lei, a solução que proponho permite que todos os que se encontram inscritos no registo dela possam, verificando-se os seus pressupostos, beneficiar.

35. Importa sublinhar que também aqui a solução que proponho é consistente com os propósitos regulatórios e não-sancionatórios da lei, uma vez que tem como consequência que o sistema de registo criado pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, apenas irá abranger situações de *efectiva perigosidade*, excluindo a situação de todos aqueles que, comprovadamente, em virtude de uma reavaliação individual, já tenham deixado de constituir um risco para a sociedade.

36. Ou seja, penso que a solução que proponho não só não contraria a intenção do legislador, como, pelo contrário, é mais consentânea com aquilo que é o objetivo programático da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

13

investigação criminal bem como, no âmbito da prossecução dos seus fins, à Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e às Comissões de Proteção das Crianças e Jovens, constituindo a possibilidade de confirmação e averiguação dos factos pela autoridade policial a requerimento de terceiros um acesso excecional, indireto e limitado destes à informação constante do registo. Também, quanto a esse ponto, se as consequências da inscrição no registo na vida do agente se vierem a alterar em virtude de uma maior disseminação da informação dele constante, seguramente que merecerá reserva a aplicação retrospectiva desse novo eventual regime.



MF

37. Deve, no entanto, observar-se que, ao prever e regular o procedimento de reavaliação individual, o legislador deverá ter em conta a situação especial de todos aqueles cuja decisão de condenação preceda a data da entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

38. Na versão atual da lei, designadamente nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 8.º, do anexo, cabe à Direção-Geral da Administração da Justiça a inscrição das decisões anteriores à criação do registo.

39. Ora, creio que, para esse tipo de situações, mais do que prever a possibilidade de cancelamento da inscrição no registo – o que, por definição, pressupõe que a inscrição já tenha sido feita –, é exigível, à luz do princípio da proporcionalidade, que o próprio acto de inscrição seja precedido e fundamentado numa avaliação individual do agente.

14

40. Tanto assim que bem pode dar-se o caso de o agente já ter inclusivamente cumprido integralmente a pena ou medida de segurança que lhe foi aplicada, o que, não excluindo de todo a hipótese de o mesmo poder continuar a representar um risco para a sociedade, torna pelo menos exigível uma avaliação *ex ante* da existência efetiva desse risco para efeitos da sua inscrição no registo.

41. Ainda a esse propósito, importa assinalar que, uma vez que, em virtude da não previsão desse mecanismo na versão originária e atualmente em vigor da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, já não se irá a tempo de remediar a situação, encontrando-se as pessoas cuja condenação tenha precedido a entrada em vigor desse diploma já inscritas no registo, importa prever, para esses casos, a



mf

possibilidade de o interessado requerer imediatamente, após a entrada em vigor da lei de alteração, e sem ter de aguardar pelo prazo geral que o legislador entenda fixar, uma reavaliação para efeitos de cancelamento do registo.

42. Reconhecendo ao legislador uma ampla margem de conformação na regulação do procedimento de reavaliação, considero que o regime previsto, em França, no artigo 706-53-10 do «code de procédure pénale», poderá servir de base de trabalho para o regime a adotar:

Article 706-53-10

Modifié par LOI n° 2010-242 du 10 mars 2010 - art. 12

Toute personne dont l'identité est inscrite dans le fichier peut demander au procureur de la République de rectifier ou d'ordonner l'effacement des informations la concernant si les informations ne sont pas exactes ou si leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier, au regard de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne lors de sa commission, du temps écoulé depuis lors et de la personnalité actuelle de l'intéressé.

La demande d'effacement est irrecevable tant que les mentions concernées sont relatives à une procédure judiciaire qui est toujours en cours, tant que la personne n'a pas été réhabilitée ou que la mesure à l'origine de l'inscription n'a pas été effacée du bulletin n° 1.

Si le procureur de la République n'ordonne pas la rectification ou l'effacement, la personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction.

Avant de statuer sur la demande de rectification ou d'effacement, le procureur de la République, le juge des libertés et de la détention et le président de la chambre de l'instruction peuvent faire procéder à toutes les vérifications qu'ils estiment nécessaires et notamment ordonner une expertise médicale de la personne. S'il s'agit d'une



mention concernant soit un crime, soit un délit puni de dix ans d'emprisonnement et commis contre un mineur, la décision d'effacement du fichier ne peut intervenir en l'absence d'une telle expertise.

Dans le cas prévu au cinquième alinéa de l'article 706-53-5, le procureur de la République, le juge des libertés et de la détention et le président de la chambre de l'instruction, saisis en application des dispositions du présent article, peuvent également ordonner, à la demande de la personne, qu'elle ne sera tenue de se présenter auprès des services de police ou de gendarmerie pour justifier de son adresse qu'une fois par an ou, lorsqu'elle devait se présenter une fois par mois, qu'une fois tous les six mois.

43. Como se pode observar, no regime francês, o pedido é dirigido ao Ministério Público, sujeito a controlo judicial, devendo proceder-se a todas as verificações que se repute necessárias, designadamente recorrendo a avaliação por um perito médico-legal, solução que me parece globalmente equilibrada.

16

Queira, Vossa Excelência, aceitar os meus mais respeitosos cumprimentos,

A Provedora de Justiça

(*Maria Lúcia Amaral*)