

SÃO OS CRIMINOSOS SEXUAIS CIDADÃOS ?

“A configuração jurídica do facto cede face à dimensão anti-social do autor”

LISZT, Franz von. *Comunicações*. 4 (1894), p. 140

Diz v. Liszt em defesa da sua concepção político-criminal assente nas finalidades preventivas da pena: “Desde que a actuação do delinquente evidencie uma inclinação criminosa arraigada (‘delinquente por natureza’) é necessário preservar a ordem jurídica mediante a inocuidade do criminoso. Este dever cumpri-lo-á a pena perante o criminoso sem anomalia psíquica, como o manicómio o fará a respeito do delinquente demente. (...) A inclinação criminosa arraigada não precisa da prática reiterada de crimes, antes pode manifestar-se já - e inquestionavelmente - aquando da primeira infracção apreciada pelos tribunais, especialmente através do carácter profissional da execução¹”.

Por sua vez, Jakobs, indo para além de uma concepção estritamente preventiva da pena, sustenta a existência de duas realidades sociais opostas a que correspondem dimensões, também, distintas do Direito Penal: uma realidade fundada no “contrato social” (realidade comunitário-legal), constituindo aí o crime um dano reparável e não sendo o respectivo autor privado da sua cidadania mas apenas coactivamente “chamado” à reafirmação contrafáctica da norma juspenal concretamente violada (Direito Penal da prevenção); a outra que nos remete para o “estado de natureza”, assumindo aí o crime uma dimensão tal que coloca em crise os próprios alicerces da comunidade, em termos da reacção contra o respectivo autor obrigar a considerá-lo, não como sujeito de direito (pessoa), mas, sim, como inimigo (Direito Penal do inimigo). Assim, afirma-se que “o Estado pode proceder de dois modos diversos com os criminosos: pode ver neles pessoas que infringem, cidadãos que cometem um erro, ou indivíduos (inimigos) a que se deve impedir mediante coacção que destruam o ordenamento jurídico²”.

Em obediência a esta segunda vertente – securitária - do direito penal, que encontra no ideal hobbesiano de Estado (*finis oboedientiae est protectio*) o seu fundamento último, assistimos recentemente ao anúncio ministerial de novas medidas legislativas relativas à prevenção e combate contra os crimes de abuso sexual e pornografia infantil, incluindo-se aí a criação de uma plataforma informática de

¹ Citado em português a partir de LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal – Tomo II*. Tradução da 20.^a edição alemã por Luis Jiménez de Asúa. 4.^a edição. Madrid: Editorial Reus, 2007, pp. 23 e s.

² Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. 2.^a edição. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 47.

pedófilos, acessível, não apenas às autoridades judiciárias e policiais, mas, também, a quem exerça responsabilidades parentais sobre menor de 16 anos.

A nível da União Europeia, está em vigor a Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho³. Em conformidade com o considerando n.º 6, "crimes graves, como a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, deverão ser tratados de forma abrangente, abarcando a repressão dos autores dos crimes, a proteção das crianças vítimas dos crimes e a prevenção do fenómeno". Acrescentando-se ainda no considerando n.º 43 que "os Estados-Membros podem considerar a adopção de outras medidas administrativas aplicáveis aos infractores, como o registo de pessoas condenadas pelos crimes previstos na presente diretiva em registos de autores de crimes sexuais".

Dentro deste quadro repressivo-preventivo, estabelece-se, no artigo 10.º, sob a epígrafe "Inibição decorrente de condenações anteriores":

- a interdição, temporária ou permanente, de o exercício de "atividades pelo menos profissionais que impliquem contatos diretos e regulares com crianças"⁴;

- o direito de os empregadores que desenvolvam atividades profissionais ou voluntárias organizadas implicando contatos diretos e regulares com crianças a solicitar informação, por qualquer meio apropriado, acerca da existência de condenações penais pela prática de crime sexual.

Todavia e no que respeita em particular a esta última medida, a nossa Lei n.º 113/2009, de 17/09⁵, consagra já "em cumprimento do artigo 5.º da Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual de Crianças⁶" a obrigatoriedade de o candidato ao exercício de funções que envolva contato regular com menores apresentar o respectivo certificado de registo criminal, devendo ainda a entidade que pretende contratá-lo ponderar a informação constante desse certificado, em ordem a aferir da idoneidade daquele candidato para o bom desempenho da atividade recrutada (cfr. art. 2.º, n.º 1). Por outro lado, prevê-se, na mesma Lei (art. 4.º, n.º 1), que o cancelamento definitivo no registo criminal das "decisões que tenham aplicado pena de prisão ou medida de segurança" por crime sexual só ocorra "decorridos 23 anos sobre a extinção da pena, principal ou de substituição, ou da

³ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º L 335, de 17 de Dezembro de 2011.

⁴ Em virtude da alteração introduzida pela Lei n.º 56/2011, de 15/11, o nosso Código Penal prevê a pena acessória de proibição por um período de dois a quinze anos do "exercício de profissão, função ou atividade que impliquem ter menores sob sua responsabilidade, educação, tratamento ou vigilância", aplicável a quem for condenado por crime sexual, "atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente" [cfr. art. 179.º, al. b)].

⁵ Publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 181, 17 de Setembro de 2009, pp. 6620-6621.

⁶ Assinada em Lanzarote a 25 de Outubro de 2007, a Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual de Crianças só foi ratificada, entre nós, pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2012, de 28 de maio, após ter sido aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, de 9 de março.

medida de segurança (...)", contrariando, assim, a regra geral que para os delitos mais graves (isto é, sancionados com pena de prisão superior a 8 anos) estabelece um prazo de 10 anos sobre a extinção da pena para o cancelamento registal definitivo da respectiva sentença⁷. Finalmente, tendo o arguido sido condenado na pena acessória de proibição do exercício de funções implicando contatos com menores⁸ e suspendendo-se o decurso do período dessa proibição durante o tempo em que o agente estiver privado da liberdade por força da pena de prisão aplicada⁹, tal poderá significar uma restrição à liberdade de escolha de profissão (cfr. art. 47.º, CRP) com carácter, tendencialmente, perpétuo e, portanto, inconstitucional à luz do artigo 30.º, n.º 1, CRP: é que ao tempo de execução da prisão soma-se o da interdição profissional, podendo este último chegar a 15 anos!¹⁰

Se tudo é já assim, pretender-se, agora, facilitar aos pais o acesso ao registo criminal dos pedófilos significa privá-los do que ainda lhes resta de humanidade convertendo-os em "animais a abater".

João Varela

Coimbra, setembro de 2014

Declaro que o texto que apresento é da minha autoria, sendo exclusivamente responsável pelo respectivo conteúdo e citações efectuadas.

⁷ Cfr. art. 15.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 57/98, de 18 de agosto.

⁸ Vide nota de rodapé n.º 4.

⁹ Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 494, anotação n.º 10.

¹⁰ Por exemplo: tendo o agente à data do trânsito em julgado da sentença - que o condenou a uma pena de prisão de 8 anos pela prática de um crime de abuso sexual de criança e a uma pena acessória de 12 anos de proibição de exercício da sua atividade de professor de liceu -, 40 anos de idade, só aos 60 anos poderá retomar a sua carreira docente.