



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Vossa referência:

Nossa referência: Of. nº 9985/2017, de 25/05/2017

Proc. nº 208/2006 – Lº 115

Ex.mo Senhor

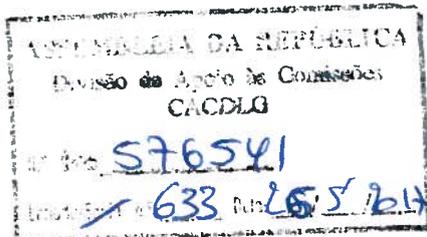
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias

Prof. Dr. Bacelar de Vasconcelos

ASSUNTO: Envio de parecer sobre os Projetos de Lei nº 470/XIII/2ª e 471/XIII/2ª

Por determinação superior, e tendo presente o teor do ofício nº 4566/2017, de 8 de março, do Senhor Secretário da Procuradoria-Geral da República, tenho a honra de remeter a Vossa Excelência o parecer elaborado pelo Gabinete da Senhora Conselheira Procuradora-Geral da República sobre os projetos de Lei nº 470/XIII/2ª, que reforça o regime sancionatório em razão da deficiência, alterando o artigo 240º do Código Penal, e nº 471/XIII/2ª, que reforça o combate à discriminação racial, alterando o Código Penal, o qual mereceu a sua total concordância.

Com os melhores cumprimentos,



Pela Chefe de Gabinete

Maria de Lurdes Lopes

Maria de Lurdes Lopes

875469_1
/hc

Rua da Escola Politécnica, nº 140 / 1269-269 Lisboa - Portugal / Telef. 351 213 921 900 / correiopgr@pgr.pt / www.ministeriopublico.pt



Parecer

I - Projeto de Lei nº 470/XIII-2ª que reforça o regime sancionatório aplicável à discriminação em razão da deficiência, alterando o artigo 240º do Código Penal.

1. Objeto do Projeto

Visando, nos termos do seu artigo 1º, alargar o âmbito do artigo 240º do Código Penal à discriminação em razão da deficiência, o Projeto limita-se a aditar esta circunstância aos elementos típicos aí previstos, a par da discriminação em razão da raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual.

Desta forma, qualquer das ações típicas previstas neste artigo que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas com deficiência (nº 1), ou tenham a intenção de incitar à discriminação em razão da deficiência (nº2) passarão a incluir-se no âmbito de proteção desta norma penal.

A par desta proteção subsiste sem alteração, no âmbito do Projeto em apreço, a Lei 46/2006, de 28 de agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde e cujo regime sancionatório, de natureza contraordenacional (artº 9º a 15º), tem como objeto a prática de qualquer ato discriminatório em razão da deficiência que se traduza na violação de quaisquer direitos fundamentais ou na recusa ou condicionamento do exercício de quaisquer direitos económicos, sociais, culturais ou outros, por quaisquer pessoas, em razão de uma qualquer deficiência (artº1º).

De acordo com a exposição de motivos, a criminalização da discriminação em razão da deficiência impõe -se, por um lado, face à ineficácia com que tem vindo a ser aplicado o regime sancionatório de natureza contraordenacional ao abrigo da Lei 46/2006, de 28 de agosto, e, por outro, face à obrigação que decorre do artigo 5º, nº 2, da Convenção



para os Estados Partes no sentido de estes proibirem a discriminação com base na deficiência e garantirem às pessoas com deficiência "*proteção jurídica igual e efetiva contra a discriminação de qualquer natureza*".

2. Apreciação

A inclusão da *deficiência* entre as circunstâncias dignas de tutela penal contra a discriminação afigura-se positiva, na medida em que não deixará de contribuir para o reforço da tutela jurídica de pessoas especialmente vulneráveis em razão da sua condição física ou psíquica e para a sua dignificação social.

Vem também de encontro a sugestão nesse sentido já manifestada pelo Conselho Superior do Ministério Público.

A inclusão desta tutela no âmbito do artigo 240º do Código Penal, a par das demais circunstâncias valoradas pelo legislador penal como causas discriminatórias dignas de tutela penal, afigura-se como a que melhor assegura quer a afirmação de que todas as formas de discriminação são igualmente intoleráveis face aos princípios constitucionais do respeito da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, quer a necessária harmonização da tutela penal.

II - Projeto de Lei nº 471/XIII-2ª que altera o Código Penal, reforçando o combate à discriminação racial.

1. Objeto do Projeto



O Projeto de Lei em apreço apresenta como objetivo o reforço do tratamento criminal e penal das formas mais gravosas de discriminação racial introduzindo para o efeito importantes alterações no âmbito dos crimes contra a honra e no artigo 240º do Código Penal, de que se destacam : i) a criação de um novo tipo agravado dos crimes de injúria e de difamação com motivação discriminatória; ii) a eliminação da exigência de queixa ou acusação particular para procedimento criminal por este novo tipo penal; iii) a eliminação da exigência do dolo específico que integra os tipos de ilícito previstos no nº 2 do artigo 240 do Código Penal.

Assim, o Projeto adita ao Capítulo dos crimes contra a honra um novo artigo 182º-A no qual se prevê que *"as penas previstas nos artigos 180º e 181º do Código Penal são elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo sempre que a difamação ou injúria resultem de discriminação de raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género"*

Em correlação com este novo tipo penal é aditado um novo nº 3 ao artigo 188º do Código Penal nos termos do qual o procedimento criminal por este crime não está dependente nem de queixa nem de acusação particular.

O artigo 240º do Código Penal sofre as seguintes alterações:

- i) aditamento do elemento referente à exposição da vítima ao *" desprezo público"*, resultante da difamação ou injúria, em espaço público, praticada em razão de discriminação racial, religiosa ou sexual ;
- ii) eliminação do dolo específico que integra os tipos de ilícito previstos no nº 2 do artigo, consubstanciado na intenção de incitamento ou encorajamento da discriminação.
- iii) aditamento de um novo nº 3 criminalizando um conjunto de atos ou práticas discriminatórias.



2. Apreciação

2.1. Considerações Genéricas

2.1.1. Alteração introduzida no artigos 188º do Código Penal e aditamento do artigo 182º-A.

A criação do novo tipo agravado dos crimes de injúria ou difamação quando os mesmos sejam motivados por discriminação em razão da raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género, e, bem assim, a sua configuração como crime de natureza pública, inédita em matéria de crimes contra a honra no Código Penal vigente, traduzem opções legislativas não isentas de dúvidas dogmáticas e também sistemáticas.

Com efeito, a propósito da agravação constante do atual artigo 184º do Código Penal relativamente às pessoas referidas na alínea l) do nº2 do artigo 132º, questionou o Prof. Faria Costa¹ a introdução de novos elementos na composição dos bens jurídicos que se mostravam perfeitamente definidos e coesos na sua expressão mais simples, e que qualifica como caracterizadores de uma *honra funcional* decorrente do *estatuto funcional*.

A honra – refere- ,enquanto valor ou bem imaterial, "*perfilha-se a mesma quer a vejamos encarnada no mais nobre espirito, quer a olhemos no mais refinado biltre*".

Questiona ainda este ilustre autor se o artigo 184º é o lugar sistematicamente adequado para proteger o bem jurídico "*honra funcional*" porquanto, o que se deseja proteger neste capítulo é o bem *peçoalíssimo* honra.

¹ Cfr. Comentário Conimbricense ao Código Penal – Tomo I, 2ª ed. Pag. 957.



E, acrescenta, mesmo que se diga que a solução encontrada pelo legislador é aquela que privilegiou, *ratione materiae*, a própria honra, transigindo unicamente naquela densificação funcional, uma tal argumentação, embora não deixe de apresentar algum peso retórico, claudica porque, *"desse jeito, o legislador poderia criar um conjunto alargado de bens jurídicos compósitos, e por mor desse expediente, subverter uma das regras mais importantes da actividade legiferante nos domínios da incriminação: a regra da **identidade nominal**. Isto é: a uma norma incriminadora deve corresponder um e só um bem jurídico e este deve, tanto quanto possível, apresentar-se na sua forma mais coesa de simplicidade e de unidade."*

No Projeto em apreço as circunstâncias agravantes do crime decorrerão, ao que parece, da motivação discriminatória relacionada com alguma das circunstâncias elencadas relativas à vítima.

Não são, todavia, claros os novos elementos específicos a considerar no bem jurídico protegido nos artigos 180º e 181º, cujos elementos típicos continuam a ser a matriz deste novo tipo agravado, que se mostrem carecidos de penalização agravada relativamente ao bem jurídico honra já protegido naqueles tipos penais, conjeturando-se sobre se poderá aqui configurar-se uma *honra racial, de cor, nacional, origem, étnica, religiosa, de orientação sexual ou de identidade de género* que justifique uma proteção penal reforçada face à honra devida a todas as pessoas, como direito de personalidade e também inerente à sua dignidade.

Por outro lado, parece igualmente de questionar que a proteção penal contra a discriminação, em qualquer das suas formas, tenha o seu lugar sistemático no âmbito dos crimes contra a honra, afigurando-se antes que a proteção penal de bens jurídicos fundamentais como a igualdade de todos os cidadãos deverá configurar uma ofensa transversal aos valores do Estado de Direito e não a bens de natureza pessoal e, por isso, melhor se enquadrará num tipo de ilícito mais abrangente e até penalmente mais gravoso, como é o caso do artigo 240º do Código Penal.



Suscita também forte reserva a eliminação da queixa ou de acusação particular para procedimento criminal, no caso do tipo agravado ora introduzido pelo artigo 182º-A, prevista pelo Projeto através do aditamento de um novo nº 3 no artigo 188º do Código Penal.

A transformação dos crimes de injúria ou difamação em crimes públicos configura uma mudança de paradigma dos crimes contra a honra, cujas razões de política criminal não são evidentes no âmbito da proteção de um bem de natureza pessoal como a honra.

A justificação apresentada na exposição de motivos de que , neste caso, além da honra da vítima é igualmente violado um bem jurídico estruturante do nosso edifício jurídico-penal, qual seja o da igualdade de todos os cidadãos, convoca diretamente as objeções acima referidas e aduzidas pelo Prof. Faria Costa já a propósito da previsão do artigo 184º do Código Penal e que têm aqui plena aplicação e acutilância.

Com efeito, o paradigma vigente no Código Penal no âmbito dos crimes contra a honra é o de que estes são *crimes particulares* - isto é, o procedimento criminal depende de acusação particular (artº 188º, nº 1)- , com duas derrogações: quando se trate de infrações subsumíveis aos artigos 184º ou 187º, casos em que os crimes têm natureza **semi-pública** (ou seja, o procedimento criminal pelos mesmos depende de queixa ou participação).

Considerando, na linha do acima referido, que o bem jurídico protegido nos crimes previstos nos artigos 180º e 181º tem natureza pessoal ou *peçoalíssima* , como alguma doutrina refere ², não se identificam as razões de política criminal que justifiquem esta alteração.

2.1.2 - Alteração do artigo 240º do Código Penal.

² Cfr. Faria Costa, *Ibidem*, pag. 933



O Projeto prevê a alteração do artigo 240º do Código Penal, introduzindo um novo elemento na alínea b) – exposição das vítimas a desprezo público - e eliminando o dolo específico comum a todas as modalidades de ação previstas no atual nº 2.

Adita ainda num novo nº 3 um novo tipo de ilícito criminal, assim configurado:

“ 3- Quem, em razão da raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género, recusar ou limitar a outrem, nomeadamente:

- a) O acesso a locais públicos ou abertos ao público;*
- b) O acesso a cuidados de saúde prestados em estabelecimento público ou privado;*
- c) O acesso a estabelecimento de educação público ou privado;*
- d) A venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis;*
- e) O exercício normal de atividade económica;*

é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.»

A eliminação do dolo específico que integra os tipos de ilícito previstos no nº 2 do artigo 240º do Código Penal suscita reservas em virtude de criar sobreposição de elementos típicos entre os comportamentos típicos previstos nas respetivas alíneas e outros tipos penais - designadamente com o artigo 182º- -A ora introduzido pelo Projeto -, com evidente desproporção punitiva resultante da aplicação de pena de prisão de seis meses a cinco anos de prisão a comportamentos que se traduzem em crimes de difamação, injúria ou ameaça embora qualificadas pela motivação racial, religiosa ou sexual.

As práticas discriminatórias ora criminalizadas no novo nº 3 do artigo 240º correspondem às alíneas d) a h) do nº 1 do artigo 4º da Lei 134/99, de 28 de agosto, sendo, assim, atualmente punidas como ilícitos de mera ordenação social.

Afirmando-se na exposição de motivos do Projeto que *“os dados conhecidos revelam que esta abordagem contraordenacional está longe de constituir uma resposta adequada à gravidade destes*



comportamentos e a uma estratégia eficaz de combate ao racismo em Portugal”, não parece que a mera verificação de dados estatísticos relativos aos processos contraordenacionais registados e decisões condenatórias obtidas constitua fundamento sólido para a criminalização das referidas práticas, atenta a natureza subsidiária do direito penal.

Para além de que não se identificam as razões de política criminal que determinam a criminalização destas práticas e não de outras igualmente proibidas nos termos do referido diploma legal, como é o caso da *recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens e serviços*, constante da alínea c) do nº 1 do artigo 4º da referida Lei 134/99.

2.2. Considerações específicas:

O Projeto suscita as dúvidas a seguir assinaladas quanto à formulação das normas introduzidas.

Assim:

i) - A inserção sistemática do crime de difamação ou injúria motivada por discriminação racial, religiosa ou sexual no novo artigo 182º-A afigura-se sistematicamente deslocada. A ser incluída, tal norma parece melhor enquadrada no artigo 184º-A, na sequência da agravação dos mesmos tipos penais por referência à alínea l) do artigo 132º.

ii) Sem prejuízo das reservas supra suscitadas sobre a natureza pública conferida aos crimes previstos nos artigos 180º e 181º do Código Penal quando praticados nas circunstâncias a que se refere o artigo 182º-A aditado pelo Projeto, a redação do novo nº 3 do artigo 188º carece de precisão, porquanto a queixa ou acusação particular se referem ao procedimento criminal e não ao crime. Assim, mantendo-se tal norma, a sua redação deveria ser corrigida nos seguintes termos: **“O procedimento criminal pelo crime previsto no artigo 182º-A não está dependente de queixa nem de acusação particular”**.

iii) A eliminação do dolo específico no nº2 do artigo 240º suscita as reservas já apresentadas pelo Conselho Superior do Ministério Público em parecer relativo a



anteprojeto de proposta de lei apresentado pelo Governo para implementação da Decisão-Quadro 2008/913/JAI que se transcrevem na parte aplicável, em virtude de manterem, e até se mostrarem reforçadas face ao aditamento do artigo 182º- A, as razões apontadas:

" (...) parece-nos que o referido elemento subjectivo é imprescindível para que se mantenha a proporcionalidade da pena proposta face à conduta penalmente relevante.

Ademais, atente-se que, sem aquele dolo específico as condutas previstas nas alíneas b) e c) pouco se distanciam, ao nível dos elementos típicos, dos tipos penais da difamação agravada e da ameaça agravada.

Aliás, atente-se que a motivação discriminatória já constitui circunstância agravante do crime de ameaça, conforme o artigo 155º, n.º 1, alínea e), do Código Penal, que remete para o artigo 132º, n.º 2, alínea f), do mesmo Código.

De notar igualmente que o crime de ameaça agravada é punível com pena de prisão até 2 aos ou mesmo multa e demanda para a sua comissão que o agente "ameace com a prática de crime" - e crime relevante -, enquanto que o tipo ora em apreço ficaria sancionado com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, não obstante exigir apenas uma ameaça "em singelo", não se alcançado sequer o patamar de censurabilidade da "ameaça com mal importante", insito nos artigos 154º (coacção) ou 223º (extorsão), ambos do Código Penal."

Com efeito, com a redação proposta pelo presente Projeto, veja, a título de exemplo, a com configuração que o tipo penal constante da alínea b) passará a apresentar:

" 2 - Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação, difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas ou expuser as mesmas a desprezo público por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade, é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos".



Por seu lado, o artigo o 182º- A, ora também aditado pelo Projeto, prevê: *“As penas previstas nos artigos 180.º e 181.º são elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo sempre que a difamação ou injúria resultem de discriminação de raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género»*, sendo que o cometimento dos crimes de injúria ou difamação através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação integra já uma forma agravada daqueles tipos penais, por via do disposto no artigo 183º do Código Penal, que prevê, para este caso, a aplicação de pena de prisão até dois anos.

Ora, para além do evidente concurso entre as referidas normas penais para a mesma situação factual, afigura-se que a pena de prisão de seis meses a cinco anos é manifestamente desproporcionada para um crime de injúrias ou de difamação, quando lhe falta a intencionalidade específica que, por ser geradora de um perigo abstrato de incitamento à discriminação contra determinadas pessoas ou grupos, justificaria a medida da pena aplicável.

E, como já salientado no parecer do CSMP acima mencionado, o mesmo se diga quanto ao crime de ameaça já agravado em razão do ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual, conforme resulta do artigo 155º, n.º 1, alínea e), do Código Penal, que remete para o artigo 132º, n.º 2, alínea f).

O legislador espanhol evitou esta desproporcionalidade de penas no correspondente tipo de ilícito previsto no artigo 510º do Código Penal espanhol, prevendo a pena de um a quatro anos de prisão (e multa) para os comportamentos que visem provocar o ódio, hostilidade, violência ou discriminação por motivos racistas ou outros referentes a ideologia, religião, etc, e a pena de *seis meses a dois anos* (e multa) para aqueles que *“ lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior ”*.



Daí que, na estrutura do preceito tal como se apresenta e é mantida pelo Projeto, o dolo específico se revele mais conforme com a harmonia e coesão do sistema jurídico-penal, bem como com o princípio da proporcionalidade das penas, pelo menos enquanto se refere às alíneas b) e c).

A harmonização e coesão do sistema jurídico penal nesta matéria, demandaria, assim, eventualmente, uma revisão mais abrangente, concertada e coerente das várias normas penais que, de uma forma ou de outra, visam já combater por esta via a discriminação em qualquer das suas formas.

Eis, Senhora Conselheira Procuradora-Geral da República, as observações suscitadas pelos Projetos de Lei em apreço e que tenho a honra de levar à superior apreciação.

Lisboa, 2017-04-24

Rosa Rocha/Assessora