



Parecer
Proposta de Lei 408/XXIII/2023

1. O Governo, através do Ministério da Justiça, solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre a Proposta de Lei *supra* indicada que tem por objeto:

a) Completar a transposição da Diretiva 2011/93/EU, 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;

b) Completar a transposição da Diretiva (UE) 2017/1371, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal; e

c) Alargar o âmbito do crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência, alterando o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, na sua redação atual.

2. Para concretização desse objeto, é proposta a alteração dos artigos 118.º, 119.º, 132.º, 176.º, 176.º-B, 240.º, 368.º-A e 386.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, e bem assim a tipificação, quer em sede criminal, quer contraordenacional, da utilização indevida de receitas da União Europeia.

*

* *

3. Vejamos, antes de mais, as propostas de alteração dos artigos 118.º, n.º 5, e 119.º, n.º 5, do Código Penal, respeitantes ao regime prescricional dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, bem como, no primeiro caso, do crime de mutilação genital feminina sendo a vítima menor.



i) De acordo com a primeira dessas propostas, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, bem como no crime de mutilação genital feminina sendo a vítima menor, o procedimento criminal não se extingue, por efeito da prescrição, antes de o ofendido perfazer 25 anos. Tendo em conta o regime vigente, apenas se pretende ampliar a idade do ofendido relevante para impedir a prescrição do procedimento criminal pelos referidos ilícitos, a qual passará de 23 para 25 anos.

ii) A segunda das referidas propostas adiciona a seguinte norma ao art. 119.º do Código Penal:
«5 - Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, o prazo de prescrição só corre desde o dia em que o ofendido atinja a maioridade.»

Do nosso ponto de vista, a ampliação dos 23 para os 25 anos não merece qualquer reparo negativo. Assim, o Direito Penal tem, e deve continuar a ter, natureza publicista.

Todavia, igualmente entende-se que a Constituição impõe ao Estado deveres de proteção dos direitos fundamentais, que em certos casos, à luz do princípio da proporcionalidade, exigem a intervenção do Direito Penal. Estes deveres têm representado um dos principais fundamentos para a progressão do princípio vitimológico no Direito Penal. Neste quadro, cada vez mais se considera que os deveres estaduais de proteção das vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, sendo elas menores, assume especial densidade.

Acresce que este caminho não é apenas imposto por uma leitura hodierna da Constituição, como também por plúrimos instrumentos de Direito Internacional a que o Estado português está vinculado.

Uma das manifestações desta realidade não poderá deixar de ser, *rectius*, a alteração do regime prescricional dos referidos ilícitos penais, quando praticados contra menores.

A título meramente ilustrativo, recordo o art. 132.º, n.º 1, do Código Penal espanhol estabelece o seguinte regime:



«En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento.»

Na Alemanha e em França, grosso modo, os regimes são equivalentes.

Por conseguinte, pode não fazer-se qualquer reparo às alterações aos arts. 118.º e 119.º do Código Penal português insertas na Proposta de Lei. Admite-se, no entanto, que, aceitando-se o essencial dessas propostas, se sugira que:

- o prazo de prescrição corra desde o dia em que o ofendido atinja a maioridade ou obtenha a emancipação;
- se o ofendido morrer antes de atingir a maioridade ou obtiver a emancipação, o prazo de prescrição corra desde o dia do respetivo óbito.

Quanto a esta última (eventual) sugestão, adianta-se que a norma constante da Proposta de Lei deve ser interpretada no sentido de que, em caso de prévio falecimento do ofendido, o prazo prescricional iniciar-se-á na data em que o mesmo, sendo vivo, atingiria a maioridade.

No que concerne ao aditamento do n.º 5 do artigo 119.º, entendemos que não faz sentido que o prazo de prescrição tenha em conta o dia em que o ofendido atinja a maioridade (*dies a quo*); caso o ofendido por exemplo venha a falecer antes da maioridade (termo inicial incerto), poderá porventura isso levar à interpretação de que tais crime não prescrevem.

Salvo o devido respeito, o prazo de prescrição deve ser fixado considerando um termo inicial certo, que é a prática do crime, e um termo final (*dies ad quem*) igualmente certo, por referência a um prazo mais ou menos alargado (tal-qual é feito no artigo 118.º, n.º 1 do CP).

O mesmo argumento, *mutatis mutandis*, expõe a fragilidade do n.º 5 do artigo 118.º, seja considerando-se os 23 anos, seja os 25 anos de idade, que o ofendido pode não vir a



completar. Seja como for, procurando respeitar a *ratio* da lei, conviria esta ressalvar, ainda assim, que a prescrição só começaria a correr desde a data em que o ofendido atinja a maioridade ou, mais cedo, a emancipação.

*

* *

4. É também proposta uma alteração ao artigo 132.º, n.º 2, alínea f), do Código Penal, a qual qualifica o homicídio determinado por ódio em razão da origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social da vítima.

Pretende-se, pois, ampliar o catálogo das causas do ódio motivador do homicídio que qualifica este crime, o que, segundo cremos, não merece reparo.

*

* *

5. Olhemos agora as propostas de alteração aos artigos 176.º, n.º 3, e 176.º-B do Código Penal, relativos aos crimes de pornografia de menores e de organização de viagens para fins de turismo sexual com menores, respetivamente.

i) A primeira dessas propostas cria uma agravante que compreende condutas com graus de gravidade e desvalor substancialmente diferentes. Do nosso ponto de vista, submeter à mesma moldura penal – pena de prisão de 1 a 8 anos – a prática dos atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 176.º do Código Penal com recurso a «qualquer forma de ameaça, constrangimento ou violência», viola o princípio da proporcionalidade.



Entendemos, pois, que a redação atual desse artigo não deve ser alterada, continuado a agravante prevista no seu n.º 3 a compreender apenas a prática dos atos descritos nas alíneas a) e b) do respetivo n.º 1 com recurso a «*violência ou ameaça grave*».

Em alternativa, acompanharíamos a criação de duas agravantes, diferenciadas em função da gravidade das condutas instrumentais, com diferentes consequências sancionatórias.

Ainda, quanto ao artigo 176.º, pondera-se também, quanto ao n.º 3, manter a exigência da gravidade da ameaça, constrangimento ou violência, de forma a justificar, coerentemente, essa maior moldura penal relativamente à moldura prevista no n.º 1, já que raramente se cometerá a conduta prevista no n.º 1 sem o mínimo, pelo menos, de constrangimento. Se não for uma conduta que revista a atualmente prevista gravidade, então deverá ser punida com a moldura penal prevista no n.º 1.

ii) Já quanto à alteração do artigo 176.º-B do Código Penal, é a mesma acompanhada por esta Ordem.

*

* *

6. A Proposta de Lei em apreço contém igualmente uma alteração ao artigo 240.º do Código Penal, o qual pune a discriminação e incitamento ao ódio e à violência. Tal alteração, que a ser aprovada será já a sexta versão deste tipo de crime, levará a que esse artigo passe a ter a seguinte redação:

«1. *Quem:*

a) *Fundar ou constituir organização que incite ou encoraje, designadamente através de atividades de propaganda, à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas em razão da origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de*



origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social; ou

b) Participar nas organizações referidas na alínea anterior, nas atividades por elas empreendidas ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento;

é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. Quem, publicamente, por qualquer meio destinado a divulgação, nomeadamente através da apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade:

a) Provocar atos de violência contra pessoa ou grupos de pessoas por causa da origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social;

b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social;

c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social; ou

d) Incitar à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoas ou grupo de pessoas por causa da sua origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social;

é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.



3. *Quem produzir, elaborar ou detiver, com o fim de vender ou distribuir material, ficheiro, conteúdo ou documento que incite ou encoraje a discriminação, o ódio ou a violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social, é punido com a pena prevista no número anterior.*

4 - *Quando os crimes previstos nos números anteriores forem cometidos através de sistema informático, o tribunal pode ordenar a eliminação de dados informáticos ou conteúdos, a cessação ou bloqueio do acesso a determinado fornecedor de serviços ou a dados informáticos ou conteúdos por ele providos que difundam exclusiva ou preponderantemente informação discriminatória a que se referem os números anteriores.»*

i) O discurso de ódio tem-se mostrado uma categoria difícil de recolher consensos, gerando a sua conceptualização acentuadas divergências, quer na doutrina, no Direito Comparado e no Direito Internacional. Talvez por isso, ou também por isso, denota-se algumas vezes a tendência para ampliar o conceito. Todavia, mormente no domínio do Direito Penal, este caminho afigura-se perigoso.

A punição criminal do discurso de ódio envolve o risco de comprimir excessivamente a livre comunicação do pensamento e de informações, assim afetando a individualidade das pessoas, o que é dizer, a dignidade da pessoa humana, e pondo em causa a existência de uma esfera de discurso público pluralista, aberta, desinibida e robusta, sem temas tabu, a qual é requisito, além do mais, do princípio democrático e do princípio do Estado de Direito, com consequências profundamente nefastas, sobretudo a longo prazo. Ademais, deve ter-se em conta que uma das funções da liberdade de expressão é proporcionar uma alternativa à violência física na libertação de sentimentos e tensões acumuladas, incluindo o ódio, ou porventura sobretudo o ódio. Estes riscos são ainda mais preocupantes quando se estende a margem de punibilidade ao discurso de



ódio fundado na divergência de opiniões políticas ou ideológicas, como sucede na alteração ora proposta.

Aliás, o conceito de discurso de ódio fornecido pela Recomendação CM/Rec (2022)16, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 20 de maio de 2022, justamente sobre o combate a esse discurso, o qual, para além de muito recente, é um dos mais abrangentes, não referencia a divergência de opiniões políticas ou ideológicas entre as motivações de tal discurso.

Acresce que o próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cuja jurisprudência se mostra muito pouco tolerante perante discursos de ódio, não deixa de conceder algum espaço a estes discursos, sobretudo estando em tema questões políticas ou de interesse público.

A título exemplificativo, tenha-se presente o Acórdão Stern Taulats e Roura Capellera c. Espanha, desse Tribunal, de 13 de março de 2018. Estava aí em causa a condenação criminal dos requerentes pelos Tribunais Espanhóis, por, aquando de uma visita do Rei de Espanha a Girona, Catalunha, durante um comício numa zona pública, realizado após uma manifestação sob o lema “300 anos dos Bourbons, 100 anos de luta contra a ocupação espanhola”, terem ateado fogo a uma fotografia de grandes dimensões do casal real, a qual colocaram de cabeça para baixo, o que foi celebrado com gritos por várias pessoas que aí se encontravam.

Por sua vez, o Tribunal de Estrasburgo considerou que a conduta em causa se encontrava protegida pelo direito à liberdade de expressão, tendo por isso condenado o Estado Espanhol. Segundo esse Tribunal, tal conduta «*inseriu-se num debate sobre questões de interesse público, a saber, a independência da Catalunha, a forma monárquica do Estado e a crítica ao Rei como símbolo da nação espanhola*», tendo recordado que a liberdade de expressão abrange ideias e informações que ofendem, chocam ou perturbam, por a tanto exigir o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não há sociedade democrática.

Em sintonia, o referido Tribunal afirmou expressamente que a descrita conduta não pode ser razoavelmente considerada como «*uma incitação ao ódio ou à violência*», o que, adiantou, «*não pode ser inferido do exame conjunto dos elementos utilizados para a encenação e do contexto em que ocorreu o ato, nem pode ser estabelecido com base nas consequências do ato, o qual,*



segundo os fatos declarados provados, não foi acompanhado de conduta violenta ou perturbação da ordem pública». Estamos, pois, em crer que a alteração do tipo da discriminação e incitamento ao ódio e à violência que ora se propõe agravará grandemente o risco de as condenações internas pela prática deste ilícito penal virem a dar lugar à condenação do Estado Português pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Por fim, importa sublinhar que a *discriminação* em razão da origem racial ou étnica, cor, nacionalidade, ascendência, território de origem, religião, língua, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social pode ser *lícita*. Consideramos, por isso, avisado que nas normas do artigo 240.º do Código Penal, a palavra «*discriminação*» seja sempre seguida do adjetivo «*ilegítima*» («*discriminação ilegítima*»). Sugerimos, assim, que a alteração legislativa em referência seja aproveitada para introduzir esta alteração.

ii) Ainda no que tange ao artigo 240.º (e, reflexamente, 132.º); se o objectivo é alargar o tipo incriminador do 240.º, n.º1, por atualmente só prever "*actividades de propaganda organizada*" (sem criminalizar o incitamento ou encorajamento à discriminação), parece todavia que a nova redacção, além de não a resolver, ainda a encurta mais, deixando de fora a conduta de quem, organizadamente ou não, agora incite ou encoraje à discriminação e quejandos, de fora dessa organização

De facto, se atualmente quem desenvolva atividades de propaganda que incitem à discriminação (apenas organizadamente, é certo), pode ser punido por este crime, se bem repararmos na redacção ora proposta só cometerá o crime, na forma consumada, quem efetivamente fundar ou constituir essa organização para o efeito, não punindo já quem incite à discriminação através de atividades de propaganda, organizada ou não, mas que não funde ou constitua organização.



A redação da alínea b) do n.º 1 seria mais coerente no singular (*participar na organização referida na alínea anterior, nas atividades por ela empreendidas ou lhe prestar assistência, incluindo o seu financiamento*).

*

* *

7. Propõe-se, por outro lado, a alteração do artigo 368.º-A, n.º 1, alínea j), do Código Penal, de modo a incluir-se o contrabando no catálogo dos *crimes precedentes* do crime de branqueamento.

Nenhuma crítica nos sugere esta proposta.

*

* *

8. Ainda no que concerne ao Código Penal, é proposta a alteração ao respetivo artigo 386.º, n.º 3, com vista a que as pessoas equiparadas a *funcionário* aí elencadas passem a fazer parte do catálogo de autores do crime de peculato.

Também neste caso nenhum reparo se nos oferece fazer.

*

* *

9. O artigo 3.º da Proposta de Lei em referência cria mais um crime fora do Código Penal – o crime de utilização indevida de receitas da União Europeia, com a seguinte proposta de redação:



“1 - Quem utilizar um benefício obtido legalmente, que resulte de receitas da União Europeia distintas das que sejam provenientes dos recursos próprios do imposto sobre o valor acrescentado, para fim diferente daquele a que se destina e que envolva prejuízo ou vantagem em montante superior a € 100 000, é punido com pena de prisão até 4 anos.

2 - Quando os factos previstos no número anterior envolvam prejuízo ou vantagem em montante igual ou superior a € 10 000 e inferior ou igual a € 100 000, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

3 - Nas mesmas penas incorre quem praticar as condutas previstas nos números anteriores por omissão contrária aos deveres do cargo.”

Salvo o devido respeito, consideramos que esta apresenta-se algo confusa, no que respeita às definições de vantagem e prejuízo. Em alternativa, porventura mais objectivamente e considerando que o benefício é um subsídio, sugere-se a seguinte:

“1 - Quem, tendo obtido legalmente um benefício de valor superior a €100 000 resultante de receitas da União Europeia distintas das que sejam provenientes dos recursos próprios do imposto sobre o valor acrescentado, o utilizar para fim diferente daquela a que se a que se destina, é punido com pena de prisão até 4 anos.

2 - Caso o benefício previsto no número anterior seja igual ou superior a € 10 000 e inferior ou igual a € 100 000, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

(...)”

Quanto ao n.º 3, mantemos reservas à proposta de redação, desde logo por ausência de definição ou concretização de “*deveres do cargo*”, o que potencia interpretações ambíguas e possivelmente contrárias à *ratio* do legislador.



10. Já no que toca à proposta de criação de um novo ilícito contra-ordenacional, é proposta a seguinte redação:

“Quando os factos previstos no n.º 1 do artigo anterior, mesmo que por omissão contrária aos deveres do cargo, envolvam prejuízo ou vantagem em montante inferior a € 10 000, o agente é punido com coima de € 5 000 a € 20 000.”

No seguimento da acima exposto e para sermos coerentes com a redação prevista para o crime, sugerimos o seguinte teor:

“Quando o benefício previsto no n.º 1 do artigo anterior for de montante inferior a € 10 000, o agente é punido com uma coima de € 5 000 a € 20 000.”

11. Finalmente, no que tange à responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas – artigo 5º da Proposta de Lei -, nada temos a opor à proposta, quer em termos materiais quer em termos de redação.

Posto isto, a Ordem dos Advogados emite o presente parecer, que teve a colaboração da sua Comissão Legislativa, com as considerações e sugestões acima explanadas.

Lisboa, 27 de Março de 2023.

Ricardo Sardo

Vogal do Conselho Geral