



Proposta de Lei 408/XXIII/2023

Completa a transposição da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017

O Governo, através do Gabinete da Ministra da Justiça, solicitou a emissão de parecer escrito sobre a Proposta de Lei n.º 408/XXIII/2023, que inclui:

1. A introdução de alterações aos artigos 118.º, 119.º, 176.º e 176.º-B do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, na sua redação atual, tendo por referência a Diretiva 2011/93/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, que substitui a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003.
2. Alterações ao artigo 240º e ao artigo 132º do Código Penal com o propósito de assegurar a sua articulação com os artigos 20º e 26º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado em 28 de abril de 2020, na sequência do quinto relatório periódico relativo a Portugal do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas e introdução.
3. Alterações ao tipo de crime de branqueamento e ao conceito de funcionário constantes do Código Penal e criação do tipo legal de crime de utilização indevida de receitas da União Europeia, bem como de um tipo contraordenacional no mesmo âmbito, em ordem a completar a transposição da Diretiva (UE) 2017/1371, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia através do Direito Penal.



Cumpra ao CSMP a análise da proposta¹, a que se procede, principiando-se pelas alterações previstas nas matérias sistematizadas nos pontos 1 e 2, e finalizando-se com a análise das alterações atinentes ao crime branqueamento, tal como constante do ponto 3 antecedente.

**ALTERAÇÕES PROPOSTAS AO CÓDIGO PENAL, ARTIGOS 118.º, 119.º, 132.º, 176.º,
176.º-B, 240.º**

I. Objeto da Proposta de Lei e contextualização

Da Exposição de Motivos apresentada é possível extrair as seguintes razões para a iniciativa legislativa, nomeadamente:

1. *"Apesar do Estado português vir desenvolvendo um conjunto de iniciativas, legislativas e de outra natureza, em linha com a Política da União Europeia (UE), no sentido de assegurar o mais elevado grau de proteção contra qualquer forma de exploração e de abuso sexual de menores, para que o quadro legal seja o mais completo e coerente possível com o direito da UE, **são introduzidos ajustes nos artigos 118.º, 119.º, 176.º e 176.º-B do Código Penal**, tendo por referência a Diretiva 2011/93/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 n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003;*

¹ Foi solicitado ao GFCJVD, nomeadamente aos Drs. Carlos Rodrigues e Pedro Faria, informação acerca da primeira parte da proposta de lei, designadamente das alterações propostas ao Código Penal resultantes da transposição da Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, mais concretamente as alterações propostas aos artigos 118.º, 119.º, 132.º, 176.º, 176.º-B, 240.º, ficando a informação respeitante à restante proposta legislativa, a cargo da Dra. Sara Sobral, Assessora da PGR.



2. *Assim, em matéria de prescrição do procedimento criminal dos tipos legais de crimes que tutelam a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, o início da contagem do prazo desloca-se para o momento em que o ofendido atinge a maioridade, ao mesmo tempo que se assegura que o procedimento criminal não se extingue, por efeito da prescrição, antes da vítima perfazer os 25 anos;*
3. *Ainda no âmbito dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, clarificam-se os meios usados para a prática do crime de pornografia de menores e criminalizam-se várias outras modalidades de condutas no âmbito de viagens realizadas para fins de turismo sexual com menores, que não apenas as realizadas em contexto de atividade profissional ou com intenção lucrativa.*
4. *Por outro lado, face:*
 - (i) *às recomendações constantes do quinto relatório sobre Portugal da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, do Conselho da Europa, adotado a 19 de junho de 2018;*
 - (ii) *às observações do quinto relatório periódico relativo a Portugal do Comité dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a aplicação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado em 28 de abril de 2020;*
 - (iii) *às preocupações expressas pelo Comité no mais recente exercício de controlo da aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;*
 - (iv) *aos alertas no âmbito do plano de ação da UE contra o racismo 2020-2025, da Comissão Europeia, e ao,*
 - (v) *plano nacional de combate ao racismo e à discriminação 2021-2025, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 101/2021, de 28 de julho,*



com vista a garantir a igualdade entre todos os cidadãos e pôr cobro à discriminação e ao discurso de ódio e de comportamentos racistas que ainda persistem, é proposto o alargamento da incriminação do crime de “discriminação e incitamento ao ódio e à violência”, previsto no artigo 240.º, do Código Penal;

5. *Reflexamente, é também proposta nova redação para a qualificativa da alínea f) do artigo 132.º, do crime de homicídio, harmonizando-se a especial censurabilidade ou perversidade associada ao ódio.*

(...).

Pretende-se, assim, alterar os artigos 118.º, 119.º, 132.º, 176.º, 176.º-B, 240.º, 368.º-A e 386.º do Código Penal, de forma a completar a transposição:

- *da Diretiva 2011/93/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,*
- *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.*

II. Apreciação

1. O regime em vigor e o alcance das alterações propostas

a. Em matéria de prescrição do procedimento criminal dos tipos legais de crimes que tutelam a liberdade e a autodeterminação sexual de menores

Em causa, a alteração do n.ºs. **5**, do **artigo 118.º** - *Prazos da prescrição*, e o aditamento de um **n.º 5 ao artigo 119º** – *Início do Prazo*, ambos do Código Penal, para os quais a iniciativa legislativa prevê as alterações que passamos a assinalar:



Artigo 118.º - Prazos da prescrição	
redação vigente	redação proposta
(...) 5 - 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 23 anos.	(...) 5 - 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.

Artigo 119.º- Início do Prazo	
redação vigente	redação proposta
1 - O prazo de prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o facto se tiver consumado. (...) 4 - Quando for relevante a verificação de resultado não compreendido no tipo de crime, o prazo de prescrição só corre a partir do dia em que aquele resultado se verificar.	1 - [...]. (...) 4 - [...] 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.



A atual previsão do artigo 118.º, do CP – *Prazos de prescrição* – resulta de uma alteração legislativa operada em 2007, da qual resultou que nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, assim como no crime de mutilação genital feminina que vise pessoa menor de idade, a prescrição do procedimento criminal não se extingue, por efeito da prescrição, antes de a vítima perfazer 23 anos, ou seja, antes de decorridos 5 anos após a mesma ter atingido a maioridade.

A Proposta de Lei nº408/XXXIII/2022 propõe uma dupla alteração em matéria de prescrição do procedimento criminal no que respeita aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, bem como no crime de mutilação genital feminina sendo a vítima menor, a saber:

- ✓ **Quando a vítima for menor o procedimento criminal não se extingue, por efeito da prescrição, antes de a mesma perfazer 25 anos;**
- ✓ **O prazo de prescrição do procedimento criminal nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor só corre desde o dia em que o ofendido atinja a maioridade.**

Resulta do exposto que a regra é a de que o prazo prescricional, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, bem como no crime de mutilação genital feminina sendo a vítima menor, começa a contar da data dos factos, mas se a vítima, decorrido o prazo normal da prescrição do crime, **ainda não tiver completado 25 anos, o prazo prescricional só acontecerá** quando a mesma tiver atingido aquela idade.

Acresce ainda, que **nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, o início do prazo prescricional apenas se inicia a partir do dia em**



que o ofendido atinja a maioria. Quer isto dizer que, no caso dos crimes mais graves, em que o prazo normal da prescrição são 15 anos, o prazo prescricional só irá ocorrer quando a vítima atingir os 33 anos.

b. Apreciação

A definição dos prazos de prescrição, seja quanto à respetiva duração, seja quanto às regras de contagem, é inquestionavelmente uma opção de política legislativa criminal, pelo que a nossa apreciação será realizada numa perspetiva de coerência e harmonização do nosso sistema jurídico-penal e de comparação com o regime da prescrição no ordenamento jurídicos de outros países dentro e fora da UE.

De facto, o regime da prescrição do procedimento criminal alicerça-se em ponderações de natureza político legislativa que incidem sobre a passagem do tempo enquanto fator preclusivo do procedimento criminal, numa equação onde se cruzam, essencialmente, o interesse público na perseguição do ilícito e a pretensão punitiva do Estado, a paz jurídica do autor dos factos, a efetividade do processo e a sua duração razoável², as exigências de prevenção especial e geral e as dificuldades de recolha de prova dos factos e do grau de culpa do agente, face ao decurso do tempo³.

Com o regime da prescrição do procedimento criminal, o Estado, decorrido certo lapso de tempo desde a prática dos factos integradores de um ilícito criminal, renuncia ao seu direito de punir.

² O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 297/2016, refere que «[por] via do instituto da prescrição, procura-se, assim, a conciliação entre o interesse público na perseguição do ilícito (...) e o direito do agente de não ver excessivamente protelada a definição das consequências (...) do facto praticado, de modo a que possa alcançar a paz jurídica individual.»

³ Veja-se Direito penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, Editorial Notícias 1993, pág. 699.



Como refere Figueiredo Dias, *"A prescrição justifica-se, desde logo, por razões de natureza jurídico-penal substantiva. É óbvio que o mero decurso do tempo sobre a prática de um facto não constitui motivo para que tudo passe como se ele não houvesse ocorrido; considera-se, porém, que uma tal circunstância, é, sob certas condições, razão bastante para que o direito penal se abstenha de intervir ou de efetivar a sua reação. (...) Por outro lado, e com maior importância às exigências da prevenção especial, porventura muito fortes logo a seguir ao cometimento do facto, tornam-se progressivamente sem sentido e podem mesmo falhar completamente os seus objetivos quem fosse sentenciado por um facto há muito tempo cometido e mesmo porventura esquecido, ou quem sofresse a execução de uma reação criminal há muito tempo já ditada, correria o sério risco de ser sujeito a uma sanção que não cumpriria já quaisquer finalidades de socialização ou de segurança. Finalmente, e sobretudo, o instituto da prescrição justifica-se do ponto de vista da prevenção geral positiva: o decurso de um largo período sobre a prática de um crime ou sobre o decretamento de uma sanção não executada faz com que não possa falar-se de uma estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias, já apaziguadas ou definitivamente frustradas".*

Do ponto de vista processual, prossegue o mesmo autor, *"o decurso do tempo torna mais difícil e de resultados duvidosos a investigação (e a conseqüente prova) do facto e, em particular, da culpa do agente, elevando a cotas insuportáveis o perigo de erros judiciários".*

Concordando em tese geral com o insigne professor de Coimbra, afigura-se-nos, no entanto, que os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de crianças têm particularidades específicas, que justificam a este nível um regime diferenciado, afigurando-se-nos inteiramente acertado o alargamento dos prazos da prescrição previstos na proposta de lei em análise.



Como é consabido, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de pessoas menores de idade revestem-se de particular gravidade tendo em consideração as implicações que deles decorrem para a saúde física, psicológica e emocional das vítimas, bem como para o seu desenvolvimento completo e harmonioso.

As agressões de índole sexual contra crianças ou jovens, em qualquer das suas manifestações são um acontecimento com um inevitável impacto negativo nas suas vidas, na sua saúde e desenvolvimento.

A superação destas consequências negativas ou pelo menos a sua mitigação dependem dos mais diversos fatores, designadamente os relacionados com a própria criança e com a sua capacidade de ultrapassar o trauma e os ligados à rede familiar que a envolve, mais ou menos protetora, e que pode contribuir, de modo mais ou menos efetivo, para minorar as consequências nefastas subjacente ao acontecimento.

O fator tempo é, pois, preponderante para que seja ultrapassado ou minimizado o período da vergonha, de medo ou de autoculpabilização da vítima e para que esta encontre a força e motivação necessárias a quebrar o silêncio e a denunciar os factos.

As consequências traumáticas decorrentes dos abusos sexuais em crianças, diz-nos hoje a evidência empírica, mas também os mais variados estudos, perduram para a vida adulta, e é, muitas das vezes, apenas na idade adulta que as vítimas ganham confiança e a força necessária para falar das suas experiências e denunciar os abusos, tantas vezes não apenas por si, mas para evitar que o abusador prossiga com a atividade criminosa relativamente a outras crianças.

Este lapso temporal pode, pois, ser mais ou menos longo, dependendo de diversas circunstâncias, designadamente da magnitude do trauma e da eventual relação de



proximidade, afetiva ou familiar entre a vítima e o agressor, donde se nos afigure que o regime proposto é mais adequado a acautelar estas situações do que o regime vigente.

Por outro lado, os crimes desta natureza provocam na comunidade um elevado grau de desaprovação, acompanhado de um profundo sentimento de repulsa.

Acresce, ainda, que nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de crianças e jovens a reincidência é bastante comum, pois pode repetir-se com diferentes vítimas, donde resulta que a importância na punição dos seus autores não decresce com o decorrer do tempo, e muito menos a necessidade de prevenção dos crimes desta natureza.

Assim, se é certo que com as novas regras introduzidas com a presente proposta de lei a nível da contagem dos prazos de prescrição, alguns dos tipos legais de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores passam a ter prazos mais alargados de prescrição que os estabelecidos para crimes que tutelam bens jurídicos com uma valoração axiológica distinta, como seja a vida humana, a verdade também é que as particularidades próprias deste tipo legal de crimes a que nos vimos referindo, demandam a adoção de regras adequadas que impeçam a impunidade dos agressores, não nos parecendo, portanto, que as alterações propostas ponham em causa a harmonia e coerência do sistema penal.

Com efeito, a proposta legislativa em apreciação, ao reconhecer as particularidades subjacente aos ilícitos em causa, encontra, do nosso ponto de vista, uma forma de evitar que a extinção do procedimento criminal por efeito da prescrição ocorra sem que a vítima, já adulta, disponha de um prazo temporal suficientemente razoável que possibilite que a denúncia dos factos não esbarre com prazos de prescrição incompatíveis com o tempo necessário a essa determinação e que impeçam o esclarecimento da verdade e a prossecução do procedimento criminal, sem colocar



em causa a harmonia e coerência do sistema penal, e, ao mesmo tempo, completa a transposição da Diretiva 2011/92/UE Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, harmonizando o direito interno com o direito da política da União Europeia (EU) nesta matéria, merecendo, por isso, a nossa inteira aprovação.

Conforme resulta da Diretiva 2011/92/UE Diretiva 2011/93/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, que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, *"O superior interesse da criança deve prevalecer sobre qualquer outra consideração quando se adoptam medidas para combater estes crimes, em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança."*

Ora, o superior interesse das crianças impõe que se tomem todas as medidas para impedir a prática deste crime, inclusive, que os prazos prescricionais sejam mais consentâneos com as características particulares do crime em causa e a sua gravidade, pois de que vale criminalizar determinada conduta, se quando a vítima finalmente se sente preparada para denunciar o crime, o procedimento criminal, na grande maioria das vezes, já se encontra prescrito, como resulta bem patente no recente relatório apresentado pela Comissão Independente para o Estudo dos Abusos Sexuais de Crianças na Igreja Católica (CI)⁴, no que aos abusos sexuais de

⁴ Do Relatório da CI, apresentado no passado dia 23 de fevereiro de 2023, resulta que na maioria dos casos de abuso sexual de crianças validados pela Comissão e enviados para o Ministério Público, o procedimento criminal já se encontra prescrito. Como referiu na altura o membro da CI e antigo ministro da Justiça, o Conselheiro Jubilado, Álvaro Laborinho Lúcio, *"Há um ponto em que nós nos limitamos a fazer que tem a ver com o artigo 118º do Código Penal, que diz que a vítima do crime sexual, sendo menor de idade, pode apresentar queixa até fazer 22 anos. Há aqui uma suspensão do prazo de prescrição, mesmo que o prazo de prescrição tenha decorrido enquanto a vítima não havia feito 23 anos. Esse prazo fica suspenso. Perante as dificuldades [das vítimas] em verbalizar, chegámos à conclusão de que esta idade deve ser aumentada. Daí que uma das nossas movimentações vá no sentido de que essa idade seja*



menores por parte de membros da igreja católica diz respeito, o que levou, inclusivamente, esta comissão a sugerir um alargamento do período de prescrição destes crimes até que a vítima perfaça os 30 anos⁵.

A referida Diretiva, que as alterações propostas visam acomodar, determina ainda que *"a investigação dos crimes e a dedução da acusação em processo penal deverão ser facilitadas, tendo em conta não só as dificuldades que as crianças vítimas destes crimes enfrentam para denunciar os abusos sexuais, mas também o anonimato dos autores dos crimes no ciberespaço. Para que a investigação e a ação penal relativas aos crimes referidos na presente diretiva possam ser bem-sucedidas, a sua promoção não deverá depender, em princípio, de queixa ou acusação feita pela vítima ou pelo seu representante. Os prazos de prescrição da ação penal deverão ser fixados de acordo com a legislação nacional."*

Acresce, por outro lado, que as alterações propostas, no que ao regime dos prazos de prescrição dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores diz respeito, ficam muito aquém da proteção que nesta matéria é concedida às vítimas por muitos dos países europeus e não só.

Na Espanha, a contagem do prazo prescricional dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, quando a vítima seja menor de 18 anos, só se inicia a partir do momento em que a vítima perfaça 35 anos de idade.

Na França, a ação penal pelos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual prescreve no prazo de 20 anos contado da data da prática do crime. Todavia, no que aos abusos e agressões sexuais contra menores de 15 anos diz respeito, os crimes

umentada para os 30 anos. (...). Nós sugerimos apenas que a Assembleia da República pondere e que o faça se assim o entender".

⁵ Prazo prescricional bem mais alargado que o contemplado na proposta de lei em análise.



prescrevem no prazo de 30 anos a contar da maioridade das vítimas, ou seja, até estas atingirem 48 anos de idade.

Na Itália, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual praticados através de violência, ameaças ou abuso de autoridade são punidos com pena de prisão de 6 a 12 anos, agravados em um terço, no caso da vítima ser menor de 18 anos, ou em metade se a vítima for menor de 14 anos, e no dobro se a vítima for menor de 10 anos.

Na Alemanha o prazo de prescrição para este tipo de crimes é de 20 anos após a vítima atingir os 30 anos de idade, ou seja, as vítimas têm até aos 50 anos para denunciar os abusos sexuais sofridos em criança.

Nos Países Baixos não há prescrição para crimes cuja pena seja igual ou superior a 8 anos, o que inclui a violação e abuso sexual de menores, exceto se o abusador tiver entre 12 e 16 anos, caso em que o prazo para denunciar é de 20 anos.

No Reino Unido, Islândia, Canadá, Austrália e Nova Zelândia não existe sequer limite para denunciar os crimes sexuais contra menores. Qualquer pessoa adulta, vitimada na infância, pode denunciar quando se sentir preparada para fazê-lo.

Neste enquadramento, face à gravidade e particularidades específicas dos crimes em foco na iniciativa legislativa, afigura-se-nos que as alterações propostas em matéria de prescrição do procedimento criminal dos tipos legais de crimes que tutelam a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, seja quanto às regras de contagem, seja quanto à duração do prazo, apesar de introduzirem alguma alteração nas linhas estruturantes que subjazem e fundamentam o instituto da prescrição, ainda assim, mantêm a harmonia e coerência do sistema, e ao mesmo tempo possibilitam que as vítimas de abusos sexuais na infância passem a dispor de um prazo temporal suficientemente razoável que possibilite que a denúncia não esbarre com prazos de prescrição incompatíveis com o tempo



necessário a essa determinação e a impedir o esclarecimento da verdade e a prossecução do procedimento criminal.

Em face do exposto, **as alterações propostas na Proposta de Lei 408/XXXIII/2022, em matéria de prescrição do procedimento criminal dos tipos legais de crimes que tutelam a liberdade e a autodeterminação sexual de menores e o crime de mutilação genial feminina sendo a vítima menor, merecem o nosso parecer positivo.**

2. Do crime de pornografia de menores

a. Enquadramento e evolução do tipo legal.

Na sua redação atual, resultado das alterações introduzidas pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, o art.º 176º CP dispõe, sob a epígrafe Pornografia de menores:

1 - Quem:

- a) Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;*
- b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;*
- c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;*
- d) Adquirir, detiver ou alojar materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

2 - *Quem praticar os actos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.*



3 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

4 - Quem praticar os actos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.

5 - Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos.

6 - Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou por qualquer outro meio, sendo maior, assistir, facilitar ou disponibilizar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores é punido com pena de prisão até 3 anos.

7 - Quem praticar os atos descritos nos n.os 5 e 6 com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 5 anos.

8 - Para efeitos do presente artigo, considera-se pornográfico todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.

9 - A tentativa é punível.

Previsto no ordenamento jurídico português, enquanto autónomo tipo legal de crime, desde a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, a previsão normativa punia condutas até então não criminalizadas e algumas das condutas que se continham nos artigos 172º, 3 CP (Abuso sexual de crianças) e 173º, 2 CP (abuso sexual de menores dependentes), na versão anterior à entrada em vigor da referida Lei.



Na sua versão original, com a epígrafe que atualmente mantém, o crime era tipificado da seguinte forma:

1 - Quem:

a) Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;

b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;

c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;

d) Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder;

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

2 - Quem praticar os atos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.

3 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.

4 - Quem adquirir ou detiver os materiais previstos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

5 - A tentativa é punível.

A redação da norma toma nova configuração, com a entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto:



1 - Quem:

- a) *Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;*
- b) *Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;*
- c) *Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;*
- d) *Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder;*

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

2 - *Quem praticar os atos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.*

3 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

4 - *Quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.*

5 - Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos.

6 - Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade é punido com pena de prisão até 3 anos.



7 - Quem praticar os atos descritos nos n.os 5 e 6 com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 5 anos.

8 - A tentativa é punível.

As alterações introduzidas, assinaladas com texto destacado, determinaram o alargamento da previsão normativa e o agravamento da reação sancionatória do anterior n.º 4, que é absorvido pelo novo n.º 5.

Nesta alteração legislativa é possível identificar uma atenção e um conhecimento mais incisivos sobre a realidade a que a norma se dirige, que se estende à forma de produção, divulgação, circulação e disponibilização da pornografia com menores, reconhecendo-se a complexidade que lhe está associada e o papel determinante dos sistemas informáticos na sua difusão e acessibilidade.

De igual forma, é expressamente reconhecida a acrescida ilicitude da conduta quando associada ao emprego de meios que ativamente coartam a vontade dos ofendidos, impondo-lhes a ação criminosa, ou quando a tal ação preside uma intenção lucrativa.

A reconfiguração do tipo de ilícito que decorre da transposição, para a ordem jurídica interna, da Diretiva n.º 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, teve também a finalidade de efetivar as obrigações assumidas por Portugal por via da ratificação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote). Objetivo último e assumida finalidade é a proteção do direito à liberdade e autodeterminação sexual dos menores, mesmo que reflexa ou mediatamente, assim procurando garantir-se a construção autónoma e ponderada da sexualidade, bem como uma vivência livre deste



particular aspeto da natureza humana, que se quer impermeável a influências intrusivas e exploratórias, que visem a exclusiva gratificação de terceiros.

b. Análise da alteração proposta

A proposta de iniciativa legislativa que se analisa pretende alterar a redação do atual n.º 3, que prevê uma circunstância modificativa agravante do segmento típico expresso no art.º 176º, 1, a) e b) CP.

Da atual redação, resulta uma agravação das consequências jurídicas do crime de pornografia com menores, quando a sua utilização em espetáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte, ou o aliciamento para tais fins, seja feito com recurso a **violência** ou **ameaça grave**.

Propugna-se, agora, fazer acrescer à violência e à ameaça grave, enquanto instrumentos empregues para alcançar os sobreditos desígnios, o **constrangimento** à sua prática, mantendo-se a pena prevista e respetiva moldura.

O alargamento das circunstâncias qualificativas, in casu, a consagração de um novo meio que se entende adequado a atingir, condicionando ou mesmo anulando, o processo de formação de uma vontade livre por parte dos ofendidos, entende-se ser decididamente consentâneo com a caracterização do tipo legal e com sua teleologia.

Efetivamente, por se tratar da tutela imediata da autodeterminação e da liberdade sexual (note-se que estamos perante um segmento típico em que se prevê uma utilização direta dos ofendidos menores), a introdução do **constrangimento** como circunstância modificativa do tipo, de natureza agravante, permite considerar todas as situações em que, não atuando o agente sobre o corpo ou por meio de ameaça grave, ainda assim, consegue quebrar ou tolher a vontade dos ofendidos, levando à sua sujeição às práticas vedadas por lei.



Ponderado o espectro de idades que caem sob alçada da norma em causa, a consagração do constrangimento como agravante permite ponderar todas as condutas que são efetivamente aptas, atentas as circunstâncias do caso concreto, a cercear a vontade dos ofendidos e a afastá-la como elemento fundamentador (o que é bem diverso de legitimador) da ação punida pelo tipo legal de crime.

Dessa forma, estará em sempre em causa o mesmo juízo de desvalor/ilicitude que se associa ao uso da força física ou da ameaça grave, permitindo-se que situações materialmente semelhantes, ou seja, sempre que a vontade seja tolhida e desconsiderada, tenham a mesma solução jurídica.

Nessa medida, por tudo quando se deixou escrito, concorda-se com a alteração que se pretende ver introduzida.

3. Do crime de organização de viagens para fins de turismo sexual

a. Enquadramento e evolução do tipo legal

O crime de previsto e punido no art.º 176º-B CP, com a epígrafe Organização de viagem para fins de turismo sexual com menores, constitui uma nova criminalização, introduzida pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto.

Na redação vigente, dispõe-se:

1 - Quem, no contexto da sua atividade profissional ou com intenção lucrativa, organizar, fornecer, facilitar ou publicitar viagem ou deslocação, sabendo que tal viagem ou deslocação se destina à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor, é punido com pena de prisão até 3 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.



2 - O disposto no número anterior aplica-se ainda que as condutas contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor praticadas no local de destino não sejam nessa jurisdição punidas ou quando nesse local não se exerça o poder punitivo.

Tendo como fonte a Diretiva n.º 2011/93/EU do Parlamento e do Conselho, já acima referida, pune-se quem se desloca do local onde habitualmente se encontra para um destino exterior, a fim de ter contacto sexual com crianças.

Por antecipar a tutela de bens jurídicos, constitui um tipo de perigo abstrato.

Atualmente são elementos do crime, de acordo com a sistematização feita por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, ob. cit., pp. 313 e 314:

- A organização, fornecimento, facilitação ou publicitação de viagem ou deslocação;
- Viagem ou deslocação destinada à prática de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor;
- No contexto da sua atividade profissional ou com intenção lucrativa.

Na sua atual configuração, a consumação do crime pressupõe uma estrutura organizativa, ainda que rudimentar e gratuita, com a particular finalidade de concretizar aquilo que comumente se designa por turismo sexual, in casu, através de contactos de tal natureza com menores.

b. Análise da alteração proposta

A alteração legislativa projetada redimensiona o crime, prescindindo da vertente profissional ou lucrativa que subjaz à organização da deslocação enquanto elemento típico caracterizador, para o centrar apenas na sua organização, a qualquer título, com a já referida finalidade.



A integração da conduta no âmbito de atividade profissional ou visando a obtenção de um resultado com expressão patrimonial passa a circunstância agravante da conduta, elevando o juízo de ilicitude e, conseqüentemente, da punição.

Esta a novel redação:

1. Quem organizar, fornecer, facilitar ou publicitar viagem ou deslocação, sabendo que tal viagem ou deslocação se destina à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor, é punido com pena de prisão até 2 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Quando a conduta a que se refere o número anterior for praticada no contexto de atividade profissional ou com intenção lucrativa, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

3 - O disposto nos números anteriores aplica-se ainda que as condutas contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor praticadas no local de destino não sejam nessa jurisdição punidas ou quando nesse local não se exerça o poder punitivo.

A redação proposta, entende-se, constitui a que melhor tutela os bens jurídicos protegidos, uma vez que descarna a norma até que reste apenas a sua essência caracterizadora: pretende-se que o ordenamento jurídico afirme, de forma clara, que a qualquer cidadão está vedado engendrar viagens, combinando trajetos e logística, que se destinem a expedições predatórias que tenham como fito a lesão da autodeterminação e da liberdade sexual de crianças.



Uma incursão na já referida Diretiva nº 2011/93/EU do Parlamento e do Conselho, permite constatar que é essa a intenção nela contida, como resulta do respetivo art.º 21º, do qual consta: “Os Estados-Membros tomam as medidas adequadas para evitar ou proibir: a) A difusão de material publicitário sobre oportunidades para a prática dos crimes referidos nos artigos 3º a 6º ; e b) A organização de viagens por conta de outrem, para fins comerciais ou não, no intuito de praticar um dos crimes referidos nos artigos 3º a 5º”.

Entende-se, portanto, que a redação propugnada constitui uma mais eficaz tutela dos bens jurídicos protegidos, nada obstando à sua efetiva consagração legal.

4. Do Crime de Discriminação e Incitamento ao ódio e à Violência

a. Evolução e Enquadramento do Tipo Legal

Inscrito no Título III (*Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal*) do Livro II do Código Penal, a redação vigente do art.º 240º CP, com a epígrafe *Discriminação e incitamento ao ódio e à violência* resulta das alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto.

Dispõe a referida norma:

1 - Quem:

a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, ou que a encorajem; ou



b) Participar na organização ou nas atividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento; é punido com pena de prisão de 1 a 8 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 grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;

b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;

c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; ou

d) Incitar à violência ou ao ódio contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;

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

Num breve excurso sobre a tipificação de condutas agora reunidas sob a égide do art.º 240º CP, começa por referir-se o art.º 189º CP/82 (*Genocídio e discriminação racial*), que no respetivo n.º 2 punia com prisão de 1 a 5 anos quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social:



a) Difamasse ou injuriasse uma pessoa ou um grupo de pessoas ou expusesse as mesmas a desprezo público por causa da sua raça, da sua cor ou da sua origem étnica;

b) Provocasse atos de violência contra pessoa ou grupos de pessoas de outra raça, de outra cor ou de outra origem étnica.

Nos termos do seu n.º 3, seria punido com prisão de 2 a 8 anos quem:

a) Fundasse ou constituísse organizações ou desenvolvesse atividades de propaganda organizada que incitassem à discriminação, ao ódio ou à violência raciais ou que os encorajassem;

b) Participasse nas organizações ou nas atividades referidas na alínea anterior ou prestasse assistência a quaisquer atividades racistas, incluindo o seu financiamento.

A reforma penal operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março, tendo presente as obrigações assumidas pela assinatura da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e ratificada por Portugal através da Lei n.º 7/82, de 29 de Abril, determinou a autonomização do crime de Discriminação racial, que passou a estar previsto no art.º 240º CP.

Nas alterações sucessivamente realizadas, o núcleo identitário da norma manteve-se preservado, alargando-se os fatores/caraterísticas/circunstâncias abrangidos pela proibição de discriminação merecedora de tutela penal: a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, acrescentou a incriminação da discriminação motivada por fatores religiosos; a Lei n.º 54/2007, de 7 de setembro criminalizou a discriminação em razão do sexo ou da orientação sexual; a Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, por



seu lado, avançou para a tutela penal da discriminação em função da identidade de género.

A Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, operou uma verdadeira redefinição do tipo legal, alargando a respetiva previsão normativa de forma a criminalizar o incentivo pré-determinado ou instrumentalizado ao ódio e à violência, consagrando a atual epígrafe.

No mesmo passo, passou a punir-se a apologia e a banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade, passou a criminalizar-se a discriminação da ascendência, aditou-se a atual alínea d) do n.º 2 e, com particular relevância, eliminou-se o dolo específico que se previa com referência às ações típicas previstas no n.º 2: na sua derradeira versão, *a intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar*.

Os bens jurídicos protegidos pela incriminação reconduzem-se a um princípio essencial, estruturante do Estado de Direito: todos os cidadãos são iguais na sua dignidade pessoal e assim serão tratados perante a lei (art.º 13º CRP).

Na integração da considerável complexidade deste princípio basilar, cabem manifestações parcelares que, conjugadas e entrecruzadas, compõe o edifício maior da igualdade.

O art.º 240º CP tutela o bem jurídico da identidade cultural "*quando a motivação é a raça, a cor, a origem étnica ou nacional, a ascendência ou a religião*" e o bem jurídico da integridade pessoal, "*na componente da integridade moral, quando a motivação é a orientação sexual, a identidade de género, ou a deficiência física ou psíquica*" – Maria João Antunes, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, p. 478.



b. Análise da alteração proposta

Extraí-se da exposição de motivos ser desiderato da alteração da redação do art.º 240º CP:

- A inclusão da língua e da cidadania como características abrangidas pela tutela penal que a norma opera e ainda a eliminação da restrição de que o incitamento à discriminação seja cometido através de uma atividade organizada de propaganda;
- Punir toda a discriminação como forma de garantir proteção igual e eficaz contra toda a espécie de distinção prejudicial por força da manifestação da opinião política ou de qualquer outra opinião, da origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação, a fim de assegurar a sua articulação com os artigos 20.º e 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Tendo em vista tais finalidades, são defendidas as seguintes alterações (texto destacado)

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; [...].



2 - [...]:

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**; [...].

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.

Ora, no que respeito aos novos fatores de potencial discriminação que passariam a merecer tutela penal (sendo certo que alguns deles são apenas objeto de renomeação em conformidade com a evolução do pensamento e da elaboração doutrinária e concetual em torno da noção de raça, de cidadania, da proteção devida a minorias étnicas não organizadas em Estado ou comunidade equiparável, etc.), entende-se que todos se reconduzem, ainda, àquele irreduzível núcleo de características identitárias que merecem proteção à luz do princípio da igualdade, decomposto nas suas diversas manifestações.

Assim, por exemplo, a referência à língua é entendida como uma manifestação objetiva de pertença a uma comunidade e uma expressão cultural e identitária a merecer proteção semelhante à de qualquer revelação de cariz étnico. Por outro lado, a proteção da livre expressão da identidade de género e a proibição da discriminação fundada nas características sexuais (como será o caso das pessoas intersexo) impõem-se como afirmação comunitária da imperativa integração de todos, independentemente das aparências que exteriorizem em determinado



momento ou de particulares características morfológicas, não obstante a resistência que lhes seja oposta. Por fim, a proteção da dignidade pessoal dos migrantes e apátridas é uma necessidade emergente, que decorre da sua crescente presença na comunidade e nas interações pessoais.

No mais, julga-se que uma leitura atenta do art.º 13º, 2 da Constituição impõe a conclusão de que as novas categorias introduzidas são merecedoras da tutela penal prevista no art.º 240º CP, pelo que, nessa medida, equiparam-se, axiologicamente, às que estavam já legalmente previstas:

*Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, **língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social** ou orientação sexual.*

Os fundamentos acima expostos valem, por identidade de razão, para a criminalização prevista no projetado n.º 3 do art.º 240 CP, porquanto pune a atividade instrumental à consumação do crime, na medida em que faz depender tal punibilidade da finalidade que se associa à produção, elaboração ou detenção: a venda ou distribuição de material, ficheiro, conteúdo ou documento que incite ou encoraje a discriminação, o ódio ou a violência, nos termos previstos no número anterior.

Preserva-se a liberdade individual de pensamento e opinião, bem como as manifestações que se contenham no estrito círculo do indivíduo que as assume, contanto que não se projetem na comunidade, influenciando negativamente na perceção e no tratamento da diferença.

A introdução do n.º 4 do art.º 240º CP, merece, contudo, profundas reservas.



A iniciativa legislante introduz um segmento normativo pelo qual se prevê que a prática dos crimes previstos no n.º 1 e n.º 2 da norma, através de sistema informático, habilita o tribunal a 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.

Para integração dos conceitos a que a formulação da norma alude, há que recorrer à densificação que deles é feita na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, (Lei do Cibercrime) salvaguardando uma interpretação que respeite a unidade do sistema jurídico.

Assim, nos termos do art.º 2º da referida Lei:

- Sistema informático é “qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção”;
- Dados informáticos serão “qualquer representação de factos, informações ou conceitos sob uma forma suscetível de processamento num sistema informático, incluindo os programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função”;
- Fornecedor de serviço será “qualquer entidade, pública ou privada, que faculte aos utilizadores dos seus serviços a possibilidade de comunicar por meio de



um sistema informático, bem como qualquer outra entidade que trate ou armazene dados informáticos em nome e por conta daquela entidade fornecedora de serviço ou dos respetivos utilizadores”.

Na análise do segmento normativo, desde logo, para aferir da sua necessidade, pertinência e conformidade, há que ponderar, ainda, que as normas processuais previstas nos artigos 12º a 17º da Lei do Cibercrime aplicam-se a processos relativos a crimes cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico – art.º 11º da referida Lei.

São estas as normas de natureza adjetiva que serão chamadas à aplicação quando esteja em causa crime cometido com recurso a meios informáticos, pelo que, nesse aspeto, o n.º 4 nada acrescenta ou releva.

A formulação do texto cuja vigência se pretende afigura-se eivada de imprecisão, geradora de indefinição quanto ao seu propósito e mesmo quanto à sua natureza.

Optando por considerar, atendendo ao diploma em que se integra o art.º 240º CP, que as ações ou procedimentos aí previstos não constituem medidas cautelares ou de polícia, tem de se concluir que o proposto n.º 4 prevê consequências jurídicas associadas aos crimes tipificados nos números anteriores.

Partindo desta premissa maior, conseguem identificar-se segmentos que determinam o perdimento de dados ou conteúdo informáticos ou proibições de acesso fornecedor de serviços ou a dados informáticos ou conteúdos por ele providos que difundam exclusiva ou preponderantemente informação discriminatória, com referência às características ou elementos identitários que são enunciados na norma.



Pois bem:

- a) No que diz respeito ao perdimento de dados e conteúdos, a redação proposta não permite concluir, sem dúvidas interpretativas, que se entendem razoáveis, quais as características legitimadoras da declaração de perdimento, designadamente, se a norma pretende que sejam perdidos apenas os que se considerem instrumentos do facto ilícito típico, “quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática” – art.º 109º CP –, ou que eles próprios, corporizem o crime, ou pelo contrário, pretende ir mais além e a que título e com que fundamento;
- b) 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, são proibições ou inibições que, materialmente, correspondem ao conteúdo de uma pena, na medida em que cerceiam direitos e liberdades, uma vez que a todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, fundando-se tal limitação na prática de um crime – art.º 35º, 6 da Constituição;
- c) Por tais proibições ou inibições terem o seu fundamento ontológico na prática de um crime e não integrarem a punição prevista a título principal, apenas poderão ser concebidas, em tese, como penas acessórias;
- d) Sabido que não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (art.º 30º, 1 da Constituição), à insuficiente (por isso, inaceitável) caracterização e identificabilidade dos fornecedores de serviços ou dos dados



informáticos ou conteúdos que difundam exclusiva ou preponderantemente informação discriminatória, acresce a ausência de moldura que defina o período de tempo em que a proibição ou inibição de acesso vigorará.

Conclui-se, assim, *prima facie*, que se está perante uma formulação normativa que ofende o disposto no art.º 30º, 1 da Constituição e, nessa medida, deverá ser expurgada do texto da norma cuja aprovação se pretende.

5. Do crime de homicídio qualificado

a. Enquadramento do tipo legal

Dispõe o art.º 132º CP:

1. Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos.

2 - É suscetível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

a) Ser descendente ou ascendente, adotado ou adotante, da vítima;

b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;

c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;

d) Empregar tortura ou ato de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;



- e) Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil;*
- f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima;*
- g) Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime;*
- h) Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum;*
- i) Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso;*
- j) Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas;*
- l) Praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão do governo próprio das regiões autónomas, Provedor de Justiça, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, solicitador, agente de execução, administrador judicial, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ministro de culto religioso, jornalista, ou juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas; m) Ser funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade.*



A redação atual da alínea f) do n.º 2, pois que é dessa que agora importa curar, resulta das alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, (*Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima*) e pela Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro (*Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima*).

É, assim, perceptível que as alterações legislativas da referida alínea, centrando-se no ódio como motivador da ação que determina o resultado morte, acompanham de muito perto as que se verificaram na tipificação do crime previsto no art.º 240º CP.

Identifica-se na motivação prevista no art.º 132º, 2, f) CP a consolidação de um juízo valorativo de indício de especial censurabilidade, que percorre a atuação do autor dos factos.

Conforme se escreve no Ac. STJ de 19-02-2014, proferido no Proc. 168/11.0GCCUB.S1

Nas palavras de Margarida Silva Pereira[4] a caracterização do art. 132º do CP passa pela intersecção de três eixos fundamentais, a saber: a exclusão da aplicação automática; a aferição da qualificação por um critério de culpa no sentido de que se utilize os parâmetros consagrados e tipificados para aquilatar se no caso concreto existe de igual forma uma culpa especial e a permissão do recurso á analogia pois que ao juiz cabe sempre a possibilidade de construir em concreto os pressupostos da afirmação de uma especial censurabilidade, ou perversidade, os quais, embora não subsumíveis aos exemplos padrão, constituem, ainda assim, a demonstração de uma especial intensidade da culpa. Todavia, importa salientar que a valoração da culpa operada pelo art. 132º do CP não aparece desligada de uma ilicitude qualitativamente mais intensa.



Como refere a Autora citada o que o legislador comanda não é que se considere uma culpa sem suporte de ilicitude aumentada, mas sim que de tal ilicitude maior não se retirem quaisquer efeitos a menos que se acompanhe de um acréscimo de culpa. A ilicitude superior é aqui um pressuposto de culpa [5]

O artigo 132 do Código Penal define o tipo de crime de homicídio qualificado constituindo uma forma agravada de crime em relação ao tipo do artigo 131 do mesmo diploma. Objectivamente o tipo de crime assenta nos mesmos factos dos que estão previstos no artigo 131 funcionando a qualificação assente na combinação de um critério de culpa com a técnica dos exemplos padrão.

O critério da qualificação está definido no nº1 do artigo 132 e consiste em tirar a vida a outrem em circunstâncias que revelem uma especial censurabilidade ou perversidade. Algumas das circunstâncias que são susceptíveis de revelar especial censurabilidade, ou perversidade, estão enumeradas no nº1 do mesmo normativo.

A qualificação do homicídio tem como fundamento a culpa agravada que o agente revela com a sua actuação sendo um tipo de culpa. Seguindo Roxin, por tipo de culpa entende-se aquele que, na descrição típica da conduta, contém elementos da culpa que integra factores relativos á actuação do agente que estão relacionados com a culpa mais grave ou mais atenuada. A culpa consiste no juízo de censura dirigido ao agente pelo facto deste ter actuado em desconformidade com a ordem jurídica quando podia, e devia, ter actuado em conformidade com esta, sendo uma desaprovação sobre a conduta do agente. O juízo de censura, ou desaprovação, é susceptível de se revelar maior ou menor sendo, por natureza, graduável e dependendo sempre das circunstâncias concretas em que o agente desenvolveu a sua conduta, traduzindo igualmente um juízo de exigibilidade determinado pela vinculação de cada um a conformar-se pela actuação de acordo com as regras estipuladas pela ordem jurídica superando as proibições impostas. Em suma, o agente actua culposamente quando realiza um facto ilícito



podendo captar o efeito de chamada de atenção da norma na situação concreta em que desenvolveu a sua conduta e, possuindo uma capacidade suficiente de auto controlo, e poderia optar por uma alternativa de comportamento.

O especial tipo de culpa do homicídio qualificado é conformado através da especial censurabilidade ou perversidade do agente. Como refere Figueiredo Dias a lei pretende imputar á especial censurabilidade aquelas condutas em que o especial juízo de culpa se fundamenta na refracção ao nível da atitude do agente de formas de realização do acto especialmente desvaliosas e á especial perversidade aquelas em que o juízo de culpa se fundamenta directamente na documentação no facto de qualidades do agente especialmente desvaliosas. Enumera o normativo em análise um catálogo dos exemplos padrão e o seu significado orientador como demonstrativo do especial tipo de culpa que está associado à qualificação [6]

b. Análise da alteração proposta

A iniciativa legislativa que tem vindo a ser analisada, em apertada consonância com a alteração que pretende ver ser feita à redação do art.º 240º CP, almeja introduzir como exemplo-padrão da especial censurabilidade e/ou perversidade, que qualificam o crime de homicídio, além do mais que aí já se prevê, a motivação que se funda em ódio em razão da origem racial ou étnica, nacionalidade, ascendência, território de origem, língua, expressão de género ou características sexuais, deficiência física ou psíquica, opinião política ou ideológica, instrução, situação económica ou condição social da vítima.

Assim, a redação da alínea f) do art.º 132º, 1 CP (atualmente: *ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima*), **passaria a ser a seguinte:**



Ser 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.

Como facilmente se alcança, a alteração pretende carrear para o conjunto exemplificativo de circunstâncias merecedoras de um acrescido ou qualificado juízo de culpa as características pessoais, culturais ou sociais que, sendo usadas como fundamento de discriminação ou de discurso de ódio, estão previstas no art.º 240º CP.

Sendo certo que se está perante circunstâncias de funcionamento condicionado à verificação da cláusula-geral contida no art.º 132º, 1 CP, nesta sede valem as considerações que acima se deixaram escritas quanto ao merecimento de tutela jurídico-penal.

Note-se que, atendendo à evolução da redação da mencionada alínea f), afigura-se que a alteração propugnada sedimenta a coerência e consistência do ordenamento jurídico, sendo certo que se as manifestações de ódio fundadas nas já mencionadas características e circunstâncias merecem, por si só, pesada censura penal, à qual se associa um elevado juízo de ilicitude, igual perspetiva deve adotar-se quando esse mesmo ódio está presente na decisão de lesar um dos bens que maior proteção merece: a vida.

Entende-se, assim, nada obstar à pretendida alteração.

*



ALTERAÇÕES PROPOSTAS AO CÓDIGO PENAL, ARTIGOS 368º-A, 386º, introdução do novo crime de “responsabilidade penal pela utilização indevida de receitas da União Europeia” e da punição a título de “responsabilidade contraordenacional pela utilização indevida de receitas da União”

I. Objeto da Proposta de Lei e contextualização

Como mencionado na exposição de motivos,

«Por fim, e considerando que a corrupção e a fraude prejudicam gravemente a economia e a sociedade, afetando o seu desenvolvimento económico, enfraquecendo a democracia e comprometendo a justiça social e o Estado de direito, e que esses fenómenos também têm impacto expressivo no orçamento da UE e, indiretamente, nos contribuintes nacionais, temos que a proteção dos interesses financeiros da UE demanda uma definição comum do fenómeno de fraude. Nesse sentido, a 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 UE através do direito penal (Diretiva (UE) 2017/1371), veio estabelecer uma definição comum que abrange os comportamentos fraudulentos que afetam as receitas, as despesas e os ativos do orçamento geral da UE, incluindo atividades de contração e concessão de empréstimos.

Pese embora a execução da Diretiva (UE) 2017/1371 seja assegurada por diversos diplomas, designadamente pelo Código Penal, pela Lei n.º 15/2021, de 5 de junho, que aprova o Regime Geral das Infrações Tributárias, e pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de



janeiro, relativo às infrações antieconómicas e contra a saúde pública, é necessário introduzir ajustes à sua plena vigência no ordenamento interno, designadamente de modo a garantir o mais elevado grau de proteção ao orçamento da UE, em linha com a proteção conferida ao orçamento nacional.

Assim, altera-se o tipo de crime de branqueamento e o conceito de funcionário constantes do Código Penal e cria-se um tipo legal de crime de utilização indevida de receitas da UE e um tipo contraordenacional no mesmo âmbito.»

Para tanto, são propostas as seguintes alterações:

- a) Na previsão do tipo de crime de branqueamento, p. e p. no artigo 368º-A, nº1, alínea j) é introduzido o crime precedente de contrabando, a par com os crimes de fraude fiscal ou fraude contra a segurança social;
- b) Na previsão do artigo 386º, nº3 do Código Penal - conceito de funcionário - é alargada a previsão dos crimes sobre os quais recai a equiparação a funcionário, que passa a abranger o crime p. e p. no artigo 375º do Código Penal (quando abrange os crimes previstos nos artigos 335º e 372º a 374º);
- c) A introdução, no artigo 3º da Proposta de Lei, do novo crime de *Responsabilidade penal pela utilização indevida de receitas da União Europeia*;
- d) A introdução, no artigo 4º da Proposta de Lei, da punição a título de *Responsabilidade contraordenacional pela utilização indevida de receitas da União*;
- e) A equiparação contida no artigo 5º sobre a responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas pelas infrações previstas nos artigos 3º e 4º, quando cometidas pelos seus órgãos e representantes, em seu nome e no interesse coletivo.



II. Análise

Os comentários que seguem terão sempre subjacentes a apreciação das normas que potencialmente poderão influenciar o desenvolvimento das atribuições funcionais do Ministério Público, e resumem-se a uma análise de natureza técnica.

1. A transposição da Diretiva (UE) 2017/1371 de 5 de julho de 2017 (Diretiva PIF):

Como resulta da enunciada e ainda que sintética exposição de motivos, a 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 UE através do direito penal (Diretiva (UE) 2017/1371), veio estabelecer uma definição comum que abrange os comportamentos fraudulentos que afetam as receitas, as despesas e os ativos do orçamento geral da UE, incluindo atividades de contração e concessão de empréstimos.

Acresce que a Diretiva PIF define a competência material da Procuradoria Europeia, uma vez que esta tem jurisdição sobre as infrações identificadas na mesma.

A Diretiva PIF foi adotada em 5 de julho de 2017 como parte da estratégia global antifraude da Comissão. Para os Estados Membros por ela vinculados, a Diretiva PIF substituiu a Convenção de 1995 relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias e os seus protocolos (Convenção PIF).

O prazo para a transposição da Diretiva terminou em julho de 2019.

Portugal tem defendido junto da União Europeia que a execução da Diretiva (UE) 2017/1371 se encontra assegurada pelo direito interno, através de diversos diplomas, designadamente pelo Código Penal, pelo Regime Geral das Infrações Tributárias, e pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, relativo às infrações antieconómicas e contra a saúde pública.



Prevê o artigo 18.º (4) da Diretiva PIF sob a epígrafe “*Apresentação de relatórios e avaliação*”:

4. Até 6 de julho de 2022, e com base nas estatísticas apresentadas pelos Estados-Membros nos termos do n.º 2, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório em que avalie, em relação ao objetivo geral de reforçar a proteção dos interesses financeiros da União, se:

- a) *O limiar indicado no artigo 2º, n.º 2, é adequado;*
- b) *As disposições relativas aos prazos de prescrição a que se refere o artigo 12º são suficientemente eficazes;*
- c) *A presente diretiva dá uma resposta eficaz aos casos de fraude relativa à contratação pública.***

5. *Os relatórios a que se referem os n.º 3 e 4 são acompanhados, se necessário, de uma proposta legislativa, que pode incluir uma disposição específica sobre a fraude relativa à contratação pública.*

*

A presente Proposta de Lei insere-se no âmbito do garante de cumprimento da alínea c), relativamente à última avaliação efetuada pela Comissão Europeia, sobre a resposta aos casos de fraude relativa a contratação pública.

Está em causa, a necessidade de garantir, no direito nacional, uma definição comum sobre o conceito de fraude definido na Diretiva PIF, que abrange os comportamentos fraudulentos que afetam as receitas, as despesas e os ativos do orçamento geral da UE, incluindo atividades de contratação e concessão de empréstimos.



A 19 de janeiro de 2023, o Parlamento Europeu adotou a Resolução sobre a proteção dos interesses financeiros da União Europeia – luta contra a fraude – relatório anual de 2021 (2022/2152 (INI)), tendo em conta, entre outros instrumentos, o relatório da Comissão, de 23 de setembro de 2022, intitulado «*Trigésimo terceiro relatório sobre a proteção dos interesses financeiros da União Europeia e a luta contra a fraude – 2021*» (COM (2022) 0482) (Relatório PIF 2021), e o relatório da Comissão, de 6 de setembro de 2021, sobre a aplicação 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 (COM (2021) 0536).

Sobre a matéria que nos ocupa, salienta-se, que nesta resolução, o Parlamento Europeu:

«92. *Considera que a legislação desigual e fragmentada, os mecanismos de controlo, a digitalização dos dados e os sistemas de comunicação de informações dos Estados Membros constituem um obstáculo à proteção eficaz dos interesses financeiros da União e afetam a comparabilidade, a avaliação e o mapeamento da escala, da natureza e das causas da fraude na UE; frisa, em particular, que a aplicação diversificada da Diretiva PIF, combinada com as regras previstas no artigo 25.º do Regulamento que institui a Procuradoria Europeia, torna impossível que a Procuradoria Europeia exerça as suas competências em alguns Estados Membros (por exemplo, no que diz respeito ao contrabando e a situações onde o financiamento nacional e da UE se sobrepõem), criando lacunas na proteção dos interesses financeiros da UE;*

94. *Observa que a transposição da Diretiva PIF é uma condição prévia para permitir que a Procuradoria Europeia e os seus parceiros realizem eficazmente inquéritos e instaurem ações penais; congratula-se com o primeiro relatório da Comissão sobre a transposição da diretiva, publicado em 6 de setembro de 2021; assinala que, desde*



então, e apesar da transposição da diretiva por todos os Estados Membros, a Comissão deu início a processos por infração contra 17 Estados Membros por não terem transposto corretamente a Diretiva PIF;

95. Recorda que foram iniciados 18 processos por infração devido à transposição incorreta da Diretiva (UE) 2018/843 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo; salienta que o prazo para a transposição da Diretiva relativa aos denunciadores era 17 de dezembro de 2021 e que, até essa data, apenas cinco Estados Membros a tinham transposto, enquanto outros quatro adotaram legislação específica em 2022; incentiva a Comissão a tomar todas as medidas adicionais necessárias para assegurar o cumprimento efetivo pelos Estados Membros;»

2. Sobre o conceito de fraude lesiva dos interesses financeiros da UE relativa às despesas:

Como previsto no **artigo 2º** da Diretiva (Definições e âmbito de aplicação) a proteção dos interesses financeiros da União diz respeito não só à gestão das dotações orçamentais, mas também a todas as medidas que lesem ou ameacem lesar os ativos da União e dos Estados-Membros, na medida em que essas medidas sejam relevantes para as políticas da União, incluindo operações financeiras como as atividades de contração e de concessão de empréstimos.

*“Relativamente ao esquema da Diretiva PIF quanto à fraude lesiva dos interesses financeiros, no **art.º 3.º**, podemos dividi-la em: (i) fraude relativa às **despesas** não relacionadas com contratação pública; (ii) fraude relativa a **despesas** relacionadas com a contratação pública, (iii) fraude em relação a receitas distintas das receitas provenientes dos recursos próprios do IVA e (iv) fraude em relação a receitas provenientes dos recursos próprios do IVA. (...)*



Quanto às despesas relacionadas com contratação pública, são considerados fraude lesiva dos interesses financeiros da União “pelo menos quando cometidos tendo em vista um proveito ilícito em benefício do autor da infração ou de terceiros, causando prejuízo aos interesses financeiros da União, os atos ou omissões relativos: i) à utilização ou à apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a apropriação ou a retenção ilegítimas de fundos ou de ativos provenientes do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta, ii) à não comunicação de uma informação, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito, ou iii) à aplicação ilegítima de tais fundos ou ativos para fins diferentes daqueles para os quais foram inicialmente concedidos, que lese os interesses financeiros da União” - art.º 3.º, n.º 2, al. b).⁶

Como explicitado no Prefácio do Guia Prático sobre Contratação Pública, publicado pela Comissão Europeia para o período 2014-2020/FEEI⁷, *“A contratação pública é um aspeto essencial dos investimentos públicos: estimula o desenvolvimento económico na Europa e constitui um elemento importante para relançar o mercado único. A contratação pública conta, já que representa cerca de 19 % do PIB da UE e faz parte da nossa vida quotidiana. As administrações públicas adquirem bens e serviços para os seus cidadãos, e isso tem de ser feito da forma mais eficiente. A contratação pública oferece também oportunidades às empresas, promovendo assim o investimento privado e contribuindo para o crescimento e o emprego no terreno. Por último, a contratação pública desempenha um papel importante na canalização dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento.*

⁶http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/59081/3/democracia_economica_edum_web.pdf, A Procuradoria Europeia, a Democracia Económica e a Ação Penal contra as Infrações Lesivas dos Interesses Financeiros da UE, Prof. Dra. Margarida Santos, p. 187 a 206, extrato da p. 197 e nota de rodapé 24 na p. 198

⁷ https://ec.europa.eu/regional_policy/pt/information/publications/guidelines/2015/public-procurement-guidance-for-practitioners



Estima-se que cerca de 48 % dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento são gastos pela via da contratação pública. Nos Estados-Membros, os projetos cofinanciados pelos fundos da UE devem respeitar as regras da contratação pública aplicáveis, que garantem a otimização dos recursos e uma concorrência leal no mercado. A transparência e a integridade nos procedimentos competentes também é essencial para manter a confiança dos cidadãos no governo.”

*

A Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprovou medidas especiais de contratação pública, alterou o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro, procedeu à aprovação de medidas especiais de contratação pública em matéria de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, de habitação e descentralização, de tecnologias de informação e conhecimento, de saúde e apoio social, de execução do Programa de Estabilização Económica e Social e do Plano de Recuperação e Resiliência, de gestão de combustíveis no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais (SGIFR) e, ainda, de bens agroalimentares.

Tais medidas abrangem os procedimentos pré-contratuais, a celebração dos contratos, o início e a tramitação de procedimentos de concursos públicos e de consulta prévia simplificada, assim como de procedimentos por ajuste direto simplificado.

As recentes alterações legislativas pretenderam oferecer uma resposta adequada às exigências europeias referentes de existência de medidas especiais de contratação pública em matéria de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, abrangendo a execução do Programa de Estabilização Económica



e Social e do Plano de Recuperação e Resiliência. No entanto, algumas das medidas que se traduzem em procedimentos simplificados, ajustes diretos simplificados, de redução de prazos de apresentação de propostas e de candidaturas e de valoração de economia local poderão ser potenciadoras de práticas fraudulentas e restritivas de concorrência.

O Código dos Contratos Públicos prevê um regime sancionatório contraordenacional (artigos 456º a 458º - contraordenações muito graves, graves e simples, também punidas a título de tentativa e de negligência) e também uma norma atinente a responsabilidade criminal.

Também se fixaram, nos artigos 454º-A, B e C, (aditados pelo DL 111-B/2017 de 31 de agosto) normas relativas ao modelo de Governação, quanto ao acompanhamento e monitorização dos contratos públicos, auditoria e fiscalização e dever de colaboração com outras entidades.

O Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., é, nos termos da lei, o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos e é o ponto de referência de cooperação com a Comissão Europeia, para efeitos do disposto no n.º 5 do artigo 83.º da Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

*

Apesar das alterações introduzidas no regime da contratação pública, a lei penal (geral e especial) portuguesa não contempla um tipo de crime autónomo relativo ao cometimento de fraude no âmbito da contratação pública.

Essa atividade ilícita poderá inserir-se no âmbito da previsão dos seguintes tipos de crime:



- (i) Os crimes p.p. pelos artigos. 36º a 38º do DL 28/84, de 20/1, quando relativos a fundos ou ativos provenientes do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta;
- (ii) O crime de branqueamento, quando envolva bens que sejam produto dos crimes acima referidos;
- (iii) Os crimes de corrupção passiva e ativa, recebimento indevido de vantagem, peculato, participação económica em negócio, quando envolvam interesses financeiros da União.
- (iv) Crimes de associação criminosa, se a sua atividade consistir essencialmente em cometer qualquer dos acima referidos crimes.

Deve assim, antes de mais, questionar-se sobre se o novo tipo de crime objeto da Proposta de Lei em análise oferece uma resposta às dificuldades/alertas da Comissão Europeia e às obrigações que daí decorrem para o Estado português.

*

3. Das alterações propostas tendo em vista a transposição da Diretiva PIF (fraude associada a despesas no âmbito da contratação pública):

- a) Na previsão do tipo de crime de branqueamento, p. e p. no artigo 368º-A, nº1, alínea j) é introduzido o crime precedente de contrabando, a par com os crimes de fraude fiscal ou fraude contra a segurança social:**

Desde logo, não podemos deixar de observar que o crime de contrabando, p. e p. no artigo 92º do RGIT é punido com pena de prisão de "1 a 4 anos, ou, respetivamente, com pena de multa de 120 a 480 dias de multa, se o valor da prestação tributária em falta for superior a 15 000 (euro) ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objeto da infração for de valor aduaneiro superior a 50 000 (euro), se pena



mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal, ou, ainda, quando inferiores a estes valores e com a intenção de os iludir, as condutas que lhe estão associadas sejam praticadas de forma organizada ou assumam dimensão internacional."

O RGIT prevê ainda nos seus artigos 93º e 94º outros crimes de contrabando, como o contrabando de circulação e o contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações.

O crime de contrabando de circulação, p. e p. no artigo 93º do RGIT é punido com *"pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a (euro) 15 000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objeto da infração for de valor aduaneiro superior a (euro) 50 000 ou ainda, quando inferiores a estes valores e com a intenção de os iludir, as condutas que lhe estão associadas sejam praticadas de forma organizada ou assumam dimensão internacional."*

E, o crime de contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações, p. e p. no artigo 94º do RGIT é punido com *"prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias."*

A introdução proposta, não mencionando expressamente os tipos de crime p. e p. nos artigos 93º e 94º do RGIT só abrangerá o tipo de crime de contrabando, p. e p. no artigo 92º.

Este crime tem uma pena de prisão de duração mínima superior a seis meses, pelo que já se mostra incluído na previsão de crime precedente contida no nº1 do artigo 368º-A do Código Penal (factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses).



A existir um verdadeiro propósito de alargamento da incriminação, esta deveria contemplar os diversos tipos de crime de contrabando, por forma a abranger os crimes de contrabando de circulação e de contrabando de mercadorias de circulação.

- b)** Na previsão do artigo 386º, nº3 do Código Penal - conceito de funcionário - é alargada a previsão dos crimes sobre os quais recai a equiparação a funcionário, que passa a abranger o crime p. e p. no artigo 375º do Código Penal (quando atualmente abrange os crimes previstos nos artigos 335º e 372º a 374º);

O artigo 386º do Código Penal foi recentemente alterado pela Lei nº94/2021 de 21.12.

O nº3 da norma efetua a equiparação a funcionário das categorias de pessoas identificadas nas alíneas a) a f) mas restringe essa equiparação aos crimes previstos nos artigos 335º (tráfico de influência) e 372º a 374º (recebimento ou oferta indevidos de vantagem e corrupção), deixando de fora do enquadramento outros crimes cometidos no exercício de funções públicas.

Na proposta de Lei em análise o crime de peculato p. e p. no artigo 375º passa a incluir os tipos legais de crime que abrangem essa equiparação.

No entanto, o crime de participação económica em negócio, p. e p. no artigo 377º mantém-se excluído, o que mal se compreende quando está causa, precisamente, a necessidade de salvaguardar atuações ilícitas cometidas por recurso a contratação pública.

- c)** A introdução, no artigo 3º da Proposta de Lei, do novo crime de *Responsabilidade penal pela utilização indevida de receitas da União Europeia*;



- d) A introdução, no artigo 4º da Proposta de Lei, da punição a título de Responsabilidade contraordenacional pela utilização indevida de receitas da União;
- e) A equiparação contida no artigo 5º sobre a responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas pelas infrações previstas nos artigos 3º e 4º, quando cometidas pelos seus órgãos e representantes, em seu nome e no interesse coletivo.

O artigo 3º da Proposta de Lei tem a seguinte redação:

Artigo 3.º

Responsabilidade penal pela utilização indevida de receitas da União Europeia

“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.⁸

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.”

E, é a seguinte a redação do artigo 37º do DL nº 28/94 de 20 de janeiro:

“ (Desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado)

⁸ Sublinhado nosso



1 - Quem utilizar prestações obtidas a título de subvenção ou subsídio para fins diferentes daquelas a que legalmente se destinam será punido com prisão até 2 anos ou multa não inferior a 100 dias.

2 - Com a mesma pena será punido quem utilizar prestação obtida a título de crédito bonificado para um fim diferente do previsto na linha de crédito determinada pela entidade legalmente competente.

3 - A pena será a de prisão de 6 meses a 6 anos e multa até 200 dias quando os valores ou danos causados forem consideravelmente elevados.

4 - Se os factos previstos neste artigo forem praticados reiteradamente em nome e no interesse de uma pessoa colectiva ou sociedade e o dano não tiver sido espontaneamente reparado, o tribunal ordenará a sua dissolução.

5 - A sentença será publicada.”

O bem jurídico protegido nos crimes de fraude na obtenção de subsídio e de desvio de subsídio é a defesa e a garantia de cumprimento de regras concretas de política económica pré determinadas à concessão de incentivos.

A utilização de um subsídio ou subvenção/incentivo/benefício, para fins diversos daquele para que foi concedido integra, no ordenamento jurídico nacional o crime de desvio de subsídio.

Em face do exposto, não podemos deixar de alertar, que a previsão inserta na proposta de lei se mostrará **ferida de inconstitucionalidade (artigo 18º da Constituição da República Portuguesa)** por punir, num diploma avulso, uma conduta já prevista e punida no ordenamento jurídico, por lei especial.



Com refere o Prof. Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, *As Consequências Jurídicas do Crime*, Editorial Notícias, 1993, p. 84, "O art. 18.º n.º 2 da CRP, por seu lado, deve porventura reputar-se o preceito político-criminalmente mais relevante de todo o texto constitucional: vinculando a uma estreita analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais, e subordinando toda a intervenção penal a um estrito princípio da necessidade, ele obriga, por um lado, a toda a descriminalização possível; proíbe, por outro lado, qualquer criminalização dispensável, o que vale por dizer que não impõe, em via de princípio, qualquer criminalização em função exclusiva de um certo bem jurídico; e sugere, ainda por outro lado, que só razões de prevenção nomeadamente de prevenção geral de integração, podem justificar a aplicação de reacções criminais."

No atual ordenamento jurídico-penal, no que respeita a despesas relacionadas com a contratação pública que envolvam a utilização de subsídio ou subvenção e quando a sua utilização é fraudulenta ou abusiva porque desviada para fim distinto são aplicáveis as previsões dos artigos 36º e 37º do DL nº 28/84 de 20 de janeiro (Regime das Infrações Antieconómicas e contra a Saúde Pública).

Caso não envolvam, ficando circunscritas à viciação de contratos públicos, a conduta pode ser enquadrada como:

- Crime de recebimento indevido de vantagem ou de corrupção, p. e p. no artigo 372º a 374º, todos do Código Penal;
- Crime de participação económica em negócio, p. e p. no artigo 377º do Código Penal;
- Crimes de falsificação de documento, p. e p. nos artigos 256º e 257º, ambos do Código Penal; e



Quando se trate de crime cometido por titular de cargo político, aplicar-se-á, ainda, o regime previsto na Lei nº 34/87, de 16 de julho, relativa aos Crimes de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos.

A letra dos tipos legais previstos no DL 28/84 de 20 de janeiro tem-se mantido inalterada ao longo da vigência do diploma, com exceção do tipo legal de fraude sobre mercadorias (artigo 23º) cuja letra resulta da alteração ocorrida em 1999, por imposição de Regulamento europeu.

A responsabilidade penal das pessoas coletivas também se mostra prevista no artigo 3º do DL nº 28/84 de 20 de janeiro.

O que demonstrando a robustez deste diploma, e dos tipos legais consagrados, também evidência a desatualização da letra da lei que ainda contém remissões para normativos legais já revogados ou para figuras jurídicas já inexistentes (artigos 12º, nº3 ou 47º, nº1 e artigo 6º, alínea e)).

Não temos dúvida em afirmar a necessidade de atualização do conceito de subsídio ou subvenção, previsto no artigo 21º do DL nº 28/84 de 20 de janeiro.

No entanto, não podemos deixar de assinalar que a incriminação que se afirma pretender introduzir não só não é nova, como não poderia deixar de ficar integrada nesta lei especial.

Urge reponderar a necessidade de articulação e de uma verdadeira sistematização no movimento de reforma legislativa em curso abrangente da criminalidade económico-financeira.

*

No que respeita à responsabilidade contraordenacional, a mesma necessidade de sistematização deverá ser observada, por referência às contraordenações previstas



no Código dos Contratos Públicos, no D.L. nº 28/84 de 20.1 e, nomeadamente, no D.L. nº 9/2021 de 29 de janeiro - Regime Jurídico das Contraordenações Económicas - garantindo-se procedimentos comuns, proporcionalidade das coimas aplicáveis e um regime substantivo que reflita a ponderação dos princípios comuns aplicáveis, a nível nacional e europeu.

*

CONCLUSÃO

Neste contexto de análise podemos dizer que, em traços gerais, parece ser de conferir concordância às alterações em projeto, as quais visam adequar o texto legislativo aos objetivos avançados na exposição de motivos, sem prejuízo das questões de concordância legislativa e constitucionalidade suscitadas ao longo da presente apreciação.

*

Eis pois, o parecer do CSMP.

Lisboa, 05 de abril de 2023