



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

NU: 685104
Ref.: 1473 / XIV / 1.^a CACDLG
07 / 10 / 2021

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Dr. Luís Marques Guedes
Email: 1CACDLG@ar.parlamento.pt

| <i>V/ Referência:</i> | <i>V/ Data:</i> | <i>N/ Referência:</i> | <i>Ofício n.º</i> | <i>Data:</i> |
|----------------------------------|-----------------|-----------------------|-------------------|--------------|
| 671/1. ^a -CACDLG/2021 | 15-09-2021 | 2021/GAVPM/2990 | 2021/OFC/05482 | 07-10-2021 |

ASSUNTO: **Projeto de Lei n.º 922/XIV/2.^a (Ninsc JKM) - NU: 684016**

No seguimento do ofício identificado em epígrafe, remete-se a V. Exa., em conformidade com o solicitado, parecer sobre as iniciativas legislativas supra identificadas.

Com os melhores cumprimentos,



**Afonso Henrique
Cabral Ferreira**
Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Afonso
Henrique Cabral Ferreira
03af25f2e8b801d9a2ac7c5f508d1c25d5bef180
Dados: 2021.10.07 12:26:08



ASSUNTO: Parecer: Projeto de Lei n.º 922/XIV/2.^a (Joacine Katar Moreira - Ninsc) – Altera o Código Penal, reforçando o combate à discriminação e aos crimes de ódio.

2021/GAVPM/2990

29-09-2021

PARECER

1. Análise formal

1.1. Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetido, ao Conselho Superior da Magistratura, o Projeto de Lei n.º 922/XIV/2.^a (Joacine Katar Moreira - Ninsc).

1.2. A iniciativa legislativa em apreciação versa sobre alteração ao Código Penal¹, propondo alterações ao artigo 132.º, n.º 2, al. f), e ao artigo 188.º e, ainda, o aditamento do artigo 71.º A, com a epígrafe “Agravação por motivos de ódio ou discriminação”.

1.3. Nos termos do artigo 155.º, alínea b), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, cabe ao Conselho Superior da Magistratura emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização judiciária e ao Estatuto dos Magistrados Judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça.

¹ Diploma a que doravante se referem todas as normas sem menção de fonte.

*

2. Análise formal

2.1. Analisada a exposição de motivos do projeto de lei em referência, para explicitação dos fundamentos que terão estado na génese da opção legal, ali toma-se posição no sentido de que “(...) *Os comportamentos motivados pelo ódio e pela discriminação, pese embora não sejam legalmente tipificados como condutas criminosas no ordenamento jurídico português, são uma realidade frequente na nossa sociedade contemporânea (...)*”

[A] discriminação é criminalizada, de forma explícita, em três preceitos do Código Penal: no artigo 240.º e, por qualificação, na alínea f) do n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 2 do artigo 145.º (...). Concretamente, quanto aos crimes de difamação e injúria, esclarece-se que estes “não estão sujeitos a esta qualificação [por motivo de “ódio racial”]; a injúria racial não está especificamente qualificada no Código Penal português (...).

Esta lacuna legislativa insere-se, sistematicamente, numa sociedade que nega a experiência quotidiana de racismo e teima, frequentemente, em qualificar esta forma de violência, inerente à ordem social e cultural, como uma manifestação de uma “opinião”, de uma atitude interna sem sequelas na vida das suas vítimas. Mas a realidade nacional revela, precisamente, uma proliferação preocupante do discurso de ódio e da discriminação. (...)”

Verdadeiramente, na legislação portuguesa, o crime de injúria racial só pode ser considerado segundo o disposto no artigo 240.º do Código Penal, que tem como epígrafe “Discriminação e incitamento ao ódio e à violência”. (...)

Assim se exclui do âmbito desta norma qualquer conduta que, mesmo preenchendo uma das alíneas do n.º2 do artigo 240.º do Código Penal, ocorra numa interação entre agressor e vítima que não seja em público ou que, tendo lugar em público, não seja apta à divulgação”. Isto é, uma declaração pública injuriosa não será suficiente para que sejam preenchidos os elementos deste tipo de crime.

Nesse sentido, Teresa PIZARRO BELEZA afirmou que “o principal problema que se coloca em Portugal nesta sede [a valoração dos comportamentos criminalizados a título de discriminação racial] é o da aplicação efetiva das estatuições legais. Como em outros campos, as intenções legislativas não parecem ter grande efeito prático. Os poucos casos publicamente conhecidos de acusação penal por discriminação racial ou terminaram em absolvição dada a falta de prova de “intenção de incitar à discriminação”, ou levaram à aplicação de uma pena meramente simbólica. (...). Dado que provar a intenção de incitamento à discriminação envolve, em alguma medida, a prova do carácter racista de uma pessoa, a proteção das vítimas através da ameaça penal fica diminuída de forma significativa – dado que em poucos casos será viável essa prova.”

Esta complexidade probatória é particularmente inteligível quando consideramos a escassez de processos que são julgados segundo o previsto no artigo 240º do Código Penal, especificamente no que respeita à discriminação racial. (...).

Avança como paradigmática a decisão judicial que revelou as falhas da lei portuguesa no que concerne à consideração da motivação discriminatória ou de ódio do autor na prática de determinada infração criminal a decisão proferida pelo Tribunal Coletivo do Juízo Central Criminal de Sintra em maio de 2019 (e posteriormente confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa) quanto aos 17 agentes da Esquadra de Intervenção e Fiscalização Policial (EIFP) da Divisão da Amadora da Polícia da Segurança Pública acusados pelos crimes de injúria, ofensa à integridade física qualificada, sequestro agravado, denúncia caluniosa e falso testemunho, num caso que ficou conhecido como “o caso da Esquadra de Alfragide”. (...) [A] decisão de condenação dos agentes desta força de segurança não revela que foi tida em conta a motivação de ódio e/ou preconceito no cometimento dos crimes. Isto porque no ordenamento jurídico português a previsão de circunstâncias agravantes por motivação de ódio (entre outros, racial) ou preconceito não existe, em termos amplos.

(...) Procedendo uma análise comparada dos ordenamentos jurídicos europeus, é possível concluir-se no sentido de existir uma clara preferência generalizada pela via da não autonomização dos crimes de ódio na legislação penal. Pelo contrário, vários ordenamentos jurídicos optam pela agravação de todas as ofensas criminais motivadas por ódio e discriminação (...).

(...) Condutas racistas, homofóbicas ou transfóbicas, por exemplo, serão apenas crimes, na lei penal portuguesa, se se verificar o cumprimento de apertados requisitos. Se determinado indivíduo 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 em público, por meio apto à divulgação, a sua conduta poderá ser reconduzida ao n.º 2 do artigo 240º do Código Penal. No entanto, se determinado indivíduo 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 num contexto privado, ou, mesmo tendo a interação ocorrido em público, tenha lugar em meio não apto à divulgação, a vítima apenas poderá fazer-se valer da proteção conferida pelo crime de injúria, que não prevê qualquer agravação das penas quando cometida com motivação de ódio ou preconceito.

Mais, os crimes de difamação e injúria constituem crimes particulares. (...) Assim, este projeto pressupõe, adicionalmente, a transformação dos crimes de injúria e difamação em crimes semipúblicos, quando os factos que se reconduzem ao ilícito criminal tiverem sido praticados com uma motivação discriminatória, uma vez que, nestas situações, o desvalor das condutas é particularmente indiscutível, e, estando em causa não apenas um bem jurídico - a honra da vítima, - mas também a vida, a dignidade, a integridade pessoal (física e moral) e a Igualdade entre todas as cidadãos e todos os cidadãos, independentemente da sua raça, etnia,

nacionalidade, cor, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género, deficiência física ou psíquica, entre outras características diferenciadoras, justifica-se uma mais ampla e vigorosa abordagem criminal que, efetivamente, proteja as vítimas destas formas arbitrárias de discriminação e assegure o cumprimento dos fins do Direito Penal, concretamente de prevenção geral e de prevenção especial.

Por fim, importa realçar que a alteração ao artigo 240.º do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, procedeu, novamente, à alteração do texto originário desta norma, promovendo um alargamento dos preconceitos determinantes de ódio e acrescentando ao elenco a “deficiência física ou psíquica”. Como aponta a Associação de Apoio à Vítima (APAV), esta alteração “veio criar um desfasamento entre os motivos determinantes do ódio nesta norma e aqueles que constam do artigo 132.º, n.º 2, da al. f) do Código Penal”, na qual se refere apenas à determinação do agente “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”. Esta desconformidade entre as duas normas é particularmente relevante quando se tem em conta a remissão levada a cabo pela alínea e) do artigo 155.º n.º 1 do Código Penal para a alínea f) do n.º 2 do artigo 132.º do mesmo diploma. (...).”

2.2. A iniciativa legislativa é composta por quatro artigos que se encontram claramente identificados, não merecendo reparos de ordem formal.

3. Apreciação

3.1. Com o enquadramento motivador acima sumariamente descrito, visando reforçar o combate à discriminação e aos crimes de ódio, é proposto (i) o aditamento à alínea f) do n.º 2 do art.º 132.º, epigrafado “Homicídio Qualificado”, do segmento “*ou por deficiência física ou psíquica da vítima*”; (ii) a criação de uma «agravante geral» para os crimes determinados por motivos de ódio ou discriminação, mediante o aditamento de um novo artigo [art.º 71.º-A]; (iii) a atribuição de natureza semipública aos crimes de injúria e difamação, quando os factos forem determinados por ódio racial, religioso, político ou fundamentados na cor, deficiência física ou psíquica, origem étnica ou nacional, sexo, orientação sexual ou identidade de género da vítima, através do aditamento de uma alínea c) ao art.º 188.º.

3.1.1. Da alteração da alínea f) do n.º 2 do art.º 132.º.

O projeto em análise visa com a alteração proposta, segundo a exposição de motivos, assegurar a coerência do sistema após a alteração levada a cabo pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto ao art.º 240.º, a qual “veio criar um desfasamento entre os motivos determinantes do ódio nesta norma e aqueles que constam do artigo 132.º, n.º 2, da al. f) do

Código Penal”, na qual se refere apenas à determinação do agente “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”.

3.1.1.1. Assim, propõe-se a seguinte alteração legislativa.

«Artigo 132º

Homicídio Qualificado

1 - (...)

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

a) (...).

b) (...).

c) (...).

d) (...).

e) (...).

f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor da pele, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual, pela identidade de género ou por deficiência física ou psíquica da vítima;

g) (...).

h) (...).

i) (...).

j) (...).

k) (...).

l) (...).

3.1.1.2. Dispõe a atual redação do referido normativo o seguinte:

«Artigo 132.º

Homicídio qualificado

1 - Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.

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

a) [...];

b) [...];

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

d) [...];

e) [...];

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) [...];

h) [...];

i) [...];

j) [...];

l) [...];

m) [...].»

3.1.1.3. Conforme se escreveu no parecer do Conselho Superior da Magistratura (Projeto de Lei n.º 471/XIII/2.^a (BE)), a *criminalização na ordem jurídica interna da incitação à discriminação* começou na Reforma Penal de 1982.

Então, o incitamento à discriminação não apresentava autonomia sistemática relativamente ao genocídio e só era punido quando assumia carácter organizativo (art. 189.º, n.º 2, do Código Penal de 1982, na versão originária).

Com a Reforma Penal de 1995, em cumprimento da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, adoptada 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, o legislador nacional procedeu à autonomização da discriminação em relação ao genocídio.

Todavia, estas alterações fizeram crescer a exigência de um dolo específico, consubstanciado na intenção de incitamento ou encorajamento da discriminação (art. 240.º, n.º 2, do Código Penal de 1982, na redacção do DL n.º 48/95, de 15 de Março).

Em 1998, em cumprimento da Acção Comum 96/443/JAI do Conselho, de 15 de Julho de 1996, teve lugar nova alteração do art. 240.º, a qual se limitou a alargar o universo dos factores de

discriminação, através da incriminação da discriminação motivada por factores religiosos e a prever hipóteses de negacionismo.

Em 2013, teve lugar nova alteração do art. 240.º, a qual se limitou mais uma vez a alargar o universo dos factores de discriminação, através da incriminação da discriminação motivada por identidade de género.

Com a Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, referenciada no projeto em apreciação, alterou-se a denominação da epígrafe do artigo 240.º - Discriminação e incitamento ao ódio e à violência -, consagrou-se a punição da “apologia” e “banalização grosseira” de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade, introduziu-se a categoria discriminatória da ascendência, aditou-se mais uma ação típica às já previstas no n.º 2, acrescentando-se ao elenco aí previsto “a deficiência física ou psíquica”, e eliminou-se o dolo específico anteriormente exigido por referência às ações típicas previstas no n.º 2.

O normativo em questão encontra-se sistematicamente integrado nos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, sendo os bens jurídicos protegidos pela incriminação a igualdade entre todos os cidadãos, a integridade física, a honra e a liberdade de outra pessoa.

Por seu lado, o crime previsto no art.º 132.º encontra-se integrado no Título I “Dos crimes contra as pessoas”, mais concretamente, no Capítulo V “Dos crimes contra a vida”. O bem jurídico protegido é a vida humana, tratando-se, como escreve Paulo Pinto de Albuquerque², «de um tipo de culpa agravada de homicídio por força da cláusula geral da especial censurabilidade ou perversidade, concretizada de acordo com o elenco de circunstâncias não automático e não taxativo».

3.1.1.4. Posto isto, do confronto dos referidos normativos e dos bens jurídicos protegidos não se alcança qualquer incoerência no sistema jurídico-penal que importe corrigir, sendo de resto de presumir, nos termos do art.º 9.º, n.º 3, do Código Civil, que o legislador de 2017 ao alterar o referido art.º 240.º, mantendo inalterado o citado art.º 132.º, consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

De resto, o estabelecido no art.º 132.º mostra-se congruente, ao contrário do que se refere na exposição de motivos, com o preceituado no art.º 155.º que também pune de forma agravada os casos em que os factos previstos nos artigos 153.º a 154.º-C forem realizados contra pessoa particularmente indefesa, em razão de deficiência, conforme resulta

² *Comentário do Código Penal*, 2.ª ed. Atualizada, Universidade Católica Editora, p. 400.

da remissão para a alínea c) do art.º 132.º, o mesmo sucedendo com o art.º 145.º, ao remeter, no seu n.º 2, para as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132.º. Não se deteta, pois, qualquer incongruência no sistema jurídico-penal que justifique a alteração visada.

Acresce, por outro lado, que a alteração gizada se revela desnecessária ou sem efeito útil.

Efetivamente, a inclusão da *deficiência* (física ou psíquica da vítima) na al. f) do n.º 2 do citado art.º 132.º, como circunstância suscetível de revelar especial censurabilidade e perversidade para efeitos de qualificação do crime de homicídio, já consta da alínea c) do mesmo normativo, que, aliás, prescindido da atitude discriminatória do agente, tutela de forma mais ampla as pessoas especialmente vulneráveis em razão de deficiência física ou psíquica.

Ou seja, o objetivo que se visa atingir com a alteração proposta já o garante o próprio texto legislativo, na medida em que a circunstância de o agente praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa em razão de deficiência (física ou psíquica) já é suscetível de revelar especial censurabilidade ou perversidade para efeitos de qualificação do crime de homicídio.

Assim, nada acrescentando de substancial ao ordenamento jurídico, a alteração proposta apenas se traduzirá numa sobreposição de qualificativas, sempre geradora de oscilações interpretativas, que embaraçam inevitavelmente a realização da justiça.

3.1.2. Da criação de uma «agravante geral» para os crimes determinados por ódio e discriminação.

Neste particular, importa dizer que, para além, da exposição de motivos não justificar suficientemente que a realidade social reclama a introdução de uma agravante geral para todos e quaisquer tipo de crimes, a inserção sistemática de uma agravante na parte geral do Código Penal nos termos propostos suscita as maiores reservas em termos de técnica legislativa no nosso sistema penal, onde a inclusão das agravantes, por princípio, se encontra prevista na parte especial do Código Penal³.

Na realidade, não se vê qualquer razão para alterar a sistemática deste diploma legal, sendo certo que a introdução desta nova agravante causaria uma inevitável sobreposição de agravantes, face às normas já consagradas na parte especial em relação a determinados tipos de crime, como sejam o crime de homicídio, de ameaça, ou de ofensa à integridade física.

³ A título de exemplo, *vide*, artigos 141.º, 155.º, 177.º, 184.º, 197.º, 229.º-A, 294.º, 343.º, 361.º, 374.º-A.

Valendo aqui as considerações feitas no ponto anterior, deverá ser evitada tal sobreposição de normas e ponderada eventualmente a agravação da responsabilidade criminal apenas nos tipos de crime em que tal se justifique.

A este propósito recupera-se a posição já assumida por este Conselho em relação aos crimes de injúria e difamação no parecer⁴ acima mencionado. Escreveu-se em tal parecer que “a agravação da responsabilidade criminal (...) da autoria dos crimes de difamação e injúria com fundamento na motivação discriminatória justifica-se plenamente em matéria de crimes contra a honra tanto mais que a lesão deste bem jurídico pela conduta discriminatória racial – ou fundada noutros factores – tende a ocorrer com maior frequência e com maior intensidade no âmbito das relações directas interpessoais ou num círculo restrito de indivíduos conhecidos entre si”.

Porém, como também aí se referiu, “existindo já uma disposição legal autónoma relativa à agravação da responsabilidade (art. 184.º), dever-se-á evitar a técnica legislativa do aditamento de um novo artigo (...) e proceder tão-só ao aditamento de um novo número 2 ao actual art. 184.º, do Código Penal, consagrando então aqui a nova circunstância qualificadora da difamação e da injúria”.

Com vista a uma melhor harmonização do sistema, será, pois, mais adequado, e apenas nos casos em que tal se justifique, reforçar a proteção penal das vítimas aproveitando o quadro legal já existente, sem a criação de novos tipos legais que sempre suscitarão dúvidas interpretativas, que em nada facilitam a tarefa do aplicador do direito.

3.1.3. Da alteração da natureza dos crimes de injúria e difamação quando os factos forem determinados por ódio ou discriminação.

O projeto de lei em apreciação, que, como já se referiu, introduz uma nova alínea no n.º 1 do art.º 188.º, visa conferir aos referidos crimes natureza semipública.

A definição de um crime como público, semipúblico ou particular é inquestionavelmente uma opção de política criminal, sobre a qual não caberá ao CSM emitir parecer, pelo que nos limitaremos a fazer breves considerações numa perspectiva de coerência do sistema jurídico-penal.

⁴ Emitido no âmbito do Projeto de Lei n.º 471/XIII/2.^a (BE).

Em regra, ensina Jorge Figueiredo Dias⁵, «a existência de um processo penal é determinada pelo MP através do *princípio da oficialidade*: aquele tem de investigar oficiosamente todos os crimes de que tenha notícia; e, em caso de indícios suficientes – ressalvadas as limitações derivadas do reconhecimento legal do princípio da oportunidade –, tem de deduzir a respectiva acusação (CPP, arts. 48.º, 262.º-2 e 283.º-1)».

No nosso direito penal, por norma, os crimes revestem natureza pública.

Contudo, como também refere o mencionado Autor, “Este princípio não vale, porém, para os chamados *crimes particulares em sentido amplo*, nos quais a legitimidade do MP para por eles proceder está dependente da pré-existência de **queixa**⁶ no caso dos chamados *crimes semipúblicos* e de **queixa e acusação particular** no caso dos *crimes particulares em sentido estrito* (CPP, arts. 49.º e 50.º)”.

E, no que concerne à função da exigência de queixa e/ou de acusação particular para determinados tipos de crimes, doutrina ainda o referido Professor, para o que aqui nos interessa, que *a existência de crimes semipúblicos e estritamente particulares serve a função de evitar que o processo penal, prosseguindo sem ou contra a vontade do ofendido, possa, em certas hipóteses, representar uma inconveniente (ou mesmo inadmissível) intromissão na esfera das relações pessoais que entre ele e os outros participantes processuais intercedem.*

Como é sabido, no nosso sistema penal, os crimes contra a honra revestem natureza particular (cfr. art.º 188.º, n.º 1), com exceção, como também se fez notar no citado parecer, das derrogações relativas à qualidade pública do agente ou da vítima (art.º 184.º) e ao exercício de autoridade pública pelas pessoas coletivas afetadas pela ofensa (art.º 187.º), para as quais bastará a apresentação de queixa para o desenrolar da ação penal.

Caso venha a consagrar-se na lei a agravação acima referida no art.º 184.º, os referidos crimes passarão, nesses casos, em coerência com o disposto no n.º 1, al. a), do art.º 188.º, a revestir natureza semipública.

4. Conclusões

O projeto legislativo em causa dá corpo a legítimas opções de política legislativa.

Nas matérias que respeitam à prática judiciária, o CSM apresenta as observações *supra* exaradas, alertando que algumas das modificações preconizadas podem, na prática, acarretar maiores problemas do que aqueles a que procuram dar resposta.

⁵ *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aquitas, Editorial Notícias, 1993, p. 664.

⁶ Negritos do Autor.

De todo o modo, coloca-se à superior consideração de Vossa Excelência a ponderação dos comentários e sugestões acima expedidos.

 **Graça Maria
Andrade Paula
Pissarra**
Adjunta

Assinado de forma digital por Graça Maria
Andrade Paula Pissarra
f888c47ab491ced1fa715c1af1975ba420d26baa
Dados: 2021.09.29 14:07:43