

---

ASS  
UNT  
O:

Parecer: Projeto de Lei n.º 251/XIV/1.ª (CHEGA) procede à alteração do artigo 240º do Código Penal, à alteração dos artigos 6º e 36º do Decreto-Lei n.º 31/2014, de 27 fevereiro, à revogação da Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, e à revogação da Lei n.º 134/99, de 28 de agosto

---

2020/GAVPM/1137

20-03-  
2020

## **PARECER**

### **1. Análise formal**

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 251/XIV/1.ª (CHEGA).

A iniciativa legislativa em apreciação versa sobre alteração ao Código Penal e aos artigos 6º e 36º do Decreto-Lei n.º 31/2014, de 27 fevereiro, propondo ainda a revogação da Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, e da Lei n.º 134/99, de 28 de agosto.

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.

\*

## **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 “(...) *não há qualquer razão adicional para que se gastem vários milhares de euros do erário público com a Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial, uma vez que cabe ao Ministério Público a investigação deste tipo de crime (crime de Discriminação e incitamento ao ódio e à violência, previsto no artigo 240º do Código Penal) que (...) se encontra tipificado em sede de Código Penal. (...) Portugal não é uma sociedade racista e o racismo, quando se manifesta, não se resolve com coimas a favor do Estado, mas com uma acção firme e persistente do Ministério Público e dos Tribunais*”.

2.2. Doutra parte, e para fundamentar a alteração proposta ao Código Penal, entende-se que é necessário assegurar “(...) *que a liberdade de expressão, valor fundamental e constitucionalmente consagrado, várias vezes reconhecido pela própria jurisprudência comunitária, não é constrangido ou absolutamente limitado por este novo paradigma social de que tudo o que envolve minorias desencadeia necessariamente um processo de racismo (...)*”.

2.3. Apreciada a exposição de motivos que antecede o articulado do projeto legislativo em análise, constata-se que o

conteúdo do mesmo está em linha com os objetivos que se procuram alcançar.

### **3. Apreciação**

#### **3.1. Alteração do artigo 240º do Código Penal.**

3.1.1. 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, 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 e eliminou-se o dolo específico anteriormente exigido por referência às ações típicas previstas no n.º 2.

A atual redação do artigo 240.º do Código Penal, introduzida pela referida Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, é a seguinte:

“Artigo 240.º

Discriminação e incitamento ao ódio e à violência

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 actividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento;

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

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

a) Provocar atos de violência contra pessoa ou 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.”

3.1.2. O normativo em questão encontra-se sistematicamente integrado nos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal e encerra dois crimes (*vide*, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 2010, 2.<sup>a</sup> ed., Universidade Católica Editora, pág. 727). No n.º 1, o crime de fundação, constituição ou participação em organização 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; no n.º 2, os crimes de “actos discriminatórios”, que engloba as ações previstas nas respetivas alíneas (provocação de atos de violência; difamação ou injúria de pessoa ou grupo de pessoas; ameaça de pessoa ou grupo de pessoas; incitamento à violência ou ao ódio contra pessoa ou grupo de pessoas), todas elas determinadas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica (cfr. António Latas, *As alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei 19/2013 de 21 de fevereiro*, disponível em <http://www.tre.mj.pt>).

Os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a igualdade entre todos os cidadãos, a integridade física, a honra e a liberdade de outra pessoa.

Trata-se de um “crime especial em relação aos crimes de difamação, injúria e ameaça. A difamação discriminatória não é um *allium* em relação à difamação, antes se trata da mesma lesão do bem jurídico da honra agravada pela intenção discriminatória (...). O mesmo argumento vale para a injúria e para a ameaça” (Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 2010, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, pág. 729).

3.1.3. O projeto em análise visa, segundo a exposição de motivos, assegurar que, nos casos previstos na alínea b) do referido n.º 2, *“a liberdade de expressão não seja constrangida ou absolutamente limitada por este novo paradigma social de que tudo o que envolve minorias desencadeia necessariamente um processo de racismo”*.

Assim, propõe-se a seguinte alteração legislativa.

#### **“Artigo 240.º**

Discriminação e incitamento ao ódio e à violência

1 - (...)

2 - (...)

a) (...)

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, **sem prejuízo da liberdade de expressão que deve ser assegurada no âmbito do pluralismo de opinião que o Estado de Direito democrático deve necessariamente salvaguardar”**.

3.1.4. A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado no pluralismo de expressão e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais, onde todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (artigo 37.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

Por outro lado, o artigo 25.º, n.º 1, da Constituição estabelece a inviolabilidade da integridade moral da pessoa e o artigo 26.º, referindo-se a outros direitos pessoais, dispõe no seu n.º 1 que a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome, à reputação e à imagem.

Não raras vezes os direitos fundamentais (*v. g.*, direito ao bom nome e reputação, liberdade de expressão) conflituam entre si, impondo-se a estrita limitação de um para a necessária, adequada e proporcional tutela do outro, o que nos leva a concluir pelo carácter não absoluto dos direitos fundamentais. Ou seja, conforme orientação unânime, nenhum dos direitos fundamentais tem natureza absoluta ou ilimitada, sendo de reconhecer restrições a esses direitos, sobretudo para a salvaguarda de outros direitos merecedores de proteção constitucional.

Vale dizer que o direito de liberdade de expressão, inserido no quadro dos direitos, liberdades e garantias pessoais com dignidade constitucional (artigo 37.º), não se afirma como um direito absoluto, pois a lei ordinária restringe-o nos casos expressamente previstos na Constituição, limitando-o ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses também eles constitucionalmente assegurados, como sejam o direito à honra, ao bom nome, à reputação e à imagem (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

Existem, pois, limites ao exercício da liberdade de expressão que se prendem com essa necessidade de salvaguarda de outros valores constitucionalmente protegidos, conduzindo a sua violação à punição criminal, como sucede no caso da situação prevista no n.º 2,

al. b), do artigo 240.º do Código Penal, que pune quem “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”.

Neste caso, a conduta assume carácter antijurídico, reclamando a tutela penal de dissuasão e repressão desse comportamento, uma vez que, sendo difamatória ou injuriosa, ultrapassa o limite do socialmente tolerável e deixa de estar inscrita entre o que a liberdade de expressão autoriza.

Mas claro está que nem todas as afirmações feitas que se prendam com a raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica reclamam a intervenção do direito penal, podendo traduzir-se no exercício de um legítimo direito de expressão, que constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, caracterizada pelo pluralismo, tolerância e espírito de abertura.

3.1.5. Posto isto, e embora se perceba que a intenção da alteração proposta seja a de *alertar* o aplicador do direito para a necessidade de acautelar a liberdade de expressão quando pondera a ofensa do direito à honra e consideração, a verdade é que tal alteração se revela despicienda ou sem efeito útil.

O segmento que se pretende acrescentar à norma em questão mais não é do que uma remissão intrassistemática, nada acrescentando de substancial ao ordenamento jurídico, pois quer o direito à honra e consideração quer a liberdade de expressão acima referidos têm guarida na Constituição e na lei ordinária, competindo ao julgador, no confronto entre eles, definir, em concreto, a medida do absoluto de cada qual, devendo prevalecer o interesse que se mostre de maior relevo, salvaguardando o núcleo essencial de cada um dos direitos em presença (Sumários de acórdãos das Secções



Cíveis e Criminais, de 2002 a Janeiro de 2015, *www.stj.pt*, 15-09-2011 - Revista n.º 2634/06.0TBPTM.E1.S1 - 7.ª Secção).

Acresce que o objetivo que se visa atingir com a alteração proposta já o garante o próprio texto legislativo na medida em que a difamação ou injúria (aqui com o conteúdo típico dos crimes de difamação e injúria definidos, respetivamente, nos artigos 180.º e 181.º) aí previstas pressupõem que a liberdade de expressão não merece, no caso concreto, ser salvaguardada. A conduta só constituirá crime quando ultrapassar a liberdade de expressão.

Importa ainda dizer que a introdução do segmento em análise suscita algumas dúvidas em termos de técnica legislativa na medida em que insere no próprio tipo de crime uma causa de exclusão da ilicitude (seria o mesmo que dizer, por exemplo, que “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos, salvo se o facto for praticado em legítima defesa”), o que se traduz numa desnecessidade face ao disposto nos artigos 31º, n.º 1, al. b), e 180.º, n.º 2, do Código Penal, que já salvaguardam os casos em que o agente atue no exercício de um direito.

### **3.2. Alteração dos artigos 6º e 36º do Decreto-Lei nº 31/2014, de 27 fevereiro, revogação da Lei nº 93/2017, de 23 de agosto, e revogação da Lei nº 134/99, de 28 de agosto.**

3.2.1. Considera o projeto em análise que “(...) *não há qualquer razão adicional para que se gastem vários milhares de euros do erário público com a Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial, uma vez que cabe ao Ministério Público a investigação deste tipo de crime (...) que (...) se encontra tipificado em sede de Código Penal. (...). Portugal não é uma sociedade racista e o racismo, quando se manifesta, não se resolve com coimas a favor do Estado, mas com uma acção firme e persistente do Ministério Público e dos Tribunais*”.

3.2.2. O Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial, e atento o princípio constitucional da separação de poderes, tem vindo a abster-se de tomar posição sobre questões que se prendam com opções de cariz eminentemente político, que extravasam as atribuições do poder judicial e incumbem exclusivamente ao poder legislativo.

Assim, não se questionam as opções de índole político-legislativa salientes no projeto no que concerne à eliminação da alínea b) do artigo 6º e do número 3 do artigo 36º do Decreto-Lei nº 31/2014, de 27 de fevereiro, e à revogação da Lei nº 93/2017, de 23 de agosto.

Contudo, não se deixa de chamar a atenção para alguns fatores a ter em consideração.

3.2.3. A Constituição da República Portuguesa proclama a igualdade de todos os cidadãos e proíbe a discriminação em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa).

A lei penal reprime as práticas discriminatórias tipificadas no artigo 240.º nos termos acima já explicitados.

Por sua vez, a Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que visou densificar o direito à igualdade perante a lei e à proteção contra a discriminação consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem.

Tal diploma é aplicável a todas as pessoas singulares e coletivas, públicas e privadas, no que respeita à proteção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde; os benefícios sociais; a educação; o acesso a bens e serviços e seu fornecimento,

colocados à disposição do público, incluindo a habitação; e a cultura (artigo 2.º).

Mais concentra, através da Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial, todas as fases **do processo de contraordenação** das matérias da sua competência, bem como a coordenação da sua intervenção na **prevenção, fiscalização e repressão de práticas discriminatórias** (negritos nossos).

Conforme resulta da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 61/XIII/2.<sup>a</sup> (GOV), que esteve na génese desta Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, diversos instrumentos jurídicos internacionais nortearam a composição do regime que veio a ser consagrado no nosso ordenamento jurídico através desse diploma, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ambos de 16 de Dezembro de 1966, que afirmam a universalidade da igualdade perante a lei e da proteção contra a discriminação.

Tal iniciativa legislativa procurou ainda, segundo a exposição de motivos, “promover a existência de instrumentos legislativos que sistematizem e atualizem a legislação produzida no quadro das políticas de igualdade e não discriminação”, contrariando “a dispersão legislativa que se tem vindo a acentuar neste contexto e ajustar o regime às orientações mais recentes de política pública nacional, europeia e internacional” com vista a “um combate mais eficiente e efectivo ao fenómeno da discriminação”, nas suas múltiplas dimensões “reforçando o regime jurídico da proteção do combate à discriminação (...)”.

Este Conselho Superior da Magistratura, chamado na altura a pronunciar-se sobre tal proposta legislativa, não deixou de sublinhar o relevo dado “(...) à definição e conceptualização da expressão «discriminação racial», concretizadas pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de

*21 de Dezembro de 1965, e pela Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 20 de Novembro de 1963, aludindo-se ainda à Declaração e ao Programa de Acção da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, adotados em 2001, em Durban, África do Sul”, bem como a “(...) disposições europeias, ao nível do Conselho da Europa (artigo 14.º da Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950) e da União Europeia (artigos 2.º e 3.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia, e a Carta dos Direitos Fundamentais)”.*

Trata-se, pois, de um instrumento legislativo interno de proteção e garantia do direito à não discriminação que surge como um reforço do regime jurídico do combate à discriminação na decorrência de um compromisso da comunidade internacional e da União Europeia no âmbito da luta contra práticas discriminatórias, pelo que a sua revogação carece de melhor ponderação.

Por outro lado, visa-se com o diploma em referência, cuja revogação se pretende com o presente Projeto, o combate à discriminação enquanto contraordenação, ocorrendo esta quando uma pessoa é impedida, dentre outros, de exercer os seus direitos relacionados ao acesso a bens e serviços, ao emprego e formação profissional, à cultura, ao ensino e ao sistema de saúde públicos e privados.

*[O] direito de mera ordenação social surgiu entre nós como um aspeto da reforma do direito penal, tendo sido justificado pelo legislador como um “ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal (...). O fundamento dogmático do ilícito de mera ordenação social encontra-se, assim, quer na ideia de subsidiariedade do Direito Penal, quer no alargamento da atuação conformadora e reguladora da Administração Pública, que tem de estar associada à possibilidade de aplicação de sanções e à maior especialização das entidades que aplicam essas sanções (...). Quanto ao primeiro aspeto, como refere EDUARDO CORREIA “as*

*contraordenações, no ponto em que exprimem apenas uma censura de natureza social e se traduzem num mal com o sentido de mera advertência despojado de toda a mácula ético-jurídica, devem «enquadrar-se, não no ilícito criminal, mas no ilícito administrativo e, portanto, em vez de penas criminais, só podem corresponder-lhes reacções desprovidas dos sinais que caracterizam aquelas sanções (...).*

*(...) Do ponto de vista teleológico, o ilícito de mera ordenação social é, simultaneamente, na sua dimensão essencialmente administrativa, uma medida de proteção da legalidade e, na sua dimensão sancionatória, uma censura sobre uma conduta ilícita (...)* (vide, Parecer do Conselho Consultivo da PGR, P000112013, de 16.09.2013, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Na verdade, nem todas as formas de discriminação têm relevância penal e reclamam a atuação do Ministério Público e dos tribunais, cujo campo de atuação é bem diferente do previsto no diploma em referência que regula o processo de contraordenação numa ótica de prevenção, fiscalização e repressão das práticas discriminatórias aí previstas.

Num Estado de Direito democrático, onde o Direito Penal constitui a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza subsidiária, é de defender a manutenção de entidades públicas que, promovendo a igualdade, visam tratar o fenómeno antes de este atingir dignidade penal.

Em relação à proposta de revogação da Lei n.º 134/99, de 28 de agosto (artigo 5.º do Projeto), cumpre apenas chamar a atenção para o facto de a mesma ter sido expressamente revogada pela Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto (artigo 28.º).

#### **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, salientando que a modificação preconizada no que respeita ao Código Penal, tal como redigida em projeto, pode, na prática, acarretar maiores problemas do que aqueles a que procura dar resposta.

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

\*\*\*

Lisboa, 20 de março de 2020.

 **Graça Maria  
Andrade Paula  
Pissarra**  
*Adjunta*

Assinado de forma digital por Graça Maria  
Andrade Paula Pissarra  
4573d2e226d5b04f3a472cf941d4023df082827a  
Dados: 2020.03.20 11:34:25