

O crime de discriminação no Código Penal português

Evolução e perspectivas de reforma

1 - Incluído no Título III da Parte Especial do Código Penal (“Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal”), o artigo 240º, sob a epígrafe “Discriminação e incitamento ao ódio e à violência”, apresenta a seguinte formulação:

“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 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 gênero 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 gênero ou deficiência física ou psíquica;

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

A versão originária deste artigo foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que aprovou o Código Penal em vigor, na sequência dos trabalhos de uma comissão presidida pelo Professor Figueiredo Dias. A redação originária foi objeto de alterações sucessivas, sempre no sentido de um aparente alargamento da incriminação, pelas Leis n.º 65/98, de 2 de setembro¹, 59/2007, de 4 de setembro², 19/2013, de 21 de fevereiro, e 94/2017, de 23 de agosto.

2 – A Reforma de 1998, inspirada Código Penal francês de 1994³, sobretudo na promoção de novos bens jurídicos, proteção de vítimas especialmente vulneráveis e criminalização de novas formas de discriminação, veio acrescentar aos fatores discriminatórios contemplados inicialmente na alínea b) do n.º 2 (raça, cor e origem étnica) a origem nacional e a religião, prevendo ainda que a difamação ou injúria se efetue “nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade”

¹ Esta lei teve como base um projeto de revisão do Código Penal da minha autoria, elaborado a pedido do então Ministro da Justiça, Dr. Vera Jardim.

² Lei que consagrou, no essencial, o projeto de alteração ao Código Penal apresentado pela Unidade de Missão da Reforma Penal, por mim coordenada.

³ Na verdade, o novo *Code Pénal* francês foi aprovado por leis de 22 de julho de 1992, 16 de dezembro de 1992 e 19 de julho de 1993, tendo entrado em vigor em 1 de março de 1994.

Por seu turno, a Reforma de 2007 veio a acrescentar, na alínea c) do n° 2, a previsão da “ameaça a pessoas ou grupo de pessoas” como modalidade da conduta típica, em alternativa aos atos de violência (alínea a) e à difamação ou injúria (alínea b). Além disso, juntou à divulgação através da comunicação social a divulgação por sistema informático. Por fim, acrescentou novos fatores de discriminação: o sexo e a orientação sexual. Esta última previsão é, aliás, congruente com a expressa proibição de discriminação em função da orientação sexual, introduzida na Constituição pela 6ª Revisão Constitucional (Lei n.º 1/2004, de 24 de julho).

Além disso, a reforma de 2007 introduziu uma outra alteração indireta muitíssimo relevante: introduziu no Código Penal a responsabilidade das pessoas coletivas, que agora se estende ao crime do artigo 240º, por força do artigo 12º, n° 2. Essa responsabilidade existirá sempre que o crime for cometido “no interesse” da pessoa coletiva, por quem nela exerça uma posição de liderança (membro dos órgãos sociais, representante ou pessoa com competência para a fiscalização), ou por quem aja sob a direção de quem exerce a posição de liderança (e por violação de deveres de fiscalização e controlo), nos termos dos n°s 2 e 4 do artigo 12º do Código Penal. Importa sublinhar que esta nova responsabilidade nunca exclui (antes pressupõe, em regra) a responsabilidade cumulativa das pessoas singulares que participem no crime a qualquer título.

Prosseguindo a tendência para a ampliação típica, a Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, veio acrescentar ao catálogo de fatores discriminatórios a “identidade de género”, acompanhando a evolução das representações sociais e culturais no nosso País e seguindo uma tendência legislativa que se tem feito sentir, sobretudo, no âmbito do Direito da Família (em matéria de casamento e adoção).

Finalmente, a Lei n° 94/2017, de 23 de agosto, incluiu como fator de discriminação a “deficiência física e psíquica”, passou a referir a “negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade” como modo de

praticar as várias modalidades de conduta típica (e não apenas como meio de difamação ou injúria) e eliminou a expressa exigência de “intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual”, que era até então extensiva a todas as espécies de conduta. Ao nível de epígrafe, tendo em consideração o alargamento dos fatores discriminatórios, substitui, acertadamente, a expressão “Discriminação racial, religiosa ou sexual” por “Discriminação e incitamento ao ódio e à violência”.

3 – Importa ainda sublinhar que a incriminação *sub judicio* já estava inscrita, em termos essencialmente idênticos à redação originária do Código Penal de 1995, no artigo 189º do Código Penal de 1982 (que teve como fonte principal o Projeto de Código Penal apresentado por Eduardo Correia⁴), sob a epígrafe “Genocídio e discriminação racial”. Tipificava-se, então, a injúria ou difamação e a provocação de atos de violência (nº 2), bem como a fundação ou constituição de organizações racistas ou a participação nas respetivas atividades (nº 3). É interessante verificar que a redação em vigor, dada pela Lei nº 94/2017, retomou um traço essencial da estrutura típica de 1982, na medida em que esta também não exigia uma específica e autónoma “intenção de incitar à discriminação racial ou religiosa”.

De todo o modo, a neocriminalização de 1982 é um produto da instauração do regime democrático e da entrada em vigor da Constituição de 1976, sendo legitimada pelo princípio da essencial dignidade da pessoa humana, pedra angular da nossa Constituição (artigo 1º), e pelo princípio da igualdade - com a consequente proibição de discriminações (artigo 13º, nº 2).

Por outro lado, como fontes estrangeiras da incriminação, podem ser indicados os *Strafgesetzbuches* alemão - §§ 130º (*Volksverhetzung*) e 131º (*Anleitung zum Straftaten*) -, suíço - artigo 261º bis

⁴ A Parte Especial foi apresentada em 1963 e a Parte Especial em 1966, ou seja, tratou-se claramente de projetos “adiantados” para o seu tempo.

(*Rassendiscriminierung*) - e austríaco - § 283 (*Verhetzung*)⁵. Este conjunto de influências não é surpreendente, uma vez que o Código Penal de 1982/95 marcou o abandono do referente francês, que inspirara o Código Penal de 1852/86⁶, e a “adesão” ao referente germânico.

4 - De acordo com a sua configuração típica atual, o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência é, em primeiro lugar, um crime de organização, que se traduz em “fundar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência...” ou “participar na organização ou nas (suas) atividades ... ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento” (nº 1 do artigo 240º do Código Penal).

Por seu turno, o nº 2 do artigo 240º, prescindindo da existência de organização, tipifica a provocação de atos de violência, a difamação ou injúria, a ameaça e o incitamento à violência ou ao ódio. Estas condutas têm de se praticadas 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”.

Em ambas as situações (nºs 1 e 2), o objeto do crime é uma pessoa ou um grupo de pessoas e a motivação é a “raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica”. O bem jurídico protegido é a essencial dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição), a igualdade e a não discriminação (artigo 13º da Constituição) e ainda, nessa exata perspetiva, bens jurídicos pessoais como a vida, a

⁵ Sobre as fontes estrangeiras do artigo 240º, cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed., Lisboa, 2010, p. 727.

⁶ Refiro dois Códigos Penais portugueses, em sentido material, porque o formalmente novo Código Penal de 1982 constituiu uma reforma (“Novíssima Reforma Penal” de 1884) do Código de 1852, o mesmo sucedendo com o formalmente novo Código de 1995 relativamente ao de 1982. Em nenhum dos casos houve uma rutura.

integridade, a liberdade e a honra (artigos 24º, 25º, 26º e 27º da Constituição)⁷.

5 – O núcleo essencial e primitivo da norma incriminadora é fornecido pelo “racismo”, expressão que está longe de ser cientificamente adequada. Na realidade, já na década de 1920, no primeiro quartel do século passado, os biólogos Aleksandr Oparin e Jonh Haldane deram um contributo decisivo no sentido da demonstração do “monofiletismo” e da tese de que os seres humanos pertencem a uma mesma e única raça.

Nos anos mais recentes, já no nosso século, a palavra “raça” entrou em crise acentuada, graças às descobertas da genética, da paleontologia e da etnologia, embora ainda haja cientistas que sustentam a existência de várias “raças humanas”. De todo o modo, na linguagem do Direito e dos tratados e das convenções internacionais, a expressão mantém-se, o que não pode ser entendido como inaceitável profissão de fé científica, mas antes como um meio expedito e simplificado de aludir ao racismo, que constitui, indiscutivelmente, um dos pretextos mais comuns e perigosos da discriminação.

6 - O crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência é, em todos os casos, um crime comum, visto que pode ser praticado por qualquer pessoa, não se requerendo a posse de qualidades ou relações especiais⁸. É também um crime de execução vinculada, uma vez as

⁷ Segundo Maria João Antunes, o bem jurídico protegido á a “igualdade de todos os cidadãos do mundo”- cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Artigos 202º a 307º* (Dirigido por Figueiredo Dias), Coimbra, 1999, p. 575. Numa perspetiva mais analítica, Paulo Pinto de Albuquerque refere “a igualdade entre todos os cidadãos, a integridade física, a honra e a liberdade de outra pessoa, *op. cit.*, p. 727. Penso que se esquece, em ambos os casos, a essencial dignidade da pessoa humana, que deve ser configurada como bem jurídico autónomo e é diretamente posta em causa pelas condutas típicas do artigo 240º do Código Penal. Por outra parte, entendendo-se que também é tutelada a integridade, deve reconhecer-se que é, em termos amplos, a integridade pessoal, configurada como direito fundamental (e direito, liberdade ou garantia) no artigo 25º da Constituição e não, estritamente, a “integridade física”.

⁸ Não se aplicam a este crime, por conseguinte, as regras especiais de comparticipação criminosa e comunicação de circunstâncias previstas no artigo 28º do Código Penal.

modalidades de ação são descritas no tipo, o que exclui, tendencialmente, a possibilidade de ser cometido por omissão⁹. E é, ainda, um crime de resultado, ou seja, material por ação, por comportar um evento espaço-temporalmente distinto da ação¹⁰.

Nas modalidades do artigo 240º, nº 2, alíneas a), b) e c), é um crime de dano, cuja consumação pressupõe a efetiva lesão da integridade, da honra ou da liberdade. Diferentemente, no nº 1 e na alínea d) do nº 2, está em causa um crime de perigo, cuja consumação não requer a efetiva lesão do bem jurídico protegido. No âmbito desta classe de crimes, trata-se de um crime de perigo abstrato, em que o perigo surge como mero fundamento da incriminação, não se exigindo a sua comprovação efetiva e casuística (ou seja, o perigo não constitui o resultado típico) e de perigo comum, por a norma incriminadora promover a tutela de uma pluralidade de bens jurídicos¹¹. É, por fim, um crime doloso, por força do artigo 13º do Código Penal, sendo compatível com qualquer modalidade de dolo prevista no artigo 14º do mesmo Código – direto, necessário e eventual.

Em termos sancionatórios, o crime de organização do nº 1 do artigo 240º é punível com uma pena mais severa (1 a 8 anos de prisão) do que a

⁹ Na verdade, a exigência de que outra não seja a intenção da lei para efeitos da equiparação da omissão à ação (artigo 10º, nº 1, do Código Penal) aplica-se a crimes em que o legislador descreve o modo de execução do crime (por ação). Nestes, o legislador delimitou o ilícito através da descrição do modo de ser objetivo da conduta típica, afastando a possibilidade de preenchimento omissivo do tipo.

¹⁰ Assim, por exemplo, Eduardo Correia, *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias)*, II, Coimbra, 1971, pp. 286/7; Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I – A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal da 1982*, Lisboa, 1988, pp. 79-80; Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, 2004, pp. 288-291.

¹¹ Acerca destas distinções e dos crimes de perigo em geral, cf. Rui Pereira, *O Dolo de Perigo*, Lisboa, 1995. Paulo Pinto de Albuquerque defende que o crime é de perigo abstrato-concreto, no nº 1, e de dano, no nº 2 – *op. cit.*, p. 727. Não subscrevo este entendimento porque o incitar à violência ou ao ódio (nº 2, alínea d), não se confunde com os atos de violência ou ódio, cuja execução se não requer, e porque nos crimes de organização (nº 1) se não exige a perigosidade do meio, como é próprio dos crimes de perigo abstrato-concreto.

cominada no n° 2 (6 meses a 5 anos), o que se compreende por o grau de perigosidade ser presumivelmente mais elevado quando está em causa uma organização criminosa – apesar de a respetiva criminalização corresponder, materialmente, a uma exceção ao princípio da genérica impunidade dos atos preparatórios decretada pelo artigo 21° do Código Penal¹².

7 – Tendo em conta a análise típica do crime e a evolução legislativa da norma que o prevê, é possível identificar duas tendências político-criminais dominantes: a tendência para alargar o elenco de discriminações, que hoje compreende raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, e a tendência para diversificar as modalidades de ação típica, que, para além do crime de organização, se referem atualmente à provocação de atos de violência, à difamação e injúria, à ameaça e ao incitamento à violência ou ao ódio.

É claro que ambas as tendências pretendem reforçar a tutela dos bens jurídicos defendidos por antecipação da tutela penal (visto que estão em causa crimes de perigo). De resto, quando estão em causa bens jurídicos supra individuais como a essencial dignidade da pessoa humana ou a igualdade nem teria sentido tipificar “crimes de dano”.

8 - A estas duas tendências dominantes juntam-se outros problemas a que o legislador tem procurado responder com soluções diferenciadas ao longo do tempo. Entre esses problemas destaca-se a opção pela exigência ou não exigência de elementos subjetivos especiais da ilicitude. Está em causa, concretamente, a “intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual”).

A exigência de “intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual”, que, como se viu, não constava do Código Penal de 1982 e hoje

¹² Sobre os crimes de organização, cf. Figueiredo Dias, *As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*, Coimbra, 1988.

não vigora por ter sido suprimida pela Lei nº 94/2017, de 23 de agosto, permitia identificar o crime como incongruente, ou seja, como crime em que não havia uma inteira coincidência entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo. A intenção que se exigia distinguia-se do dolo, entendido como conhecimento e vontade de realização do facto típico objetivo, em qualquer das modalidades previstas no artigo 14º do código Penal.

Todavia, essa exigência era incoerente ao nível dogmático e inviabilizava uma adequada defesa dos bens jurídicos no plano da política criminal. Com efeito, a prova daquela intenção, sem correspondência estrita na conduta do agente, constituía uma verdadeira *probatio diabolica*. Por isso, é de aplaudir a alteração introduzida pela Lei nº 94/2017, que retomou a configuração típica de 1982 neste particular aspeto. A presença de elementos subjetivos especiais compreende-se, por exemplo, em certos crimes de resultado cortado ou parcial, como o furto (intenção de apropriação) ou a burla (intenção de enriquecimento ilegítimo)¹³, mas não tem qualquer cabimento no crime de discriminação.

Que sentido teria, com efeito, exigir que a provocação de atos de violência, a difamação ou injúria, a ameaça e o incitamento à violência ou ao ódio contra uma pessoa ou um 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 só fosse relevante se fosse motivada pela “intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual”. Este último requisito, se não fosse entendido como redundante, apontaria para uma prova praticamente impossível.

9 – Se o problema do elemento subjetivo especial da ilicitude foi bem solucionado em 2017 - com a sua supressão pura e simples -, o mesmo

¹³ Sobre a intenção, como elemento subjetivo especial da ilicitude e figura estruturalmente correspondente ao dolo direto - embora distinta dele -, no crime de burla, cf. Maria Fernanda Palma e Rui Pereira, “O crime de burla no Código Penal de 1982”, *Boletim da F.D.U.L.*, vol. XXXV (1994), p. 321 e ss.

se poderá dizer, no essencial, sobre a escolha do lugar, que também tem mudado com a evolução do preceito, ocupado pela “apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade” na estrutura típica do crime.

Tal elemento pretende dar resposta a um conjunto de atos discriminatórios que se serve da “refutação” de acontecimentos históricos como o Holocausto (ou *Shoá*), em que foram assassinados cerca de seis milhões de judeus, para desencadear, paradoxalmente, a violência e o ódio contra os judeus. Não se pode considerar que a incriminação seja, nesta parte, ilegítima, à luz do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, que consagra o princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança¹⁴, ou do artigo 40.º do Código Penal, que erige a prevenção geral e a prevenção especial positiva como fins das penas (n.º 1), reservando para a culpa o papel de fundamento e limite da punição (n.º 2)¹⁵.

Não é a liberdade de expressão, consagrada no artigo 37.º da Constituição, que se questiona, quando se criminaliza a “apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade”. Está em causa a ofensa de bens jurídicos supra individuais essencialíssimos como a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição), a igualdade e a não discriminação (artigo 13.º da

¹⁴ Sobre o princípio da necessidade da pena e a sua articulação com os fins das penas, cf. Fernanda Palma, *Direito Penal, Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.ª ed., Lisboa, 2017, p. 59; ver ainda Sousa e Brito, “A Lei Penal na Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, vol. 2, Lisboa, 1978, p. 197 e ss.

¹⁵ O artigo 40.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, suscitou acesa polémica na Comissão de Revisão que elaborou o Projeto que esteve na base do Código Penal de 1995, com os Conselheiros Sousa e Brito e Lopes Rocha a oporem-se vigorosamente à introdução de uma norma sobre os fins das penas e ao abandono de qualquer ideia retributiva – cf. *Atas e Projeto da Comissão de Revisão*, Lisboa, 1993. A proposta de redação, apresentada por Figueiredo Dias reproduz (traduzindo) o § 2.º do *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* alemão de 1969 – que nunca viria a ser transposto para a lei penal alemã. Acerca da prevenção geral positiva, consagrada no artigo 40.º, n.º 1, cf. Figueiredo Dias, “Sobre o estado atual da doutrina do crime”, *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, ano 1, 1.º, 1991, p. 26 e ss.

Constituição), para além de bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade, a liberdade e a honra (artigos 24º, 25º, 26º e 27º da Constituição

10 - Na redação atual da norma, a apologia é concebida como meio de publicamente provocar atos de violência, difamar ou injuriar, ameaçar e incitar à violência ou ao ódio contra uma pessoa ou um 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 seja, praticar qualquer das ações típicas previstas nas diversas alíneas do nº 2 do artigo 240º do Código Penal. Antes de 2007, a apologia era restritivamente associada à injúria ou difamação e a sua relevância, recorde-se mais uma vez, dependia da verificação de um elemento subjetivo especial.

A formulação em vigor satisfaz a Decisão-Quadro 20087913/JAI, de 28 de novembro de 2008, do Conselho da União Europeia, que, na alínea c) do nº 1 do artigo 1º, sob a epígrafe “Infrações de caráter racista ou xenófobo”, determina que “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que (...) sejam puníveis como infrações penais quando cometidos com dolo: A apologia, negação ou banalização grosseira públicas de crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra definidos nos artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, contra um grupo de pessoas ou seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica, quando esses comportamentos forem de natureza a incitar à violência ou ódio contra esse grupo ou os seus membros”.

Na verdade, a norma penal portuguesa refere-se, literalmente, à “apologia, negação ou banalização grosseira” e faz depender a relevância desses comportamentos de serem de “natureza a incitar à violência ou ódio”. Esta última exigência, porém, deve ser interpretada como algo objetivo (“ser de natureza a”) e não como um elemento subjetivo especial,

cuja prova seria virtualmente impossível e foi removido em 2017. Isto, claro, em nada prejudica a exigência de dolo, presente na decisão-quadro e na lei penal portuguesa, que afasta do âmbito da punição casos de erro grosseiro ou ignorância supina, em que ainda se pudesse falar de negligência – após a exclusão do dolo por força do n° 1 do artigo 16° do Código Penal e por aplicação do n° 3 do mesmo artigo (em conjugação com o artigo 15°)¹⁶.

11 – Do que foi exposto resulta que a revisão do artigo 240° do Código Penal de 2017, se bem que pontual na aparência, resolveu alguns “estrangulamentos” que comprometiam a funcionalidade e o objetivo político-criminal da norma em análise. Todavia, na perspectiva do direito a constituir, é possível introduzir ainda algumas benfeitorias, relacionadas com a publicidade do crime, as penalidades que lhe são aplicáveis e o próprio elenco de fatores de discriminação.

Em relação à publicidade, não se compreende a referência, constante do corpo do n° 2 do artigo 240°, a que o crime seja cometido publicamente, “por qualquer meio destinado a divulgação”. O que quer isto dizer? Não basta prever o cometimento público (como se recomenda, aliás, na decisão-quadro precedentemente citada)? A referência a “qualquer meio” é uma especificação da exigência de publicidade? Se assim for, é confusa e redundante. É uma restrição (nem toda a publicidade é idónea ao preenchimento do tipo...)? Mas, se é assim, a decisão-quadro não será integralmente cumprida.

¹⁶ É claro que são configuráveis, nesta situação, casos de erro sobre um elemento essencial do facto típico, que conduza à exclusão do dolo, nos termos do n° 1 do artigo 16° do Código Penal. Nessa hipótese, aplica-se o n° 3 do mesmo artigo, isto é, o agente será punido se tiver atuado com negligência, nos termos do artigo 15° (o que equivale a exigir a censurabilidade do erro), e se, cumulativamente, o crime negligente estiver previsto na lei penal, como requer o artigo 13°. Ora, neste caso, o crime negligente não está previsto, o que afasta a punibilidade do agente em erro e, simultaneamente, faz cair por terra um dos argumentos tradicionais contra a criminalização da conduta *sub judicio*.

Em suma, a melhor solução é suprimir a referência a “qualquer meio destinado a divulgação”, no nº 2 do artigo 240º do Código Penal, exigindo-se apenas que o crime seja executado “publicamente”, o que, na injúria prevista na alínea b), por exemplo, implica exclusivamente que o facto seja praticado perante a vítima¹⁷.

O que é inteiramente adequado, neste contexto, é prever uma agravação especial, que pode corresponder a um terço dos limites mínimo e máximo da pena de um a cinco anos de prisão – que passaria, portanto, a ser de um ano e quatro meses a seis anos e oito meses de prisão -, quando o crime for cometido através de meio de comunicação social. Trata-se de uma agravação coerente, no plano sistemático, com a que se prevê no artigo 183º, nº 3, do Código Penal, para os crimes de injúria e difamação em geral e que se justifica plenamente dada a maior ofensividade dos crimes cometidos por esse meio.

12 – Ainda em sede de penalidades, justifica-se, de igual modo, uma alteração pontual dos limites mínimos da pena de prisão cominados no artigo 240º do Código Penal. No nº 2, o limite mínimo deveria passar a ser de um ano de prisão (presentemente, é de seis meses). No nº 1, deveria passar a ser de dois anos (atualmente, é de um ano).

Porque se propõem estas alterações? Em primeiro lugar, elas correspondem a um regresso ao traçado originário do preceito, ainda no Código Penal de 1982, cujo artigo 189º cominava, para este crime, penas de prisão de um a cinco e de dois a oito anos de prisão (esta no caso dos crimes de organização). Nada justifica o abrandamento sancionatório e,

¹⁷ Diferentemente do que sucedia no Código Penal de 1852/86, em que a diferença entre difamação e injúria resultava de se imputar ou não (respetivamente) facto determinado à vítima (artigos 407º e 410º), no Código Penal de 1982/95 a distinção assenta em o agente se dirigir ou não a terceiro (artigos 180º e 181º). Dito de forma simplista: a injúria é cometida de frente e a difamação pelas costas. Assim, para a publicidade da injúria basta a presença da vítima.

pelo contrário, as necessidades de defesa dos bens jurídicos impõem, no mínimo, a manutenção das penas.

Em segundo lugar, a pena de prisão mínima de seis meses pode dar uma ideia errônea de um crime “bagatelar”, completamente injustificada se tivermos em conta a importância dos bens jurídicos tutelados. Por seu turno, a pena mínima de dois anos para os crimes de organização, assegura uma distinção sancionatória adequada entre as várias modalidades típicas, tendo em consideração o respetivo grau de ilicitude.

Por fim, as penas de um a cinco e de dois a oito anos de prisão não constituem uma originalidade no Código Penal ou na legislação extravagante. Os artigos 133º, 136º, 138º, 141º, nº 1, 145º, nº 1, b), 152º, nº 1, 152º-A, nº 1, 152º-B, nº 1, e 161º, nº 1, constituem apenas alguns exemplos, no domínio restrito dos crimes contra as pessoas, de normas que cominam essas penalidades.

Em suma, embora a agravamento das penalidades não seja a solução milagrosa para promover a defesa de bens jurídicos, o regresso às penalidades originárias, associado à agravamento do crime quando cometido através da comunicação social, representaria um sinal claro de aprofundamento da tutela dos bens jurídicos, suscetível de reforçar a confiança da comunidade na vigência e na validade das normas jurídico-penais que os consagram.

13 – Sob pena de se frustrar a *ratio essendi* da norma incriminadora, é ainda indispensável voltar a ampliar o elenco de fatores de discriminação e densificar o conceito legal de comportamento discriminatório constantes do preceito, que, com observância rigorosa do princípio da tipicidade, não inclui os judeus - sendo insuficiente para tanto usar a expressão "origem étnica ou nacional". Os judeus, de nascimento ou convertidos, oferecem traços típicos de todos os povos e, depois de afastados de Israel durante dois mil anos, são provenientes de todas as nações e detêm todas as nacionalidades. Neles há pouco de nacional e

menos ainda de étnico. De acordo com a tradição judaica, os hebreus fugidos da escravidão do Egito e, em número superior, os escravos de outras nações que haviam fugido com eles foram alvos de uma “conversão geral” há três mil e trezentos anos, no Monte Sinai. Todos eles, de etnias muito diversas, formaram a nação judaica. Para dar um exemplo expressivo, a própria Tzipora, mulher de Moisés, era uma etíope midianita de tez negra.

A forma de assegurar que os judeus, um dos alvos prediletos dos crimes de discriminação cabem, de facto, no artigo 240.º do Código Penal é indispensável utilizar a expressão "origem étnica, nacional ou religiosa", que tem a virtualidade de ampliar o âmbito de proteção da norma. Neste contexto, escusado será recordar que “religião” e “origem religiosa” têm significados diferentes, o que é comprovado, desde logo, pela circunstância de muitas pessoas mudarem de religião ou se converterem a uma religião estranha à sua tradição familiar ou comunitária.

De facto, o conceito de judeu (ou de judeus) é um conceito tradicional religioso, da *Halachá* (lei religiosa judaica), referindo-se ao filho de mãe judia ou ao convertido de acordo com os preceitos rigorosos da lei judaica. Importa, por conseguinte, conexionar, neste caso, as palavras étnico, religioso e nacional. Étnico (no sentido de os primeiros "hebreus" descenderem de Abrão, Isaac e Jacob); religioso (no sentido de os "judeus" terem sido criados no Monte Sinai, onde a Torá foi outorgada a Moisés e os hebreus foram misturados para sempre com escravos doutras nações na “nação judaica”); e nacional (no sentido de, depois do Monte Sinai, os “judeus” terem partido para a terra de Canaã, a antiga denominação da região correspondente à área do atual Estado de Israel).

Por fim, importa incluir no preceito a referência específica à “culpa coletiva” como pretexto do crime de discriminação. O nazismo, a inquisição e outros movimentos que levaram a cabo massacres – designadamente contra os judeus - tiveram na sua base, sempre, uma inexistente “culpa coletiva”. À luz dos princípios da essencial dignidade

da pessoa humana e da igualdade, tal imputação de culpa coletiva para justificar genocídios, perseguições e discriminações é profundamente reprovável. Uma menção expressa a essa “culpa coletiva” não é puramente redundante, permitindo densificar a norma incriminadora e explicitar a natureza e o sentido do ilícito criminal.

14 – Tendo em conta as razões precedentemente aduzidas afigurar-se-ia adequada uma revisão do artigo 240º do Código Penal nos seguintes termos¹⁸:

“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, nacional ou religiosa*, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, *ou a pretexto de uma culpa coletiva baseada em qualquer um destes fatores*, 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 dois a oito anos.

2 - Quem, *publicamente*, 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, nacional ou religiosa*, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência

¹⁸ Indicam-se especificamente a itálico as normas ou partes de normas cuja alteração se propugna.

física ou psíquica, *ou a pretexto de uma culpa coletiva baseada em qualquer um destes fatores;*

b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, *origem étnica, nacional ou religiosa*, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, *ou a pretexto de uma culpa coletiva baseada em qualquer um destes fatores;*

c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, *origem étnica, nacional ou religiosa*, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, *ou a pretexto de uma culpa coletiva baseada em qualquer um destes fatores;* ou

d) Incitar à violência ou ao ódio contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, *origem étnica, nacional ou religiosa*, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, *ou a pretexto de uma culpa coletiva baseada em qualquer um destes fatores;*

é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

3 – Se o crime for cometido através de meio de comunicação social, a pena prevista no número anterior é agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo”.

Rui Pereira
(Professor Catedrático Convidado no ISCSP e no ISCPSI)