

JURISMAT

Revista Jurídica
Número 18
2023

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 18
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2023
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Da banalidade dos tempos – Vetores da base social do tecido jurídico-político contemporâneo	15
ANA PAULA LOUREIRO DE SOUSA Breve itinerário do pensamento filosófico-jurídico de João Baptista Machado	35
TERESA LUSO SOARES O testamento romano: alguns aspectos	59
MARIA DOS PRAZERES BELEZA A intervenção acessória provocada pelo réu em processo civil	71
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA A influência e a importância das minorias nas decisões societárias.....	91
ANDRÉ INÁCIO Ódio, do discurso ao crime	107
JOSÉ PENIM PINHEIRO Crítica à culpa da personalidade - Contributo para o estudo da culpa na dogmática jurídico-penal	123
DORA LOPES FONSECA Violência doméstica: o reconhecimento jurídico da vítima – <i>Book review</i>	155
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA El incumplimiento en la teoría general del derecho de obligaciones: breve estudio comparado en la legislación española y portuguesa	161
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL A declaração de Cambridge e a irrefutável necessidade de atualismo do direito.....	179
CRISTINA BORGES DE PINHO Sociedade, multiculturalismo e direitos humanos (igualdade de género)	201

ARTIGOS DE LICENCIADOS E ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	227
AFONSO DE LOUSADA	
<i>Usucapio</i> no ordenamento jurídico português.....	229
FÁBIO JOSÉ MARQUES COELHO	
O crime de tráfico de estupefacientes – um caminho inacabado	243
JOANA BORRALHO ENTRADAS	
O direito de retirada – um direito pessoal do autor	271

Ódio, do discurso ao crime

ANDRÉ INÁCIO *

Sumário: Introdução; Ódio; O *Profilling* no Ódio; Os crimes de ódio no Direito Internacional Público; Os crimes de ódio no Direito da União Europeia; O Ódio no Direito Penal português; Conclusão; Bibliografia; Legislação e Jurisprudência.

Resumo: O texto que agora se dá à estampa resulta da preparação da intervenção do autor no III Congresso do Direito, realizado em Portimão nos dias 23 e 24 de novembro de 2023, integrada no painel “Quo Vadis, Liberdade de Expressão”. O discurso do ódio vem paulatinamente ganhando dimensão global, devido à ascensão do ativismo de origem académica mas também social, para tal contribuindo desde a evolução da Escola do Ressentimento ao movimento *woke*, com recurso às redes sociais e à difusão de *fake news*. Estes movimentos canalizam e dão expressão à raiva, exploram os preconceitos e despoletam o ódio entre os alienados da sociedade, os marginalizados e uma população migrante frustrada nas suas expectativas. O espoletar desse ódio conduz a que indivíduos de forma individual ou grupal estigmatizem, persigam e exerçam violência física sobre minorias, seja em função da raça, da cor,

JURISMAT, Portimão, n.º 18, 2023, pp. 107-121.

* Doutor em Direito Público; Investigador integrado no CEAD Francisco Suárez/UL; Coordenador Científico da Pós-Graduação em Criminologia e Investigação Criminal.

do género, da orientação sexual, da religião, de deficiência física ou psíquica. Mas encontra-se também ao serviço de algumas minorias que por essa via combatem tudo o que seja contrário às suas ideologias. Sendo o princípio da igualdade um pilar de raiz do Estado de Direito Democrático, o Estado garante um sistema de proteção, visando a prevenção e reação a este tipo de ilícitos. Porém, a intolerância, a ignorância, as manipulações por ideólogos, tudo indicia um futuro preocupante, exigindo uma estratégia concertada por parte de entidades públicas e privadas, visando a alfabetização estrutural, assim combatendo a anomia social e os interesses geopolíticos e de grupos organizados que se escondem atrás de “causas”

Abstract: The text that now appears is the result of the preparation of the author's intervention at the III Congress of Law, held in Portimão on the 23rd and 24th of November 2023, integrated in the panel Quo Vadis, Freedom of Expression. Hate speech has gradually gained a global dimension, due to the rise of activism of academic origin, but also social, contributing to this from the evolution of the School of Resentment to the woke movement, using social networks and the dissemination of fake news. These movements channel and give expression to anger, exploit prejudices and trigger hatred among those alienated from society, the marginalized and a migrant population frustrated in its expectations. The triggering of this hatred leads to individuals, individually or in groups, stigmatizing, persecuting and exercising physical violence against minorities, whether based on race, color, gender, sexual orientation, religion, physical or mental disability. But it is also at the service of some minorities who, in this way, fight everything that is contrary to their ideologies. As the principle of equality is a fundamental pillar of the Democratic Rule of Law, the State guarantees a system of protection, aiming to prevent and react to this type of illicit activity. However, intolerance, ignorance, manipulations by ideologues, all point to a worrying future, requiring a concerted strategy on the part of public and private entities, aiming at structural literacy, thus combating anomie social and geopolitical interests that hide behind supposed “causes”.

Introdução

O discurso de ódio, difundido por movimentos organizados, com dinâmicas mais ou menos globais, atingindo todos os cantos do mundo por via de uma propaganda adaptada às novas formas de comunicação, nomeadamente as redes

sociais, vem ganhando uma crescente dimensão e manifestação por via do recurso à violência, dando origem a crimes de ódio.

Os Crimes de Ódio, atingindo sobretudo as minorias, alcançam atualmente uma dimensão e generalização inusitados, afetando uma percentagem significativa da população e constituindo-se como uma prioridade na agenda europeia. Englobam-se nesta categoria todos os actos de intolerância com grande impacto não apenas para a vítima direta, mas também para o grupo com o qual a vítima se identifica. Das diferenças étnicas às religiosas, das questões de orientação sexual às orientações políticas e às populações migrantes, são inúmeros os alvos desta realidade criminógena. Assim, da extrema direita racista ao fundamentalismo islâmico, toda uma turba de tribos radicais se expressa contra os outros (o exogrupo) de forma violenta, sem qualquer tipo de tolerância ou respeito.

Conforme se pode ler no manual de Procedimentos da APAV¹ *“O resultado de estatísticas oficiais ou de inquéritos de larga escala realizados na Europa sobre intolerância ou qualquer tipo de violência/atos discriminatórios (ex. crimes de ódio, discurso de ódio) revelam níveis preocupantes de incidência de ofensas desse cariz. Comportamentos racistas e xenófobos em relação a refugiados, requerentes de asilo e migrantes têm aumentado nos últimos anos na maioria dos Estados-Membros da União Europeia.”* Acresce que as cifras negras neste tipo de criminalidade são extremamente elevadas e ocorrem por vários motivos, o receio de represálias e a falta de confiança nas instituições públicas como resultado da experiência vivida nos seus países de origem, onde as administrações são incapazes² e corruptas, mas também a falta de informação relativa aos seus direitos, à legislação penal aplicável e às instituições a contactar, a que se aditam as naturais dificuldades linguísticas.

O sentimento de ódio e a sua revelação pela via criminosa não são, porém, realidades emergentes, antes evoluíram, disseminaram-se, banalizaram-se até de alguma forma numa sociedade sob uma influência crescente de engenharia social, num processo de alienação dos indivíduos e criação de exércitos de “trolls” humanos, controlados por interesses que se escondem sob slogans apelativos.

¹ Manual Procedimentos Hate No More, manual de apoio a vítimas de crime de ódio, Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) Portugal. Disponível em https://apav.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/Hate_No_More_Procedures_Handbook_PT.pdf

² Na definição de Fukuyama, Francis, *A Construção de Estados*, Gradiva, 2006. Conforme o Autor um Estado para implementar as suas políticas carece de duas valências: Força, ou seja, a injuntividade para fazer cumprir o quadro legal, e Capacidade, ou seja uma administração pública capaz de implementar e aplicar as regras em vigor.

A complexidade dos mecanismos geradores do Ódio exige uma análise pluridisciplinar, abarcando áreas como a biologia, a psicologia, as neociências e a sociologia, porém a sua leitura holística exige atender ainda ao peso das tecnologias de informação, só assim se podendo entender a sua verdadeira dimensão e impacto na segurança da sociedade e do Estado.

O Homem deve viver humanamente, o que tem de ser garantido pela sociedade. O Direito Penal enquanto “*ordem de liberdade e para a liberdade, uma ordem de segurança e para a segurança*”³ tem acompanhado o fenómeno, adaptando as tipificações em função da realidade social e qualificando o ilícito em termos da sua especial perversidade e censurabilidade. Porém, quando a reposição e/ou reparação da igualdade de direitos e oportunidades chega à *ultima ratio* constituída pela justiça penal, é sinal de que a sociedade falhou entretanto. Falhou nos processos de educação, de integração, enfim no processo de socialização próprio de um modelo de Estado de Direito Democrático. Importa pois, que quando chegue a este extremo, a administração não volte a falhar e que a Justiça faça a sua parte de forma célere, isenta e esclarecida.

Ódio

Existem várias definições relativamente ao que se entende por ódio, pela sua abrangência e aceitação internacional partamos do conceito da OSCE para a qual “*Ódio*’ é um sentimento associado a manifestações de extrema violência, hostilidade ou abuso contra a identidade social de um indivíduo. Quando enquadrado nos ‘crimes de ódio’ ou ‘violência motivada pelo ódio’, o termo adquire uma conotação emocional de difícil prova e que, por vezes, dificulta todo o processo judicial” (OSCE/ODHIR, 2009).

Falar de ódio implica, primeiramente falar de preconceito, “*os preconceitos alimentam-se de estereótipos, características atribuídas a uma pessoa ou a um grupo com base em categorias e generalizações grosseiras*”.⁴ O preconceito traduz-se, pois, num condicionamento do comportamento individual provocado pela perceção que temos do “outro” como diferente, logo, uma ameaça. A sua génese ascenderá, como a psicologia evolutiva tão bem o designa, à génese da humanidade, em que o clã, a tribo, se formavam como “endogrupo”, sobrevivendo em permanente conflito com o “exogrupo”, ou seja, os outros. Na base deste sentimento encontramos dois outros, indissociáveis, o *medo* e a

³ Costa, José de Faria, Poder e Direito Penal, in Direito Penal e Liberdade, Âncora Edições, 2021.

⁴ Williams, Matthew, A Ciência do ódio, Contraponto, 2021.

raiva, o medo permanente relativamente à ação do outro e que permitiu ao Homem sobreviver ao longo do seu processo de evolução. Porém, essa sensação de vulnerabilidade, de insegurança, conduz ao germinar do preconceito, do estereótipo. Por sua vez, a raiva tem os seus alicerces na frustração gerada pela insegurança resultante da solidão, da pobreza, do desemprego permanente, enfim de todo um quadro de problemas que pauta uma geração com uma incidência de problemas do foro psíquico preocupante (veja-se o estudo efetuado em Portugal após a pandemia o qual evidencia que os “jovens portugueses estão em sofrimento psicológico”⁵), sem valores nem objetivos, em busca de um sentido para a vida, o que consequentemente os torna mobilizáveis para grupos desestabilizadores do tecido social de natureza criminógena.

O ser humano, animal grupal por natureza, associa-se e repudia os outros com base em estereótipos e sentimentos positivos ou negativos, discriminando aqueles que considera como diferentes. Os códigos de conduta social baseados na moral pública e reforçados pela injuntividade oriunda do direito permitem manter o preconceito ainda no limiar do socialmente tolerável, ou melhor dizendo, não sancionável embora sempre reprovável. Quando o desconforto, a insegurança, geram violência sobre “o outro” com fundamento na pertença a um determinado grupo diferente, aí está ultrapassada a fronteira, entrando-se no domínio do Ódio.

A moderna criminologia tem demonstrado que o autor deste tipo de crime poderá não ter, e não tem por norma, sentimentos relativamente à vítima em concreto, descarrega nela os seus sentimentos ou pensamentos hostis acerca do grupo ao qual esta pertença com um duplo objetivo, punir “o outro” e dar um recado ao exogrupo. Trata-se, do ponto de vista científico de um sentimento que transcende as emoções negativas como a raiva e que transforma a vítima como parte de um grupo que é olhado pelo agressor como uma ameaça, pelo que há que o punir.

O ódio tem ganho uma nova e relevante dimensão com as redes sociais. Vítimas de anomia social, indivíduos psicologicamente instáveis e socialmente desintegrados aí procuram as suas “tribos”, um grupo com que se identifiquem, que padeça das mesmas fobias, que partilhe dos mesmos preconceitos. Naturalmente que o fazem sob uma cobertura de objetivo de vida, de busca de uma causa comum e não por se assumirem como falhados.

⁵ Expresso, 12 de dezembro de 2022.

Partindo dessa anomia inicial, grupos organizados, autênticos “engenheiros do caos”,⁶ ideólogos, engenheiros e especialistas em *big data*, “cultivam a cólera de cada um, sem se preocuparem com a coerência do conjunto” mobilizando, doutrinando e manipulando todos aqueles que se sentem revoltados com o sistema, infelizes, num processo de “desindividualização que faz quebrar os últimos constrangimentos de ordem social impeditivos de que o indivíduo ultrapasse a barreira do preconceito, passando à ação”.⁷ Assim, alimentando-se das emoções negativas, se dissemina o ódio grupal ao mesmo tempo que se reforça o sentimento de intolerância, o desejo de violência sobre o exogrupo, por via da disseminação maciça de *fake news* sobre grupos sociais, atingindo desde os homossexuais aos migrantes, dos judeus aos muçulmanos, sendo que este “bombardear” de informação gerado e exponenciado de forma tecnológica ganha dimensão global. Importa realçar que algumas minorias também recorrem a esta estratégia para impor as suas ideologias, tentando mais do que a igualdade de oportunidades, ganhar vantagens em face da sua qualidade.⁸

Este disseminar do discurso do Ódio, orquestrado por especialistas e difundido pelas redes sociais, serve de inspiração a grupos locais, regionais e internacionais por norma ligados à extrema-direita, mas, importa não esquecer, constituem-se também como um instrumento de radicalização utilizado com mestria pelo fundamentalismo islâmico e mobilização para o ativismo social, pela Extrema esquerda. Por fim, no hodierno quadro mundial, os jovens encontram-se especialmente recetivos a causas extremistas violentas, pelo que numa geração marcada pelo mimetismo não devem ser subavaliados riscos também no domínio da revolta urbana ou da criminalidade violenta.

O Profiling no Ódio

Um estudo científico realizado com base em crimes participados, efetuado no Departamento de polícia de Boston por dois investigadores da *Northeast University*, citado por *Mathew Williams*⁹ conduziu à identificação de quatro categorias de agressores motivados pelo ódio em função das suas motivações psicológicas e dos fatores ambientais, o mesmo é dizer “aquilo que guia o criminoso” e aquilo que “despoleta a sua ação”.

Uma primeira categoria engloba os denominados “*Criminosos de ódio que tem uma missão*”, os quais se consideram imbuídos de uma missão, um desígnio

⁶ Empoli, Giuliano da, *Os Engenheiros do Caos*, Gradiva 2023.

⁷ Idem, nota 2

⁸ Inácio, André, *O Estado de Direito está em Risco?* Jurismat, nº 14, 2021.

⁹ Já referenciado na nota 2.

superior de “passar a mensagem” a toda a comunidade por via da subjugação e, em casos extremos, da eliminação do exogrupo, recorrendo para tal à violência física extrema e ao homicídio.

O segundo lugar desta classificação é ocupado pelos “*criminosos de ódio por vingança*”. A retaliação ocorre por norma sobre membro inocente de grupo associado a um infrator. Este tipo de crime tornou-se frequente nos EUA após o atentado às Torres Gémeas ocorrido a 11 de setembro de 2001. Muçulmanos inocentes foram insultados e, muitos deles, violentamente agredidos nas ruas com base apenas numa forte reação anti-islâmica, motivada pela ignorância e pelo medo (o preconceito transformado em raiva e que conduz à vingança).

Seguem-se os designados “*Criminosos de ódio defensivos*”, divididos entre um forte preconceito e o ódio, apenas reagem quando sentem que o seu “território” se encontra em risco. Verifica-se nomeadamente quando uma família ou grupo de famílias migrante se instala num bairro onde existe já uma forte comunidade anterior, enraizada e que os vê como uma ameaça para a segurança da área, do património e dos seus filhos.

Por último, “*os Agressores que buscam adrenalina*”, os quais muitas das vezes nem sequer são motivados por questões de ódio, apenas atuando por motivação do grupo, assegurando assim a integração e até ascensão no seu seio. O efeito da socialização em bando conduz à prática de delitos de diversa natureza, tendo a sua expressão máxima de exacerbação da masculinidade na prática de crimes de ódio.

Naturalmente que o *profilling* não é uma ciência exata. O traçar de perfis ajuda a entender os fenómenos, constituindo uma ferramenta útil na prevenção e reação criminais ao classificar comportamentos padrão, mas não existem perfis “estanques”. Assim e conforme *Williams*,¹⁰ em situação concreta ou por manipulação do grupo, podem ocorrer alterações no comportamento, nomeadamente uma evolução do crime de ódio defensivo para um padrão de retaliação.

Os crimes de ódio no Direito Internacional Público

Os crimes de ódio atingem de forma particular os Direitos Fundamentais, pela sua dupla censurabilidade social, são crimes de delito comum, mas que carregam uma motivação fútil, comportam o objetivo mais amplo de afetar todo um grupo sempre que se atinge um indivíduo, visando uma assumida exclusão

¹⁰ Idem, nota 4.

do outro relativamente à vida em sociedade. Conforme a OSCE “*condenando expressamente motivações discriminatórias, leis adequadas no âmbito dos crimes de ódio carregam uma clara mensagem para os perpetradores: uma sociedade justa e humana não tolerará estes comportamentos*” (OSCE/ODHIR, 2009¹¹).

O Direito Internacional Público, vem trabalhando no sentido de combater a discriminação em geral e os crimes de ódio em particular produzindo um conjunto de obrigações efetivas sobre os Estados – impondo inclusive a criação, alteração e/ou revogação de leis e políticas nacionais por forma a cumprir com princípios de direito internacional e com as obrigações assumidas por cada Estado. São exemplos a destacar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,¹² a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres¹³ e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.¹⁴

Já no âmbito da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹⁵ contempla as questões atinentes à discriminação, observando um catálogo inicial de direitos e liberdades que foi sendo alargado por sucessivos protocolos, bem como um conjunto de proibições nomeadamente no que se refere à escravatura e ao trabalho forçado bem como a interdição da discriminação. O artigo 14.º da Convenção consagra o carácter universalista ao instituir que os direitos e liberdades previstos na Convenção devem ser gozados sem qualquer diferenciação alicerçada “*no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação*”.

Os crimes de ódio no Direito da União Europeia

Desde a sua génese, logo no Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia (1957)¹⁶ a UE tem desenvolvido instrumentos comunitários que condenam e proíbem atos de discriminação “*em razão, designadamente, do*

¹¹ Relatório Anual da OSCE/ODIHR 2009, Organização para a Segurança e Cooperação na Europa, 29 de abril de 2010.

¹² Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ONU/UN 18/12/1979.

¹³ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ONU/UN 18/12/1979.

¹⁴ Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ONU/UN, 13/12/2006.

¹⁵ Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), Roma, 4.11.1950

¹⁶ Tratado de Roma (CEE), Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, 25 de março de 1957.

sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”, conforme se pode ler no art.º 21º do Tratado de Lisboa,¹⁷ o qual, nos termos do art.º 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia aplica-se às instituições, órgãos e organismos da União Europeia e aos Estados-Membros “*apenas quando apliquem o direito da União*”.

O próprio Tratado da União Europeia (TUE)¹⁸ estabelece a não-discriminação como um dos valores comuns dos Estados-Membros em que assenta a União. Sendo que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que regula as competências da UE e estabelece os poderes necessários para o combate da discriminação por parte das instituições europeias, estipula “(...) *o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual*”.

No entanto, nenhum destes instrumentos jurídicos atribui aos Estados membros uma obrigação positiva de criminalização de condutas motivadas pelo ódio, o que veio ser colmatado de alguma forma pela aprovação, em novembro de 2008, da Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho¹⁹ onde se tipificação penalmente determinadas formas e manifestações de racismo e xenofobia, embora reconhecendo que em face das acentuadas diferenças que existem nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros quanto ao enquadramento dado a comportamentos racistas e xenófobos, não ser ainda possível a total harmonização dos direitos penais dos Estados neste aspeto. Ainda assim, a Decisão-Quadro vem responsabilizar os Estados membros pela adoção de sanções penais eficazes e proporcionais que incidam sobre condutas tipificadas.

São exemplo, conforme art.º 1: a punição penal, pelos Estados membros, das seguintes condutas, se cometidas com dolo, a incitação pública à violência ou ao ódio contra um grupo de pessoas ou os seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica; a incitação pública à violência ou ao ódio pela difusão ou distribuição públicas de escritos, imagens ou outros suportes; a apologia, negação ou banalização

¹⁷ Nota do Autor: O Tratado de Lisboa entrou em vigor a 1 de dezembro de 2009, foi assinado em Lisboa, a 13 de dezembro de 2007, no culminar da terceira Presidência portuguesa do Conselho da União Europeia.

¹⁸ Tratado de Maastricht, 7 de fevereiro de 1992.

¹⁹ Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia.

grosseira públicas de crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra definidos nos artigos 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional,²⁰ e a apologia, negação ou banalização grosseira públicas dos crimes definidos no artigo 6.º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional²¹ anexo ao Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945.

O Ódio no Direito Penal português

*“Os crimes de ódio encontram enquadramento no Código Penal português através de diversas vias, sendo duas das mais comumente referidas o crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência consagrado no artigo 240.º bem como o papel atribuído ao ódio motivado pelo preconceito enquanto circunstância qualificadora na al. f) do n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 2 do artigo 145.º”.*²²

Pela sua especial relevância iniciaremos a nossa análise pelo atual art.º 240.º do Código Penal, inicialmente associado ao crime de genocídio, aquando da sua consagração no Código Penal português de 1982 (art.º 189º) sob a denominação “Genocídio e discriminação racial” e que, entretanto, se autonomizou por força do Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de março, já sob a designação “Discriminação racial”.

O tipo criminal em causa visa tutelar o bem jurídico consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, sendo que Paulo Pinto de Albuquerque o interpreta no sentido da proteção de outros bem jurídicos como a integridade física, a honra e a liberdade (Pinto de Albuquerque, 2015). Entendemos, pois, poder atribuir-lhe também a tutela do art.º 37º “Liberdade de expressão e informação”, art.º 41º “Liberdade de consciência, de religião e de culto” e art.º 46º “Liberdade de associação”.

O crime de Discriminação, atualmente sob a epígrafe “Discriminação e incitamento ao ódio e violência” (art.º 240º), exige, desde a sua introdução no código penal, dolo específico “*com a intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar*”. Contudo, com a Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, verifica-se novo alargamento dos preconceitos determinantes de ódio, acrescentando a “deficiência física ou psíquica” sendo que o referido dolo específico foi convertido numa nova alínea d) do artigo.

²⁰ Estatutos de Roma do Tribunal Penal Internacional.

²¹ Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, 1945.

²² Idem. Nota 1.

Quanto ao tipo de ilícito objetivo, o n.º 1 do artigo 240.º, criminaliza a fundação, a constituição e o encorajamento de organização que incite 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, mas também quem participe na organização ou nas atividades. Já o n.º 2 do artigo 240.º, exige que a conduta seja tomada publicamente, através de um qualquer meio destinado à divulgação, consagrando assim o elemento objetivo do tipo “*publicamente, por qualquer meio destinado a divulgação*”.

Ainda a respeito do regime da Discriminação uma breve nota, não nos alongando por ser matéria do foro contraordenacional, para mencionar a Lei n.º 93/2017,²³ de 23 de agosto, a qual 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. Fica a referência.

Outra tipificação criminal que acolhe a punição dos crimes de Ódio é o Homicídio qualificado, (art.º 132.º do Código Penal), modalidade de atuação criminógena que se verifica sempre que o seu autor atue com especial perversidade ou censurabilidade (n.º.1) o que conduz a que, conforme Fernanda Palma,²⁴ “*o crime qualificado, diferentemente do crime especial, não representa um diferente tipo legal, mas somente uma variação de circunstâncias do tipo fundamental, dependendo da natureza dessas circunstâncias o elas terem de se dar no facto de o participante ou não, porque delas não depende a realização do tipo, fundamento da extensão da responsabilidade aos participantes*”. Assim, acrescenta a autora, “*a verificação por si das circunstâncias não preenche necessariamente o tipo, porque nem sempre elas transportam aquele valor negativo que o legislador considerou suscetível de revelar especial censurabilidade ou perversidade*”. Tal interpretação, que naturalmente acompanhamos, constitui-se da maior relevância nomeadamente quando ocorram situações de coautoria, na medida em que as mesmas devem ser consideradas quanto à ilicitude, mas também quanto à culpa, nomeadamente, importando apurar da verificação da especial censurabilidade ou perversidade na atuação do cúmplice, o mesmo é dizer na sua culpa.

²³ Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, 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.

²⁴ Palma, Fernanda, O Homicídio qualificado no Novo Código Penal Português, Revista do Ministério Público, 4º, n.º 15

Conforme Henriques²⁵ “qualquer infração cometida por intuíto contém em si um sintoma de inadequação às regras e princípios de fraternidade humana, que devem presidir a todo o comportamento social, cabendo, por isso, ao Estado cobrir o déficit com uma correção penal acrescida”. Assim, defende o autor que o homicídio cometido por desrespeito pela igualdade perante a lei deve ser mais severamente punido.

Na sua versão original,²⁶ o art.º 132º apenas consagrava o *ódio racial, ou religioso*, (n.º 2 al. d)), sendo que, pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, foi ampliado o seu conteúdo com a inserção do *ódio político*. Na revisão de 2013²⁷ o seu âmbito sofreu uma ampliação da tipificação, integrando agora a alínea “f) *Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima*”. Por fim, na sua atual versão, o tipo contempla os actos praticados com especial censurabilidade ou perversidade sendo “*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*”.

A análise do quadro de proteção jurídico penal dos crimes de ódio não ficaria completo sem atendermos ao teor do art.º 145º do Código Penal, o qual sob a epígrafe “*ofensa à integridade física qualificada*” contempla as ofensas que atentem contra a integridade física em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, remetendo, quanto à classificação para o n.º 2 do art.º 132º.

A tipificação do Crime de Ofensa à integridade Física Qualificada surge aquando da 22ª revisão ao Código Penal, levada a cabo por via da Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro. Conforme Ac. TRE de 17-04-2012:²⁸ “*Ocorre o crime de ofensa à integridade física qualificada do 145º, nº 1, al. a) e nº2 do Código Penal - por adaptação da circunstância desenhada para o homicídio no art.º 132º, nº 2, al. h) (prática do facto juntamente com pelo menos duas pessoas) - verificada a comparticipação de três agentes no facto, nada alterando a circunstância de a vítima se encontrar acompanhada se, em concreto, essa condição não atenua a situação de particular dificuldade em que se encontra, mantendo-se constante a desproporção entre agressores e vítima*”.

²⁵ Henriques, Manuel Leal e Santos, Manuel Simas, Código Penal Anotado, 2º Volume, parte especial, 3ª Edição.

²⁶ Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, correspondente ao art.º 138º do Projeto da Parte Especial do Código Penal de 1966.

²⁷ Lei n.º 19/2023, de 21 de fevereiro

²⁸ Ac. TRE de 17-04-2012

Conclusão

A tipificação autónoma dos crimes de ódio na lei penal permite desde logo um tratamento mais adequado no âmbito da criminologia, ao conceder visibilidade à verdadeira dimensão dos crimes de ódio, permitindo uma adequada atribuição de meios na prevenção, sensibilização e reação por parte do Estado.

Essa autonomização dos crimes de ódio traz dificuldades e vantagens aos operadores de justiça. Desde logo subsiste a dificuldade em provar a intenção através do comportamento do autor, por tal implicar a demonstração de que agiu em conformidade com uma motivação pessoal de reação ao exogrupo, ou seja, que atuou contra aquela vítima por ela ser parte de um determinado grupo.

Concomitantemente, a autonomização de um crime de ódio implica a verificação do ódio como fundamento do ato e exige a prova desta motivação cuja falta levará ao não preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para condenação, permitindo, no entanto, classificar o ódio como circunstância agravante, sendo o autor punido apenas pelo crime principal, não se recorrendo à agravação da pena concretamente aplicável por recurso ao 132º 2 f) do Código Penal. Assim, salvaguardando a acusação e eventual condenação do arguido.

Num momento em que a sociedade está particularmente fragilizada, os jovens em geral e os menos favorecidos em particular, encontram-se especialmente recetivos a causas extremistas violentas, sendo que a propaganda jihadista se constitui como o corolário das vulnerabilidades a que a sociedade se encontra atualmente exposta. Porém, numa geração marcada pelo mimetismo não devem ser subavaliados riscos também no domínio da revolta urbana ou da criminalidade violenta. O fenómeno de violência urbana que assola atualmente várias cidades nos EUA, em cuja génese se encontra um aparente excesso policial e cujo culminar foi uma decisão judicial, é um claro indício dos tempos que correm.

Também na Europa os exemplos de “explosão da raiva adormecida” canalizada para o ódio, se vão multiplicando, nomeadamente em França, onde qualquer manifestação, independentemente do motivo, se transforma numa batalha campal.

Cabendo ao Estado a grande fatia de responsabilidade na prevenção e criminalização desta tipologia criminal, naturalmente que a sociedade civil tem um papel a desempenhar neste processo, até por ser fundamental o conhecimento intracomunitário para o sucesso da atuação, ao qual, repete-se a Administração central e local não se podem alhear. Só uma parceria público-

privada inserida na comunidade, atuando ao nível das associações culturais, grupos desportivos e com o apoio dos líderes que representam todas as religiões, permitirá reunir parceiros não tradicionais, fundindo-se numa força global de união neste esforço. Escolas, Congregações Religiosas, Policiais, Serviços de Saúde, Serviços Sociais, e Proteção Civil, todos desempenham um papel na abordagem das questões locais, contribuindo para a integração dos jovens e potenciando a cidadania ativa.

Por fim, a Academia não pode ceder a pressões do politicamente correto, devendo tratar estas matérias com cientificidade, abertura e recorrendo à interpretação atualista, com as devidas limitações emanadas do art.º 9º do Código Civil, quer no que respeita à previsão, quer no que respeita à estatuição, face ao caso concreto, fomentando o debate público e produzindo a doutrina atualizada em face das novas realidades.

A denuncia, o repudio e erradicação do ódio, do discurso ao acto, é uma missão de todos, da Administração, da Academia, da Sociedade Civil, de cada um de nós enquanto cidadão.

Bibliografia

- Costa, José de Faria, Poder e Direito Penal, in Direito Penal e Liberdade, Âncora Edições, 2021.
- Empoli, Giuliano da, Os Engenheiros do Caos, Gradiva 2023.
- Fukuyama, Francis, A Construção de Estados, Gradiva, 2006.
- Henriques, Manuel Leal e Santos, Manuel Simas, Código Penal Anotado, 2º Volume, parte especial, 3ª Edição.
- Palma, Fernanda, O Homicídio qualificado no Novo Código Penal Português, Revista do Ministério Público, 4º, n.º 15
- Williams, Matthew, A Ciência do ódio, Contraponto, 2021.
- Vários, Manual Procedimentos Hate No More, manual de apoio a vítimas de crime de ódio, Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) Portugal.
- Vários, Relatório Anual da OSCE/ODIHR 2009, 29 de abril de 2010.

Legislação e Jurisprudência

- Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), Roma, 4.11.1950
- Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ONU/UN 18/12/1979
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ONU/UN 18/12/1979
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ONU/UN, 13/12/2006
- Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia
- Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Roma, 17/07/1998
- Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, 1945
- Lei n.º 65/98, de 2 de setembro
- Lei n.º 19/2023, de 21 de fevereiro
- Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, 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.
- Tratado de Roma (CEE), Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, 25 de março de 1957
- Tratado de Lisboa, Lisboa, 13 de dezembro de 2007
- Tratado de Maastricht, 7 de fevereiro de 1992
- Ac. TRE de 17-04-2012

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES



C E A D
FRANCISCO
SUÁREZ