

DIREITO PENAL E DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA – SUBSÍDIOS PARA UMA VISÃO HUMANISTA (*)

ANDRÉ LAMAS LEITE

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela mesma Universidade
Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra
Associado fundador e membro da Direção da Sociedade Portuguesa de Criminologia

*A nossa era é (...) [a do] individualismo não adulterado e da busca da boa vida,
limitada só pela exigência de tolerância (quando casada com [o] individualismo
autocelebrativo e livre de escrúpulos, a tolerância
só se pode expressar como indiferença).*

ZYGMUNT BAUMAN, *Ética pós-moderna*.

Sumário: 1. Introdução. Delimitação do objeto. 2. O conceito de «discriminação» para efeitos de proteção jurídico-penal. 3. Principais tipos legais de crime (nótulas esparsas). a) Homicídio qualificado (art. 132.º, n.º 1, e n.º 2, al. f) e l)). b) Devassa por meio de informática (art. 193.º). c) Furto qualificado (art. 204.º, n.º 1, al. c)). d) Dano qualificado (art. 213.º, n.º 1, al. e)). e) Ultraje por motivo de crença religiosa (art. 251.º). f) Impedimento, perturbação ou ultraje a ato de culto (art. 252.º). 3.1. Em especial, o crime de «discriminação (...) religiosa (...)» (art. 240.º). A. Evolução legislativa do preceito. B. Generalidades; bem jurídico protegido. C. Tipo-de-ilícito objetivo. D. Tipo-de-ilícito subjetivo. E. Concurso. F. Incapacidades eleitorais. G. Alguns aspetos de direito processual penal. 4. A finalizar.

Resumo: O presente artigo, depois de procurar fixar a noção de «discriminação» para efeitos jurídico-criminais, para o efeito lançando mão a fontes de Direito Internacional Público, Europeu e nacional, realiza uma análise perfunctória sobre alguns dos aspetos mais controvertidos de tipos legais de crime que mais diretamente contendem com a proteção da liberdade religiosa. Numa segunda parte, dado ser o tipo-de-delito fundamental nesta matéria, concentra-se especial esforço hermenêutico no crime p. e p. pelo art. 240.º, *in casu*, a discriminação religiosa, em perspetiva substantiva e adjetiva, terminando-se com algumas propostas de *iure condendo*.

Palavras-chave: discriminação, religião, credo, culto, discriminação religiosa, legitimidade processual penal.

Abstract: This article begins by trying to establish a concept of what «discrimination» stands for as far as Criminal Law is concerned. It does it by means of legal instruments from International Public Law, European Law and national law. Moreover, the author endeavours a perfunctory analysis of the main offenses aiming at protecting religious freedom. In a second part of the article special attention is focuses on the fundamental offense in the subject: article 240 of the Portuguese Penal Code (religious discrimination). The crime is analysed not only in terms of substantial Criminal Law, but also in Criminal Procedure ones, some *de iure condendo* proposals being made.

Keywords: discrimination, religion, belief, worship, religious freedom, criminal procedure legitimacy.

1. Introdução. Delimitação do objeto

1. Porquanto o Direito se baseia no facto da imperfeição de cada ser humano, a sua base filosófica é de um *pessimismo, rectius*, de um *realismo antropológico*, pois melhor quadra à natureza deste ramo do Saber uma perspetiva menos valorativa na altura do julgamento da natureza humana. Esse realismo antropológico é, em nossa

opinião, e em grande medida, a razão fulcral da velha querela sobre se o Direito é uma verdadeira *ciência* ou, ao invés, uma *técnica*, quase uma *arte* (a *ars romana*). Debalde pretendeu o positivismo jurídico reclamar para as ciências sociais e humanas esse estatuto científico. Dizemos debalde visto que, em nosso entender, se gastaram muito tempo e energias numa discussão que, na prática se revela estéril. As ditas «ciências sociais e humanas» não serão menos importantes para o equilíbrio e a manutenção sociais se não forem tidas como «verdadeiras» ciências, já não falando no desacordo que graça quanto àquilo que, mesmo nas ditas «ciências duras», seja uma «*verdadeira ciência*».

Para nós, o Direito, *mais técnica que ciência*, sempre foi, é e será a arte dos equilíbrios entre interesses contrastantes no específico facto social a regular. Ora, dificilmente em outro domínio como no da *discriminação* se vislumbra, de jeito mais desassombrado, uma aparente ausência de *justa de interesses*. Na verdade, o que conflitua com a exigência, juridicamente tutelada, de *respeito pela diferença*, ademais quando, em múltiplos desses fatores distintivos, o concreto indivíduo objeto da discriminação em nada contribuiu para a circunstância (pensemos na cor, raça, deficiência ou, para alguns, mesmo a orientação sexual)? Ainda nas construções herdadas pela educação, mas depois alvo de uma escolha mais ou menos consciente, como sucede na crença religiosa, nas convicções filosóficas, éticas, morais e ideológicas, o que se acha no outro prato da balança? A não ser que se eleja a concepção reinante num dado local e num dado momento histórico no que tange a qualquer um desses aspetos (ainda que sublimados numa ideia de «moral pública» ou «paz pública»), e a tarefa assumida pelo Estado de a garantir. Todavia, tal conflituaria com o próprio *princípio do Estado de Direito de democrático* (artigos 1.º e 2.º, da Constituição). Aliás, é um facto histórico que essas concepções foram usadas por regimes autoritários e ditatoriais, de direita e de esquerda, para justificar uma intervenção penal que nada mais era que o *braço armado do Estado ao serviço da classe reinante*. Conceitos indeterminados como o «são sentimento do povo» ou a contrariedade à «revolução operária» aí estão para o demonstrar de modo descarnado.

Dir-se-á, assim, que, no específico domínio jurídico-criminal, atenta a relevância dos bens jurídicos protegidos, nada existe a ponderar. No homicídio, no furto, no abuso sexual de crianças, na traição à Pátria, nos crimes fiscais, também nada há que valorar do prisma de um «interesse» do agente do crime. Assim é. Na verdade, é exatamente esta inexistência de um correlato no outro prato da balança que autoriza o

ordenamento a impor as sanções mais gravosas que conhece. É isto, também, em nosso juízo que, a final, distingue a ilicitude criminal da civil, administrativa, fiscal, constitucional e que dá uma resposta afirmativa à velha questão de saber se existe ou não uma específica ilicitude penal. Donde, até aqui, neste périplo argumentativo, nada se vislumbra de singular no delito de discriminação. De acordo.

Porém, logo nos damos conta de que o objeto das reflexões que se seguirão comporta algo de distinto de outros crimes, embora se não trate de uma característica que lhe seja única. Referimo-nos à umbilical ligação do ato de discriminar à estrutura mais íntima, mais personalista da vítima do delito, ancorada de jeito lídimo na *dignidade da pessoa humana*. Temo-nos referido, como outros Autores, à cabeça dos quais FIGUEIREDO DIAS, ao extremo cuidado com que a penalística deve tratar este conceito, embora dele tenhamos uma visão um pouco distinta daquele eterno Mestre ⁽¹⁾, sob pena de essa dignidade nada significar, de tão poida utilização vem amiúde conhecendo. Todavia, é a vulneração da igualdade entre todos os seres humanos e a cultura de respeito que mais profundamente define cada um deles que se acha vulnerado pelo ato discriminatório. Mais ainda, a vítima não é só representante de si mesma mas, em variadas factuais típicas, ela surge como a «ponta do icebergue» de um conjunto lato de pessoas que partilham aquela mesma característica. Destarte, há um efeito de vulneração particularmente carregado, se e na medida em que é um leque mais amplo de indivíduos que, indiretamente, se sente lesado e receoso que esse particular aspeto do seu *habitus* externo ou interno (PIERRE BORDIEU) o torne numa próxima vítima, assim afetando, tantas vezes de jeito indelével, o direito à paz que o Estado deve assegurar. Estamos em face de um *delito emblemático*, não apenas no que tange ao seu núcleo de ilicitude e de culpa, mas também de possibilidades de

(*) O presente escrito tem por base o texto que preparámos para o *I Congresso Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa*, subordinado ao tema geral: *A Intolerância Religiosa na Europa de Hoje: Realidade ou Mito?*, nos dias 27 e 28 de abril de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Na pessoa do Presidente da Comissão Organizadora, Senhor Prof. Doutor PAULO PULIDO ADRAÇÃO, desejamos manifestar o nosso profundo agradecimento pela honra do convite. Tendo em conta a natureza e o tempo destinados à intervenção, o leitor compreenderá, por certo, a sua limitação em termos de assuntos abordados, bem como uma certa parcimónia nas referências doutrinárias e jurisprudenciais. Entendeu-se mais conforme ao desiderato que nos foi solicitado privilegiar o texto em detrimento do «pretexto» e de uma certa «erudição» que desvirtua, em muito, o sentido das afamadas «notas de rodapé».

⁽¹⁾ Pode ver-se a nossa conceção, a propósito do crime de violência doméstica, em «A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito e a Criminologia», in: *Julgar*, 12 (2010), pp. 25-66, «Uma ponte luso-cabo-verdiana a propósito da “violência relacional íntima”», in: *Revista Direito & Cidadania* (no prelo), e «La violencia doméstica, en especial la violencia relacional íntima: panorámica del Derecho Penal y Procesal Penal portugués», in: RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES (org.), *Violencia de género y Derecho Penal*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela (no prelo).

vitimação do ofendido, ele mesmo *símbolo de uma comunidade mais extensa*. Não será por acaso que, nos EUA, os delitos associados à discriminação são tratados na base dos *hate crimes* ou das *bias-motivated offenses*. Ficará para um futuro trabalho – assim o esperamos – o tratamento autónomo deste instituto e das vantagens ou inconvenientes da sua adoção *qua tale* no espaço jurídico europeu.

2. Intervir no domínio normativo assim já mais delimitado corresponde a uma obrigação do legislador penal, em estrito cumprimento dos mandamentos constitucionais – para já não nos referirmos às normas de Direito Internacional Público e Europeu ⁽²⁾ – resultantes das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 2.º («(...) respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (...)»), 9.º, al. b), 13.º, 19.º, n.º 6, 26.º, n.º 1 (no segmento «identidade pessoal», «desenvolvimento da personalidade» e «proteção legal contra quaisquer formas de discriminação»), 37.º, 41.º, 45.º e 46.º, constituindo limites materiais de revisão constitucional (art. 288.º, al. d)). Nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA e de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO ⁽³⁾, «[a] liberdade de consciência (...), a liberdade de religião (...) e a liberdade de expressão constituíram-se inegavelmente como um espaço matricial (o *espaço-mãe*) de onde brotaram todos os demais direitos fundamentais. A garantia desses bens tornou-se condição *sine qua non* para reconhecer a existência de um *Estado Constitucional* na sociedade contemporânea (...)». A Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou Crença ⁽⁴⁾ alinha pelo mesmo diapasão, ao mostrar-se convicta de que «a liberdade de religião e de crença devem também contribuir para o cumprimento dos objetivos da paz mundial, justiça social e amizade entre os povos e para a eliminação das ideologias ou práticas de colonialismo e discriminação racial».

⁽²⁾ Entre uma pletera de normas, cf. o art. 10.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – CDFUE – (para uma análise, ANABELA DA COSTA LEÃO, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III (2006), pp. 41-76), permitindo-nos salientar a expressa previsão do conteúdo da «liberdade de mudar de religião ou de convicção», já prevenido no art. 9.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o seu Protocolo n.º 12, adotado em Roma, em 4/11/2000, onde se prevê uma «interdição geral de discriminação», de entre as quais se encontra a religião (art. 1.º, n.º 1); o art. 18.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); o art. 18.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP). Mesmo instrumentos de *soft law*, como a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou Crença (DETFIDBRC), proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 36/55, de 25/11/1981.

⁽³⁾ *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lisboa: Lex, 2000, p. 141.

⁽⁴⁾ Citada *supra*, considerando 6.º

Donde, é deveras estranho que a discriminação por motivos religiosos apenas tenha sido considerada delito com a revisão do Código Penal (CP) ⁽⁵⁾ de 1998. Não sendo esse o nosso domínio de especialização, sempre diremos que, ao que julgamos, seria ao menos discutível se, até 1998, não estaríamos perante uma *inconstitucionalidade por omissão* (art. 283.º da Constituição). Sabe-se que, maioritariamente, na doutrina e jurisprudência, se propende para a inexistência de imposições de criminalização na Lei Fundamental, exceto nos casos em que esta última a tal se refere, como sucede no art. 117.º, n.º 3 ⁽⁶⁾. Todavia, como tem defendido FARIA COSTA ⁽⁷⁾, o modo de relacionamento específico entre o Direito Constitucional e o Direito Criminal, de mútua referência sistémica, não parece admitir que esse princípio se erija de forma absoluta. Assim, partindo das exigências cumulativas que JORGE MIRANDA identifica como essenciais para a existência de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão, sem prejuízo de futuro estudo, entendemos que a mesma se verificava. Na verdade, «o não cumprimento da Constituição deriva da violação de certa e determinada norma» (*in casu*, os preceitos atrás mencionados); trata-se «de norma não exequível por si mesma», como facilmente se infere, e «nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falta[vam] as medidas legislativas necessárias para tornar exequível[is] aquela[s] norma[s]» ⁽⁸⁾. Seja como for, o problema, hoje em dia, como é evidente, não se coloca.

3. Qual o percurso, então, que nos propomos trilhar? Depois de nos munirmos de um conceito operatório do que seja a «discriminação» em termos de Direito Penal, veremos, de jeito necessariamente perfunctório, alguns dos tipos legais de crime que, de modo mais direto, têm que ver com a proteção da liberdade religiosa ou, dito de outra maneira, que visam impedir obstáculos ilícitos ao exercício da liberdade de religião, pensamento ou de culto. Sobre eles lançaremos um olhar orientado para algumas questões que temos por mais complexas na respetiva hermenêutica, seja ao nível do tipo-de-ilícito objetivo ou subjetivo, seja da culpa ou do concurso entre

⁽⁵⁾ Doravante, qualquer referência a um ou mais preceitos desacompanhada da indicação do diploma de onde promanam deve entender-se por feita para a atual versão do Código Penal português.

⁽⁶⁾ Sobre a matéria, JOSÉ DE FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 201, ss..

⁽⁷⁾ *O perigo...*, pp. 206, e 209, ss., com exemplos, admitindo a «(...) inexistência de proibição constitucional de penalização» (*ibidem*, p. 217).

⁽⁸⁾ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 518. Em geral, sobre a matéria da inconstitucionalidade por omissão, *ibidem*, pp. 507-527, e bibliografia aí citada.

normas. Donde, não se tratará – muito longe disso – de um «comentário» sistemático a cada um dos tipos legais que identificámos.

Num momento seguinte, dedicaremos a nossa atenção àquele que é, segundo nós, o delito fundamental na matéria – o vertido no art. 240.º Depois de identificarmos o bem jurídico tutelado e de traçarmos um bosquejo histórico sobre o preceito, enfrentaremos algumas das questões mais problemáticas do respetivo tipo objetivo e subjetivo, a que acrescentaremos reflexões de direito adjetivo. Sempre que útil para compreender a realidade nacional, para estabelecer paralelos ou pontos de fuga, lançaremos mão dos preceitos homólogos de Estados do nosso entorno cultural e do jeito como, em alguns deles, a doutrina vai fazendo o seu tratamento.

2. O conceito de «discriminação» para efeitos de proteção jurídico-penal

O conceito operativo de «discriminação» para o domínio jurídico-criminal só poderá ser – desde logo em virtude do *princípio da unidade da ordem jurídica* – aquele que se acha plasmado em textos de Direito Internacional Público, de Direito Europeu e de Direito nacional infraconstitucional, assim como em instrumentos de *soft law*, *maxime* as Recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Existe uma série de instrumentos legislativos que tratam da discriminação racial e, dos quais, de modo supletivo, o intérprete poderá lançar mão, em casos de fundada dúvida ⁽⁹⁾. Todavia, a título principal, e delimitando-a pela afirmativa, o que seja discriminação por motivos religiosos resulta de instrumentos que *expressis verbis* se dediquem à temática (de fonte internacional e interna), até porque o Direito Penal é

⁽⁹⁾ Assim, a Lei n.º 7/82, de 29/4, a qual aprova a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIETFDR) dispõe de uma noção do termo em estudo que é praticamente coincidente com a da Lei n.º 134/99, de 28/8 (regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 111/2000, de 4/7), a qual define uma série de comportamentos ativos ou omissivos, de modo exemplificativo, como atos discriminatórios, punidos como contraordenações, com coimas diferenciadas para pessoas singulares e/ou coletivas e com sanções acessórias. Salientamos ainda, nesta mesma Lei, a disposição contida no seu art. 13.º, em conformidade com o qual a hermenêutica e a integração de lacunas advenientes desse ato legislativo se devem resolver por recurso às normas e princípios da DUDH, à CEDH e à CIETFDR. De idêntico modo, na discriminação religiosa, os dois primeiros documentos devem servir os mesmos desideratos. Do mesmo passo, a Lei n.º 18/2004, de 11/5, transpõe para a ordem jurídica nacional a chamada «Diretiva Raça» – Diretiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29/6/2000, *JOCE*, de 19/7/2000 –, contribuindo de jeito decisivo para a densificação do conceito e, sobretudo, introduzindo as noções de «discriminação direta» e «indireta», às quais também se pode e deve recorrer no âmbito da discriminação religiosa. Voltaremos a este ponto, *infra*, em texto. Ao abrigo do art. 2.º da citada Lei n.º 18/2004, a discriminação racial abrange o *assédio*, definido como tendo por objetivo ou efeito afetar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador e abrangendo *instruções* no sentido de discriminar com base na raça ou etnia – instigação ou autoria material. Cremos que ambas as hipóteses são transponíveis para a dimensão religiosa.

especialmente rigoroso na importação de conceitos de outros ramos do ordenamento quando não seja esse mesmo Direito Criminal (como sucede com as «leis penais em branco») a determiná-lo, por violação do princípio da legalidade (art. 29.º, n.º 1, da CRP, e art. 1.º), bem como veta em absoluto o recurso à analogia incriminatória (art. 1.º, n.º 3).

Assim, a já citada Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou Crença, no seu art. 2.º, n.º 2, define «intolerância e discriminação baseada na religião ou crença» como «qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na religião ou crença e que tenha por objetivo ou como efeito a eliminação ou a impossibilidade do reconhecimento, fruição ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais numa base de igualdade»⁽¹⁰⁾. Constitui essa discriminação, nos termos da mesma Declaração, «uma afronta à dignidade humana e um repúdio dos princípios da Carta das Nações Unidas» (art. 3.º), obrigando-se os Estados-Partes a «tomar medidas efetivas para prevenir e eliminar» essas discriminações (art. 4.º, n.º 1).

Da Constituição (art. 41.º) e da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho (Lei da Liberdade Religiosa – doravante LLR –, art. 1.º) retira-se que a discriminação pode dizer respeito à consciência, à religião *qua tale* e/ou ao culto. Por outro lado, pretende-se que a discriminação abranja situações de prejuízo injustificado, mas também de benefício sem fundamento – o art. 2.º, n.º 1, da LLR refere-se a privilegiamento, benefício, prejuízo, perseguição, privação de qualquer direito ou isenção de qualquer dever «por causa das suas [dos cidadãos] convicções ou prática religiosa». Onde, não é só a habitual vertente *negativa* da discriminação que pode fazer intervir o Direito Penal, mas também uma sua feição, digamos, *positiva*. Obviamente que, como todos os direitos fundamentais, também a liberdade religiosa admite restrições. No que para nós mais importa, a coberto dela não se podem justificar crimes, *v. g.*, invocar uma convicção religiosa para furtar determinados bens tidos como intrinsecamente malignos, ou, no limite, mutilar ou mesmo matar um fiel como dádiva em sacrifício a uma divindade (claramente, o art. 6.º, n.º 2, da LLR e, antes dele, o art. 18.º, *maxime* o seu n.º 2, da Lei Fundamental).

Ainda no âmbito da demarcação do que seja a «discriminação religiosa», distinguem-se legalmente «direitos individuais de liberdade religiosa» de «direitos

⁽¹⁰⁾ Essencial é ainda o art. 6.º desta Declaração, na enumeração exemplificativa dos conteúdos específicos da liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença.

coletivos», dimensões que passam por uma profissão intrínseca, do domínio da interioridade e consciência de cada um, ou da sua exteriorização ou manifestação em atos visíveis para a comunidade em geral da pertença a uma dada religião ou credo, nomeadamente por intermédio da realização ou assistência a atos de culto ou de adoração ⁽¹¹⁾. O Direito Penal, nos vários tipos legais de crime orientados a desenhar um programa eficaz e estruturado de proteção da liberdade religiosa e de, dizendo-o pela negativa, obviar, naquilo que é o seu específico campo de atuação, à discriminação por esses mesmos motivos, teve esta distinção bem presente, porquanto ela perpassa os variados *modi ædificandi criminis*. Vejamo-lo então.

3. Principais tipos legais de crime (nótulas esparsas)

a) Homicídio qualificado (art. 132.º, n.º 1, e n.º 2, als. f) e l))

1. Al. f). Sem tratar de curar aqui do problema de saber se estas circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio fazem parte do tipo-de-ilícito subjetivo ou do tipo-de-culpa ⁽¹²⁾, certo é que, para o que releva no tema de que ora tratamos, a criação de um tipo ao qual o legislador associa uma punição mais severa contende com a motivação, com uma especial *Gesinnung* do agente.

Este atua com o desiderato de tirar a vida a outro ser humano apenas e tão-só, em sede das respetivas motivações, porque a vítima pertence – ou o agente julga pertencer, o que pode colocar o problema da relevância do erro sobre uma circunstância qualificadora – a uma dada religião em relação à qual o agente sente ódio. E note-se que não se exige, para o preenchimento do tipo, que a vítima efetivamente seja uma observadora das prescrições dessa religião, mas que surja na representação do agente como professando-a, ainda que não participe, p. ex., em rituais externos de manifestação dessa religiosidade. O que aqui releva é o modo como a

⁽¹¹⁾ O já citado art. 10.º, n.º 1, da CDFUE, muito justamente, refere-se a uma *dimensão coletiva* da liberdade de pensamento, consciência e de religião, afirmada em público, «através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos» (praticamente copiado do art. 9.º, n.º 1, da CEDH). Em sentido próximo, já antes, o art. 1.º, n.º 1, da DETFIDBRC.

⁽¹²⁾ Vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Anotação ao art. 132.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 25-28 (no sentido da culpa), e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, pp. 348-349 (em sentido idêntico). Defendendo uma *tese diferenciadora*, no sentido de umas circunstâncias revelarem através da *ilicitude* e de outras pela culpa, vide TERESA SERRA, *Homicídio qualificado. Tipo de culpa e medida da pena*, 4.ª reimp., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 65-66.

vítima é encarada pelo agente, como professando, direta ou indiretamente, com maior ou menor fervor, uma dada religião. Dito de outro modo: visto não perfilhar dos ideais dessa religião ou por qualquer outro motivo (a lei não o distingue), a decisão de dar a morte, dolosamente, ocorre como uma espécie de «vingança» do agente em direção a essa religião.

Bem se pode dizer que, mais do que a vítima *de per se* considerada, como uma pessoa singular, a agravação justifica-se *se e na medida* em que a mesma é parte de um grupo que se caracteriza por perfilhar um dado conjunto de valores. O acréscimo punitivo encontra o fundamento na *violação do direito à pertença e eventual manifestação externa* (que, repete-se, não é exigida como elemento do tipo) *de uma dada religião*. Mais do que um bem jurídico de natureza individual há, pelo menos – para não dizermos primacialmente –, uma *feição supraindividual* na proteção jurídico-penal concedida. O Direito Criminal é chamado a assegurar, para além dos demais ramos de Direito, que quem deseja professar uma religião não veja vulnerado qualquer dos direitos de que é titular na sua esfera jurídica, *maxime*, o direito à vida. E, neste sentido, como é evidente, o legislador pretende passar a mensagem de que a vida *qua tale* é bem supremo que importa proteger independentemente dos predicativos que cada ser humano lhe vá juntando: orientação sexual, religião, orientação política ou ideológica.

O tipo só se acha preenchido com uma especial atitude de desagrado quanto à religião da vítima – a lei exige *ódio*, entendido como repulsa, desejo de vingança, sentimento orientado à eliminação, algo que não pode ser suportado pelo agente do crime, muitas vezes (ou quase sempre) determinado por razões não totalmente explicáveis pela Razão. O que não significa que quem assim atue o faça em estado de inimputabilidade. Pode ou não suceder, em função do preenchimento ou não dos requisitos do art. 20.º *Bref*: o «ódio» não é indício de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída, porquanto se trata de um sentimento natural no ser humano, sem que isso importe, *de facto et de iure*, uma exclusão da culpa por via da inimputabilidade.

2. Al. 1). Nesta alínea 1), a razão da qualificação continua a ser, a nosso ver, mais de alcance *supraindividual* que individual. Não se pune de modo acrescido aquele que mata outra pessoa sem mais, mas quem sabe que a vítima desempenha uma função no âmbito de uma religião, de a administrar, e que é exatamente em virtude

desse facto que, na representação do agente, deve ser privada da vida. Está no exercício das funções de culto, v. g., no cumprimento do múnus religioso de que se acha revestido, praticando rituais próprios de uma específica religião ou cerimónias similares.

Aqui é *a própria religião*, com as suas regras, que dirá ao intérprete o que se entende por «exercício das funções», sendo este segmento normativo uma verdadeira «norma penal em branco», a ser preenchida por normativos provenientes de outras regiões normativas que não o Direito, *in casu*, a Religião. Aqui está um exemplo em que a laicidade do Estado não pode deixar de atribuir relevo às convenções livremente estabelecidas por uma religião, apenas e tão-só na medida em que elas relevam como um verdadeiro *direito de personalidade*, um *bem jurídico* que o Direito Penal entende tutelar. O nosso ramo de Direito reconhece, por via constitucional, desde logo, que a *vivência religiosa* é uma *dimensão humana imanente* e que, para quem a deseja professar, essencial a uma completude no exercício da vivência enquanto pessoa.

A qualificação pode dar-se, em alternativa, quando a vítima, mesmo não estando no exercício efetivo das suas funções como ministro do culto, seja morto devido a elas. Por esse simples facto, ainda que no desempenho de atividades que em nada contendem com o seu múnus religioso, v. g., na sua vida puramente pessoal, na rotina diária. Aqui, mais uma vez, é a ideia de *ódio religioso* que encontra uma corporização num indivíduo concreto, representativo desse conjunto de princípios e valores em que se materializa uma religião. Donde, em nossa perspetiva, o que está em causa é, mais uma vez, concretizar o que já atrás dissemos a propósito da al. f).

b) Devassa por meio de informática (art. 193.º)

Está em causa o direito à proteção de dados informatizados de natureza sensível, com assento constitucional (art. 35.º), porquanto dizem respeito a aspetos da vida privada dos cidadãos que os mesmos, como regra, não desejam revelar, na medida em que os enquadram em certos grupos de pertença, o que pode trazer consequências desvantajosas no quotidiano.

Note-se que estamos perante um *crime de dano* ⁽¹³⁾, visto que a criação, manutenção ou simples utilização desses ficheiros, é, em si, apta a lesar o direito à «autodeterminação informacional» (*informationelle Selbstbestimmung*). Tal é bem justificado com base na natureza sensível dos dados informatizados e, por outro lado, pela circunstância de os mesmos serem individualmente identificáveis, ou seja, como elemento do tipo objetivo exige-se que as bases de dados permitam que quem a elas acede conheça, de jeito individual, nominalmente, as convicções, *in casu* religiosas, do indivíduo que nelas se acha inscrito.

Identificado o bem jurídico, importa agora sublinhar o porquê da natureza sensível dos dados atinentes às convicções religiosas. Tal prende-se com o direito fundamental à liberdade religiosa *qua tale*, o qual envolve uma *dimensão negativa*, de que se não saiba publicamente se e qual a convicção religiosa professada por cada sujeito. E isto na medida em que se reconhece que esta dimensão da vida, contendo porém uma vertente coletiva, clara nos rituais próprios de cada uma delas, também engloba uma *dimensão solipsista*, que não tem de ser revelada salvo se o respetivo titular assim o desejar. Assim é, por um lado, porquanto na atuação pública do cidadão este é um dado irrelevante, no sentido em que, para o funcionamento da sua capacidade de exercício de direitos, não é necessário professar ou não uma dada crença ou religião, atento o caráter laico do Estado e a separação entre as Igrejas e o Estado, e, por outro, na medida em que, contendendo uma dada opção religiosa com aspetos de cariz tão profundo, se pretende obviar aos riscos de eventuais prejuízos daí advenientes. É óbvio que se não trata de uma qualquer preocupação alicerçada em pressupostos seculares, hoje inapropriados, de que há sempre discriminação, direta ou indireta, por se professar uma religião, mas seria também farisaico negar que tal pode acontecer e sucede. Estamos, assim, em face de uma *norma de cuidado* que o legislador – e bem – erigiu em função das regras do normal acontecer humano e social de que se deve munir. E note-se que essa preocupação é de tal forma instante na *mens legislatoris* que a tentativa é punível, mesmo que a moldura penal abstrata não atinja o limiar mínimo de relevância geral desta forma especial de surgimento do delito a que se refere o art. 23.º, n.º 1.

⁽¹³⁾ Já J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 193.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. I., pp. 744-745, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 523.

c) Furto qualificado (art. 204.º, n.º 1, al. c))

A qualificação do furto assume, na al. c), do n.º 1, do art. 204.º, uma *vertente funcional*. O que justifica o *quantum* acrescido de pena e a criação de um tipo qualificado contende com a *função* a que a coisa furtada está adstrita: «ao culto religioso (...) e que se encontre em lugar destinado ao culto (...)».

Donde, há aqui um pressuposto objetivo de natureza *cumulativa* que terá de verificar-se para a consumação e que aponta para uma *dupla condicionante da agravação*. Não apenas a natureza em si da coisa, adequada, própria, para a veneração do culto em questão, mas também a sua localização espacial onde habitualmente se desenrolem os atos ou rituais conexions com esse culto. Somente quando a coisa furtada é adequada ao culto e é furtada no e do espaço a tal destinado se preenche o tipo objetivo, o que, em nossa opinião, demonstra que a proteção deferida pelo Direito Penal se não cinge – e bem – à coisa em si mesmo considerada, mas quando a mesma se situa no seu «*locus natural*». Dito de outra forma, é nosso entendimento que esta norma mais não é que uma outra maneira de garantir que os atos de culto decorram pacificamente e com a disponibilização dos meios (aqui, coisas móveis) a tal necessário. Se, p. ex., o legislador se tivesse limitado a deferir esta proteção qualificada apenas e tão-só à coisa afeta ao culto religioso, a norma seria de constitucionalidade material duvidosa atenta a natureza laica do Estado e os limites da própria liberdade religiosa. Donde, se, v. g., um ostensório é furtado do interior de uma igreja católica, ou uma Tora do interior de uma sinagoga, ainda que, ao *tempus delicti*, não decorra qualquer atividade religiosa, i. e., rito, ritual ou cerimónia, há lugar à qualificação. Se essas mesmas coisas se encontrarem, p. ex., para restauro em estabelecimento comercial da especialidade, a não ser que estejamos perante outra circunstância qualificadora, não será por esta que agora se encontra em estudo que a pena se achará agravada. O que vem de dizer-se tem ainda de ser interpretado em conformidade com a remissão para outra norma que, *in casu*, é a LLR que, no seu art. 21.º, n.º 1, al. a), densifica o conceito, embora referindo-se a «fins religiosos» que, aqui, julgamos na quase totalidade (para não dizer sempre) sobreponível ao conceito de coisas «afeta[s] ao culto religioso».

Situações de hermenêutica mais sensível contendem com as hipóteses em que os atos de culto saem, mas respeitando as normas de cada uma das religiões, para o espaço público, como sucede, p. ex., numa procissão. Essas coisas móveis,

literalmente, não se acham em «lugar destinado ao culto», não podendo patrocinar-se a interpretação segundo a qual, nessa circunstância, as ruas percorridas pela procissão, v. g., sejam, ainda que momentaneamente, «lugar[es] destinado[s] ao culto». E nem o facto de o tipo objetivo não exigir que o seja «habitualmente» nos parece depor em sentido contrário. Contra um tal resultado exegético sempre se oporia, a nosso ver, a preocupação restritiva que se deteta no modo como o tipo foi construído. Para além disso, cremos que até estaríamos fora das margens de uma sempre controvertida interpretação extensiva em Direito Penal para reentrarmos no terreno da analogia proibida (art. 1.º, n.º 3). O argumento de que o carácter simples ou qualificado do furto, nesta hipótese, depende de uma circunstância mais ou menos fortuita – qual seja, a de se encontrar ou não num dado local – não tem valor de convencimento, porquanto foi essa mesma redução teleológica a pretendida pelo legislador. Para além de que sempre se deixaria uma via aberta ao arbítrio: se, p. ex., as conhecidas «Sagradas Famílias» que, em algumas paróquias católicas ainda vão circulando de casa em casa, fossem furtadas, também se poderia dizer que havia lugar a esta qualificação? Se se respondesse afirmativamente, estaríamos a transformar qualquer residência em que se encontrem objetos normalmente utilizados no culto religioso como «lugares de culto» para efeitos da lei penal, o que é manifestamente irrazoável ⁽¹⁴⁾.

d) Dano qualificado (art. 213.º, n.º 1, al. e))

A formulação utilizada nesta norma é a mesma que a do furto qualificado anteriormente anotado, motivo pelo qual se remete para o que atrás dissemos. Merece ainda referência a obrigação assumida pelo Estado Português, através da Concordata de 2004 (art. 7.º), da «proteção dos lugares de culto e dos eclesiásticos no exercício do seu ministério», bem como o previsto no art. 30.º da LLR (de conteúdo praticamente decalcado para a Concordata – art. 24.º), o qual trata das formalidades a obedecer para que se proceda à demolição ou destinação a outro fim diverso do religioso de «templo, edifício, dependência ou objeto do culto». Caso esses condicionalismos se não verifiquem – se estiverem preenchidos, a conduta, por *atípica*, é penalmente irrelevante –, preenchidos os demais requisitos do art. 213.º, n.º 1, al. e), a conduta é

⁽¹⁴⁾ Embora não se ocupando diretamente da factualidade concreta aqui apresentada, julgamos que JOSÉ DE FARIA COSTA, «Anotação ao art. 204.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 62-63, se pronunciaria em idêntico sentido.

punível a título de dano qualificado. Ter-se-á, ainda, de prestar atenção ao que se entende por *destruir* (total ou parcialmente), *danificar*, *desfigurar* ou *tornar não utilizável*.

Destruir significa que a coisa, total ou parcialmente deixa de poder ser utilizada para o quadro normal de funções que deve desempenhar; *danificar* importa uma diferença de grau, porquanto a coisa, apesar de poder ainda ser utilizada na sua função, necessita ser reparada para que tal possa voltar a suceder; *desfigurar* comporta uma atuação que modifica o normal aspeto externo da coisa, tornando-a ou não utilizável de futuro; *tornar não utilizável* parece-nos uma menção redundante, atentas as definições atrás expendidas, mas o legislador terá pretendido fechar todo o eventual espaço livre que pudesse restar e em que a propriedade pudesse ser vulnerada ⁽¹⁵⁾.

e) Ultraje por motivo de crença religiosa (art. 251.º)

A inserção sistemática do tipo depõe, desde logo, no sentido do cariz *supraindividual* do bem jurídico protegido ⁽¹⁶⁾ e é significativo que o legislador tenha erigido os «sentimentos religiosos», i. é, a liberdade de religião e culto como secção autónoma dos crimes contra a vida em sociedade. Não apenas dá, assim, cumprimento ao mandamento jurídico-constitucional ínsito no art. 41.º da Lei Fundamental, como assinala a já referida *dimensão comunitária* da liberdade religiosa. A norma acha-se muito próxima do § 166 do *Strafgesetzbuch* (*StGB*: Código Penal alemão – *Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen*; «difamação de crenças, associações religiosas e ideológicas»), nomeadamente na ligação que estabelece entre o comportamento e a exigência de que o mesmo seja apto a perturbar a *paz pública* ⁽¹⁷⁾.

Em todas as modalidades típicas há uma negação – direta ou indireta – de uma específica característica do ofendido, mais censurável na medida em que se tratam de aspetos contendentes com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, nas suas múltiplas dimensões. Todas elas dizem respeito a circunstâncias intrínsecas da personalidade, especialmente caracterizadoras da mundividência de cada

⁽¹⁵⁾ Para uma análise mais completa, nem sempre coincidente *in totum*, por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 212.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, pp. 221-225.

⁽¹⁶⁾ Concordamos, pois, com J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 251.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, p. 637.

⁽¹⁷⁾ Embora a sanção alemã seja superior à portuguesa – prisão até 3 anos ou pena de multa.

um e do *ser-no-mundo* e do *estar-no-mundo*. Ademais, ou se tratam de dimensões que, ainda que o ofendido pretendesse, não as poderia modificar – v. g., a raça, a etnia, a cor – ou, então, essa mudança seria uma imposição heterónoma desrazoável e atentatória de direitos fundamentais sem qualquer respeito – em contradição mesmo – com o específico regime do art. 18.º, n.º 2, da Constituição. Donde, não apenas o sofrimento e o cortejo de problemas psicológicos e/ou psiquiátricos que se lhes podem seguir é acrescido pela circunstância de o delito ser dirigido a uma pessoa *por ela ser como é*, assim como existe uma *dimensão coletiva* que extravasa o concreto ofendido. Na verdade, embora de modo reflexo, é todo o grupo que com este último partilha aquela característica que é lesado, que é censurado pelo agente delitual. E isto com os eventuais reflexos de marginalização de um grupo que, ele próprio, sendo minoritário, pode já ser objeto dessa segregação social, como também na direção em que essas pessoas, por se sentirem lesadas nos mais lúdicos direitos de que são titulares, serem, elas próprias, agentes de novos crimes de retorsão, assim se alimentando uma verdadeira espiral de violência com efeitos óbvios em termos de paz, segurança e tranquilidade públicas.

N.º 1: Apesar do que fica dito, a circunstância de a presente incriminação apenas se não apresentar como redundante face à disposição do art. 240.º, n.º 2, al. b), e, em alguma medida, também a al. c), na medida em que a ofensa ou o escarnecer têm de ser adequados a «perturbar a paz pública», torna a tarefa de identificação do bem jurídico protegido mais complexa.

Assim, se por um lado se pode dizer que se visa obviar à discriminação que tenha por base a pertença a uma religião, por outro só estaremos perante um delito consumado se e na medida em que dessa ofensa derivar um efeito externo, apto a gerar um conflito de cariz social. Não se bastou o legislador com a exigência de uma dimensão de ofensa pessoal à vítima, mas que dessa ação derivasse um efeito que, como *quid* adicional, seja adequado a perturbar a paz pública. Tanto assim é que o tipo objetivo expressamente exige que a ofensa seja cometida em público, em espaço público ou em espaço não-público (no sentido de não ser propriedade pública, mas privada), desde que aberto ao público (como sucede em estabelecimentos comerciais, p. ex.). A factualidade descrita no tipo é toda ela estruturada com o desiderato de criar as condições adequadas à possível afetação da paz pública.

Ora, esta dupla dimensão do espectro protetor do Direito Penal parece apontar para um bem jurídico complexo, qual seja, *a proteção da liberdade religiosa na medida em que a sua violação possa ser motivo de afetação da paz pública* ⁽¹⁸⁾. Não nos parece estarmos, em boa técnica jurídico-dogmática, perante um *crime pluriofensivo*, mas perante uma *dimensão* da liberdade religiosa que se acha, aqui, umbilicalmente ligada ao asseguramento das condições de manutenção de um sossego público, de uma boa-ordenação da *res publica*, sem conflitos, sem alterações, numa palavra, à manutenção de um *status quo* habitual em que os cidadãos possam livremente e sem impedimentos externos e/ou incomuns, desenvolver as suas atividades e realizar-se nas múltiplas dimensões da sua personalidade, *rectius*, dos direitos de personalidade que o ordenamento jurídico lhes garante.

Assim encarado o bem jurídico, estamos em face de um *crime de perigo concreto* ⁽¹⁹⁾, porquanto não se exige a efetiva lesão do bem jurídico, ou seja, que a paz pública (na hermenêutica que propusemos) seja *de facto* perturbada pelo fenómeno da ofensa ou escárnio religiosamente motivados, bem como, uma vez mais, como vem sendo comum na nossa análise, perante um delito de *execução vinculada*.

Sabe-se que a «paz pública» é um conceito indeterminado ⁽²⁰⁾ dos mais clássicos que os ordenamentos jurídicos têm conhecido ao longo das respetivas Histórias, com as inerente dificuldades de concretização prática. Veremos, mais à frente, e recorrendo a formulações da doutrina e jurisprudência germânicas, como pode concretizar-se mais o que seja a «paz pública». Indubitável é que, através de conceitos como este, ou o de «ordem pública» ou de «bons costumes», visa o legislador colocar limites ao exercício de um determinado direito, como ocorre no Direito Civil (assim lhe assinalando uma vertente relativa, por oposição aos direitos oponíveis *erga omnes*), ao passo que no ramo que nos ocupa podem eles mesmo ser específicos bens jurídicos, embora necessitando de uma maior concretude, porquanto uma pura e simples incriminação orientada para a sua salvaguarda pode enfrentar dificuldades de inconstitucionalidade material. O bem jurídico – é hoje um dado adquirido – não pode traduzir-se num *quid* mais ou menos evanescente, sem direta correlação com um

⁽¹⁸⁾ De modo não totalmente coincidente, porém, J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 251.º do CP», p. 638, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 662.

⁽¹⁹⁾ Manifestamos concordância com J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 251.º do CP», p. 638. Identificando o delito como de *perigo abstrato-concreto*, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 662.

⁽²⁰⁾ Assim, e por todos, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 141-357 e, entre nós, JOÃO BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 13.ª reimp., Almedina: Coimbra, 2002, pp. 113-120.

direito, liberdade ou garantia (Direito Penal de justiça) ou um direito económico, social ou cultural (Direito Penal secundário). Donde, a doutrina e jurisprudência vêm assinalando um cuidado particular em erigir somente a «paz pública», p. ex., em específico bem jurídico-criminal, o que depõe no sentido da orientação que abraçamos a propósito da identificação do interesse protegido por esta norma.

N.º 2: A *profanação* envolve uma multiplicidade de atos adequados a criar, de modo objetivo, um sentimento de desrespeito por uma religião, podendo passar pela destruição, desfiguração, tornar não utilizável um objeto ou lugar de culto. O que sejam estes últimos é-nos dito pelas próprias religiões, pelo que, neste particular, estamos perante uma «norma penal em branco».

Uma nota apenas para sublinhar que o intérprete e aplicador do Direito não estão numa posição de total «subserviência» normativa face àquilo que estes domínios da normação social lhes indiquem. Ou seja, cabe-lhes um *papel de controlo* (embora limitado aos casos mais ostensivos, mais patentes) quanto ao que sejam objetos e lugares de culto. Assim, p. ex., se uma simples vela for indicada pela religião católica como objeto de culto, pode e deve o juiz entender que tal não preenche o tipo objetivo, por ser patente que, mau grado ser um objeto utilizado no culto, não é ele, *em si mesmo*, objeto de culto, como sucede com uma estátua ou outra representação iconoclástica de um santo, v. g.. Do mesmo passo, imaginando que uma estátua de alguém que, em função das regras canónicas, não esteja autorizado a figurar em altares, não sendo admitido o respetivo culto, não constitui também objeto de proteção do tipo legal, ainda que os demais constituintes do tipo objetivo se achem preenchidos.

Existe uma relação de *concurso aparente*, na modalidade de especialidade entre algumas das configurações típicas que este número pode apresentar e o art. 240.º, n.º 2. Sempre que a profanação se materializar em um dano causado ao objeto ou lugar de culto, é a específica capacidade de afetar a paz pública que distingue a norma em anotação daqueloutra.

f) Impedimento, perturbação ou ultraje a ato de culto (art. 252.º)

N.º 1: Fonte próxima parece ter sido, de entre outras, a incriminação constante do § 167 do *StGB* (*Störung der Religionsausübung*; «perturbação de culto religioso»), em ambas as modalidades que, entre nós, constituem as duas alíneas do artigo.

Regista-se, todavia, a diferença, ao nível do tipo objetivo, de que o comportamento seja «intencional/deliberado» e «de modo grosseiro» ⁽²¹⁾ e não «por meio de violência ou de ameaça com mal importante», o que, ao menos *prima facie*, torna a legislação nacional mais exigente do prisma do respetivo preenchimento ⁽²²⁾. Por outro lado, no que seria o correspondente à nossa al. b), o vilipêndio ou o escárnio têm de ser exercidos em meio público e não em «(...) local dedicado ao culto/veneração religiosa (...)» ⁽²³⁾, como se exige na Alemanha, assim diminuindo o âmbito de aplicação típica neste último país. Bem se compreende que o legislador nacional tenha conferido uma tutela mais ampla, porquanto o bem jurídico protegido tanto é vulnerado em locais de culto como em outros, desde que o seja de modo a que terceiros possam escutar essas ações difamatórias. Melhor andou, pois, em nosso entendimento, o legislador pátrio.

Continuamos perante a proteção da liberdade religiosa, mas agora especificamente orientada para a *salvaguarda das condições necessárias ao exercício externo dessa liberdade*, materializada no ato de culto ⁽²⁴⁾. A violência a que alude o tipo objetivo terá de entender-se como física e/ou psicológica, e a noção de «ameaça com mal importante» deve beber-se no art. 153.º, onde se dispõe sobre o crime de ameaça. Onde, terá de ser uma consequência negativa para a vida, liberdade, integridade, honra, propriedade, liberdade e autodeterminação sexuais, entre outros, que se afigure como *grave*, como pesando fortemente na vida da vítima, de tal modo que a condiciona no livre exercício da sua esfera de direitos. Para que o mal se diga «importante», não pode ser, p. ex., uma ameaça velada, indireta, de que se poderá vir a prejudicar o ofendido sempre que o suposto autor disso tiver oportunidade. Nem tão-pouco pode ser uma ameaça vaga, imprecisa. O que não significa que subscrevamos uma orientação jurisprudencial que, infelizmente, vem fazendo curso entre nós a propósito do crime de ameaça, e que quase exige que a ameaça seja *totalmente precisa*, quase indo ao ponto de demandar do ofensor que indique o modo, hora e local onde e como concretizará essa intenção, mesmo que se tenha mostrado que tal implicou, para a vítima, a diminuição da

⁽²¹⁾ «(...) absichtlich und in grober Weise (...)» – itálico acrescentado.

⁽²²⁾ E ainda com pena mais branda, pois a codificação germânica, neste particular, prescreve sanção privativa de liberdade até 3 anos ou multa.

⁽²³⁾ «(...) an einem Ort, der dem Gottesdienst einer solchen Religionsgesellschaft gewidmet ist (...)».

⁽²⁴⁾ No sentido da «(...) paz pública nas manifestações da liberdade religiosa (mais concretamente, da liberdade de culto) (...)», J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 252.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, p. 647. Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 664, está em causa «(...) a liberdade de culto.».

respetiva liberdade (de movimentos, desde logo), causando-lhe medo de que a ameaça fosse efetivamente concretizada.

Esta trata-se de uma ameaça que, em face da norma do art. 153.º também se apresenta em relação de *especialidade* quanto a esta última, visto que essa mesma ameaça é funcionalizada ao impedimento ou perturbação do exercício do culto. Exercício esse que, note-se, tem de ser «legítimo», o que significa que tem de obedecer às normas jurídicas vigentes em matéria de regulamentação do exercício da liberdade religiosa e, por outro lado, às próprias regras que disciplinam aquela confissão ⁽²⁵⁾. Deste modo, dir-se-á, o Estado assegura o respeito de normas que lhe são alheias, assim podendo estar em causa um entendimento mais estrito da separação entre as Igrejas e o Estado. Todavia, segundo julgamos, não é nada disso que se passa. O desiderato fundamental – já o assinalámos – é o de garantir o *exercício efetivo* do culto religioso em condições tais que esta dimensão da personalidade humana não conheça obstáculos ilegítimos. Donde, é uma *tarefa do Estado* que está em jogo e não um qualquer interesse particular de uma religião, pelo menos em primeira linha.

Podemos referir, por fim, neste particular, que o inciso sob anotação constitui uma espécie de «guarda avançada» de outras incriminações, porquanto basta para o preenchimento do tipo que se dificulte ilicitamente o exercício da liberdade religiosa, ainda que tal não cause dano à «paz pública», como se exige no art. 251.º Numa palavra, é o mais lídimo da condição protetora estadual da liberdade religiosa que se acha recolhido neste ilícito-típico.

N.º 2: Partindo da última asserção, é exatamente essa não exigência de perturbação da «paz pública» que nos permite a distinção deste inciso daqueles em que se protege o ofendido da injúria ou difamação se e na medida em que a mesma se baseia, somente – ou de modo predominante – na circunstância de este professar uma determinada religião. Exige-se, pois, menos neste tipo-de-ilícito que no art. 251.º, n.º 1.

Julgamos que os termos «vilipendiar» ou «escarnecer» encontrarão, ao menos na generalidade dos casos, guarida normativa nos conceitos que compõem o campo de significações da injúria ou difamação, embora o desdém, o desprezo, a aviltção possam estar aquém do limite criminalmente relevante a que o legislador entendeu conferir proteção jurídico-penal. Porém, dado estarmos em matéria incriminadora, devem o

⁽²⁵⁾ Já J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 252.º do CP», p. 648.

intérprete e o aplicador da lei ser particularmente exigentes na consideração de ações ou omissões aptas ao preenchimento do tipo e que não sejam enquadráveis já nas noções de injúria ou difamação, mais sedimentadas e com ressonância axiológico-social definida. Caso assim se não entenda, poder-se-á estar a conferir ao exercício da liberdade religiosa um proteção (criminal) mais ampla do que aquela que o próprio legislador lhe entendeu reservar e sem justificação bastante na hierarquia de valores subjacente ao texto constitucional, onde a honra das pessoas ocupa papel também ele destacado ⁽²⁶⁾.

3.1. Em especial, o crime de «discriminação (...) religiosa (...)» (art. 240.º)

A. Evolução legislativa do preceito

Na versão de 1982 (Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro), o atual art. 240.º estava integrado nos «crimes contra a humanidade», no então art. 189.º, tendo por epígrafe «genocídio e discriminação racial», sendo as modalidades típicas que aqui importam recolhidas no n.º 2, do art. 189.º, onde se não previa a factualidade hoje contida na al. c), do n.º 2, do art. 240.º e em que se não exigia o elemento subjetivo especial atualmente comum a todo o mesmo n.º 2 do último normativo referido. A punição era de 1 a 5 anos de prisão, tendo-se, agora, mantido o máximo aplicável e diminuído o mínimo para 6 meses. Idêntico abaixamento sancionatório no atual n.º 1, do art. 240.º se surpreende (na versão originária, o mínimo era de 2 anos e atualmente é de 1), sendo de registar que o desenho típico deste *delito de organização* é o mesmo que o atual, à exceção, claro está, de só abranger a discriminação racial.

⁽²⁶⁾ E por isso não compatível com algumas tendências que rejeitamos *in limine* e que propendem para a transformação dos crimes contra a honra em meras contraordenações. É ainda de salientar que, muito recentemente, o nosso Tribunal Constitucional – TC – (ac. n.º 128/2012, Proc. n.º 385/11, *Diário da República*, II série, n.º 72, de 11/4/2012) foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade ao texto da Lei Fundamental da incriminação do delito de injúria, por violação do princípio da proporcionalidade. Argumentava o recorrente haver ausência de dignidade penal nos comportamentos abrangidos pelo tipo, dado que o mesmo abrangia ações e omissões «(...) independentemente da circunstância da ofensa ser praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação perante a sociedade.». Não podíamos estar mais em desacordo com o arrazoadado, que, *inter alia*, esquece que a dimensão da honra não encerra somente uma visão comunitária, mas também *individual*, a que sempre acresceria, como o TC sublinhou, o relativo campo de discricionariedade de que goza o legislador ordinário nas incriminações penais. Ponto é que se divise um bem jurídico-constitucional (*in casu*, a honra e consideração devido a qualquer cidadão, direito de personalidade indisputado) e exista proporcionalidade entre a gravidade da ofensa e da sanção. Não vemos, pois, como se poderiam levantar dúvidas de constitucionalidade.

É com a revisão de 1995 do Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) que o já então art. 240.º se *autonomiza* do crime de genocídio ⁽²⁷⁾, mantendo, contudo, apenas a discriminação racial, étnica ou por motivo da cor no âmbito de proteção típica. A moldura penal do então (e atual) n.º 1 passa a ser aquela que ainda hoje vigora, o mesmo sucedendo com o n.º 2. Introduce-se, *ex novo*, o elemento subjetivo especial do n.º 2. Todavia, mantêm-se os mesmos fundamentos de discriminação. Também se introduz, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico, um regime de incapacidades eleitorais ativas e passivas que se podem aplicar ao lado da pena principal ⁽²⁸⁾.

Porém, apenas por intermédio da revisão de 1998 do Código, operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, passa a *discriminação religiosa* a ser considerada crime *qua tale*, modificando-se, aliás, a epígrafe do artigo para «discriminação racial *ou* religiosa ⁽²⁹⁾». Introduce-se, ainda, de jeito inovador, o segmento «(...) nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade (...)» como exemplificação da injúria ou difamação qualificada vertida na al. b), do n.º 2, do art. 240.º Injúria ou difamação estas que já foram tidas pelo *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal alemão) como «express[ões] particularmente lesiva[s] de desrespeito» ⁽³⁰⁾.

Por fim, através da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, o sexo e a orientação social foram também erigidos em fundamento de discriminação, aliás em linha com a Sexta Revisão Constitucional de 2004 ⁽³¹⁾, a qual expressamente o fizera, no que contende com a orientação sexual, no art. 13.º da Lei Fundamental. Introduziu o legislador, ainda, a modalidade típica da al. c), do n.º 2, do art. 240.º, tendo alargado o leque de cargos cuja incapacidade pode derivar da condenação pelo delito em estudo, abrangendo também os deputados à Assembleia da República.

⁽²⁷⁾ Cf., com todo o interesse, PAULA JERÓNIMO, «Notas sobre a discriminação racial e o seu lugar entre os crimes contra a Humanidade», in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra: Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2005, pp. 783 e ss..

⁽²⁸⁾ Depois alterada pelo art. 2.º, da Lei n.º 31/2004, de 22/7, embora apenas em aspetos de pormenor, conexonados com a aprovação, por aquele diploma, da «lei penal relativa às violações do Direito Internacional Humanitário». Em 1995, como em 2004, só se aplicavam essas incapacidades à capacidade eleitoral ativa e passiva para os cargos de «Presidente da República, membros do Parlamento Europeu, membros da assembleia legislativa ou de autarquia local», bem como jurado.

⁽²⁹⁾ Itálicos nossos.

⁽³⁰⁾ Pioneira, uma decisão de 1955 – cf. MIEBACH/SCHÄFER, § 130 *StGB*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, München: Beck, 2005, Rn 39, p. 544 («(...)besonders verletzend Äusserung der Missachtung.»).

⁽³¹⁾ Art. 4.º da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24/7.

B. Generalidades; bem jurídico protegido

1. O art. 240.º, na vertente analisada, corresponde ao cumprimento de injunções de instrumentos de Direito Internacional, *inter alia*, o art. 4.º, als. a) e b), da CIETFDR, e a Declaração sobre a Raça e o Preconceito Racial (Assembleia Geral da UNESCO, de 27/11/1978), tal como preceitos congêneres de alguns CP europeus. Apesar de não ter sido fonte da normação nacional, o *The Equality Act 2010* do Reino Unido também se refere à discriminação com base em motivos religiosos e expressamente indica que a circunstância de alguém não ter qualquer fé, religião ou crença não pode ser razão para discriminar⁽³²⁾.

Como vem sendo assinalado⁽³³⁾, o bem jurídico protegido pelo inciso é a *igualdade* entre os cidadãos, em cumprimento dos artigos 13.º, 41.º, 46.º, n.º 4, da Constituição. Igualdade essa que, nas lúcidas palavras de Kelsen⁽³⁴⁾, só «(...) pode significar que as desigualdades de facto existentes – e que não é possível negar – são irrelevantes para o tratamento dos homens.».

À semelhança do que se vem defendendo na doutrina e jurisprudência germânicas, não se trata somente de uma violação de direitos de personalidade individualmente considerados, mas sobretudo o ataque ao «cerne da personalidade» («(...) im Kern seiner Persönlichkeit (...)») do ofendido, pondo em causa o direito deste último à vida no seio da comunidade⁽³⁵⁾, ou seja, dizendo-o agora nós, a um *livre desenvolvimento da personalidade humana*, sem constrangimentos que não aqueles resultantes de imposições legais. Daí a circunstância de o tipo-de-delito se achar integrado sistematicamente no capítulo dos «crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal».

O § 130 do *StGB (Volksverhetzung)*⁽³⁶⁾, cujo ou cujos bens jurídicos são alvo de aceso debate⁽³⁷⁾, tem um programa de proteção mais vasto que o nosso art. 240.º e que

⁽³²⁾ BOB HEPPLER, *Equality. The new legal framework*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011, pp. 40-43.

⁽³³⁾ MARIA JOÃO ANTUNES, «Anotação ao art. 240.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, p. 575. Já PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 647, parece ter do tipo uma noção de crime pluriofensivo, uma vez que, ao lado da igualdade, identifica também como bens jurídicos «(...) a integridade física, a honra e a liberdade de outra pessoa.»

⁽³⁴⁾ *O problema da Justiça*, 5.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 51.

⁽³⁵⁾ Com abundantes referências, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 43, p. 545.

⁽³⁶⁾ Traduzimos somente a parte que interessa para o presente artigo: «§ 130 (Incitamento ao ódio) (1) Quem, de modo capaz de perturbar a paz pública: 1. incitar ao ódio contra segmentos da população ou apoiar medidas violentas ou arbitrárias contra eles; ou 2. ofender a dignidade humana de outros através de insultos, manobras maliciosas ou difamação de segmentos da população; será punido com pena de prisão

comporta a negação dos horrores do nacional-socialismo alemão e dos crimes que, a coberto do regime, foram perpetrados. Tem-se dito, fundamentalmente, que o interesse jurídico protegido é a paz pública mas, por outro lado, também se erige a dignidade humana (*Menschenwürde*), o sentimento de pertença de um grupo à comunidade (a pertença de pessoas tidas em conjunto como povo: *Bevölkerungsteilen zusammengefassten Menschen*), uma dignidade humana quantitativa (*quantitative Menschenwürde*) ou a proteção de bens jurídicos individuais desses grupos, como interesses protegidos em segunda linha ⁽³⁸⁾. Para alguns Autores, porventura este último até seria aquele que mais avulta no programa de proteção ⁽³⁹⁾.

No presente estudo somente dedicaremos atenção àqueles segmentos normativos germânicos que mais de perto contendem com a matéria proibida prevenida no nosso art. 240.º

Antes de mais, porém, assinale-se uma diferença inicial: no Abs. 1, ao invés do Abs. 2, o legislador alemão erige, em primeira linha, como interesse digno de proteção criminal, a *paz pública* (*öffentlichen Frieden*) ⁽⁴⁰⁾, o que não ocorre no homólogo português. Ela – a paz pública – é definida como «o estado de segurança jurídica geral, assim como o desejo de a população viver sob a proteção do ordenamento jurídico» ⁽⁴¹⁾. O conceito deve compreender-se *em sentido abrangente*, apto a uma evocação direta aberta ou latente contra uma violência potencial em relação a certos segmentos populacionais, com a correspondente quebra de confiança na segurança jurídica e

de 3 meses a 5 anos. (2) Quem: 1. através de materiais escritos (§ 11 (3)) que incitem ao ódio contra segmentos da população ou um grupo nacional, racial ou religioso, ou um grupo caracterizado pelos seus costumes étnicos, que incitem a medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou que ofendam a dignidade humana de outrem através do insulto, de manobras maliciosas ou de difamação quanto a segmentos da população ou grupos previamente indicados, (a) disseminar esses materiais escritos; (b) apresentar publicamente, publicar, apresentar ou por qualquer outro modo tornar acessível; (c) oferecer, fornecer ou torná-los acessíveis a pessoa com idade inferior a 18 anos; ou (d) produzir, obter, fornecer, armazenar, oferecer, anunciar, encomendar, importar ou exportá-los, de modo a usá-los como cópias obtidas deles no sentido do previsto em (a) a (c) ou facilitar tal uso por outrem; ou (2) disseminar uma apresentação de conteúdo indicado no n.º 1 através da rádio, serviços de media ou de telecomunicação; será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. (...)».

⁽³⁷⁾ Como o indicam MIEBACH/SCHÄFER, Rn 1, p. 532.

⁽³⁸⁾ *Inter alia*, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 2, p. 532.

⁽³⁹⁾ Assim, URS KINDHÄUSER/ULFRID NEUMANN/HANS-ULLRICH PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, 2. Auflage, Band 1, Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 523. Mais restritivo, entendendo que a dignidade humana só é protegida *qua tale* nos n.ºs 1, 2, n.º 2, 1, e n.º 4, KRISTIAN KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, München: Beck, 2011, p. 688. Em sentido mais próximo deste último, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 3, p. 532.

⁽⁴⁰⁾ A título de exemplo, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 2, p. 532, mais à frente considerando que essa «paz pública» surge ligada à criação de um *clima de tolerância* e de um ambiente em que se possa viver livre de agitação, inimizade ou insegurança (Rn 16, p. 536).

⁽⁴¹⁾ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 2, p. 532: «(...) den Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit als auch das Gefühl der Bevölkerung, im Schutz der Rechtsordnung zu leben (...)».

também toda a ação capaz de estimular o público no sentido de novos ataques ⁽⁴²⁾. A sua identificação como bem jurídico torna o crime previsto no Abs. 1 um delito de *perigo abstrato-concreto*, tanto mais que o bem jurídico exige que a conduta seja, em concreto, adequada a lesá-lo (e não apenas em abstrato), sendo que os critérios a ter em conta para essa prova dependem, em primeira linha, do *conteúdo* e da *intensidade* do ataque, podendo este último ser perpetrado por meios como o envio de mensagens escritas de telemóvel ou por correio eletrónico ⁽⁴³⁾.

O crime p. e p. pelo art. 240.º pode ser praticado por uma pessoa coletiva ou entidade equiparada (art. 11.º, n.º 2).

M. MIGUEZ GARCIA ⁽⁴⁴⁾ propõe, como hipótese analítica de todo o art. 240.º, que o mesmo visa proteger situações presentes: provocar atos de violência; situações passadas: difamação, nomeadamente por negação de eventos históricos (nós, porém, entendemos que este segmento também pode ser no *presente*) e situações futuras, como a ameaça.

2. Uma brevíssima nota comparativa com outros ordenamentos jurídicos do nosso entorno cultural, para além das referências germânicas a que vimos lançando mão. O Código Penal francês é aparentemente mais extenso no conjunto de fatores que podem preencher o conceito de discriminação – sendo o mesmo passível de comissão, como entre nós, por pessoas singulares ou coletivas (ou entidades equiparadas) ⁽⁴⁵⁾. Todavia, se atentarmos no art. 225-2 daquela codificação, verificamos que a pena está associada somente a alguns dos comportamentos que em Portugal constituem contraordenação (v. g., o não fornecimento de determinados bens ou serviços; discriminação laboral). É ainda de sublinhar que, de modo que em Portugal seria redundante, o monumento legislativo gaulês expressamente se refere ao problema do erro do tipo, ao aludir à característica real ou suposta da vítima (*in casu*, a pertença a uma dada religião). Em Itália rege o *decreto legge* 26 abril de 1993, n.º 122.

⁽⁴²⁾ Assim a entendem, justamente, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 16, p. 536.

⁽⁴³⁾ Do mesmo modo, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 7, p. 534 e bibliografia aí indicada; Rn 17, 18, p. 537, Rn 20, p. 538.

⁽⁴⁴⁾ *O Direito Penal passo a passo*, 1.º vol., Coimbra: Almedina, 2011, p. 416.

⁽⁴⁵⁾ Art. 225-1 do CP francês: *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques [ou morales] à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.*

C. Tipo-de-ilícito objetivo

I) N.º 1.

1. Começando pelos chamados «tipos de tipicidade» (EDUARDO CORREIA), atendendo ao critério do bem jurídico, concordamos com PINTO DE ALBUQUERQUE quando caracteriza o delito como de *perigo abstrato-concreto*, mas somente no que contende com o segmento típico do desenvolvimento de atividades (ou na participação nas mesmas – al. b), do n.º 1) de propaganda organizada, pois a mera fundação ou constituição de organizações deste jaez configura um *crime de perigo abstrato* ⁽⁴⁶⁾. Assim, neste último, não se exige, para a respetiva consumação, que o bem jurídico, *in casu*, tenha estado, sequer, ameaçado de lesão. Atendendo à conduta, estamos perante um *crime de execução vinculada*, apenas punível a título doloso (na primeira modalidade não configuramos o dolo eventual, ao contrário da segunda – encorajamento às atividades descritas) e que no seu *modus aedificandi criminis* se aproxima, em grande medida, do delito de associação criminosa, p. e p. pelo art. 299.º ⁽⁴⁷⁾.

2. Assim, ao nível do tipo objetivo, pune-se quer aqueles que criem uma organização (al. a)), quer aqueles que a mesma se limitem a integrar (al. b)), desde que a organização tenha por finalidade, no que importa à matéria em estudo, «(...) desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua (...) religião». Note-se que o legislador exige uma certa *estabilidade* e algum *grau de funcionamento* dessa associação de pessoas e meios, pois só assim estaremos em face de uma *organização*, a que acresce a circunstância de não bastar o desenvolvimento de qualquer tipo de atividade propagandística, mas que a mesma seja organizada, o que deixa fora do tipo ações de cidadãos não integrados nessa organização ou que, mesmo estando-o, as não

⁽⁴⁶⁾ Mesmo em face do § 130, 1 e 2, não vemos como se possa caracterizar o crime como de *perigo abstrato*, ao exigir-se, no tipo objetivo, que as condutas descritas sejam aptas a perturbar a paz pública, erigida em bem jurídico protegido – ainda que não único – como o faz, por exemplo, KINDHÄUSER, *StGB*, p. 524, e KÜHL, *StGB Kommentar*, p. 689, embora limitando a caracterização ao n.º 1.

⁽⁴⁷⁾ Por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *As «associações criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, e, depois, no *Comentário Conimbricense...*, em anotação ao art. 299.º do CP, t. II, pp. 1155-1174.

levem a cabo no âmbito de um plano anteriormente delineado em comum, de forma direta ou indireta, com os demais membros da organização.

Donde, o *elemento organizacional* faz parte integrante do tipo em uma *dupla direção*. Por outro lado, à semelhança do que já se discutiu bastante entre nós e fora de portas, para que se possa falar em «organização» é essencial a intervenção de, no mínimo, três pessoas (assim, o art. 299.º, n.º 5). Se esse número baixasse para duas, toda a ação de um dos indivíduos estaria irremediavelmente ligada à do outro e vice-versa, motivo pelo qual faltaria o grau de disponibilização de meios materiais e humanos com vista à obtenção de um resultado vedado por lei, o que, na base, sempre caracteriza uma organização criminosa de qualquer tipo.

As atividades proibidas devem, pela sua natureza objetiva, ser suscetíveis a incitar «(...) à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua (...) religião». A *propaganda* consiste na defesa de uma determinada ideia, de um conceito, através da sua disseminação mais ou menos ampla, por forma a atingir um número mais ou menos amplo, à partida determinável ou não, de destinatários. A evolução histórica, *maxime* ao longo do passado século, tem atribuído à palavra uma carga negativa, associada à promoção de regimes autoritários, ditatoriais (de tipo fascista ou comunista), embora este não seja o único conteúdo possível do conceito. Todavia, é mesmo com um *sentido negativo* que o termo é aqui utilizado. Apesar de o nosso art. 240.º não fazer referência a um critério de «adequação social», resulta de uma hermenêutica teleologicamente fundada e orientada para a proteção do bem jurídico identificado que os materiais físicos de propaganda só serão adequados a discriminar quando não visem «fins educativos, artísticos ou científicos, de investigação ou ensino, de descrição de eventos históricos ou fins semelhantes» ⁽⁴⁸⁾.

Por *incitamento* deve entender-se, *mutatis mutandis*, aquilo a que a teoria da comparticipação reconduz à figura da instigação (art. 26.º), ou seja, é necessário provar que foi a atividade daquela organização ou daquela propaganda organizada que, em si mesma, foi apta, do prisma da teoria da imputação objetiva, a conseguir algum dos resultados típicos. Essencial é ainda que se prove que o único – ou ao menos principal – motivo de atuação do agente sobre uma pessoa concreta ou um grupo de pessoas se prende com a pertença e/ou profissão de uma dada religião. Tal coloca intricados

⁽⁴⁸⁾ Utilizamos a formulação do § 83, 3, do *StGB*, que, em conformidade com a doutrina, comporta uma cláusula de *sozialen Adäquanz* para a qual o legislador expressamente remete no § 130, 6, do *StGB* – entre outros, KINDHÄUSER, *StGB*, p. 525, e KÜHL, *StBG Kommentar*, p. 696.

problemas práticos de prova, pois este delito é também um *crime de intenção*, dado demandar acrescidas exigências em sede de tipo subjetivo, com o cortejo de problemas probatórios na aferição do motivo da conduta do agente. Nas palavras do BGH, *incitar ao ódio* significa «(...) uma influência duradoura sobre o significado e sentimentos dos outros, com o objetivo de produzir, para além da mera rejeição e do desprezo, também hostilidade ou o aumento de hostilidade contra partes relevantes da população» ⁽⁴⁹⁾. De entre os exemplos desse incitamento ao ódio, continuando a recorrer à doutrina alemã, destaca-se a propaganda antisemita, nas suas múltiplas formas ⁽⁵⁰⁾.

A *discriminação* consiste em toda a atividade, ativa ou omissiva, que resulte em um tratamento desigual de uma pessoa em relação a outra, apenas e tão-só porque esse indivíduo é portador de uma ou mais características de que o agente não gosta e que, por isso, entende como suficientemente forte para atribuir a esse ser humano – que tem de integrar a população nacional ⁽⁵¹⁾, não se assumindo o preceito com uma vocação universalista – um tratamento de desfavor ⁽⁵²⁾. Tal comportamento humano pode traduzir-se em palavras, gestos, atos, omissões, em público ou em privado, no âmbito ou não do exercício de uma função, atividade ou poder (casos em que a pena pode ser elevada) de que o agente esteja investido. Existe uma plêiade muito significativa de fatores que podem subjazer à discriminação (sexo, orientação sexual, raça, cor, credo, religião, convicção política, ideológica, filosófica, etc.).

O *ódio* traduz-se em um sentimento de repulsa, de desejo de prejudicar outrem, de que essa pessoa venha a enfrentar desventuras na sua vida a variados níveis. Ora, como é evidente, partindo nós de um *Direito Penal do facto* e não sendo legítimo punir meras cogitações, é essencial que essa incitação ao ódio seja materializada em ações,

⁽⁴⁹⁾ BGHSt 40, 97 [102]: «(...) nachhaltig auf Sinn und Gefühle anderer mit dem Ziel einzuwirken, eine über die bloße Ablehnung und Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen die betreffenden Bevölkerungsteile zu erzeugen oder zu steigern.». Por outras palavras, em tradução mais livre, serão as ações «que atuam sobre os sentimentos ou o intelecto de outro e que são objetiva e subjetivamente apropriadas a gerar ou a incrementar um aumento emocional da simples rejeição, do desprezo ou atitude hostil contra uma parte relevante da população» («Unter Aufstacheln zum Hass ist ein Verhalten zu verstehen, dass auf die Gefühle oder den Intellekt eines anderen einwirkt und objektiv geeignet sowie subjektiv bestimmt ist, eine emotional gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende, feindselige Haltung gegen den betreffenden Bevölkerungsteil zu erzeugen oder zu verstärken.») – MIEBACH/SCHÄFER, Rn 28, p. 541.

⁽⁵⁰⁾ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 30, p. 542.

⁽⁵¹⁾ Salienta-o, corretamente, KINDHÄUSER, StGB, p. 526.

⁽⁵²⁾ «(...) [O]s católicos, judeus, ciganos ou os negros, mas também os militares das Forças Armadas federais e os requerentes de asilo» foram já identificados pelo BGH como das principais vítimas de discriminação protegidas pelo tipo (BGHSt 16, 49 [56]). Inexplicavelmente, face à redação do § 130 do StGB, foi já considerado por um tribunal de Estugarda que as «organizações religiosas, na forma legal de pessoa jurídica» («(...) nicht dagegen Religionsgesellschaften in der Rechtsform der juristischen Person (...)), não podem ser ofendidos para este efeito (cf. KÜHL, StGB Kommentar, p. 690).

escritos, gestos, por uma banda e, por outra, que estes sejam objetivamente aptos a provocar aquele sentimento de ódio.

Já a *violência* não é apenas física, podendo também ser psicológica, pelo que a lei abrange todas aquelas formas em que, p. ex., no quadro de uma relação laboral, a entidade patronal persegue, boicota, os esforços do trabalhador para desenvolver as funções que lhe estão destinadas, apenas porque esse indivíduo é portador de uma dada característica, *in casu*, a pertença a uma religião ⁽⁵³⁾. Num bem conseguido resumo, «os atos de violência e as medidas arbitrárias são atos discriminatórios que contradizem os mandamentos básicos da Humanidade» ⁽⁵⁴⁾. A pena estabelecida demonstra já estarmos perante um crime grave, atendendo ao limite máximo da moldura penal abstrata.

3. Cumpre sublinhar, agora, que a proteção dispensada a partes da população, com base em características comuns ou internas, como as religiosas, políticas, nacionais, étnicas, ráticas, ideológicas, económicas, sociais ou outras formas especiais que permitam separar determinadas pessoas em grupos *não estão dependentes* do número de indivíduos que partilhem dessas mesmas condições comuns ⁽⁵⁵⁾. Dito de outro modo, inexistente uma exigência *quantitativa* de um número mínimo de seres humanos com essas características para que a proteção conferida pela norma possa funcionar (exceto, como é evidente, quando a lei *expressis verbis*, se refere a «grupos», como sucede, p. ex., no art. 240.º, n.º 2). Exige-se, isso sim, que a pertença da pessoa a esse grupo e que essa característica que é objeto de discriminação dure por um certo período de tempo ⁽⁵⁶⁾, o que bem se percebe, por razões de direito substantivo e até adjetivo, em sede de prova.

II) N.º 2, al. a).

1. Em geral sobre o art. 240.º, n.º 2, à semelhança do que ocorre com o Abs. 2, do § 130 do *StGB*, está em causa a produção, oferta, difusão de material escrito que incite ou promova a discriminação, em especial através de todas as formas de

⁽⁵³⁾ Sobre o problema do *mobbing*, veja-se a referência que lhe fazemos e a doutrina que citámos em «Uma ponte luso-cabo-verdiana a propósito da “violência relacional íntima”», in: *Revista Direito & Cidadania* (no prelo).

⁽⁵⁴⁾ «Gewalt- und Willkürmassnahmen sind diskriminierende Handlungen, die den elementaren Geboten der Menschlichkeit widersprechen.» – MIEBACH/SCHÄFER, Rn 35, p. 543.

⁽⁵⁵⁾ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 22, p. 539, citando outros Autores.

⁽⁵⁶⁾ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 24, p. 540.

telecomunicação, o que faz dele um tipo legal geral contra a discriminação (*Diskriminierungstatbestand*) entendido em uma «dimensão global» ⁽⁵⁷⁾. O Abs. 2, Nr 1 é parte dos «crimes de divulgação de escritos» (*Schriftenverbreitungsdelikten*) e todo o Abs. 2 ⁽⁵⁸⁾, idêntica designação se podendo adotar para o preceito homólogo português. Ainda à semelhança do que se vem defendendo na Alemanha, os factos do n.º 2, do art. 240.º podem ser praticados através de publicações na internet, ainda que os servidores estejam localizados fora do território nacional, desde que os respetivos sítios se encontrem acessíveis aos utilizadores nesse país ⁽⁵⁹⁾.

Note-se que no Abs. 2, do § 130 do *StGB* já se não exige a aptidão do crime lesar a paz pública, o que também implica que os sujeitos protegidos pela incriminação não são apenas os residentes na Alemanha, mas populações estrangeiras ⁽⁶⁰⁾.

Em qualquer um dos dois ordenamentos jurídicos deverá o intérprete privilegiar uma *análise objetiva* ⁽⁶¹⁾ do que sejam condutas ativas ou omissivas discriminatórias, de ódio ou de violência, atendendo àquilo que a comunidade no seu conjunto percebe como tal. Os critérios subjetivos, atenta a especial conexão deste crime com aspetos essenciais da personalidade do ofendido, importam, quase sempre, uma tendência de hipervalorização da conduta do arguido, com a consequência possibilidade de criminalização de condutas eventualmente queridas pelo legislador como fora do âmbito aplicativo típico. Do mesmo modo, a *capacidade da ação discriminatória* «pode ser avaliada de forma diferente, dependendo do grupo afetado, incluindo o seu tamanho, a sua homogeneidade e a extensão da sua exclusão de facto no seio da população considerada como um todo» ⁽⁶²⁾.

2. Estamos em face de novo de um *crime de execução vinculada*, mas em que, ao contrário do n.º 1, se exige a *efetiva materialização de atos de violência* contra determinada pessoa ou grupo de pessoas por professarem uma determinada religião. Está em causa o *acesso ao meio público* pelo agente que, através de um instrumento especialmente destinado a uma divulgação o mais ampla possível de uma mensagem

⁽⁵⁷⁾ KINDHÄUSER, *StGB*, p. 526; MIEBACH/SCHÄFER, Rn 4, p. 533.

⁽⁵⁸⁾ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 9, p. 534.

⁽⁵⁹⁾ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 15, p. 536.

⁽⁶⁰⁾ KINDHÄUSER, *StGB*, p. 522.

⁽⁶¹⁾ Embora referindo-se somente a uma dimensão típica do § 130 do *StBG*, KINDHÄUSER, *StGB*, p. 522, alerta, justamente, para este cuidado.

⁽⁶²⁾ Subscrevemos a posição de KÜHL, *StGB Kommentar*, p. 692: «(...) diese Eignung kann je nach der betroffenen Gruppe, namentlich ihrer Grösse, ihrer Homogenität und dem Ausmass ihrer faktischen Ausgrenzung aus der Gesamtbevölkerung unterschiedlich zu beurteilen sein (...)».

discriminatória, consegue, através dela, a efetivação desses mesmos atos. Onde, especial importância deve assinalar-se à imputação objetiva das ações tipicamente descritas no tipo e os resultados de violência física ou psicológica. Bem vistas as coisas, este é um tipo legal que alça à categoria de um delito autónomo o incitamento a outros delitos que se materializam em ofensas à integridade física (simples e qualificada), p. ex..

O que se deve entender por «escrito destinado a divulgação» não se acha definido no Código Penal, ao invés do que sucede no *StGB*, onde o § 11, 3 equipara ao «material escrito», os «meios audiovisuais [gravações sonoras e audiovisuais], os meios de armazenamento de dados, ilustrações e outras representações» ⁽⁶³⁾, assim se abrangendo, p. ex., os desenhos e caricaturas. Julgamos que a expressão da nossa codificação vale com idêntica amplitude ⁽⁶⁴⁾, tanto é que a revisão de 2007 ampliou o catálogo de meios de difusão das mensagens discriminatórias através do segmento «sistema informático destinado à divulgação». Não teria sentido que se previsse apenas a palavra escrita e não já o desenho, em todas as suas manifestações, as quais podem, tantas vezes mais do que a palavra, ser violadoras da igualdade erigida em bem jurídico protegido.

III) N.º 2, als. b) e c).

1. Estamos apenas e tão-só em face de um crime de injúria ou difamação qualificadas pela circunstância do *motivo*: discriminação de alguém em função da sua pertença religiosa ⁽⁶⁵⁾. A idêntica conclusão chega a doutrina germânica em face de norma paralela, entendendo-as como formas mais graves de desrespeito do próprio «direito à existência» (*Existenzrecht*) dos grupos objeto de discriminação ⁽⁶⁶⁾. O mesmo se digna quanto à al. c), mero tipo qualificado do crime de ameaça, p. e p. pelo art. 153.º

⁽⁶³⁾ «Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich (...)».

⁽⁶⁴⁾ Ao invés, se bem interpretamos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 648.

⁽⁶⁵⁾ «A expressão "formavam um grupo de uma seita religiosa" não é em si lesiva da honra e consideração dos componentes, *in casu*, da "Maná – Igreja Cristã", já que dizer-se que alguém faz parte de uma seita religiosa mais não é do que identificar esse alguém por referência a uma doutrina ou sistema que se afasta da crença geral, isto é, no sentido de que esse alguém professa religião diversa da geralmente seguida.» (ac. do Tribunal da Relação do Porto – TRP – de 5/4/2000, Proc. n.º 0010241, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Todos os sítios da internet referidos neste artigos estavam disponíveis em agosto de 2012).

⁽⁶⁶⁾ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 15, p. 536.

Não apenas essa dimensão faz crescer a pena, por via de uma incrementada *ilicitude*, desde logo, mas também faz com que crimes que nas suas formas simples são particulares *stricto sensu* se transformem em delitos públicos. E isto na medida em que, não só, ou melhor, *mais do que* a ofensa a um bem jurídico individual, se vulnera um interesse de contornos *supraindividuais*, qual seja: *a garantia do livre exercício e manifestação das crenças religiosas de todo o cidadão*. Não é somente – ou em primeira linha – o concreto ofendido que importa reprimir, mas sobretudo transmitir à comunidade a mensagem de que as plurifacetadas manifestações da personalidade humana que, por certo, englobam a profissão ou não de uma crença religiosa, não autorizam obstáculos ilegais ao seu exercício.

Note-se, contudo, que não são meras afirmações de desprezo suficientes para o preenchimento do tipo ⁽⁶⁷⁾, devendo elas ser aptas à violação do «*bem jurídico-base*» – a honra –, nos mesmíssimos termos em que tal se exige nos artigos 180.º e 181.º, provando-se, assim – pois de um *crime de resultado* se trata – que o ofendido sentiu a injúria ou difamação como afetando essa dimensão da sua personalidade.

Uma das técnicas utilizadas nos chamados *hate crimes* já se acha recolhida nas alíneas em anotação, porquanto se criou um *específico tipo legal de delito* que tem por objeto a proteção da igualdade de todas as pessoas, assim se punindo a discriminação baseada numa dada característica específica do ofendido, que o identifica e aparta dos demais ⁽⁶⁸⁾. O mesmo baseia-se na construção de um tipo legal de base e de um *plus* que o agrava, motivo pelo qual se fala em concurso aparente, na modalidade de especialidade, entre estes delitos e os crimes simples. Não se trata, julgamos, de uma mera agravação, desde logo porque até se altera a natureza processual penal dos delitos, atendendo ao princípio da oficialidade, os quais passam a ser públicos.

Donde, ao invés do que sucede no modelo típico dos *hate crimes*, não é somente numa agravação geral – para todos os crimes – ou específica – somente para alguns, identificados pelo legislador – que se poderá falar na existência de um crime de base,

⁽⁶⁷⁾ Em idêntico sentido, em face da disposição germânica, KINDHÄUSER, *StGB*, p. 520. Já serão típicas afirmações como «os judeus são sub-humanos», «que se gaseiem todos os negros que vivem num dado país» ou a comparação entre os requerentes de asilo e os porcos – exemplos citados pelo mesmo Autor, *ibidem*, p. 521.

⁽⁶⁸⁾ De entre uma plêiade já hoje inabarcável de pronunciamentos do TC a propósito do princípio da igualdade, é jurisprudência uniforme a de que «(...) igualdade não é igualitarismo, mas sim igualdade proporcional.», bem como de que «[o] princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação, só é (...) violado quando as medidas legislativas, contendo diferenciações de tratamento, se apresentem como arbitrárias, por carecerem de fundamento legal bastante.» – cf. ac. do TC n.º 65/91, de 9/4/1991, Proc. n.º 189/88, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

mas também em hipóteses como esta. O que significa, como é evidente, que inexistindo o crime de base, atenta a *relação simbiótica*, de mútua referência, entre este e a qualificação que o transforma em um novo tipo legal de delito, também se não achará preenchido o crime das als. *b)* ou *c)*, do n.º 2, do art. 240.º Do mesmo passo, as causas de não punibilidade das condutas descritas nos artigos 180.º, n.º 1, e 181.º, n.º 1, de entre elas a chamada *exceptio veritatis*, são aqui aplicáveis *in totum*.

2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no confronto entre a *liberdade de expressão* e a *discriminação*, tem verificado os requisitos a que alude o art. 10.º, n.º 2, da CEDH, exigindo que a *ingerência* esteja prevista na lei, que vise a *prossecução de fins legítimos* e que seja *necessária numa sociedade democrática*.

Neste último ponto, qualificando embora a liberdade de expressão como «um dos fundamentos essenciais de toda a sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um», protegendo até aquelas ideias que «ferem, chocam ou inquietam» (ac. *Handyside c. Reino Unido*, de 7/12/1976), o relevante é que essa ingerência corresponda a uma «necessidade social imperiosa», que seja proporcional ao fim legítimo perseguido e que os motivos fornecidos pelas autoridades nacionais para justificarem essa ingerência sejam pertinentes e suficientes (ac. *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26/4/1979), ponto em que essas mesmas autoridades gozam de uma «certa margem de apreciação» ⁽⁶⁹⁾.

Já se entendeu ⁽⁷⁰⁾, v. g., que a distribuição de material de propaganda eleitoral, na Bélgica, por um partido nacionalista de direita que apelava à discriminação e à xenofobia, podia ser – como foi – validamente interdita pelos órgãos nacionais competentes, apesar de se valorizar a liberdade de atuação política, porquanto a mesma colidia com a dignidade e o respeito de camadas da população. Mais ainda, o TEDH reconheceu que o incitamento à discriminação não tem necessariamente de se materializar em atos de violência. Na mesma linha, no recente ac. *Vejdeland e outros c. Suécia* ⁽⁷¹⁾, o Tribunal julgou que a distribuição, não solicitada, de panfletos, nos cacifos dos estudantes de uma escola secundária sueca, em que se defendia que o sistema de ensino daquele país favorecia a homossexualidade e que não advertia os

⁽⁶⁹⁾ Seguimos de muito perto a fundamentação do ac. *Féret c. Bélgica*, de 16/7/2009, Proc. n.º 15615/07.

⁽⁷⁰⁾ Ac. *Féret c. Bélgica*, de 16/7/2009, Proc. n.º 15615/07, disponível em <http://www.echr.coe.int/echr/>. Todos os arestos do TEDH citados foram consultados neste sítio.

⁽⁷¹⁾ De 9/2/2012, Proc. n.º 1813/07.

jovens para as respetivas «consequências negativas», não se continha dentro do exercício legítimo da liberdade de expressão do art. 10.º, n.º 1, da CEDH, e que justificava o julgamento e a condenação, no Estado-Parte, por um crime de «agitação contra um grupo nacional ou étnico». Como no aresto anteriormente citado, de novo o TEDH sublinhou que se não exige que o *hate speech* se traduza em atos de violência e lembrou que a «discriminação baseada na orientação sexual é tão grave quanto a discriminação baseada na “raça, origem ou cor”», citando, *inter alia*, o ac. *Smith e Grady c. Reino Unido*. Um terceiro aresto importante foi o ac. *Dink c. Turquia* ⁽⁷²⁾, em que o TEDH reconheceu que os Estados têm deveres positivos de proteção dos cidadãos no domínio dos direitos fundamentais prescritos na CEDH e julgou haver violação da liberdade de expressão quando um diretor de um jornal turco, entretanto morto por tal facto, expôs a sua opinião sobre «a questão da identidade dos cidadãos turcos de origem arménia», de tal modo que foi julgado e condenado por denegrir a «turquicidade», *i. e.*, a «identidade turca» (*Türklük*; desde o Código Penal de 2005 daquele país faz-se referência à «nação turca»), em contradição com parecer pedido a professores universitários turcos de Direito. O Tribunal entendeu que os escritos não incitavam ao uso da violência nem à resistência armada, ao invés do julgado pelos órgãos jurisdicionais da Turquia, inserindo-se no processo de «busca da liberdade histórica» que o TEDH entende como parte da «liberdade de expressão». Onde, a condenação penal de Firat Dink constituiu uma violação do art. 10.º, n.º 1, da CEDH.

Em sentido próximo, veja-se ainda o ac. *Başkaya e Okçuoğlu c. Turquia* ⁽⁷³⁾, a propósito de um livro escrito por um professor universitário em que analisava a evolução sociopolítica da Turquia e manifestava uma posição crítica quanto a vários aspetos, entre eles a dita «questão curda» ⁽⁷⁴⁾. O TEDH condenou o Estado turco por haver julgado procedente a acusação de separatismo por parte dos requerentes, tendo-a por desproporcionada e desnecessária numa sociedade democrática, uma vez mais valorizando a liberdade de expressão. Merece ainda destaque, em nosso parecer, no confronto entre a liberdade de expressão e a eventual negação de acontecimentos históricos abomináveis, como o Holocausto, o ac. *Lehideux e Isorni c. França* ⁽⁷⁵⁾. *Bref*, estava em causa a publicação, num jornal diário francês de circulação nacional,

⁽⁷²⁾ De 14/9/2010, Procs. n.ºs 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09.

⁽⁷³⁾ De 8/7/1999 (Procs. n.ºs 23536/94 e 24408/94).

⁽⁷⁴⁾ Ainda sobre a matéria, estando em causa a apreensão de livros em que a questão era tratada de forma contrária à «visão oficial» do problema, *vide* o ac. do TEDH *Polat c. Turquia*, de 8/7/1999 (Proc. n.º 23500/94), concluindo pela existência de violação do art. 10.º da CEDH.

⁽⁷⁵⁾ De 23/9/1998 (Proc. n.º 55/1997/839/1045).

de uma página publicitária em que se enalteciam feitos do Marechal Pétain, na sequência do que ficou conhecido na História como a tática do «jogo duplo» (*double jeu*), embora sem se negar diretamente a participação daquele político no extermínio de judeus e de outras minorias, mas omitindo factos relativos à atuação de Pétain, factos esses dados como provados pelo tribunal gaulês que condenou à morte o assim julgado «colaboracionista». O TEDH considerou – e bem, segundo cremos – que a condenação dos requerentes por um delito de apologia a um crime ou apoio público a um delito era uma condenação desnecessária e desproporcionada numa sociedade democrática, em face dos concretos aspetos provados.

Por fim, neste particular, e retornando à legislação portuguesa, há uma resolução direta, na lei, da colisão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à integridade pessoal e à igualdade ⁽⁷⁶⁾ – o problema do *hate speech*, definido como «(...) recobrimdo todas as formas de expressão que espalham, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseado na intolerância (...)»: Recomendação n.º R (97) 20, do Comité de Ministros do Conselho da Europa ⁽⁷⁷⁾.

D. Tipo-de-ilícito subjetivo

No n.º 2, do art. 240.º, ao invés do n.º 1, estamos perante *delitos de intenção* (*Absichtdelikte*), porquanto se exige um elemento subjetivo especial, qual seja, a atuação «(...) com a intenção de incitar à discriminação (...) religiosa (...) ou de encorajar (...)». Se bem vemos as coisas, todavia, este elemento que acresce aos normais constituintes do tipo-de-ilícito subjetivo do dolo, ao menos na constelação típica recolhida na al. a), do n.º 2, acaba por não fazer grande sentido. De facto, levar a que outrem, por via do incitamento do agente, pratique atos de violência sobre o ofendido com base na pertença deste a uma religião, não se vê como possa ser

⁽⁷⁶⁾ Em sentido próximo, em face do § 130 I Nr 2, KÜHL, *StGB Kommentar*, p. 691.

⁽⁷⁷⁾ De 30/10/1997, sobre o «discurso de ódio». De jeito mais completo, «o termo «discurso de ódio» deve ser entendido como incluindo qualquer forma de expressão que propague, incite, promova ou justifique o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio fundadas na intolerância, incluindo a discriminação e a hostilidade para com as minorias. Para os efeitos da presente Recomendação, o termo «discurso de ódio» pretende referir-se a formas de expressão motivadas pelo ódio, seja qual for o modo de expressão utilizado, incluindo a Internet e quaisquer outros novos meios de comunicação.» – cf. Recomendação CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género, de 31/3/2010, disponível em <http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/EM-PORTUGAL.pdf>.

conseguido de outro modo que não seja através da intenção expressamente prevenida no tipo. Dito por outras palavras, temos esta menção como *redundante*, se não em todas as alíneas do n.º 2, pelo menos na sua al. a), uma vez que a própria natureza típica das ações aí descritas importa esse elemento subjetivo especial autonomizado.

E. Concurso

Neste ponto, somente umas nótulas esparsas para sublinhar que os atos de violência a que alude a al. a), do n.º 2, do art. 240.º se encontram em relação de concurso efetivo com o crime nela prevenido, porquanto foi intenção expressa do legislador punir, de modo autónomo, a ação de provocação à violência e a perpetração desta *qua tale*. Trata-se de juízos de desvalor distintos, do prisma da ilicitude, reclamando, pois, uma acumulação criminosa.

No que tange às als. b) e c), do mesmo número, entendemos, ao contrário de alguns Autores ⁽⁷⁸⁾, estarmos em face de um mero *concurso aparente* com os delitos de difamação, injúria ou ameaça, na modalidade de *especialidade*. Na verdade, de jeito congruente com o que já escrevemos supra, entendemos os tipos-de-delito contidos nessas alíneas como meras especificações de um «crime-base», em que a ofensa à honra ou à liberdade apenas tem um motivo diverso: a circunstância de se professar um dado credo ou religião. Não vemos, por conseguinte, como acrescentar dois conteúdos de ilicitude num concurso efetivo. A *intentio legis* foi, exatamente, a de reforçar a tutela já consagrada por aqueles delitos que são afastados por via das factuais típicas agora presentes no art. 240.º, apenas e tão-só porque mais próximas da realidade.

Do mesmo passo, embora em uma outra direção, o art. 240.º consome o delito de instigação pública a um crime.

F. Incapacidades eleitorais

A condenação pelo delito p. e p. pelo art. 240.º conduz a uma incapacidade eleitoral ativa e passiva para os cargos aí identificados ou para ser jurado, por um período de 2 a 10 anos, «atenta a gravidade concreta do facto e a sua projeção na

⁽⁷⁸⁾ MARIA JOÃO ANTUNES, «Anotação ao art. 240.º do CP», p. 577. Em sentido que temos por próximo do defendido em texto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 648.

idoneidade cívica do agente» (art. 246.º). Significa isto que, embora sempre mediado por um juízo do magistrado, ao menos em abstrato o legislador não pretende – e bem – que os titulares de órgãos de soberania, de uma instituição da União Europeia (Parlamento Europeu), de órgãos próprios de governo das Regiões Autónomas e das autarquias locais sejam pessoas que hajam exteriorizado condutas discriminatórias. Visa-se que a espiral seja quebrada, ou seja, seria expectável que, *maxime* aqueles que exercem a função legislativa, pudessem aprovar normas elas próprias discriminatórias, em contradição com o crime que originou a aplicação da pena principal.

G. Alguns aspetos de direito processual penal

1. A constituição como assistente das associações indicadas na Lei n.º 20/96, de 6 de julho não se aplica à discriminação por motivos religiosos, mas somente por atitudes «discriminatórias em razão de raça ou de nacionalidade» (n.º 1, do artigo único).

Não compreendemos porque não se alargou o âmbito de aplicação desta Lei também ao tema de que tratamos. Na verdade, estamos, de idêntico modo, em face de atitudes em que se pune um dado crime com uma motivação específica, que faz o arguido eleger o ofendido em função de uma sua característica ou da sua pertença a um determinado grupo, neste caso, religioso. Onde é a mesma a *ratio legis*, o mesmo deveria ter sido o tratamento legislativo. Nem se diga, por outro lado, que dificilmente se identificariam essas pessoas coletivas admitidas a intervir em processo penal, já que a LLR prevê a criação de um Registo de Pessoas Coletivas Religiosas e todo o procedimento para a constituição como tal acha-se prevenido nessa mesma Lei. Acresce, por outro lado, que não seriam apenas as associações religiosas aquelas que poderiam aceder a este estatuto processual, mas todas aquelas que visassem, no seu objeto social, a luta contra formas de discriminação de entre as quais constasse, expressamente, a religiosa, pois somos sensíveis ao argumento – bem fundado – do entorpecimento processual que adviria de uma exagerada e injustificada abertura à constituição como assistente, ademais livre do pagamento da taxa de justiça a que alude o art. 519.º do Código de Processo Penal (CPP) – cf. n.º 2, do artigo único da citada Lei n.º 20/96. Por fim, também se não divisam particulares dificuldades em termos de aumento de conflitualidade social que derivassem da admissão desses entes coletivos como titulares dessa faculdade. Ao menos não mais do que ocorre quando

uma associação que luta contra a discriminação religiosa é assistente em processo penal de um ofendido membro de uma comunidade majoritária e em que aí – e bem – o legislador não atribuiu relevo a um eventual aumento de tensões sociais da parte da comunidade majoritária. Pronunciamo-nos, nestes termos, *de iure condendo*, favoráveis à extensão da faculdade em estudo à discriminação que se baseie em motivos religiosos.

2. Um outro problema que tem suscitado dissenso jurisprudencial, este sim já contendente com a discriminação religiosa, consiste em saber se o ofendido em um crime do art. 240.º se pode ou não constituir assistente ⁽⁷⁹⁾.

É por demais sabido que, como regra, nos delitos públicos como este, estando em causa um interesse do Estado, supraindividual, esta faculdade é habitualmente negada, por interpretação do art. 68.º, n.º 1, al. a), do CPP. Todavia, também se não ignora que a inserção sistemática de um artigo, assim como a sua caracterização como público, atento o princípio da oficialidade, se não acha «inscrito na natureza das coisas» e convoca, isso sim, o intérprete e aplicador a um específico trabalho de análise do tipo, em especial da natureza do bem jurídico.

De facto, sucede amiudadas vezes que crimes públicos existem em que, para além de uma dimensão de tipo coletivo, com a mesma importância – ou próxima – se desenha um interesse digno de tutela penal do específico ofendido que, assim, deve ser admitido na veste processual de assistente do Ministério Público. E isto não por «magnificência» do Estado, mas pela titularidade de um *direito próprio*, porquanto, aquando do desenho típico, terá sido intenção legislativa fazer reverter (também) para o concreto ofendido uma parte da titularidade do interesse afetado pelo facto do crime. Aliás, a nossa jurisprudência tem vindo a alargar o «catálogo» de delitos públicos em que se admite a constituição de assistente ⁽⁸⁰⁾.

É nossa opinião que o art. 240.º configura exatamente um desses casos, visto que, pela sua própria natureza, é um interesse *também pessoal*, atinente a aspetos basilares da personalidade humana e do seu livre desenvolvimento que se protegem, ademais do princípio da igualdade de que o Estado é guardião. A existência de uma

⁽⁷⁹⁾ Em sentido favorável a essa constituição pronunciou-se o ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 18/7/1996 (Proc. n.º 0081825), ao passo que no ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 17/6/1998 (Proc. n.º 98P217), fez vencimento a opinião desfavorável (decisões disponíveis em <http://www.dgsi.pt>).

⁽⁸⁰⁾ Entre tantos exemplos, assim foi no tocante ao crime de falsificação de documentos (art. 256.º), em acórdão uniformizador n.º 1/2003, *Diário da República*, I série A, de 27/2/2003, ou ao delito de denúncia caluniosa (art. 365.º) – ac. n.º 8/2006, *Diário da República*, I série, de 28/11/2006.

legitimidade diríamos *extraordinária*, prevista na Lei n.º 20/96, de 6 de julho não pode, de forma alguma, ser vista como *legitimidade substitutiva* da do respetivo ofendido, mas sim, ao invés, como *mais um* mecanismo de tutela do bem jurídico, ao lado daquela que esse mesmo ofendido pode ajudar a prestar enquanto sujeito processual. Por fim, não deixa de nos parecer uma conceção algo paternalista do Estado a circunstância de se vedar ao ofendido uma participação mais ativa em um delito que já esteve historicamente localizado, do prisma sistemático, nos crimes contra a paz e a humanidade e que, hoje, mesmo o não estando, contende, por certo, com interesses de cariz universal, dado que todos os ordenamentos jurídicos democráticos se acham unidos por uma vontade comum em combater a discriminação. Disso mesmo são prova os numerosos instrumentos de Direito Internacional Público, o direito originário e derivado da União Europeia e, até, em uma outra direção, a constituição do Tribunal Penal Internacional e de outros Tribunais Internacionais *ad hoc*. Não podemos esquecer que o genocídio participa, na sua base, do mesmo húmus discriminatório – ressalvadas as devidas diferenças, qualitativas e quantitativas – do art. 240.º

3. Assinale-se, a rematar este ponto, que pela prática de um crime de discriminação (religiosa) pode haver a intervenção do tribunal do júri (art. 13.º, n.º 1, do CPP). Relembre-se, ainda, o caráter absoluto do segredo religioso, o qual não admite o incidente processual regulado no art. 135.º do CPP (v. n.ºs 1 e 5), em conformidade com o art. 15.º, n.º 2, da LLR e, para o segredo religioso católico, o art. 5.º da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé⁽⁸¹⁾.

4. A finalizar

Intervir em aspetos tão internos da personalidade humana e tão caracterizadores da individualidade de cada um deve sempre importar do ramo sancionatório mais forte do ordenamento cuidados acrescidos. Não se pretende um mero Direito Penal simbólico, mas também se não deseja que, sob a respeitabilidade da garantia de direitos fundamentais, o Direito acabe por ser uma legitimação de uma dada religião ou cosmovisão. Assim se não passa, por regra, nas sociedades democráticas em que a nossa

⁽⁸¹⁾ Assinada em 18/5/2004, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 74/2004, de 16/11.

se inclui, mas serve a advertência para concluir pela absoluta essencialidade de uma intervenção criminal ainda mais de *ultima ratio*.

Do percurso trilhado conclui-se que, como não poderia deixar de ser, o Direito Criminal previu um amplo programa protetor da liberdade de religião, de crença e de culto constitucionalmente garantida e que abrange as suas dimensões individual (interna) e coletiva (externa). O essencial passa por garantir que um dos atributos mais profundos da personalidade humana – a existência ou não de ligação com a vida religiosa ou espiritual – não seja ilicitamente estorvada, seja nas suas manifestações externas dentro dos ditames da lei, seja naquilo que de mais subliminar pode existir: no colocar de parte, no prejudicar aspetos concretos da vida de quem deseja ou não uma vivência de cariz religioso.

Donde, partindo-se da liberdade religiosa *lato sensu*, a sua concretização em bens jurídicos como a liberdade, a honra, a integridade física, a vida, é eivada do desiderato nuclear de conferir a uma característica da personalidade humana uma proteção apta a impedir que, por via dessa mesma característica, o concreto portador seja apartado do convívio humano ou, de outra forma, sofra se e na medida em que professa ou não uma religião. Assinalámos, pois, a ligação ao pensamento basilar dos *hate crimes* ou *bias-motivated offenses*.

Focando a atenção no delito de discriminação religiosa (art. 240.º), concluiu-se pelo seu perfeito cabimento político-criminal e, em regra, pela justeza das soluções que apresenta, não sem se terem apontado alguns aspetos carecidos da constante melhoria que o diálogo entre o legislador, o intérprete e o aplicador da lei sempre proporciona. Diga-se, aliás, que as molduras penais do art. 240.º são das mais elevadas dos ordenamentos jurídicos mais próximos, em especial no que tange às factuaisidades abrangidas pelo n.º 2 ⁽⁸²⁾, o que não é, de todo, sinónimo de um combate mais eficaz ao

⁽⁸²⁾ O *decreto legge* 26/4/1993, n. 122 prevê, para factuaisidades próximas do nosso art. 240.º, n.º 1, penas de prisão até 3 anos, de 6 meses a 4 anos, ou de 1 a 6 anos, respetivamente, nas hipóteses de incitar a cometer ou cometer atos de discriminação por motivos religiosos; «de qualquer modo, incitar a cometer ou cometer violência ou atos de provocação à violência por motivos religiosos»; e quem promover ou dirigir uma organização, associação, movimento ou grupo que «tenha por escopo próprio o incitamento à discriminação ou à violência por motivos (...) religiosos». A simples participação ou assistência a essa organização é punida, enquanto tal, com pena de prisão de 6 meses a 4 anos. Também se prevê a possibilidade de o juiz aplicar sanção acessória de prestação de trabalho a favor da comunidade (a desenvolver no máximo durante 12 semanas), entrar a uma dada hora na habitação e só dela sair a uma outra hora pré-fixada, para se evitar que esteja em outros locais em períodos em que se prevê que mais facilmente o agente possa desenvolver as atividades discriminatórias, por um lapso temporal máximo de um ano, suspensão do título habilitador de condução, de passaporte ou documento de identificação também pelo mesmo período, assim como proibição de uso e porte de arma, proibição de participar, «de qualquer forma, em atividades de propaganda eleitoral para eleições políticas ou administrativas», por um

delito, mas demonstra, pelo menos, uma aposta real do legislador em contrariar a matéria da proibição.

Em especial no que tange à conexão deste crime ao direito adjetivo, é de defender a possibilidade de constituição como assistente do ofendido, assim como, em sede de legitimidade «extraordinária» de associações cujo objeto social é a luta contra a discriminação (Lei n.º 20/96, de 6 de julho), não se compreende como ainda não foram as várias religiões admitidas, também, a essa intervenção como sujeitos processuais. São dois aspetos em relação aos quais nos manifestamos abertamente favoráveis.

Terminamos com uma interrogação, a qual tem sempre cabimento num artigo jurídico. Sabe-se que, p. ex. em França ou em Espanha (cf. os artigos 551 e 552 do CP deste último Estado), certas ações e omissões que entre nós são tratadas como contraordenações (discriminação no acesso a bens e serviços fundamentais) passaram à categoria de crimes. Deveria este ser o percurso também trilhado por Portugal? É certo que as matérias em causa bolem com interesses importantes na vida prática dos cidadãos a que, porventura, a tutela contraordenacional possa não dar resposta adequada e suficiente. Todavia – e sem prejuízo de estudo mais aprofundado – estamos em crer que a criminalização dessas condutas levaria a uma ainda maior expansão do Direito Penal a factuaisidades que, em geral, encontram uma reposta satisfatória no ilícito contraordenacional. Não apenas temos dificuldades em divisar um verdadeiro bem jurídico-criminal em tais hipóteses, como entendemos que, também na prática, às sociedades comerciais fornecedoras de gás, eletricidade, água, etc., a prevenção geral de uma coima elevada é suficiente e adequada a garantir os direitos dos ofendidos e a evitar a reincidência.

período não inferior a 3 anos. Quem, em reunião pública, ou manifestação, utilizar símbolos relacionados com essa forma de discriminação é punido com prisão até 3 anos e multa (art. 2, n.º 1, do *decreto legge*). Há ainda medidas específicas em sede de revistas e buscas (art. 5).