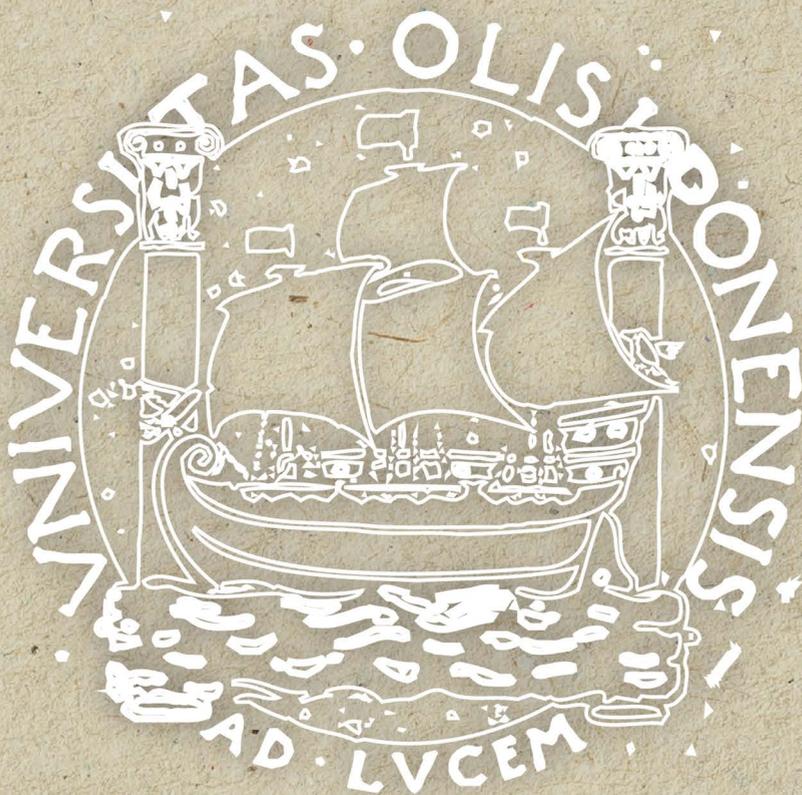


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

-
- Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
-
- Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
-
- José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

-
- Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
-
- Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
-
- Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Vulnerabilidade e discriminação

Vulnerability and discrimination

Maria Clara Sottomayor*

Resumo: Este texto trata da discriminação histórica de determinados grupos em função do género, orientação sexual, etnia, entre outros fatores, e defende a criminalização do discurso de ódio como uma forma de garantir a igualdade e o respeito pelos direitos humanos.

Palavras-Chave: Vulnerabilidade, discriminação, discursos de ódio, racismo, sexismo, homofobia e violência de género.

Abstract: This text is about the historical discrimination of certain groups according to gender, sexual orientation and ethnicity among others, and argue that criminalization of hate speech is a way to ensure equality and respect for human rights.

Keywords: Vulnerability, discrimination, hate speech, racism, sexism, homophobia and gender violence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Igualdade material ou social. 3. Noção de vulnerabilidade. 4. Fatores histórico-culturais de vulnerabilidade. 5. Discurso de ódio. 5.1. Conceito de discurso de ódio. 5.2. Liberdade de expressão e discurso de ódio. 6. Direito nacional. 6.1. Discurso racista e xenófobo. 6.2. Discurso sexista. 7. Conclusão.

1. Introdução

Verifica-se, na União Europeia e fora dela, um retrocesso em matéria de igualdade de género, que afeta diretamente as pessoas LGBTI e as mulheres em geral, bem como um aumento do racismo e da xenofobia, sendo estas formas de discriminação alimentadas pelo populismo de extrema-direita em ascensão.

Partindo de um conceito de vulnerabilidade baseado não em fragilidade ou dependência, mas em fatores histórico-culturais que retiram poder a determinados grupos de pessoas historicamente discriminadas ou perseguidas, este texto propõe-se

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça, Doutorada em Direito Civil pela Universidade Católica Portuguesa.

analisar o conceito de discurso de ódio e defender que estes discursos (misógeno, homofóbico, transfóbico, racista, entre outros), na linha do que é propugnado pelo Conselho da Europa e pela União Europeia, não estão protegidos pela liberdade de expressão. Os Estados democráticos devem combater os discursos de ódio, na medida em que constituem uma forma de incitação à violência e uma violação do princípio da igualdade entre todos os seres humanos.

A criminalização (ou a inibição por outros meios) do discurso de ódio visa criar um ambiente democrático e igualitário na sociedade, que permita, a todos e a todas, em condições de igualdade e em segurança, a participação na vida cívica e política, bem como o gozo pleno e o exercício dos seus direitos fundamentais.

O objetivo deste texto é o de contribuir para uma consciencialização da comunidade acerca do impacto negativo dos discursos de ódio na vida e na liberdade das pessoas visadas e em toda a sociedade. O apoio e a solidariedade social para com os grupos-alvo do discurso de ódio, bem como a necessidade de uma educação para os direitos humanos são fundamentais para atingir este objetivo. Daí o papel que todos/as nós podemos ter (juristas, docentes, magistrados/as, advogados/as, etc) na reversão destas formas de discriminação.

Será utilizada a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a interpretação dada às normas da Convenção pelo TEDH, numa perspetiva de tutela multinível dos direitos fundamentais, de acordo com a qual os direitos humanos internacionais, para além de constituírem direitos, liberdades e garantias extraconstitucionais com o mesmo peso dos direitos constitucionalmente consagrados (artigo 16.º, n.º 1, da CRP), servem de critério interpretativo, de enriquecimento ou de densificação, do direito constitucional nacional. Verifica-se, assim, uma interpenetração entre ambos os catálogos de direitos (artigo 16.º, n.º 2, da CRP) para obter o maior alargamento possível das garantias¹.

Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, «Numa Europa em que demasiadas pessoas conheceram abundante sofrimento e muito poucas oportunidades, o Tribunal transportou frequentemente a tocha para o lado progressista, promovendo a causa das minorias, dos marginalizados, dos excluídos, dos desprezados, dos proscritos, dos párias, todos esses filhos de um Deus menor deixados para trás por governos e tribunais superiores»². Neste contexto, torna-se particularmente importante, dada a natureza contramajoritária dos direitos fundamentais, ir além de uma teoria dos direitos fundamentais sensível à Convenção para criar uma teoria constitucional

¹ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Em defesa dos direitos fundamentais*, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 17.

² *Ibidem*, p. 52.

orientada para a Convenção, nos termos da qual os tribunais nacionais podem ir além do nível de proteção proporcionado pela CEDH, mas não podem ficar atrás³.

2. Igualdade material ou social

A Constituição da República Portuguesa atribuiu a natureza de princípio jurídico fundamental ao princípio da igualdade, afirmando, no artigo 13.º, que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei e que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. Esta enumeração é meramente exemplificativa, pelo que podem ser considerados outros factores potencialmente discriminatórios, como o estado de saúde, a idade ou a incapacidade.

Do princípio da igualdade perante a lei decorre um direito à não discriminação. Não se trata apenas de proibir discriminações, mas também de proteger as pessoas contra discriminações, pela via penal, implicando a criminalização de comportamentos, e pela via civil, com o objetivo de reparação de danos. Gomes Canotilho e Vítor Moreira⁴ vão mais longe e entendem que o princípio da igualdade consiste num direito subjetivo, específico e autónomo, com uma natureza defensiva, positiva e corretiva, impondo, nesta última dimensão, medidas que visam corrigir desigualdades de facto.

Este princípio não é entendido pela Constituição de um modo meramente formal, como igualdade jurídica, legal ou na vertente estritamente negativa da proibição da discriminação. Uma leitura global da Constituição permite conceber o princípio da igualdade como um princípio que impõe ao Estado tarefas fundamentais como a promoção da igualdade real entre todos os portugueses (artigo 9.º, al. *d*) da CRP), e a construção da igualdade de entre homens e mulheres (artigo 9.º al. *h*) da CRP), não só enquanto eliminação dos obstáculos à desigualdade, mas através de medidas de discriminação positiva. Uma interpretação atualista desta norma, em conjugação com os artigos 25.º e 26.º da CRP, que consagram os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, à identidade, à privacidade e à integridade pessoal, permite incluir no conceito de igualdade de género também a proteção dos direitos dos homossexuais e das pessoas transgénero. A Constituição proíbe organizações fascistas e racistas (artigo 46.º, n.º 4, da CRP). Apesar de não conter

³ *Ibidem*, pp. 66-67.

⁴ Cfr. Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2007, p. 337.

normas que proibam expressamente a expulsão de estrangeiros em caso de sujeição a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, tal proteção deriva de uma leitura, à luz dos instrumentos internacionais e europeus de proteção dos direitos humanos, dos artigos 33.º e 25.º, n.º 2, ambos da CRP, que consagram respetivamente algumas proibições de extradição em função da pena aplicável no Estado requisitante, bem como a determinação de que ninguém pode ser sujeito a tortura, tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos⁵. As normas constitucionais também consagram deveres do Estado de proteção dos mais vulneráveis, designadamente, as crianças e os jovens (artigos 69.º e 70.º), as pessoas idosas (artigo 72.º), os doentes (artigo 63.º e 64.º) e os desempregados (artigo 63.º), as pessoas portadoras de deficiência (artigo 71.º), os trabalhadores (artigos 53.º e seguintes).

As medidas de discriminação positiva ou de diferenciação não constituem violações do princípio da igualdade, pois existe, nas situações enunciadas e noutras que surjam de estruturas sociais desiguais, um fundamento objetivo para a diferença⁶.

⁵ Cfr. ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos*, Petrony, 2017, p. 690.

⁶ A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem um entendimento sobre o princípio da igualdade enquanto parâmetro de apreciação da constitucionalidade de normas, que não assume uma dimensão positiva, de promoção da igualdade de facto ou social, mas apenas negativa, enquanto proibição do arbítrio, e que atua num duplo sentido, quer legitimando as diferenças se baseadas em fundamentos objetivos e razoáveis, quer impedindo a diferenciação quando não baseada em fundamentos objetivos e adequados que as imponham. Cfr., entre muitos outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 232/2003, que define assim esta dimensão do princípio da igualdade: «É certo, como o Tribunal tem abundantemente repetido, que o princípio da igualdade, consagrado no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, impõe ao legislador que dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Desta máxima decorre a proibição do arbítrio, que funciona como princípio negativo de controlo das opções legislativas. O tratamento diferente de situações de facto iguais, ou o tratamento igual de situações de facto diversas viola o princípio da igualdade quando, para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual, não for possível encontrar um motivo razoável, que surja da natureza das coisas ou que, de alguma outra forma, seja compreensível em concreto, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada como arbitrária. Todavia, como também é de uso repetir, a vinculação do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, cabendo-lhe identificar ou qualificar as situações de facto que não-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Só existe violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio quando para a medida legislativa não é possível encontrar suporte material». No mesmo sentido, referindo-se à igualdade enquanto controlo das diferenças estabelecidas pelo legislador e enquanto igualdade proporcional, *vide*, respetivamente, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 184/2008 e n.º 353/2012. Este entendimento do princípio da igualdade determinou que o Tribunal Constitucional, quando chamado a pronunciar-se num processo de fiscalização concreta sobre a constitucionalidade das normas constantes dos artigos 1577.º e 1628.º, al. e), ambos do Código Civil, que proibiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, decidiu que estas normas não violavam o princípio da igualdade e que a Constituição não impunha que o casamento fosse configurado como uma união entre pessoas do mesmo sexo

O princípio da igualdade é analisado segundo uma dicotomia igualdade jurídica-igualdade social ou igualdade perante a lei-igualdade na sociedade⁷. Embora ambos os termos da oposição se complementem, a igualdade jurídica, enquanto igualdade liberal ou jurídico-formal, é manifestamente insuficiente, ou até contraproducente, para a presente análise. Precisamente porque remete para uma ideia abstrata de igualdade e para uma noção universal de sujeito não abarca nem permite resolver as diferenças de poder entre os sujeitos ou grupos de sujeitos nas relações sociais, podendo até obscurecer ou agravar essa diferença de poder. A igualdade não pode ser um valor abstrato, rígido e acabado, constituindo antes um valor aberto aos desenvolvimentos da sociedade e à luta dos grupos discriminados pela sua emancipação. A igualdade abstrata ou jurídica terá de aceitar ser uma igualdade participada, aberta a uma constitutiva realização histórica do direito e a sofrer as diferenciações concretas exigidas pela igualdade material⁸.

No plano filosófico e político, a igualdade enquanto ideal permanente da vida humana será sempre um elemento crítico de transformação dos sistemas jurídicos e também das estruturas sociais e políticas⁹. O multiculturalismo e a diversidade exigem dos Estados e da sociedade a execução de uma igualdade jurídico-material, ligada à necessidade de modificar a ordem social e económica existente. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se encontram em igualdade de condições para os exercer, incumbe ao Estado e à sociedade criar essas condições através da transformação das estruturas dentro das quais as pessoas se movem. Assim, é pertinente aplicar medidas de discriminação positiva, concedendo certos direitos específicos ou vantagens a determinadas pessoas ou grupos de pessoas, que

(cfr. acórdão n.º 359/2009, proc. n.º 779/07). Mais tarde, no domínio da fiscalização abstrata, o TC, no Acórdão n.º 121/2010 (proc. n.º 192/2010), considerou conforme à Constituição a lei que alargava o casamento civil às pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 9/2010, de 31 de maio), por tal solução caber no poder de conformação do legislador em relação a um conceito constitucional aberto de casamento (artigo 36.º, n.º 1, da CRP). Considerou que a norma impugnada não violava o princípio da igualdade na vertente de proporcionalidade, na medida em que o que releva para aferir a adequação e a proporcionalidade não são as diferenças antropológicas ou biológicas entre duas pessoas do mesmo sexo e duas pessoas de sexo diferente, mas a natureza afetiva e relacional do casamento, igual para todos os casais, devendo ponderar-se também o efeito simbólico e o efeito social antidiscriminatório do tratamento normativo. Reiterou, contudo, que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é imposto, como imperativo constitucional, pelo princípio da igualdade, na vertente de proibição da discriminação em função da orientação sexual (artigo 13.º, n.º 2, da CRP).

⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 291.

⁸ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, pp. 142-143.

⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, *ob. cit.*, p. 293.

se encontram em situações de inferioridade, de carência ou de menor proteção. A discriminação positiva é um instrumento que visa alcançar a igualdade de facto, a igualdade material ou de resultado.

Mas a conquista da igualdade faz-se não só através de medidas de discriminação positiva, relevantes para suprir carências económicas, *deficits* de representação ou necessidades de proteção, mas também pela difusão de ideias que desmontem preconceitos historicamente sedimentados na cultura dominante. É que esses preconceitos (por exemplo, sexistas, homofóbicos, racistas), longe de serem ingénuos ou *naive*, contribuem para a marginalização dos seres humanos por eles atingidos e para a perda da autoestima e confiança em si mesmos e nos outros, criando obstáculos à sua plena realização pessoal, e, demasiadas vezes, infligindo-lhes várias formas de violência, desde a simbólica, essa omnipresente, até à agressão física ou, no extremo, o homicídio. É neste contexto que surge a necessidade de repressão dos discursos de ódio: como uma forma de contribuir para a construção da igualdade e de impedir que a liberdade dos mais fortes elimine a liberdade dos mais frágeis.

3. Noção de vulnerabilidade

Próximos das discriminações positivas encontram-se os especiais deveres de proteção das pessoas em situações de vulnerabilidade. O Estado deve, assim, intervir para proteger quem se encontre em situações de assimetria de poder, quer na relação com entes públicos, quer na relação com entes privados fortes ou até com outros particulares, e quem, por si só, não dispõe de condições para o livre desenvolvimento da personalidade ou para o exercício livre e autónomo dos seus direitos fundamentais, como é o caso das crianças e dos jovens, dos cidadãos portadores de deficiência, dos doentes, das pessoas idosas, das mulheres grávidas, das vítimas de violência, dos trabalhadores e consumidores, dos imigrantes e indivíduos pertencentes a minorias étnicas¹⁰.

O conceito de vulnerabilidade aplica-se a todos os seres humanos em determinadas fases da vida que envolvem, por razões biológicas e psíquicas, dependência em relação aos outros. É o caso da infância, em virtude das suas necessidades específicas de desenvolvimento e proteção, e das pessoas idosas que padecem de problemas de saúde física ou psíquica que as tornam dependentes do cuidado de terceira pessoa.

A infância e a velhice são fases da vida inerentes à condição humana e às etapas do desenvolvimento humano que todas as pessoas, caso vivam dentro do período

¹⁰ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 544-550.

normal de esperança média de vida, terão de enfrentar. Todos os seres humanos nascem, têm infância e juventude, envelhecem e morrem.

Mas, associados à condição humana, as sociedades constroem preconceitos e estereótipos, decorrentes do modelo de sociedade e de família historicamente dominante. Na família patriarcal, seja ela legalmente consagrada ou vigente apenas nos costumes, as crianças são discriminadas por serem vistas como objetos de autoridade e como inferiores aos adultos em capacidades¹¹. As pessoas idosas são objeto de discriminação, em função da sua idade e da sua dependência, por se ter a ideia pré-concebida, numa economia capitalista, de que não são produtivas economicamente nem são capazes de participar ativamente na sociedade.

Existem também pessoas que enfrentam situações particularmente dolorosas e hostis durante toda a sua vida (ou parte dela), por motivos de doença grave e incurável ou de deficiência física ou mental. Podem nascer com deficiências ou doenças graves incapacitantes, ou adquiri-las ao longo da vida, por razões genéticas, ambientais ou por força de acidentes.

As pessoas com doenças ou deficiências são também discriminadas pelo Estado e pela sociedade, por não beneficiarem de apoio social e económico adequado e por não verem satisfeitas as suas necessidades especiais. Os preconceitos em relação à doença e à deficiência dificultam a sua inserção social e o acesso ao bem-estar, ao emprego e a outros bens.

A história da humanidade, para além dos seus condicionalismos biológicos e ambientais, criou, no seu seio, fatores económicos, sociais e políticos que originam a pobreza e a carência de bens essenciais (alimentação, água, habitação, educação e saúde), de uma parte substancial da espécie humana em todo o mundo, que se tornam vulneráveis por viverem em situação de risco de não verem satisfeitas as suas necessidades básicas.

Pessoas vulneráveis são também todas aquelas que são vítimas de crimes violentos, como a violência doméstica, a violação e o abuso sexual de crianças. Estes crimes, praticados na sua maioria em contexto familiar ou relacional, produzem sequelas psíquicas duradouras e intensas nas suas vítimas, podendo gerar dissociação da personalidade e stress pós-traumático tal como sucede com as vítimas de guerra e de tortura¹². As mulheres são o principal alvo destes crimes, que constituem, por

¹¹ Sobre a evolução da noção de infância no direito e nas outras ciências, cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O Direito das Crianças – um novo ramo do direito», *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 27-63.

¹² Cfr. JUDITH HERMANN, M. D., *Trauma and Recovery, The Aftermath of Violence-from Domestic Abuse to Political Terror*, Basic Books, New York, 1992, 1997.

isso, uma discriminação de género, ou uma forma de violência com base no género, decorrente da sua história de subordinação que lhes negou, durante milénios, um estatuto de pessoa, como esclarece, no seu preâmbulo, a Convenção do Conselho da Europa contra todas as formas de violência sobre mulheres e meninas, ratificada pelo Estado português em 2013¹³.

As mulheres vítimas de violência doméstica, em contexto conjugal, de união de facto ou de relação íntima, não são vistas, em si mesmas, pela lei penal como uma categoria de pessoas vulneráveis, nem como vítimas vulneráveis, a não ser que, após avaliação individualizada, se demonstre que as consequências do crime foram de tal forma graves que exigem medidas de proteção especiais. Já as restantes vítimas de violência doméstica são designadas, no artigo 152.º, n.º 1, al. d), do Código Penal (CP), como pessoas particularmente indefesas, “em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica”, reconhecendo a lei penal a sua vulnerabilidade enquanto grupos de risco de serem alvo de violência, em virtude de viverem numa situação existencial de dependência em relação ao agressor. O Código Penal ao referir-se à “gravidez” está a referir-se necessariamente e apenas às mulheres, as únicas pessoas que podem engravidar, considerando-as como particularmente indefesas.

A Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas define, no seu artigo 2.º, alínea a), como «Vítima», a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, diretamente causada por ação ou omissão, no âmbito do crime

¹³ Exemplificando, afirma-se o seguinte no preâmbulo desta Convenção: «Reconhecendo que a realização de jure e de facto da igualdade entre as mulheres e os homens é um elemento chave na prevenção da violência contra as mulheres; Reconhecendo que a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que levou à dominação e discriminação das mulheres pelos homens, privando assim as mulheres do seu pleno progresso; Reconhecendo que a natureza estrutural da violência contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais através dos quais as mulheres são mantidas numa posição de subordinação em relação aos homens; Reconhecendo, com uma profunda preocupação, que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados “crimes de honra” e a mutilação genital, que constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e raparigas e um obstáculo grande à realização da igualdade entre as mulheres e os homens; Reconhecendo as violações constantes dos direitos humanos durante os conflitos armados que afetam a população civil, especialmente as mulheres, sob a forma de violações e violência sexual generalizadas ou sistemáticas, e o potencial para o aumento da violência baseada no género, tanto durante como após os conflitos; Reconhecendo que as mulheres e as raparigas estão expostas a um maior risco de violência baseada no género que os homens; Reconhecendo que a violência doméstica afeta desproporcionalmente as mulheres e que os homens podem também ser vítimas de violência doméstica; Reconhecendo que as crianças são vítimas da violência doméstica, inclusivamente como testemunhas de violência no seio da família».

de violência doméstica previsto no artigo 152.º do Código Penal (CP). Dentro desta categoria considera a lei, na alínea *b*) do artigo 2.º, como «Vítima especialmente vulnerável», aquela cuja “*especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social*”. Estes conceitos foram inseridos e alargados no artigo 67.º-A, aditado ao Código de Processo Penal (CPP) pela Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, que aprovou o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

As mulheres podem, portanto, integrar a categoria de vítimas vulneráveis, em função da gravidade das consequências do crime, o que pode ter relevo para a admissão de declarações para memória futura que apenas é legalmente obrigatória para crianças vítimas de crimes contra a autodeterminação sexual nos termos do artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal (CPP), mas pouco frequente nos processos penais de violência doméstica, apesar de prevista na lei (artigo 33.º da Lei n.º 112/2009). A Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, tipifica como direitos das vítimas especialmente vulneráveis o direito a ser ouvida ao longo do processo sempre pela mesma pessoa, e, desde que não se trate do juiz ou do MP, por pessoa do mesmo sexo que a vítima, se tal não prejudicar a tramitação do processo penal (artigo 21.º), o recurso à videoconferência (artigo 22.º) e às declarações para memória futura (artigo 24.º), reforçando assim a posição jurídica daquelas e reconhecendo-as como titulares de direitos fundamentais específicos dentro do processo, como forma de evitar a vitimização secundária.

A lei processual penal veio, a partir da Lei n.º 130/2015, a considerar todas as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta como vítimas especialmente vulneráveis (artigo 67.º-A, n.º 3, do CPP), incluindo assim no conceito todas as vítimas de violência doméstica, violação e abuso sexual de crianças. No presente momento está em curso um processo legislativo para considerar vítimas especialmente vulneráveis as crianças que, não sendo vítimas diretas dos atos tipificados no artigo 152.º do CP, a eles assistem¹⁴, tal como já admitiu a jurisprudência no Acórdão da Relação de Évora, de 23-06-2020¹⁵, onde se decidiu que um jovem de 15 anos, que assistiu a atos de violência do padrasto sobre a sua mãe, tem o direito a

¹⁴ Sobre os danos psíquicos e mentais causados às crianças que assistem à violência doméstica ou vivem em contexto de violência doméstica, *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 359-361.

¹⁵ Acórdão proferido no proc. n.º 1244/19.7PBFAR-A.E1, disponível para consulta *in* Base de Dados do Ministério da Justiça, www.dgsi.pt.

ser ouvido para memória futura, beneficiando dos direitos legalmente conferidos pelo estatuto de vítima especialmente vulnerável nos termos do artigo 67º-A do CPP¹⁶.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem também considerado como vulneráveis as crianças vítimas de maus tratos e abuso sexual, bem como as mulheres vítimas de violência doméstica e de violação, condenando os Estados por violação de deveres positivos de proteção das vítimas de violência nas relações privadas e familiares, bem como por incumprimento do dever de investigação efetiva e célere dos factos, equiparando, nos casos mais graves, estas formas de violência à tortura proibida pelo artigo 3.º da CEDH¹⁷. A proteção das vítimas, com base no artigo 8.º do TEDH, tem sido alargada à vitimização secundária sofrida durante o processo penal, aqui se incluindo os fundamentos das decisões judiciais que contêm afirmações e juízos de valor preconceituosos sobre a ofendida¹⁸.

4. Fatores histórico-culturais de vulnerabilidade

O recurso à noção de vulnerabilidade na fundamentação das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem conhecido um aumento

¹⁶ Sobre os direitos das crianças vítimas de crimes violentos, *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 239-308.

¹⁷ Sobre esta jurisprudência, cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Os direitos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Volume II, 2019, pp. 119-153; e IDEM, «Direitos humanos, género e igualdade», in *Julgar com perspectiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*. Formação contínua, E-book do Centro de Estudos Judiciários, LISBOA, 2020 (disponível para consulta in https://clarasottomayor.com/public/files/julgar_perspetiva_genero.pdf), com particular destaque para a pág. 34 onde se refere a declaração de voto do juiz português Paulo Pinto de Albuquerque sobre o caso *Volodina c. Rússia* (TEDH, 09-07-2019).

¹⁸ O TEDH condenou a Itália, por violação do direito à vida privada de uma mulher, que apresentou uma queixa por violação, devido a afirmações sexistas e ao recurso a estereótipos que culpabilizavam a ofendida pela violação, nos fundamentos da decisão judicial que absolveu os arguidos (cfr. *J.L. v. Italy* (5671/16), TEDH 27-05-2021, entendendo o TEDH que as considerações feitas pelo tribunal nacional, para além de ferirem a dignidade da mulher num momento de particular fragilidade, não se revestiam de qualquer relevo para o apuramento da responsabilidade penal nem da credibilidade da vítima, nem eram justificadas pelo direito de defesa dos arguidos. A jurisprudência do TEDH tem considerado que as vítimas de crimes sexuais são vulneráveis em virtude dos efeitos danosos do crime e da vitimização secundária no processo penal, sendo particularmente vulneráveis quando menores (cfr. *M.C. c. Bulgarie*, 39272/98, 4-12-2003 e *Y. c. Slovénie*, 41107/10, 28-05-2015) ou portadoras de debilidade mental e psíquica, como o caso de uma mulher que apresentou uma queixa por violação, que veio a ser arquivada, sem ter sido feita a investigação efetiva e sem ter sido considerada a vulnerabilidade da mulher, que padecia de oligofrenia, e a quem foi exigido um “ónus de resistência” (cfr. *E.B. v. Romania*, TEDH 19-03-2019).

crescente e tem sido usado como um instrumento na proteção dos grupos historicamente discriminados, reduzindo a margem de apreciação dos Estados no conflito entre a liberdade de expressão e a proteção contra os discursos de ódio¹⁹.

Existem fatores culturais e sociais, como a etnia, a nacionalidade, a religião, o género, a orientação sexual e a identidade de género ou as características sexuais das pessoas, que deram origem a hierarquias socialmente construídas e sedimentadas ao longo da história, independentemente de qualquer vulnerabilidade física ou pobreza, e que geraram hostilidade em relação a grupos de pessoas diferentes da maioria e a povos que foram perseguidos e ostracizados ao longo da história.

Serão, então, as mulheres, as pessoas homossexuais e transgénero, os negros ou as minorias étnicas e religiosas pessoas vulneráveis?

Em si mesmo não são pessoas vulneráveis. A vulnerabilidade não é uma essência ou uma natureza. O que as torna pessoas vulneráveis são as estruturas sociais em que vivem e a marginalização e perseguição de que são vítimas.

A caracterização de um grupo de pessoas como vulnerável ou discriminado tem a sua fonte na história. A vulnerabilidade não é um conceito abstrato e só se compreende se enumerarmos quem são os sujeitos vulneráveis, sendo esta enumeração meramente exemplificativa, até porque o conceito de pessoa vulnerável é uma categoria aberta.

O conceito genérico e universal de sujeito de direitos não é, pois, suficiente para ter em conta as realidades adversas que os grupos vulneráveis ou categorias suspeitas têm de enfrentar, nem para travar a violência e a discriminação de que são objeto de forma desproporcionada. Esta discriminação surge agravada e com consequências mais intensas quando na mesma pessoa se cruzam vários fatores de discriminação, por exemplo, uma mulher negra e lésbica é objeto de discriminações múltiplas, que ultrapassam a visão binária de género. É fundamental para desconstruir a desigualdade ter em conta o contexto global em que ocorrem as opressões e os privilégios.

As pessoas de etnia cigana, uma minoria muito presente em Portugal, são um grupo vulnerável, em virtude da sua história de exclusão, marcada pela falta de

¹⁹ Sobre a necessidade de proteger as minorias étnicas do discurso de incitamento à violência, em particular, a minoria étnica do Azerbaijão, *vide*, na jurisprudência do TEDH, o recente caso *Kilin – Russia/Russie*, 10271/12, Acórdão de 11-05-2021, em que o TEDH declarou que não violava o direito à liberdade de expressão, consagrado no artigo 10.º da CEDH, a condenação em pena de prisão (18 meses) suspensa de um indivíduo que partilhou numa rede social, ainda que composta por um reduzido número de membros, um ficheiro áudio e um vídeo, de natureza racista, que continham um apelo público à violência e ao conflito étnico, concluindo que a sanção penal que limitava a liberdade de expressão prosseguia um objetivo legítimo de proteção da dignidade de pessoas de etnia não russa e de prevenção da violência e do crime.

uma nacionalidade e de uma pátria²⁰. Estão na Europa há muitos séculos, adquiriram a nacionalidade dos países onde nascem e residem. Mas, os ciganos são considerados, ainda hoje, como um povo nómada, cujos membros não têm emprego, lar e nacionalidade. Estima-se que vivem na Europa cerca de 10 a 12 milhões de ciganos, mas a aversão e a desconfiança em relação às pessoas de etnia cigana ainda constituem sentimentos comuns, devido a preconceitos enraizados na população.

As pessoas homossexuais sempre foram perseguidas e mortas por ser a sua orientação sexual diferente da maioria. Ainda hoje, nalguns países, são condenados à morte. A descriminalização da homossexualidade consentida entre adultos, na Europa, deu-se nas últimas décadas do século XX. Foi o Conselho da Europa que recomendou ao Comité de Ministros que exortasse os Estados-membros onde os atos homossexuais consentidos entre adultos eram passíveis de perseguição penal a abolirem essas leis e práticas (Recomendação 924 (1981), bem como convidou os Estados-membros a ordenar a destruição de ficheiros especiais existentes sobre homossexuais e a abolir a prática de elaborar tais ficheiros; a assegurar a igualdade de tratamento dos homossexuais em matéria de emprego, remuneração e segurança no emprego; a reclamar a interrupção de todo o tratamento ou investigação médica obrigatória destinada a modificar as inclinações sexuais dos adultos; a assegurar que os direitos familiares pessoais das pessoas homossexuais não sejam limitados (guarda, visita e acolhimento de crianças), a reclamar vigilância contra o risco de violações, atos de violência e delitos sexuais dentro das prisões contra pessoas homossexuais.

A OMS ainda há pouco tempo incluía a homossexualidade no seu catálogo de doenças de onde só foi retirada em 1990, após ter sido instada a tal pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (Resolução 756 (1981), de 1 de outubro de 1981).

As mulheres, a maioria da população mundial, continuam a ser o grupo mais vulnerável à pobreza, à violência e ao tráfico para exploração sexual – a escravatura dos tempos modernos. A violação dentro do casamento na Europa só passou a ser considerada crime também no final do século XX, nas décadas de 80 ou 90. Toda a cultura europeia está impregnada de sexismo como ficou patente no incidente diplomático na Turquia em que Erdogan e o Presidente do Conselho Europeu, Charles Michel, se sentaram nas cadeiras de honra, deixando a Presidente da

²⁰ Sobre a população cigana como grupo vulnerável, cfr. *Chapman v. the United Kingdom*, 18-01-2001 (27238/95). Todavia, foi em *D.H. e outros c. República Checa*, 57325/00, 13-11-2007, em que o TEDH condenou a República Checa, por violação do artigo 14.º da CEDH, em conjugação com o artigo 2.º do Protocolo n.º 1, pela segregação racial das crianças ciganas no acesso à educação, que o TEDH afirmou que as razões da vulnerabilidade dos ciganos residiam na especificidade da sua história turbulenta e de desenraizamento constante.

Comissão Europeia, Ursula von Der Lyen, de pé, acabando por participar na reunião sentada num sofá.

Os negros continuam a ser vítimas de crimes de ódio e assassinados, ostracizados, colocados em guetos e sem acesso a bens essenciais, vistos como inferiores pelas sociedades marcadas pelo racismo estrutural deixado pela escravatura e pela colonização. Esta realidade continua oculta devido à presença na sociedade portuguesa, ainda hoje, do luso-tropicalismo do Estado Novo, que glorifica o nosso passado colonial, criando um discurso que inculca a crença na ‘imunidade’ dos portugueses ao racismo e na predisposição do povo português para o convívio com outros povos e culturas²¹, contribuindo para obscurecer a violência da colonização sobre as pessoas colonizadas e para uma atitude de negação do racismo.

O conceito de grupo vulnerável na jurisprudência do TEDH baseia-se na história de discriminação²² e tem-se alargado, para além das minorias étnicas, às populações migrantes e aos refugiados, em risco de não terem nacionalidade nem Estado, de viverem, sem lar e emprego, em situação de pobreza, de violência ou exploração²³, bem como aos indivíduos que se encontram a cumprir penas

²¹ Cfr. CLÁUDIA CASTELO, *O modo português de estar no mundo. O luso-tropicalismo e a ideologia colonial portuguesa (1933-1961)*, Edições Afrontamento, 1998.

²² Para um tratamento desenvolvido da questão de saber qual o conceito de vulnerabilidade na jurisprudência do TEDH, quais os grupos de pessoas consideradas vulneráveis e que características um indivíduo ou grupo deve ter para ser considerado vulnerável, *vide* LOURDES PERONI/ALEXANDRA TIMMER, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 4, October 2013, pp. 1056–1085; YUSSEF AL TAMIMI, “The Protection of Vulnerable groups and Individuals by the European Court of Human Rights”, *Journal européen des droits de l’homme*, 2016, n.º 5, pp. 561 e ss.

²³ Cfr., entre outros, *Salah Sheekh v. Holanda*, 11-01-2007 (1948/04), em que a Holanda foi condenada por negar asilo a um nacional da Somália que pertencia à minoria Ashraf, em virtude de a expulsão do recorrente para a Somália e expor a um tratamento proibido pelo artigo 3.º da CEDH. O TEDH baseou a posição de vulnerabilidade do recorrente na situação vivida na Somália descrita em documentos internacionais e em vários relatórios sobre a violação dos direitos das minorias, como p.ex. o relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para os refugiados de janeiro de 2004, que atestavam que a violência contra as minorias era endémica e muito grave (cfr. *Salah Sheekh*, n.º 100 a 113). Em *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21-01-2011 (30696/09), o TEDH também reconheceu a necessidade de proteção especial do requerente de asilo, remetendo para documentos internacionais (p.ex. a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, que obriga os Estados a não expulsar o requerente de asilo para um país onde este se encontrará em situação de ameaça à vida e à liberdade, em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, pertença a um grupo social ou opiniões políticas) e para o direito da União Europeia (Tratado da UE, Tratado da Organização e Funcionamento da EU, Carta de Direitos Fundamentais da UE, e Diretivas da UE sobre questões de asilo), condenando a Grécia e a Bélgica, por exporem o requerente a condições de detenção e de vida degradantes e desumanas, em violação do artigo 3.º da CEDH, bem como pela exposição do requerente a riscos graves resultantes

de prisão em condições indignas²⁴, aos doentes mentais e aos portadores de HIV²⁵.

5. Discurso de ódio

Os grupos discriminados são, com frequência, alvo de discursos de ódio, no plano social e político, por força da sua diferença em relação ao padrão dominante e por serem vistos como uma ameaça ao *status quo* do privilégio. O discurso de ódio visa silenciar e ocultar a diferença, de forma a manter estes grupos de pessoas num estado de conformismo e invisibilidade. A forma de expressão deste discurso reside normalmente na palavra ou conjunto de palavras com um significado de exclusão e de rejeição, divulgadas com o objetivo de criar medo nas pessoas alvo do discurso, de espalhar a intolerância e de incitar à violência.

das deficiências do processo de asilo na Grécia (violação do artigo 13.º em conjugação com o artigo 3.º, ambos da CEDH). Em relação a menores imigrantes, o TEDH reconhece a sua especial vulnerabilidade em razão da menoridade, *Popov v. France*, 19-01-2012 (39472/07, 39474/07), tendo condenado o Estado francês, por negar asilo a um casal e aos seus dois filhos (de 5 meses e de três anos), expondo as crianças a um internamento prolongado num centro de detenção que não respeitava as necessidades específicas das crianças. Embora a CEDH não se refira expressamente aos refugiados, a jurisprudência do TEDH, relativa aos direitos dos imigrantes (o direito a não ser expulso em caso de sujeição a tortura, a tratamentos cruéis ou degradantes no país de origem e o direito à reunificação familiar), e aos direitos das pessoas que procuram asilo para escapar à violência e à tortura, a condições desumanas de detenção ou de vida, tornou-se um instrumento crucial para a proteção dos direitos dos refugiados. As pessoas que procuram asilo são grupos vulneráveis para a jurisprudência do TEDH, por serem alvo de violência generalizada. Se tivermos em mente as mulheres refugiadas, a sua história está impregnada, para além desta violência generalizada, de violência de género, por serem vítimas, durante o percurso até aos países de destino, de violação, abuso e exploração sexual como condição de sobrevivência e satisfação das suas necessidades fundamentais.

²⁴ Vide, entre outros, *Badulescu c. Portugal*, 20-10-2020 (33729/18) e *Petrescu c. Portugal*, 03-12-2019 (23190/17). Em ambos os casos o Estado português foi condenado por violação do artigo 3.º da CEDH, na vertente da proibição de tratamentos desumanos e degradantes, em virtude de sobrelotação nas prisões portuguesas, falta de aquecimento e condições sanitárias deficientes.

²⁵ Cfr. *Alajos Kiss v. Hungary*, 20-05-2010 (38832/06), que condenou a Hungria por não permitir o direito de voto a pessoas adultas que, por razões psiquiátricas, estão sujeitas a medidas de acompanhamento (violação do artigo 3.º do Protocolo 1); *Kiyutin v. Russia*, 10-03-2011 (2700/10), que condenou a Rússia, por violação do artigo 14.º (princípio da não discriminação), em conjugação com o artigo 8.º (direito à vida privada e familiar), por recusar o direito de residência a um estrangeiro em virtude de este ser portador de HIV; *I.B. v. Greece*, 3-10-2013 (552/10), que condenou a Grécia por violação do artigo 14.º, em conjugação com o artigo 8.º da CEDH, por legitimar o despedimento de um trabalhador, que testou positivo o vírus do HIV, reconhecendo a particular vulnerabilidade das pessoas portadoras de HIV à discriminação sistemática e à exclusão social, restringindo a margem dos Estados para aplicar a estes cidadãos um tratamento diferenciado.

5.1. Conceito de discurso de ódio

O conceito de discurso de ódio, na ordem jurídica internacional, começou por incluir a discriminação em função da etnia, da raça, da nacionalidade e da religião, e só mais tarde a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género, verificando-se ainda uma omissão em relação ao discurso misógino.

Segundo a definição do Comité de Ministros do Conselho da Europa (Recomendação N.º. R 97(20) do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre discurso de ódio, de 30 outubro 1997), discursos de ódio são *“todas as formas de expressão que propaguem, incitem, promovam ou justifiquem ódio racial, xenofobia, antissemitismo e outras formas de ódio baseado na intolerância, incluindo intolerância expressa por nacionalismo ou etnocentrismo agressivo, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas de origem migrante”*. A Campanha do Conselho da Europa contra o discurso de ódio inclui *“outras formas de discriminação e de preconceito, como anticiganismo, cristianofobia, islamofobia, misoginia, sexismo e discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género”*²⁶.

O Direito da União Europeia impôs aos Estados-membros a criminalização do racismo e da xenofobia. Na Decisão-Quadro 2008/913/JAI, de 28-11-2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, o Conselho afirma que *“o racismo e a xenofobia constituem violações diretas dos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios nos quais assenta a União Europeia e que são comuns aos Estados-Membros”*, instando os Estados a incluírem na legislação penal a criminalização do racismo e da xenofobia e a previsão de sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas aplicáveis às pessoas singulares e coletivas que tenham cometido essas infrações ou que por elas sejam responsáveis²⁷.

²⁶ Cfr. *Manual para o combate contra o discurso de ódio online através da Educação para os Direitos Humanos*, 2016, disponível para consulta in https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_Direitos_Humanos/documentos/referencias_manual_para_o_combate_do_discurso_de_odio_online.pdf, p. 11. Sobre racismo e xenofobia, veja-se também o Protocolo Adicional à Convenção sobre o cibercrime, respeitante à criminalização de atos de natureza racista e xenófoba cometidos através das tecnologias de informação, Estrasburgo, 28-01-2003 e a Recomendação 1805 (2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre blasfémia, insultos religiosos e discurso de ódio contra pessoas com base na sua religião, de junho de 2007.

²⁷ *Vide*, também, sobre racismo e xenofobia, a Recomendação n.º 7 de Política Geral da Comissão Europeia contra o racismo e intolerância (ECRI) sobre legislação nacional para combater o racismo e a discriminação racial, 13-12-2002; Recomendação N.º. 15 de Política Geral da Comissão Europeia contra o racismo e a intolerância (ECRI) para o combate ao discurso de ódio, de 8-12-2015.

A homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género estão também no centro das preocupações da União Europeia tal como é visível nas Resoluções do Parlamento Europeu²⁸. Constatou-se, com efeito, que, nos países da União Europeia, têm aumentado discursos públicos de ódio contra as pessoas LGBTI, bem como os crimes de ódio ditados pela fobia em relação às pessoas LGBTI, aos quais as autoridades públicas continuam a responder de forma inadequada. Verifica-se também que os ataques aos direitos fundamentais das pessoas LGBTI com frequência acontecem a par dos ataques aos direitos das mulheres e aos direitos das minorias, legitimando e criando as condições para a perseguição, a violência e a discriminação de que estes grupos são vítimas na sociedade em geral, como demonstram inquéritos feitos na UE²⁹.

As pessoas transgénero vivem também numa situação de marginalização e de vulnerabilidade, sendo a própria lei ou a jurisprudência a não reconhecer os seus direitos à identidade e à autodeterminação, o que tem dado origem a condenações pelo TEDH³⁰.

²⁸ Resolução de 4 de fevereiro de 2014, sobre o Roteiro da UE contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de género (2013/2183(INI)); Resolução de 18 de dezembro de 2019, sobre a discriminação pública e o discurso de ódio contra as pessoas LGBTI, nomeadamente as «zonas sem LGBTI» (2019/2933 RSP).

²⁹ Segundo o inquérito da FRA sobre as pessoas LGBT na União Europeia, 2013 (disponível para consulta, in https://fra.europa.eu/sites/default/files/memo-fra-s-eu-lgbt-survey_pt.pdf), «Cerca de metade dos inquiridos afirmou ter-se sentido pessoalmente discriminada ou assediada em razão da sua orientação sexual no ano anterior ao inquérito. As mulheres lésbicas (55 %), os inquiridos mais jovens (com idades compreendidas entre os 18 e os 24 anos) (57 %) e os inquiridos com rendimentos mais baixos (52 %) foram os grupos em que mais pessoas afirmaram ter-se sentido pessoalmente discriminadas ou assediadas. Um em cada cinco dos inquiridos que esteve empregado e/ou à procura de emprego no ano anterior ao inquérito sentiu-se discriminado nessas situações. No caso dos inquiridos transsexuais, esta proporção sobe para um em cada três. (...) 26 % das pessoas LGBT que responderam ao inquérito tinham sido agredidas ou ameaçadas com violência nos últimos cinco anos. Esta percentagem sobe para 35 % entre os inquiridos transsexuais. 59 % dos inquiridos que haviam sido vítimas de violência no ano anterior ao inquérito afirmaram que a última agressão ou ameaça de agressão foi devida ao facto de terem sido identificados como LGBT. No ano anterior ao inquérito, 19 % dos inquiridos foram vítimas de assédio, que atribuíram ao facto de terem sido identificados como LGBT».

³⁰ No caso *X e Y*, o TEDH, no acórdão de 19-04-2021 (2145/16 e 20607/16), condenou a Roménia, por violação do artigo 8.º da CEDH (direito à vida privada e familiar) por não reconhecer a identidade de género de duas mulheres que se identificavam como homens, tendo o tribunal nacional apresentado aos recorrentes, que não desejavam sujeitar-se a uma cirurgia, um dilema impossível: ou os recorrentes faziam a cirurgia de mudança de sexo ou desistiam do reconhecimento da sua identidade de género. O TEDH afirmou que a Roménia colocou os recorrentes numa situação de «vulnerabilidade, humilhação e ansiedade», violando assim a sua vida privada e familiar.

A sensibilidade para o discurso sexista surgiu bastante tempo depois da penalização e reprovação social do discurso racista e xenófobo, e encontra-se, ainda, em estado embrionário. Em 2019, o Conselho da Europa, considerando que o sexismo emerge como *“uma manifestação das relações de força historicamente desiguais entre mulheres e homens”*, reconheceu a presença do sexismo, com caráter sistémico e estrutural, em todas as sociedades e em todos os setores, constituindo uma forma de discriminação das mulheres e de violação dos seus direitos humanos, que impede o gozo das suas liberdades fundamentais, a emancipação das mulheres e a igualdade de género. Assim, surgiu a Recomendação sobre prevenção e combate ao sexismo do Comité de Ministros do Conselho da Europa (27 de março de 2019), na qual se define sexismo como *“qualquer ato, gesto, imagem, discurso oral ou escrito, prática ou comportamento que tenha por base a crença na inferioridade de uma pessoa ou grupo de pessoas, devido ao sexo, podendo ser um ato público ou privado, online ou offline, suscetível de violar a dignidade ou direitos de uma pessoa ou grupo de pessoas, causar danos físicos, sexuais, psicológicos ou socioeconómicos a uma pessoa ou grupo de pessoas; criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo; constituir uma barreira à autonomia ou realização integral de direitos humanos de uma pessoa ou grupo de pessoas e de manter ou reforçar estereótipos quanto ao género”*.

A repressão dos discursos de ódio e discriminatórios constitui, portanto, uma limitação legítima à liberdade de expressão que visa um objetivo de interesse público, a construção da democracia e da igualdade.

5.2. Liberdade de expressão e discurso de ódio

A liberdade de expressão é o pilar da democracia, um direito humano fundamental previsto no artigo 37.º da CRP e no artigo 10.º da CEDH. A comunicação dos pensamentos, opiniões e as crenças das pessoas são uma parte importante da sua identidade, e das condições primordiais do progresso da sociedade e do desenvolvimento de cada pessoa. Limitar a liberdade de expressão das pessoas também limita a oportunidade de os cidadãos participarem na sociedade e pode pôr em causa a criatividade, o debate e a troca de ideias. Todavia, quando a liberdade de expressão tem por resultado silenciar grupos oprimidos e que não têm tido voz, ela não permite nem realiza a igualdade, que também é um pilar fundamental da democracia. É que o âmbito da liberdade de expressão e os seus limites não podem ser traçados sem contextualizar o exercício da liberdade nas relações de poder existentes na sociedade. Não se trata aqui da equação clássica entre liberdade de expressão e direito à honra ou ao bom nome, a resolver, de forma casuística, pela aplicação pelo princípio da proporcionalidade ou da concordância prática entre valores ou direitos em conflito. Quando se analisam os limites e o âmbito da liberdade

de expressão, surge como critério decisivo, já com reflexo na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), como vimos, o elemento da desigualdade histórica de poder entre os grupos dominantes ou privilegiados e as minorias.

O Conselho da Europa quer combater o discurso de ódio e a incitação à violência, porque contribuem para um ambiente social hostil contra pessoas sem poder e discriminadas pelas estruturas das sociedades em que vivem, culminando, em casos extremos, com homicídio ou outros crimes violentos sobre pessoas em virtude do seu género, orientação sexual ou etnia. Os *femicídios* em contexto de violência doméstica devem ser concebidos como crimes de ódio, pois têm por base a discriminação histórica das mulheres em relações conjugais ou íntimas e o estatuto jurídico de subordinação que tiveram ao longo da história no contrato de casamento.

Importa notar que quem luta pelos direitos das pessoas LGBTI, pelos direitos das mulheres, pelos direitos dos negros e das minorias étnicas, não está a fragmentar a humanidade ou a criar conflitos sociais, mas está, antes, a dar visibilidade à discriminação histórica sofrida por estes grupos e a pretender repor a justiça e a igualdade entre todos os seres humanos, desfazendo ou desconstruindo as relações sociais de poder.

A diabolização dos grupos que lutam pela sua emancipação é uma reação comum, consciente ou não, daqueles que querem manter o *status quo* do privilégio. As vozes que afirmam que as feministas odeiam homens ou que os negros são racistas e espalham ódio, ou que se referem às reivindicações da população LGBTI, por exemplo, ao acesso ao casamento e à possibilidade de procriar ou adotar – pretensões comuns a todos os seres humanos – com um desdém, que mesmo quando disfarçado, se sente nas entrelinhas das palavras ditas ou escritas, usam a liberdade de expressão como uma arma ideológica para perpetuar o silêncio e assim manter o privilégio.

A etiqueta de “*politicamente correto*” para descrever os movimentos que denunciam estas formas de discriminação ignora a perspetiva dos grupos historicamente discriminados e não é sensível ao sofrimento que lhes foi e continua a ser infligido pelas instituições e pela sociedade, que excluem a sua visão ou negam a sua história. A defesa da liberdade de expressão é usada por aqueles que já têm poder e que nunca foram nem são silenciados. A liberdade de expressão de uns, aqueles que sempre tiveram poder económico, social ou cultural para a exercer, pode, contudo, provocar o silenciamento de outros e retirar poder aos que historicamente não têm tido voz.

A multiculturalidade e a visibilidade crescente de grupos outrora invisíveis na sociedade, a luta pela igualdade e a reivindicação de direitos fizeram aumentar os discursos de ódio, que se tornaram num lugar-comum na esfera pública sobretudo na internet e nas redes sociais.

O discurso de ódio é uma das formas mais comuns de intolerância na Europa e assume várias formas como o antisemitismo, a xenofobia, o sexismo, o racismo, a homofobia, a transfobia, a ciganofobia e a islamofobia. Estes discursos veiculam opiniões que excluem ou estigmatizam o “outro”, constituindo generalizações infundadas e discriminatórias, que recorrem a um sentimento de aversão irracional contra determinados grupos de pessoas por serem diferentes da maioria e por questionarem os seus hábitos, tradições e privilégios.

Dizem alguns autores que estes conceitos foram criados pela extrema esquerda ou pelo marxismo cultural³¹, para, num mundo capitalista, em que não conseguem realizar a igualdade social e económica nem extinguir a pobreza, manterem a sua razão de ser e apresentarem um projeto de sociedade distinto de outras ideologias. Não posso deixar de sentir como *amargas e quase cínicas* estas observações. O desejo de igualdade entre todos os seres humanos e o reconhecimento da nossa mútua humanidade e dignidade decorre do nosso “eu” mais profundo e antigo, que foi educado por valores cristãos, muito antes de qualquer politização. É, por isso, estranho que aqueles que afirmam partilhar a crença de que todos os seres humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus não se insurjam contra todas as formas de discriminação e sejam irónicos ou agressivos com a emancipação das minorias e a igualdade de género, chegando mesmo a diabolizar os direitos humanos das minorias sexuais, através de um conceito de ideologia de género visto como um ataque à família tradicional.

Na Recomendação N.º R 97(20) do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre discurso de ódio, de 30 outubro 1997, afirma-se que o discurso de ódio constitui uma ameaça aos direitos humanos e um obstáculo à igualdade de todos os seres humanos.

O acesso à internet constitui um dos principais meios através dos quais os indivíduos exercem o seu direito à liberdade de expressão e de informação. Mas simultaneamente emerge como um sítio em que são praticadas diversas formas de discursos de ódio. A mais comum é violência contra as mulheres, na forma de pornografia, jogos sexistas e intrusões na privacidade. As mulheres recebem ameaças e insultos de carácter sexual no dia-a-dia através de emails, *websites* ou meios de comunicação, incluindo ameaças de publicação de fotos e de informação pessoal. Aumentam os *sites online* de racismo, ódio e militância. Segundo um inquérito *online* do Conselho da Europa para o Movimento Contra o Discurso de Ódio

³¹ Sobre o epíteto de marxismo cultural usado pela extrema direita, na era *Trump*, como um instrumento de ódio interseccional contra as minorias, *vide* TANNER MIRRLEES, «The Alt-Right's Discourse of “Cultural Marxism”: A Political Instrument of Interseccional Hate», *Atlantis Journal*, Issue 39.1./2018, pp. 49-69, disponível para consulta *in* <https://core.ac.uk/download/pdf/322499374.pdf>.

realizado em 2012³², 78% das pessoas inquiridas referiram que encontram discurso de ódio *online* regularmente. Os três alvos mais comuns do discurso de ódio, segundo este inquérito, eram pessoas LGBTI, pessoas muçulmanas e mulheres. São exemplos de discursos de ódio frases como «*Se és gay – cura-te. E depois junta-te à raça humana.*» «*Não te queremos aqui, fica no teu país e destrói-o, ao nosso, não!!!!*»; «*Um preto não é um ser humano, é um animal*»; «*Todos os judeus são malfetores gananciosos que só pensam em dinheiro*»; «*És uma **** prostituta. Vou violar-te amanhã*»; «*Os ciganos vivem à custa do Estado*».

Os discursos sexistas são proferidos também por responsáveis e líderes políticos, adquirindo, portanto, uma especial divulgação e influência. Em 2003, o deputado Jair Bolsonaro atacou a deputada Maria do Rosário e afirmou: “*Não te estupro porque você não merece*”. “*Se a Hillary Clinton não consegue satisfazer seu marido, o que a faz pensar que pode satisfazer os Estados Unidos?*”, escreveu Donald Trump, em abril de 2015, no Twitter, que também se referiu a Angelina Jolie da seguinte forma numa entrevista a Larry King em 2006: «*agora ela é uma espécie representante das Nações Unidas, e da paz e da fome no mundo, e todas essas baboseiras*».

Os discursos de ódio têm consequências, na medida em que disseminam estereótipos negativos por toda a sociedade, contribuem para que determinados grupos sociais de pessoas vulneráveis se tornem cada vez mais marginalizados e isolados, aumentam conflitos e divisões, abusos ou ameaças contra os grupos historicamente discriminados em situação de vulnerabilidade, como as mulheres vítimas de violência, os imigrantes, os refugiados.

A simples ‘expressão’ pode conduzir ao abuso físico. A incitação ao ódio pode levar ao crime de ódio, violando direitos humanos relacionados com a integridade pessoal e a segurança, impedindo a participação cívica de todos em condições de igualdade e excluindo as minorias e grupos discriminados.

A repressão do discurso de ódio é um importante instrumento de combate à violência e à desigualdade estrutural, e não constitui qualquer limitação ilegítima à liberdade de expressão. Significa, pelo contrário, uma garantia de liberdade para os que têm sido excluídos dela. Os direitos humanos têm de ser contextualizados nos sistemas de relações sociais de poder. Todas as pessoas têm direito a viver sem medo de ser quem são e a gozar das suas liberdades fundamentais.

Mas o que são discursos de ódio? Como se distinguem de outro tipo de discursos cobertos pela liberdade de expressão?

³² Inquérito *online* do Conselho da Europa para o Movimento Contra o Discurso de Ódio, 2012, disponível para consulta *in* nohate.ext.coe.int/Resources/Studies-and-Research, *apud* Referências, *Manual para o combate contra o discurso de ódio online através da Educação para os Direitos Humanos*, *ob. cit.*

O discurso de ódio consiste num conjunto de manifestações de desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos, ou um conjunto de ações com teor intolerante direcionadas a grupos, na maioria das vezes, minorias sociais, LGBTI, pessoas com deficiência, imigrantes, negros, ciganos, mas também mulheres, a maioria da população mundial. A não-aceitação das diferenças e a tendência cultural das sociedades patriarcais para hierarquizar os seres humanos são as atitudes que criam a discriminação racial, religiosa, social, de género, orientação sexual ou identidade de género.

A Decisão-Quadro 2008/913/JAI contra o racismo e a xenofobia define discurso de ódio como a incitação pública à violência ou a expressão de sentimentos de aversão e de desprezo dirigidos contra um grupo de pessoas ou um membro de um desses grupos, definido com base na raça, cor da pele, ascendência, religião ou crença religiosa ou origem nacional ou étnica. A apologia, negação ou banalização grosseira, no espaço público, dos crimes de genocídio ou contra a humanidade e crimes de guerra, tal como definidos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (artigos 6.º, 7.º e 8.º), são discursos de ódio quando esses comportamentos forem de natureza a incitar à violência contra o grupo em causa ou os seus membros.

O conceito de discurso de ódio surge num espectro que vai desde expressões extremas, palavras agressivas e que incitam à violência contra determinados grupos de pessoas até aos insultos mais brandos ou generalizações latas que dão má conotação a um grupo ou a indivíduos em particular, e que podem ser falsas. Mas não é só o teor literal e o conteúdo das expressões ou palavras usadas que determinam se um discurso hostil atinge ou não o patamar de violência de um discurso de ódio. Se for um discurso falado, o tom de voz com que é proferido e a expressão facial do seu autor ou autores são também elementos elucidativos. Revestem-se de um peso decisivo, para a qualificação de uma expressão, frase ou conjunto de frases como discurso de ódio, o contexto e a intenção da pessoa responsável pela expressão, os alvos ou os potenciais alvos desse discurso, bem como as circunstâncias históricas e culturais subjacentes, o meio utilizado, as tensões ou os preconceitos existentes numa determinada sociedade, e a autoridade da pessoa responsável pela expressão. São discursos de ódio aqueles que visam excluir o seu alvo, que o diminuem e que exprimem preconceitos e generalizações infundadas.

O poder da linguagem e das palavras para excluir e estigmatizar não pode ser menosprezado. As agressões verbais e as expressões preconceituosas podem até ser subtis, feitas numa linguagem que não é em si mesma violenta, rude ou grosseira, mas que, pelo seu significado simbólico, tendo em conta as relações de poder num determinado contexto, transmitem ódio e hostilidade gratuita contra uma pessoa

ou várias pessoas pertencentes a um grupo discriminado cuja história de sofrimento e de subordinação é usada contra elas para perpetuar a exclusão social.

O TEDH tem entendido que os discursos de ódio não estão protegidos pela liberdade de expressão consagrado no artigo 10.º CEDH e consideram-se abrangidos pelo artigo 17.º CEDH que proíbe o abuso de direitos. Começou por considerar, na sua jurisprudência, como não protegido pelo artigo 10.º da CEDH, o discurso anti-semita que nega o Holocausto e defende ideias neonazis, mas veio mais tarde a pronunciar-se também sobre o incitamento à discriminação racial ou ao ódio contra religiões³³, a condenar os Estados por tolerarem o discurso homofóbico³⁴ e o discurso anti-islâmico³⁵ e por incumprirem o seu dever de proteção de grupos vulneráveis, perseguidos ou excluídos. Mas o TEDH, na sua jurisprudência, não reconheceu, ainda, o discurso misógeno como discurso de ódio. O racismo e a homofobia tendem a ser mais visíveis e reconhecidos como discurso de ódio. A misoginia, cada vez mais vulgar no espaço *on line*, não tem sido tratada como

³³ O TEDH no caso *Šimunić c. Croácia* (20373/17), 22-01-2019, decidiu que a condenação de um jogador de futebol por mensagens com conteúdo racista, dirigidas aos espetadores de um jogo, não violava o direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 10.º da CEDH, tendo em conta a natureza relativamente leve da multa aplicada ao recorrente e o contexto em que foram proferidas as frases. Considerou, portanto, que as autoridades na Croácia procederam a um juízo de ponderação correto entre o interesse do recorrente na sua liberdade de expressão e o interesse da sociedade na promoção da tolerância e do respeito mútuo no desporto, bem como no combate à discriminação, atuando, assim, dentro da sua margem de apreciação. Notou, em particular, que o recorrente como um famoso jogador de futebol e um modelo para os seus fãs devia ter tido consciência do impacto negativo das suas mensagens nos espetadores e ter-se absterido dessa conduta.

³⁴ No caso *Vejdeland e outros c. Suécia* (1813/07), 9-02-2012, o TEDH entendeu que não violava a liberdade de expressão a condenação de quatro indivíduos, acusados de agitação contra uma minoria, por distribuírem panfletos de conteúdo homofóbico numa escola secundária, que continham afirmações que acusavam as pessoas homossexuais de pretenderem legalizar a pedofilia, de terem um comportamento sexual promíscuo e de espalharem o HIV. No caso *Beizaras e Levickas c. Lituânia* (41288/15), 14-01-2020, o TEDH entendeu que a Lituânia violou o princípio da não discriminação (artigo 14.º da CEDH) e o direito à privacidade e vida familiar (artigo 8.º do CEDH) porque arquivou, sem qualquer investigação, a queixa contra comentários e ameaças homofóbicas, apresentada por dois jovens do sexo masculino, que partilharam no *facebook* uma foto em que os dois se beijavam.

³⁵ Cfr. *Soulas and Others v. France* (15948/03), 10-10-2008 e *Le Pen v. France* (18788/09), 20-04-2010. No caso *Le Pen v. France*, o TEDH decidiu que a condenação do Presidente do Partido “Frente Nacional”, por incitamento à discriminação, ao ódio e à violência contra um grupo de pessoas por causa da sua pertença a uma minoria étnica, nação, raça ou religião, em virtude de declarações proferidas sobre a presença dos muçulmanos na França numa entrevista ao jornal *Le Monde*, não violou o direito à liberdade de expressão, representando antes uma limitação necessária numa sociedade democrática.

discurso de ódio, mesmo quando cometida por estranhos em espaço público e o conceito de crime de ódio, na jurisprudência do TEDH, não abrange a discriminação de género. O não tratamento da misoginia, como discurso de ódio, está relacionado com a trivialização da discriminação contra as mulheres, quer na rotina dos ambientes virtuais, quer nas práticas do quotidiano, e com a história de marginalização das necessidades das mulheres pelo sistema legal.

6. Direito nacional

6.1. Discurso racista e xenófobo

Por força da Decisão-Quadro relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia (2008/913/JHA), foi introduzido no artigo 240.º, n.º 2, do Código Penal um crime de discriminação racial, punido com uma pena de prisão de 6 meses a 5 anos³⁶.

O crime tipificado no artigo 240.º, n.º 2, al. *b*), do Código Penal exigia, nas redações anteriores a 2017³⁷, para estar preenchido, um elemento objetivo e um elemento subjetivo. Nos termos do elemento objetivo, as condutas abrangidas pelo preceito tinham de ser levadas a cabo em reunião pública, através de escrito destinado a divulgação, ou através de qualquer meio de comunicação social. Por seu turno, o elemento subjetivo, exigia o dolo específico, consubstanciado na intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar. Em virtude da falta deste elemento intencional, os tribunais portugueses consideraram que era manifestamente infundada a acusação do Ministério Público de crime de dis-

³⁶ O teor do preceito é o seguinte: «2 – Quem, publicamente, por qualquer meio destinado a divulgação, nomeadamente através da apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade: a) Provocar atos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; ou d) Incitar à violência ou ao ódio contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica».

³⁷ A primitiva redação de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) abrangia apenas a discriminação racial; na reforma de 1998 (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro), o legislador aditou a discriminação religiosa, e a discriminação sexual apenas foi tipificada em 2007 na Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

criminação racial, por divulgação de um vídeo ofensivo do povo sírio, vítima de crimes de guerra e à procura de asilo para fugir à violência e à morte³⁸. Faltou segundo a fundamentação aduzida pelo tribunal, a afirmação de que todos os que vissem o referido vídeo tenderiam a excluir ou a sentir vontade de excluir da sociedade portuguesa os nacionais Sírios e todos os que professam a religião muçulmana, requisito que não se considerou provado. Para obviar a que este requisito criasse obstáculos à punição destes comportamentos, o legislador democrático veio, nos termos da Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, a prescindir da exigência do dolo específico.

O Supremo Tribunal de Justiça negou o pedido de um cidadão de nacionalidade alemã, auto-designado “*Funcionário do Reich Alemão*”, residente em Portugal, para que o Estado português recusasse a execução do mandado de detenção europeu para o Estado emitente, onde tinha sido condenado por crimes de incitamento ao ódio e à violência, difamação do Estado alemão e insulto a comunidades religiosas³⁹. Em resposta aos argumentos do recorrente, que invocava a proteção da sua liberdade de expressão, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o negacionismo do holocausto praticado pelo recorrente, que afirmou que o holocausto era a maior

³⁸ Cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18-06-2018 (proc. n.º 1132/15.6JABRG.G1).

³⁹ Cfr. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05-07-2012, proc. n.º 48/12.2YREVR.S1, em cujo sumário se concluiu que “IX – Fundamental na negação do Holocausto é a rejeição do facto de ter existido uma política de perseguição, e extermínio, dos judeus, elaborada pelo estado nacional-socialista alemão, com a finalidade de sua exterminação enquanto povo; que mais de cinco milhões de judeus foram sistematicamente mortos pelos nazistas e seus aliados; e que o genocídio foi realizado em campos de extermínio recorrendo a formas de extermínio em que prevalece a utilização de ferramentas de assassinato em massa, tais como câmaras de gás. (...) XI – A mera difusão de conclusões sobre a existência, ou não, de determinados factos, sem emitir juízos de valor sobre os mesmos, ou a sua ilicitude, não se pode considerar como uma excepção à liberdade de expressão, mas sim como o produto de uma eventual elaboração intelectual, porventura injustificada ou patética, mas admissível. Falamos, assim, da diferença entre a mera negação do genocídio por contraposição à conduta que comporta uma adesão valorativa ao mesmo crime de genocídio, promovendo-o e exprimindo sobre ele um juízo de apreciação positiva. No mesmo plano se situa a incitação indirecta ao genocídio apresentando-o como justo, ou resultante de alguma espécie de provocação por parte daqueles que foram as suas vítimas. O entendimento de que deve ser penalizada a difusão de condutas justificativas do genocídio como manifestação do discurso do ódio está em consonância com as mais recentes aquisições em termos de direito comunitário como é o caso da Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho. XII – Não contem o vício da inconstitucionalidade a penalização de condutas que, embora não sejam claramente idóneas para incitar directamente à comissão de delitos contra o direito dos povos como o genocídio, supõem uma incitação indirecta ao mesmo ou provocam, de modo mediato, a discriminação, o ódio ou a violência que é precisamente o que permite, em termos constitucionais, o estabelecimento do tipo legal do artigo 240 n.º 2 b) do Código Penal».

mentira da história da humanidade, constitui crime em face do direito português (artigo 240.º, n.º 2, al. *b*), do CP), que pune a negação da existência de um crime contra a humanidade, como é o genocídio, e a emissão de um juízo de valor negativo e ofensivo da dignidade das suas vítimas.

6.2. Discurso sexista

O discurso sexista não foi abrangido ainda por uma condenação judicial como uma forma de discriminação e de incitamento ao ódio, nem sequer como uma forma de injúria ou importunação sexual. Não obstante, são cada vez em maior número as vezes que o consideram uma forma de violência contra as mulheres.

Começamos por analisar o caso do assédio verbal sexista, punido como crime de importunação sexual, no artigo 170.º do CP desde a Lei n.º 83/2015 de 31 de agosto, que veio implementar a Convenção de Istambul. Trata-se de comportamentos indesejados, de natureza sexual, sob forma verbal, não-verbal ou física, p. ex. comentários jocosos sobre o corpo, palavras com conotação sexual, expressões machistas e objetificantes, e intimidatórias, que atingem sobretudo mulheres e jovens do sexo feminino, violando os seus direitos humanos à autonomia, à integridade pessoal e à liberdade. As mulheres sempre passaram por este tipo de situações no seu quotidiano sem que existisse uma lei adequada, ou pelo menos um discurso social a reprovar estes comportamentos, que, como toda a violência de género, eram naturalizados e tornados invisíveis, até porque era suposto não os denunciar – “*uma senhora não tem ouvidos*”, já dizia o ditado popular. As expressões verbais ou não verbais dirigidas às mulheres, por homens desconhecidos, com o significado de ameaças, injúrias, intrusões na privacidade ou difamações por causa do seu sexo, são o símbolo da desigualdade e do estatuto social inferior das mulheres e deviam ser consideradas, quando feitas no espaço público e por vários indivíduos, como uma forma de discriminação sexual abrangida pelo âmbito de criminalização do artigo 240.º, n.º 2, do CP. Sofrer estas formas de assédio verbal é vulgar na vida das mulheres desde o início da puberdade, com efeitos traumáticos no seu desenvolvimento dada a sua frequência, criando um ambiente de intimidação e de insegurança que comunica às crianças e adolescentes do sexo feminino que o espaço público não é um lugar seguro para circular⁴⁰. A forma como se aceita e banaliza as palavras sexistas, intimidatórias e ofensivas da dignidade das mulheres, proferidas

⁴⁰ Cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos», in AAVV, *Combater a Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 81-90.

no espaço público, está ilustrada na decisão do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁴¹ que considerou desprovidas de gravidade suficiente para constituir crime de injúria as expressões “*Estás cada vez melhor! Comia-te toda! És toda boa! Pagavas o que me deves!*”, entendendo o tribunal que apesar de se tratar de «(...) *linguagem grosseira, boçal e ordinária, susceptível de ferir a sensibilidade subjectiva da visada, não atinge, no seu todo, o patamar mínimo de dignidade ético-penal apto a fazer intervir o tipo de crime previsto no artigo 181.º do CP*».

A violência *online* sobre as mulheres apresenta também todos os requisitos para ser classificada como crime de ódio, por exemplo, discursos que culpabilizam as vítimas de violação, que promovem extorsão de sexo, ameaças de violação e de tortura dirigidas às mulheres, a pornografia de vingança (ou abuso sexual baseado em imagens)⁴², *sites* de voyeurismo digital em que são partilhadas fotografias de mulheres sem o seu consentimento, a ameaça *online* de mulheres ativistas feministas com incidência especial em mulheres que têm perfis públicos e que são conhecidas por denunciar a discriminação e a violência de género.

Esta violência digital espalha na sociedade uma cultura de violação, i.e., um conjunto de crenças que encorajam a agressão sexual masculina às mulheres e apoiam a violência contra as mulheres.

O anonimato permitido pela *internet*, ao contrário do que se pensa, não implica a impunidade desses comportamentos. A jurisprudência do TEDH⁴³ responsabiliza o sítio eletrónico que publica comentários ofensivos anónimos. Em consequência, se o utilizador do *site* emitir opiniões de ódio (racista, homofóbico ou sexista) ou ofensivas da honra de alguém, surgem duas hipóteses: se o utilizador estiver identificado pode ser diretamente responsabilizado; se o utilizador for anónimo, a responsabilidade recai sobre os donos do *site*. A jurisprudência portuguesa⁴⁴ também admitiu já uma responsabilidade objetiva do proprietário do *site* ou do diretor do jornal, que valida os comentários postados na versão *online*, que sejam notoriamente ofensivos da honra de uma pessoa, solução que deve ser extensível aos casos em que é ofendido todo um grupo de pessoas em virtude do seu género, orientação sexual, raça ou etnia. O artigo 20º, nº1, alínea *a*), da Lei

⁴¹ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-09-2019, proc. n.º 243/15.2GASPS.C1.

⁴² A Lei n.º 44/2018, de 09/08 aditou ao artigo 152, n.º 2, do CP, uma alínea *b*), que pune quem «*Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento*».

⁴³ Cfr. acórdão *Delfi AS V. Estónia* (64569/09), 16-06-2015 (GC).

⁴⁴ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26-04-2017, proc. n.º 880/14.2TVLSB.L1-1.

de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro), dispõe que é ao diretor que compete orientar, superintender e determinar o conteúdo da publicação, cabendo-lhe a decisão de publicar ou não determinado comentário, podendo assim incorrer em responsabilidade se um comentário for considerado um discurso de ódio.

A violência digital é uma dimensão do *continuum* da violência que as mulheres e as meninas vivem no mundo *offline*, em espaços públicos e privados, no dia-a-dia, e o seu objetivo é incutir medo, intimidar e marginalizar as mulheres. A permissão destes discursos produz não só um dano individual a cada mulher lesada, mas um dano cultural para toda a sociedade, porque normaliza a atividade sexual não consensual e a visão das mulheres como objeto sexual dos homens, impede a sua participação na vida pública, *offline* e *online*, e atrasa a construção da igualdade de género, pois promove a exclusão das mulheres da democracia e do debate. Tem também repercussões na liberdade sexual das mulheres, gerando inibição sexual e a manutenção de uma moral sexual dupla. Acaba por diminuir substancialmente o acesso das mulheres à comunidade *on line* e por silenciar as suas experiências, opiniões e perspetivas, com resultados danosos para a própria democracia.

A compreensão do que é o discurso de ódio sexista e dos danos que causa à sociedade não pode ser explicada por teorias cegas em relação ao género. Há que ter em conta a história de subordinação das mulheres e a construção cultural dos géneros.

O discurso misógino, por palavras ou por imagens, é um discurso de ódio, termo que se refere a um amplo espectro de discursos extremamente negativos, que vão desde o ódio ao incitamento ao ódio, às expressões abusivas e à difamação, a formas extremas de preconceito ou a uma emoção de extremo desfavor ou aversão.

Os requisitos para que um discurso seja qualificado como discurso de ódio estão relacionados com a intensidade da expressão, a intenção do autor (simbólica e de excluir), a gravidade do impacto, e outros fatores contextuais. O incitamento ao ódio pode ser direto ou indireto, velado ou ostensivo, um ato isolado ou repetido, mas o seu autor ou autores estão numa posição de poder ou de autoridade em relação à pessoa, pessoas ou grupos-alvo.

O conceito de crime de ódio tem de ser redefinido para incluir o abuso misógino e a violência de género *online*. O facto de se exigir que a ofensa ocorra no domínio público ou na comunicação com o grande público, remete-nos para a complexa distinção entre público e privado. O ambiente virtual é um contexto que, mesmo que seja classificado como privado ou grupo fechado, tem as características de um espaço público, na medida em que os insultos sexistas proferidos contra as mulheres são objeto de comunicação intersubjetiva e qualquer um dos membros do grupo os pode difundir para um público mais vasto.

Os comentários sexistas *online* adquirem uma força simbólica expansiva e comunicam o preconceito para além da vítima, contribuindo para criar condições sociais em que os crimes violentos contra um grupo de pessoas são justificados, reforçando também a desigualdade entre os géneros.

7. Conclusão

O discurso de ódio é um instrumento que serve para incitar à violência, ou exprimir desprezo pelas minorias e pelas mulheres, criando um ambiente social hostil e explorando preconceitos que perpetuam a discriminação histórica e visam excluir os grupos alvo da sociedade e das suas instituições. Neste sentido, a repressão dos discursos de ódio é uma forma de tutelar a igualdade e a convivência fraterna entre todos os seres humanos, bem como de fomentar a inclusão social das minorias. Não está, pois, em causa, na repressão destes discursos de ódio, qualquer limitação ilícita à liberdade de expressão. O TEDH, na sua jurisprudência atualista, tem evoluído no sentido de admitir limitações crescentes à liberdade de expressão quando os grupos atacados pertencem a minorias étnicas ou religiosas, são povos perseguidos como os judeus ou escravizados como os negros, ou indivíduos vítimas de homofobia. Contudo, não existe ainda jurisprudência do TEDH que condene o sexismo e que obrigue os Estados a tomar medidas para combater o discurso de ódio contra as mulheres cada vez mais banalizado no ambiente *on line*. A classificação do discurso misógino como discurso de ódio será o próximo passo desta evolução, já iniciada em 2019 com a Recomendação do Conselho da Europa sobre o discurso sexista.