



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
GABINETE DA PROCURADORA-GERAL

Proc.º n.º 108/2012 - L.º 115
Of.º n.º 6477/2014, de 2014-03-10

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias
da Assembleia da República

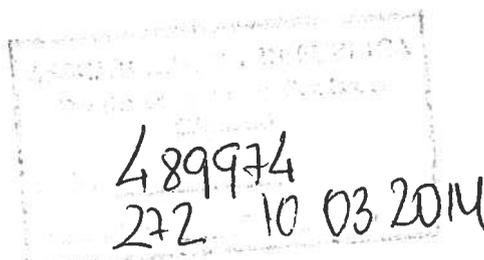
ASSUNTO: Parecer relativo ao Projecto de Lei n.º 504/XII/3º, que «Altera o Código Penal, autonomizando o crime de mutilação genital feminina»

Na sequência do pedido formulado através do ofício n.º 122/XII/1.ª, 11-02-2014 e por determinação de Sua Excelência a Conselheira Procuradora-Geral da República, tenho a honra de enviar a V. Exª cópia da Informação/Parecer n.º GI140068 elaborada neste Gabinete sobre o assunto em epígrafe, a qual mereceu a sua concordância.

Com os melhores cumprimentos.

A CHEFE DE GABINETE

(Adelaide Sequeira)



INFORMAÇÃO/PARECER

I. Nota preambular

A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, através do seu Presidente, solicitou a Vossa Excelência a emissão de parecer escrito acerca da iniciativa legislativa de Senhores deputados do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda que originou o Projecto de Lei n.º 504/XII/3ª - «*Altera o Código Penal, autonomizando o crime de mutilação genital feminina*».

Mercê de pesquisa efectuada no sítio da Assembleia da República, apurámos que, ulteriormente ao referido projecto, surgiram **duas outras iniciativas legislativas** versando o mesmo aludido objectivo de autonomização do crime de mutilação genital feminina, respectivamente o **Projecto de Lei n.º 515/XII/3ª**- «*Procede à 31.ª alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, criando o crime de mutilação genital feminina*», da autoria dos deputados do Grupo Parlamentar do **CDS-PP**, admitido em 19 de Fevereiro de 2014¹, e o **Projecto de Lei n.º 517/XII/3ª**- «*Autonomiza a criminalização da mutilação genital feminina- 31ª alteração ao Código Penal*», da autoria de Deputados do **PSD**, admitido em 20 de Fevereiro de 2014..

Todavia, relativamente aos dois últimos projectos de lei não foi, até ao momento, recebido qualquer pedido de parecer, muito embora, desde já se adiante e reconheça, que qualquer um deles contempla propostas de texto que, em comparação com o primeiramente referido, resultam mais abrangentes.

Afigurando-se não dever retardar-se a satisfação do solicitado, e sem prejuízo de ulterior pronúncia que, de forma mais incisiva, verse as duas iniciativas referidas, opta-se por proceder a uma análise que, ainda que de forma breve, tome em consideração as soluções nelas adiantadas.

¹ DAR II série A n.º 67/XII/3, DE 14.2.2014, pág. 2-4.

II. Os Projectos de Lei n.º 504/XII/3ª (BE), 515/XII/3ª (CDS-PP) e 517/XII/3ª (PSD)

1. O Projecto de Lei n.º 504/XII/3ª

Compreende três artigos, definindo o artigo 1.º o objecto da lei, traduzido na alteração do Código Penal, autonomizando o crime de mutilação genital feminina; o artigo 2.º tem como epígrafe «*Aditamento ao Código Penal*» materializando-se no aditamento do artigo 145.º-A e o artigo 3.º dispõe sobre a entrada em vigor da Lei.

De acordo com o Projecto em consideração, o normativo aditado tem a seguinte redacção:

*“Artigo 145.º-A
Mutilação Genital Feminina*

1 – Quem praticar ou forçar uma mulher à excisão, infibulação, ou qualquer outra mutilação total ou parcial da parte externa do aparelho genital feminino, nomeadamente os grandes lábios, pequenos lábios ou clítoris, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2 – Quem incitar ou providenciar os meios para os atos mencionados no número anterior é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.”

2. O Projecto de Lei n.º 515/XII/3ª (CDS-PP)

Compreende um artigo, traduzido no aditamento do artigo 144.º-A ao Código Penal, com a seguinte redacção:

*“Artigo 144.º-A
Mutilação Genital Feminina*

1. Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino, através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2. Quem praticar qualquer dos actos previstos no número anterior determinado por pedido sério, instante e expresso da vítima, é punido com prisão até 3 anos.

3. Quem constranger, incitar ou prestar ajuda à prática de mutilação genital feminina é punido com pena de prisão até 3 anos.

4. Se a pessoa constrangida, incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

5. Para efeitos do presente crime, a integridade física não se considera disponível.

6. A tentativa é punível.”

3. O Projecto de Lei n.º 517/XII/3ª (PSD)

Compreende dois artigos. O primeiro prevê o aditamento ao Código Penal do artigo 144.º-A, com a epígrafe “*Mutilação Genital Feminina*”; o artigo 2.º, altera a alínea d) do n.º 1, do

artigo 5.º *Factos praticados fora do território português*, o n.º 1 do seu artigo 145.º *Ofensa à integridade física qualificada* e, finalmente, o artigo 149.º *Consentimento*, ao qual introduz um novo n.º.

Assim:

**“Artigo 144.º-A
Mutilação Genital Feminina**

1 - Quem proceder á excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial dos grandes lábios, pequenos lábios ou clitóris de uma mulher é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem constranger uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos descritos no número anterior.

3 - Quem incitar uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos descritos no n.º 1 ou criar as condições para esse fim é punido com pena de prisão até 3 anos.”

**“Artigo 5.º
(...)**

1 - (...):

a) (...);

b) (...);

c) (...);

d) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 144.º; 144.º-A, 163.º e 164.º, sendo a vítima menor, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;

e) (...);

f) (...);

g) (...).

2 - (...).

**“Artigo 145
(...)**

1 - (...):

a) (...);

b) (...);

c) Com pena de prisão de 1 a 5 anos no caso do artigo 144.º-A, n.º 3;

d) Com pena de prisão agravada nos seus limites mínimos e máximos até um terço da pena aplicável no caso do artigo 144.º-A, n.ºs 1 e 2.

2 - (...).”

**Artigo 149º
(...)**

1 - (...).

2 - (...).

3 - O consentimento da vítima do crime previsto no artigo 144.º-A não exclui em caso algum a ilicitude do facto.”

Em síntese, no que concerne à autonomização do crime de mutilação genital feminina (que, doravante, designaremos por MGF), a previsão resultante dos três projectos é a seguinte:

Mutilação Genital Feminina

Projecto de Lei n.º 504/XII/3ª	Projecto de Lei n.º 515/XII/3ª	3. O Projecto de Lei n.º 517/XII/3ª
--------------------------------	--------------------------------	-------------------------------------

Artigo 145.º-A	Artigo 144.º-A	Artigo 144.º-A
<p>1 – Quem praticar ou forçar uma mulher à excisão, infibulação, ou qualquer outra mutilação total ou parcial da parte externa do aparelho genital feminino, nomeadamente os grandes lábios, pequenos lábios ou clítoris, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.</p> <p>2 – Quem incitar ou providenciar os meios para os atos mencionados no número anterior é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.”</p>	<p>1. Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino, através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.</p> <p>2. Quem praticar qualquer dos actos previstos no número anterior determinado por pedido sério, instante e expresso da vítima, é punido com prisão até 3 anos.</p> <p>3. Quem constranger, incitar ou prestar ajuda à prática de mutilação genital feminina é punido com pena de prisão até 3 anos.</p> <p>4. Se a pessoa constrangida, incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.</p>	<p>1 - Quem proceder á excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial dos grandes lábios, pequenos lábios ou clítoris de uma mulher é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.</p> <p>2 - Na mesma pena incorre quem constranger uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos descritos no número anterior.</p> <p>3 - Quem incitar uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos descritos no n.º 1 ou criar as condições para esse fim é punido com pena de prisão até 3 anos.”</p>

	<p>5. Para efeitos do presente crime, a integridade física não se considera disponível.</p> <p>6. A tentativa é punível.”</p>	
--	---	--

Os diferentes Projectos **convergem** nos seguintes aspectos: (i) tipificação autónoma do crime de mutilação genital feminina, através da introdução de um artigo no Código Penal, sistematicamente inserido no Capítulo III - *Dos crimes contra a integridade física* - , do Título I – *Dos crimes contra as pessoas* - , do Livro II-*Parte Especial*; (ii) epígrafe do artigo a introduzir – *Mutilação genital feminina* - ;(iii) moldura penal para o autor da MGF (de 3 a 12 anos de prisão).

As **notas dissonantes** reportam-se:

- (i) à descrição típica do crime de MGF;
- (ii) à relevância jurídico-penal a atribuir ao pedido *sério, instante e expresso da vítima* de MGF no sentido da sua prática (apenas previsto no Projecto de Lei 515/XII/3ª);
- (iii) à punição dos actos de:
 - a. constrangimento (termo utilizado nos Projectos de Lei n.ºs 515/XII e 517/XII), ou de forçar;
 - b. incitamento (prevista nos três Projectos, sendo que nos Projectos de Lei 515/XII e 517/XII é cominada com pena de prisão punida até 3 anos e no Projecto de Lei n.º 504/XII a cominação é a de pena de prisão de 2 a 10 anos);

- c. providenciar meios (Projecto de Lei n.º 504/XII, que comina com pena de prisão de 2 a 10 anos); prestação de ajuda à prática de MGF (Projecto de Lei n.º 515/XII, que comina com pena de prisão até 3 anos) e criação de condições para a prática de MGF (Projecto de Lei n.º 517/XII, que comina com pena de prisão até 3 anos);
- (iv) Diferente punição da incitação, constrangimento ou prestação de ajuda quando a vítima for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída (unicamente prevista no Projecto de Lei n.º 515/XII);
- (v) Previsão (ou não) de norma específica sobre a relevância do consentimento da vítima (apenas contemplada nos Projectos de Lei n.ºs 515/XII e 517/XII);
- (vi) Previsão (ou não) de norma específica sobre alteração à alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º, do Código Penal (apenas prevista no Projecto de Lei n.º 517/XII);
- (vii) Previsão expressa da punição da tentativa (unicamente prevista no Projecto de Lei n.º 515/XII).

III. As razões justificativas das iniciativas legislativas

A exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 504/XII justifica a autonomização da incriminação do crime de mutilação genital feminina na necessidade de adequar a legislação nacional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica², comumente designada por Convenção de Istambul, *maxime* ao seu artigo 38.º; no reconhecimento de que a MGF afecta a saúde sexual e reprodutiva de raparigas e mulheres, constituindo uma forma de controlo da sexualidade feminina, com inúmeras e inequivocamente graves sequelas e cuja manutenção reside em

² Ratificada por Portugal através do Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de Janeiro, o qual foi antecedido pela Resolução da Assembleia da República n.º 472013, de 21 de Janeiro, que aprovou, para ratificação e cujo instrumento de ratificação foi depositado junto do Secretário do Conselho da Europa em 5 de Fevereiro de 2013.

razões religiosas, de tradição e de género. Considerando-a uma forma intolerável de violência e aludindo a dados da Associação para o Planeamento da Família, que informam da existência na Europa de 500 mil mulheres mutiladas e 180 mil em risco de o serem, a exposição de motivos revê na incriminação autónoma um reforço no combate a tal realidade.

A referência à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adoptada em Istambul, em 11 de Maio de 2011 (Convenção de Istambul), em geral, e o artigo 38.º desse texto internacional em especial, constitui referência comum nos três projectos de lei referidos³, que a invocam enquanto fonte geradora de compromisso para o Estado Português. Não obstante, apenas o Projecto de Lei n.º 517/XII alude expressamente a que «*o acolhimento jurídico-penal da MGF na ordem jurídica portuguesa é insuficiente.*» tornando «*imprescindível*» a sua constituição «*como um tipo criminal autónomo*».

A inequívoca expressão dada pelas principais organizações internacionais e instituições europeias ao combate e à necessidade de eliminação, evidenciada no vasto número de instrumentos produzidos, que em razão da economia da presente análise nos dispensamos de enumerar⁴, justifica que passemos de imediato a analisar aqueles que se afiguram ser os aspectos fundamentais das iniciativas: saber se o actual quadro jurídico-penal dá cabal recepção ao conteúdo do artigo 38.º, da Convenção de Istambul e, mostrando-se necessária ou desejável uma actividade legislativa no sentido incriminador, se o Projecto de Lei n.º 504/XII confere resposta adequada às exigências por ora não acobertadas.

³ Como o são as menções ao número de mulheres que, de acordo com divulgações operadas por organismos e organizações internacionais, foram mutiladas, as que previsivelmente o virão a ser e a circunstância de parte delas viver na Europa e, também, aos instrumentos internacionais, designadamente os provenientes da ONU e das instâncias europeias.

⁴ Tomamos em nota, em especial, porque recentes, a Resolução 67/146 adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), em 20 de Dezembro de 2012, sob liderança do Grupo Africano das Nações Unidas e com o apoio da União Europeia (intensificação da acção mundial ara eliminar as mutilações genitais femininas) e a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre mutilação genital feminina, COM (2013) 833, de 25 de Novembro de 2013.

IV. Incriminação autónoma da MGF

1. Necessidade de incriminação autónoma/específica da MGF

1.1 O Artigo 38.º da Convenção de Istambul

Artigo 38.º

Mutilação genital feminina

As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

- a) Praticar a excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da labia majora, da labia minora ou do clitóris de uma mulher;*
- b) Constranger ou criar as condições para que uma mulher se submeta a qualquer um dos atos enumerados na alínea a);*
- c) Incitar, constranger ou criar as condições para que uma rapariga se submeta a qualquer um dos atos enumerados na alínea a).*

A preceder este dispositivo material, a Convenção de Istambul prescreve no n.º 2 do seu artigo 5.º «*As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para agir com a diligência devida a fim de prevenir, investigar, punir e conceder uma indemnização pelos atos de violência abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção praticados por intervenientes não estatais*».

O panorama europeu não é uniforme no que tange à incriminação da MGF, oscilando entre países que a punem autonomamente⁵ e outros que, à semelhança de Portugal, não contemplam norma incriminatória específica ou autónoma⁶.

1.2 O panorama penal português

⁵ Bélgica (que prevê o crime de MGF desde 2001); Espanha (que prevê, desde 2003 o crime de MGF); Dinamarca, Irlanda, Croácia, Itália, Áustria, Suécia, Reino Unido e Suíça.

⁶ Bulgária, República Checa, Alemanha, Estónia, Grécia, França, Hungria, Letónia, Lituânia; Luxemburgo, Malta, Países-Baixos; Polónia, Roménia, Eslovénia, Eslováquia e Finlândia.

Em Portugal, o quadro penal referencial consta da alínea b) do artigo 144.º do Código Penal - cuja redacção foi introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro - que dispõe que é punido com pena de prisão de dois a dez anos, quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a *«tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem»*. Ainda assim, para efeitos de completude do quadro incriminador actual, não pode olvidar-se o artigo 145.º do Código Penal - que estabelece um tipo agravado de ofensa à integridade física, a partir do concurso das circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132.º, desde que demonstrativas, no caso concreto, da especial censurabilidade do agente. E, entre as diversas circunstâncias agravantes deste preceito, sobressaem as plasmadas nas alíneas a e c), que prescrevem que são susceptíveis de revelar a especial censurabilidade do agente a condição de o mesmo ser ascendente ou adoptante da vítima e/ou *«praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez.»*

Não se desconhecendo que a MGF é, essencialmente, praticada relativamente a vítimas de baixa idade e com participação dos progenitores, com importa concluir que, nesses casos, o enquadramento jurídico-penal se fará, por referência ao crime de ofensa à integridade física grave qualificada, importando a consideração da alínea b) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 145.º, em conjugação com o disposto nas mencionadas alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 132.º, todos do Código Penal.

Saber se a legislação portuguesa dá efectiva concretização ao preceito da Convenção de Istambul, designadamente, no que tange à previsão dos actos integradores de MGF, (*excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da labia majora, da labia minora ou do clitóris de uma mulher*), supõe que partamos do atinente conceito.

1.3 O conceito de MGF

A MGF foi definida em 1997, numa Declaração Conjunta da Organização Mundial de Saúde (OMS), Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA)⁷, como todo e qualquer procedimento que envolva a remoção parcial

⁷ Organização Mundial de Saúde, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o VIH-SIDA; o Programa das Nações Unidas para o

ou total dos órgãos genitais femininos ou que provoque lesões nos mesmos, tendo por base razões culturais ou fins não terapêuticos, distinguindo quatro tipos de procedimentos, consoante o tipo de cortes efectuados: Tipo I-Clitoridectomia; Tipo II- Excisão; Tipo III- Infibulação e Tipo IV – Procedimentos vários.

Em 2008, um grupo mais alargado de organismos das Nações Unidas, emitiu uma nova Declaração⁸ que, mantendo a expressão mutilação genital feminina com a acepção da Declaração Conjunta de 1997, actualizou a referida classificação distinguindo-a com maior rigor as principais variações dentro de cada tipo geral, passando a classificação a ser a seguinte:

Classificação dos Tipos de MGF	
Tipo I	Clitoridectomia: remoção parcial ou total do clítoris e/ou do prepúcio. Variações I a) – remoção apenas do prepúcio (capuz) do clítoris; I b) – remoção do clítoris com o prepúcio
Tipo II	Excisão: remoção parcial ou total do clítoris e dos pequenos lábios, com ou sem excisão dos grandes lábios. Variações: II a) – remoção apenas dos pequenos lábios; II b) – remoção parcial ou total do clítoris e dos pequenos lábios; II c) – remoção parcial ou total do clítoris, dos pequenos lábios e dos grandes lábios.
Tipo III	Infibulação: estreitamento do orifício vaginal através da criação de uma membrana selante, com o corte e aposição dos pequenos lábios e/ou dos grandes lábios, com ou sem excisão do clítoris. Variações: III a) – remoção ou aposição dos pequenos lábios

Desenvolvimento; a Comissão Económica para África; a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, o Fundo das Nações Unidas para a População; o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.

⁸ Vd. Eliminação da Mutilação Genital Feminina, Declaração Conjunta – OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACUR, UNICEF, UNIFEM, OMS – Edição Portuguesa, Associação para o Planeamento da Família, 2009.

	III b) – remoção e aposição dos grandes lábios.	
Tipo IV	Procedimentos vários: todos os outros procedimentos diversos sobre os órgãos genitais femininos, que provoquem lesões nos mesmos, tendo por base razões culturais ou fins não terapêuticos.	

Não obstante a aparente falta de coincidência entre as variações de MGF constantes da Declaração Conjunta e o enunciado do artigo 38.º da Convenção de Istambul- que enumera expressamente a excisão e a infibulação – importa ter presente que a expressão «*qualquer outra mutilação total ou parcial da labia majora, da labia minora ou do clitóris de uma mulher*», cobre as tipologias I e IV daquele texto convencional.

1.4 A insuficiência da actual previsão para efeitos de cobertura da MGF nos moldes convencionalmente previstos

Na análise de conformação com a actual previsão penal, ter-se-á por horizonte a tipologia da mencionada Declaração que, julgamos, não pode dispensar-se quando se trata de aferir da justificação para a projectada incriminação autónoma ou específica.

Parece estar isenta de dúvidas a incriminação pelo artigo 144.º, do Código Penal das práticas de mutilação genital feminina compreendidas nas categorias II (Excisão) e III (Infibulação), por implicarem a afectação da capacidade de fruição sexual das vítimas e a desfiguração grave e permanente dos órgãos genitais.

De igual modo, parece poder efectuar-se o mesmo juízo de segurança incriminatória no que toca ao enquadramento jurídico-penal da variante I b) do Tipo I (Clitoridectomia por remoção do clitóris com o prepúcio), por afectação da capacidade de fruição sexual da vítima, por

reporta à alínea b) do artigo 144.º do CP e, julgamos, desfiguração grave e permanente dos órgãos genitais femininos, por recondução à alínea a) do citado preceito penal.

Todavia, o mesmo juízo de enquadramento jurídico-penal por referência ao artigo 144.º, do CP não parece ter lugar relativamente à categoria de MGF prevista no Tipo I, variante A (remoção apenas do prepúcio/capuz do clítoris), já que impede que, com rigor, possa falar-se em prejuízo para a capacidade de fruição sexual da vítima ou, até, de desfiguração grave e permanente. Neste caso, o enquadramento penal terá lugar por referência ao artigo 143.º, do CP, constituindo, por decorrência, um crime semi-público, cujo procedimento ficará na disponibilidade da vítima, em razão do preceituado nos artigos 113 n.ºs 1, 2, 4, 5 e 6 do CP e 48.º e 49.º n.º 1, do Código de Processo Penal⁹.

Sem questionar a cobertura jurídico-penal da aludida categoria de MGF, cumprirá ter presente que a natureza semi-pública do crime não parece coadunar-se com o disposto no n.º 1 do artigo 55.º da Convenção de Istambul, que com a epígrafe “*Processos ex parte e ex officio*”, estabelece que as Partes deverão garantir que as investigações da infracção prevista no artigo 38.º ou o procedimento penal instaurado em relação a essa mesma infracção «*não dependam totalmente da denúncia ou da queixa apresentada pela vítima, se a infracção tiver sido praticada no todo ou em parte no seu território, e que o procedimento possa prosseguir ainda que a vítima retire a sua declaração ou queixa.*»¹⁰.

⁹ «*Estimativas recentes indicam que 90% dos casos de mutilação genital feminina se referem aos tipos I e II e a situações em que os órgãos genitais de meninas foram “danificados” mas sem remoção dos tecidos (Tipo IV) e que cerca de 10% correspondem ao Tipo III.*», Eliminação da Mutilação Genital Feminina, Declaração Conjunta -- OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACUR, UNICEF, UNIFEN, OMS – Edição Portuguesa, Associação para o Planeamento da Família, 2009.

¹⁰ Cumpre ter presente, neste domínio, dois casos de mutilação genital feminina referidos em “*A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal*”, Helena Martins Leitão, in Revista do Ministério Público n.º 136, Outubro-Dezembro 2013, pág. 99 a 121. Numa das situações, foi verificada pericialmente uma mutilação genital parcial sem que, no entanto, sob o ponto de vista médico-legal lhe haja sido atribuído qualquer dos efeitos previstos no artigo 144.º do Código Penal e, numa outra situação, em que foi verificada a ablação da metade inferior de ambos os pequenos lábios, concluiu-se no sentido de, por não ter sido excisado o clítoris, não resultar afectada a fruição sexual, terminando ambos com enquadramento da lesão por referência ao tipo criminal de ofensa à integridade física simples, com evidentes consequências em sede de legitimidade do Ministério Público para a promoção do processo penal.

Também o Tipo IV da MGF previsto na Declaração em foco suscita dúvidas, designadamente porque a ausência de concretização/especificação dos actos de mutilação é impeditiva de uma apreciação genérica, permitindo, apenas, afirmar que só casuisticamente será possível determinar se a ofensa à integridade física será simples ou agravada, sendo que nas hipóteses em que o enquadramento se faça por reporte ao artigo 143.º, nos depararemos com as dificuldades mencionadas a propósito da MGF Tipo I a)¹¹.

É quanto basta para que se reconheça oportunidade e justificação, além de necessidade face às obrigações decorrentes da ratificação da Convenção de Istambul, na incriminação específica e ou autónoma da MGF.

1.5 A O sentido da incriminação autónoma ou específica

Conforme já adiantado, o Projecto de Lei n.º 504/XII, concebe a autonomização do crime de MGF no aditamento de um artigo (145-A). De acordo com o n.º 1 do preceito, incorrerá na prática do ilícito criminal quem **praticar** ou **forçar** uma mulher à excisão, infibulação, ou qualquer outra mutilação total ou parcial da parte externa do aparelho genital feminino, nomeadamente os grandes lábios, pequenos lábios ou clítoris. Por sua vez, o n.º 2 pune quem **incitar** ou **providenciar os meios** para os actos de mutilação tal como definidos no n.º 1.

De acordo com a formulação proposta a mutilação genital feminina traduzir-se-á, assim, na **excisão, infibulação, ou qualquer outra mutilação total ou parcial da parte externa do aparelho genital feminino, nomeadamente os grandes lábios, pequenos lábios ou clítoris.**

¹¹ Cumpre ter presente, neste domínio, dois dos três casos de mutilação genital feminina referidos em “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal, Helena Martins Leitão, *in* Revista do Ministério Público n.º 136, Outubro-Dezembro 2013, pág. 99 a 121, sintomáticos da verificação médico-legal de mutilação genital parcial, sem que sob o ponto de vista médico-legal se haja concluído por qualquer dos efeitos previstos no artigo 144.º do CP.

Afigura-se-nos que o texto do Projecto de lei n.º 504/XII está em sintonia com o artigo 38.º, da Convenção de Istambul - *excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da labia majora, da labia minora ou do clitóris de uma mulher* – cobrindo, dessa forma, a abrangência do conceito de MGF, tal como resultante da Declaração Conjunta atrás mencionada. Neste sentido também, o Projecto 515/XII e o Projecto 517/XII, sendo este último o que mais se aproxima da formulação do texto convencional.

Ainda assim¹², não deixa de equacionar-se uma formulação terminologicamente mais próxima da constante da aludida Declaração¹³, referindo-se expressamente a clitoridectomia e mantendo-se a expressão residual que permitiria enquadrar os actos de mutilação genital não classificados.

Reiterando a conveniência da alteração legislativa, dir-se-á, contudo, que a mesma poderá ocorrer por via de uma alteração ao actual artigo 144.º do CP em vigor, através da introdução de uma alínea específica que contemple a realidade factual em causa, opção que teria a vantagem de manter relativa unidade no que respeita, designadamente, à moldura penal face ao crime de ofensa à integridade física grave e à possibilidade de qualificação por efeito do disposto na alínea b) do artigo 145.º, esta última ausente dos Projectos de Lei n.ºs 504/XII e 515/XII.

Orientando-se a opção legislativa pela autonomização, em preceito próprio, do crime de MGF, cremos justificarem-se outras referências.

A inserção sequencial do preceito constante do Projecto de Lei n.º 504/XII, parece resultar da opção por um tipo incriminador que se esgotará em si, ou seja sem previsão de qualificação

¹² Não obstante conheçamos a existência de ordenamentos jurídicos europeus (Bélgica, por ex), que se bastam com a alusão genérica a «mutilação dos órgãos genitais de uma pessoa do sexo feminino».

¹³ Que poderia passar por «clitoridectomia, excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial dos grandes lábios, pequenos lábios ou clitóris».

ou agravação que não a resultante da superveniência do resultado morte (n.º 1 do artigo 147.º, do C.P.), reservando-se para a determinação da medida concreta da pena, em conformidade com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 71.º da lei penal geral, circunstâncias que nos termos do artigo 46.º da Convenção de Istambul, deverão ser tidas em conta como agravantes na determinação da pena aplicável à infracção.

Ora, ponderando em especial as circunstâncias mencionadas nas alíneas a) e d) do mencionado preceito convencional, facilmente se conclui que podem reconduzir-se às previstas nas alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 132º, do CP, as quais são susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente para efeitos do qualificação dos crimes de ofensas à integridade fica simples e ofensas à integridade fica grave, conforme resulta do artigo 145 n.ºs 1 e 2, não se vislumbrando razão para a sua não consideração em sede do tipo penal a criar.

Dáí que, nesta decorrência, e apelando à unidade e coerência do sistema e ao próprio dever de compatibilização da legislação penal à Convenção de Istambul, se afigure mais coerente uma opção legislativa que passasse pela inserção do novo tipo logo após o artigo 144.º, à semelhança do previsto nos Projectos 515/XII e 517/XII, mas com uma moldura penal que não se distanciasse da prevista naquele preceito, e acrescentado fosse à alínea b) do artigo 145.º a referência ao artigo 144.º-A. Nesta decorrência, e no que à moldura penal do ilícito concerne, aproveita-se para sublinhar que se aceita como razoável uma maior proximidade à prevista para o crime de ofensa à integridade física grave (artigo 144.º do CP).

O Projecto de Lei n.º 504/XII, o n.º 1 do artigo 145.º-A, contempla, a par da incriminação de quem «*praticar*» a MGF, a daquele que «*forçar¹⁴ uma mulher à excisão, infibulação, ou qualquer outra mutilação total ou parcial da parte externa do aparelho genital feminino (...)*», conduta para a qual prevê idêntica moldura penal (prisão de 3 a 12 anos).

¹⁴ Negrito nosso.

Parece-nos poder afirmar-se que o termo «forçar» corresponderá no texto convencional que tem vindo a referir-se a «constranger», utilizado nos n.ºs 2 e 3 do artigo 38.º, e de resto constante dos Projectos 515/XII (n.º 3 do artigo 144.º-A) e 517/XII (n.º 2 do artigo 144.º-A).

Sem questionarmos a opção legislativa pela previsão expressa, afigura-se-nos que o artigo 26.º do Código Penal contempla um conceito extensivo de autoria que permite englobar aquele que forçar, constranger, coagir, obrigar, compelir ou determinar mulher à prática de MGF, resultando, por conseguinte, inócua para efeitos de incriminação, a previsão expressa, a não ser que a intenção legislativa seja a de punir de forma diversa do autor a aludida conduta, como sucede no Projecto de Lei n.º 515/XII (que a pune com pena de prisão até 3 anos), o qual, por essa via, introduz, na vertente considerada, um desvio relativamente à aludida norma da parte Geral do Código Penal, que se nos afigura pouco consentâneo com o nível de comparticipação do agente.

No que respeita à expressa previsão do incitamento, eventualmente traduzido no incentivo ou encorajamento à prática da mutilação, e sem prejuízo de entender-se que encontrará cabal respaldo na previsão do artigo 27.º, do Código Penal, não deixa de reconhecer-se que, ainda que excepcionalmente, a Parte Especial deste diploma prevê *tipos autónomos de cumplicidade*¹⁵, de tal sendo sintomático o artigo 135.º *Incitamento ao suicídio*, pelo que a opção constante dos projectos não poderá considerar-se inédita.

A previsão concreta do «providenciar de meios» para a prática da MGF, constante do n.º 2 do artigo 145.º-A do Projecto de Lei n.º 504/XII, e seguida nos Projectos de Lei 515/XII (que usa a expressão «prestar ajuda») e 517/XII (que opta pela expressão «criar condições»), parece corresponder também a uma opção de adequação da lei interna à Convenção de Istambul – que, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 38.º, utiliza a expressão «criar condições» - que nos parece estar

¹⁵ Vd. Código Penal Anotado, Manuel Leal Henriques e Manuel Simas Santos, 1º Volume, Editora Rei dos Livros, 1997, anotação ao artigo 27º, página 275.

já acobertada pela participação criminosa na modalidade de cumplicidade (artigo 27.º, do Código Penal), não se revelando, por conseguinte, exigível para a sobredita finalidade.

Merece-nos, ainda, referência a ausência de previsão expressa da punição da tentativa nos casos de incriminação específica do incitamento à MGF com pena de prisão até três anos de prisão (Projecto de Lei n.º 517/XII), face ao disposto no artigo 23.º do CP, muito embora se reconheça que uma tal opção não está em dissonância com o disposto no 2.º do artigo 41.º - *Auxílio ou instigação e tentativa* - da Convenção de Istambul.

1.6 A ausência de previsão de alteração da alínea d) do artigo 5º do Código Penal no Projecto de Lei n.º 504/XII

A incriminação da MGF em preceito penal autónomo do artigo 144.º do Código Penal, deverá, na nossa perspectiva, importar uma alteração à alínea d) do n.º 1 do artigo 5º, do Código Penal, dando assim, expressão ao que a propósito da «*Jurisdição*» dispõe o artigo 44.º da Convenção de Istambul. Esta previsão mostra-se apenas contemplada no artigo 2.º do Projecto de Lei n.º 517/XII, merecendo, por conseguinte, a nossa concordância.

1.7 A questão da (ir)relevância o consentimento da vítima

O Projecto de Lei n.º 504/XII é omissivo quanto ao efeito a atribuir ao consentimento da vítima para a prática da MGF. Significa isto que a questão do consentimento enquanto causa de exclusão da ilicitude, deverá equacionar-se tendo como parâmetros de análise os artigos 38.º e 149.º do Código Penal, convocando os limites gerais do primeiro – não ofensa aos bons costumes; vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, necessariamente com mais de 14 anos e que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido - e os específicos do segundo –

aferição da observância do limite dos bons costumes pela ponderação dos motivos e fins do agente ou do ofendido; meios empregados e amplitude previsível da ofensa.

Embora sabendo-se que a MGF tem a sua prevalência em meninas e raparigas e, conseqüentemente a relevância do consentimento esteja, em princípio, excluída por efeito do preceituado nos n.ºs 2 e 3 do artigo 38.º do Código Penal, não se desconhece que a mesma pode ocorrer até ao casamento da mulher e, conseqüentemente, já após a idade mínima referida para a sua atendibilidade, como não se olvidam os especiais contextos que envolvem tais práticas, que se reconhece poderem dificultar a aferição do cariz sério, livre e esclarecido da vontade da mulher.

Assim, no caso da MGF não se discorda de uma previsão expressa no sentido da exclusão da relevância do consentimento, seja através da formulação e inserção adiantada no artigo 2º do Projecto de Lei n.º 517/XII, ou pela inclusão, desde logo, na previsão típica¹⁶.

Sem se questionar a opção pela atribuição de qualquer tipo de relevância, não excludente da ilicitude, ao pedido/consentimento dado por mulher que reúna características de seriedade, liberdade e esclarecimento, como sucede no Projecto de Lei n.º 515/XII, a saber nos n.ºs 2 e 4 e 5 do artigo 144.º-A, julga-se oportuno adiantar que a estruturação neste vertida é merecedora de alguma reserva.

Com efeito, o n.º 5 mencionado consagra uma regra de exclusão de relevância do consentimento, depois de no n.º 2 ter atribuído relevância a «*pedido sério, instante e expresso*» da vítima, desagravando consideravelmente a moldura penal prevista para o autor material da MGF, e de no n.º 4 ter agravado a moldura penal prevista para quem constranja, incentive ou preste ajuda à prática da mutilação, se a vítima «*for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou determinação sensivelmente diminuída*». Quer significar-se que a vítima com 16 anos pode formular um pedido sério e instante para efeitos

¹⁶ Numa formulação aproximada, por exemplo, à do Código Penal belga, que no artigo 409.º, estabelece que «*Quem tenha praticado, facilitado ou incentivado qualquer forma de mutilação dos órgãos genitais de uma pessoa do sexo feminino, com ou sem o seu consentimento, é punido (...)*»

do disposto no n.º 2? A ser assim, poderá entender-se existir relativa contradição com a Exposição de Motivos, na qual se alude ao número expressivo de crianças e adolescentes que são vítimas da MGF e ao facto de se fazer constar expressamente que o consentimento da vítima não releva para efeitos de punição do crime.