



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão
Dr. Fernando Negrão
Comissão de Assuntos Constitucionais, Direito,
Liberdades e Garantias
Assembleia da República
Palácio de São Bento
1249-068 Lisboa

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Ofício n.º	Data:
120/XII/1.ª - CACDLG/2014	11-02-2014	2014/Pasta1.1/Act Legislativa	2663	10-04-2014

ASSUNTO: Solicitação de parecer sobre o Projecto de Lei n.º 504/XII/3.ª (DE)

Exmo. Senhor Presidente da Comissão

Dr. Fernando Negrão

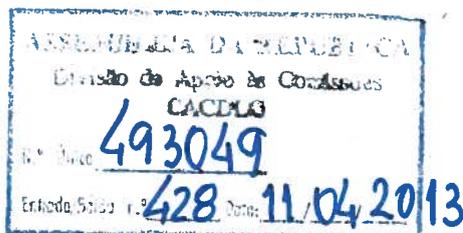
Tenho a honra de remeter a V. Ex. cópia do parecer relativo ao assunto supra enunciado, elaborado pela Exma. Senhora Juíza Desembargadora, Dr.ª Anabela Luna de Carvalho.

Com os melhores cumprimentos, *e mais elevada estima*

A Chefe do Gabinete do Vice-Presidente do CSM,

Albertina Pedroso

(Juíza de Direito)



Nota prévia

Foi-nos solicitado que, em representação do CSM e integrado no Grupo de Trabalho para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina, procedêssemos à elaboração dum parecer sobre o Projeto de Lei n.º 504/XII/3.ª (BE) alusivo ao tema.

Colhemos igualmente duas outras iniciativas legislativas, da responsabilidade dos grupos parlamentares do CDS (Projeto de Lei n.º 515/XII/3.ª) e do PSD (Projeto de Lei n.º 517/XII/3.ª), que decerto ser-nos-iam de futuro enviadas para apreciação, considerando útil a sua apreciação conjunta.

Assim, segue o nosso parecer:

Parecer sobre Projetos de Lei Para a Criminalização Autónoma da **Mutilação Genital Feminina**

A) A RAZÃO DE SER DA CRIMINALIZAÇÃO

I - A realidade conhecida Internacionalmente

A mutilação genital feminina (MGF) é uma prática em que uma parte ou a totalidade dos órgãos sexuais de mulheres e crianças são removidos.

Estima-se que entre 100 a 140 milhões de meninas e mulheres em todo o mundo tenham sido sujeitas a Mutilação Genital Feminina e, estima-se que 3 milhões de meninas estejam em risco de a tal se sujeitarem, em cada ano (dados da UNICEF).

Esta prática viola o direito à saúde, à segurança e integridade física, o direito a não sofrer qualquer forma de tortura ou crueldade,

provoca danos físicos e psicológicos irreversíveis, pode levar à transmissão da SIDA ou HIV e, pode ter como resultado a morte.

Sendo, assim, um imperativo a criminalização desta prática que constitui uma grave violação dos direitos humanos e uma extrema forma de discriminação contra as mulheres¹.

II – A realidade constatada Nacionalmente

Portugal é considerado pela Organização Mundial de Saúde um país de risco para a prática da Mutilação Genital Feminina, na medida em que recebe pessoas oriundas de países onde esta prática é comum.

Desconhece-se, ainda, a dimensão do fenómeno em Portugal. Ignora-se, por exemplo, o número estimado de meninas e mulheres que aqui vivendo, tenham sido mutiladas, fora ou dentro do País, mas essa realidade tem uma expressão preocupante considerando os estudos já iniciados, nomeadamente em meio hospitalar.

Na sua atividade clínica os profissionais de saúde tem-se confrontado com esta situação, podendo ser referido um estudo efetuado junto de profissionais de saúde da Maternidade Alfredo da Costa², que consultamos, onde se constata que, num universo de 112 inquiridos, 44 dos inquiridos (39%) já tinham observado pelo menos uma mulher com MGF (correspondendo a 22 médicos, 20 enfermeiros e 2 auxiliares de ação médica/administrativos). 9 deles haviam já sido

¹ Art. 38 da Convenção de Istambul:

“Mutilação Genital Feminina:

1- 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 lábia majora, da lábia minora ou do clitóris duma 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).

² Consultamos o trabalho publicado na Ata nº 2 de 2013 da Federação das Sociedades Portuguesas de Obstetrícia e Ginecologia Portuguesa in www.fspog.com/pt/revistas/1-18-29/

consultados explicitamente por uma sequela desta prática e, 1 médico havia já sido contatado para a execução/realização de MGF.

A MGF existe, assim, em Portugal.

B) A RAZÃO DE SER DA CRIMINALIZAÇÃO AUTÓNOMA

A MGF está enquadrada no Código Penal Português no art. 144^{o3}, como “Ofensa à Integridade Física Grave” (artigo com aplicação também a atos praticados fora do território português, por via do art. 5^o n^o 1 al^a d)⁴.

Os atos que integram esta prática nefasta foram, assim, criminalizados na revisão do Código Penal de 2007, antecipando-se, desse modo, Portugal à Convenção de Istambul assinada em 2011 e ratificada em 2013.

Mas os resultados demonstram que a integração desta prática no artigo 144^o (ofensa à integridade física grave) do Código Penal (redação de 2007) **revelou-se insuficiente**.

³ Artigo 144.º

Ofensa à integridade física grave

Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a:

- a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente;
 - b) Tirar-lhe ou afetar-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;
 - c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou
 - d) Provocar-lhe perigo para a vida;
- é punido com pena de prisão de dois a dez anos.

⁴ Artigo 5.º Factos praticados fora do território português

1 - Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional:

- d) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 144.º, 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;

O resultado dos inquéritos criminais até ao momento instaurados vieram chamar a atenção para a necessidade de haver definição precisa da factualidade - MGF - independentemente dos resultados, ainda que estes possam ser tidos em conta para eventuais agravamentos.

Assim:

Tomamos conhecimento num seminário realizado a 19-02-2014 na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da UNL, dedicado à prevenção e combate desta prática, em tema abordado pela Ex^a Procuradora da República presente, que os 3 ou 4 casos investigados em Portugal tinham “abortado” na fase de inquérito, porquanto :

- nos casos, em que a mutilação integraria o que em classificação médica se considerava do Tipo1 (mera remoção do prepúcio ou clitoris), ou seja, a situação menos grave, os senhores peritos médicos tinham considerado não ter sido afetada de forma grave a capacidade de fruição sexual da vítima (único requisito em jogo, no caso investigado), pelo que, a alínea b) do art. 144 do CP, exigindo a afetação da fruição sexual, foi afastada, sem possibilidade de integração doutras alíneas;

- a desfiguração grave (ainda que permanente) não se verificava, pelo que a alínea a) do art. 144 não tinha aplicação; igualmente não existiriam evidências de provocação de doença particularmente dolorosa ou permanente ou de perigo para a vida, pelo que, também as alíneas c) e d) do art. 144º não teriam aplicação.

- por sua vez, os exames médicos não conseguiram precisar a data provável das lesões de modo mais preciso do que “terem mais ou terem menos de 10 dias”.

- a integração subsidiária da prática do facto na previsão do crime de ofensas corporais simples (art. 143 do CP), com pena máxima de 3 anos de prisão, além de desrespeitadora da definição de MGF pela

OMS⁵, fez com que o procedimento criminal dependesse de queixa (art. 143 n° 2 do CP) e conduziu a uma prescrição dos factos no curto prazo de 5 anos (art. 118 n° 1 al^a c) do CP).

Por sua vez a aplicação do artigo 145° do CP⁶ (ofensa à integridade física qualificada), por recurso à circunstância reveladora, em abstrato, de especial censurabilidade ou perversidade do agente – como o caso de ser o mesmo ascendente da vítima ou ser esta criança indefesa – revelava-se afinal e, em concreto, desajustada, pois que, no contexto cultural e tradicional em que tal prática é realizada, os pais pensam que estão a fazer o melhor para as suas filhas, numa perspetiva de melhor integração social, sendo tal norma, só por si incapaz de dar cobertura a casos merecedores de punição.

Assim, **a criminalização autónoma** que vise ultrapassar os obstáculos que a lei atual não logrou ser capaz de ultrapassar, **não é uma redundância jurídica.**

A inexistência de casos levados a julgamento, deve-se, não tanto ao secretismo desta prática, mas em particular à existência de um preceito normativo que condiciona a prática do crime a um conjunto de resultados como, a perda de fruição sexual, de capacidade de procriação, de capacidade de trabalho, etc, tudo isso, de maneira grave,

⁵ A Organização Mundial de Saúde define a MGF como qualquer procedimento que envolva a remoção parcial ou total dos órgãos genitais externos da mulher ou que provoque lesões nos mesmos por razões não médicas.

⁶ Artigo 145.º

Ofensa à integridade física qualificada

1 - Se as ofensas à integridade física forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido:

- a) Com pena de prisão até quatro anos no caso do artigo 143.º;
- b) Com pena de prisão de três a doze anos no caso do artigo 144.º

2 - São suscetíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente, entre outras, as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132.º

Prevedo o art.132 como circunstâncias reveladoras de censurabilidade : a) Ser descendente ou ascendente, adotado ou adotante, da vítima; ou c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez.

dando relevância a pressupostos que não o deviam ter, e desse modo, desagravando o crime, colocando-o no patamar do art. 143º do CP, colocando, por consequência, em questão, a necessidade de queixa e fazendo funcionar um prazo curto de prescrição.

Assim, ficam de fora um número de casos sem punição.

Impõe-se por isso criar uma melhor técnica legislativa que permita uma interpretação sem fugas e uma mais eficaz aplicação da lei.

O novo tipo legal de crime deve garantir a sua eficácia investigatória e punitiva e ter o adequado poder dissuasor da prática dos atos que contempla, conduzindo ao seu abandono e eliminação da realidade social

Para o efeito propugnamos:

A) - uma redação simples e simultaneamente exaustiva, permitindo-se a sua interpretação fácil, quer por profissionais forenses quer pelo público alvo em geral, de modo a tornar natural a sua discussão em atos públicos de educação e sensibilização.

Para prevenir situações que, em sede de defesa, possam vir a surgir e possam desvirtuar a intenção legislativa, como por exemplo, o apelo a razões de **natureza cultural e antropológica** (pois que, sendo uma prática tradicional, um ritual cultural praticado por grupos étnicos residentes ou radicados em Portugal, a invocação de razões de aceitação social ou com cobertura religiosa podem, porventura, desculpabilizar a sua prática, no âmbito do artigo Artigo 17.º do CP - Erro sobre a ilicitude), acolheríamos de bom grado uma redação que à semelhança da definição dada pela Organização Mundial de Saúde à MGF, usasse a expressão **“por razões não médicas”**.

B) - a compatibilização do novo tipo legal de crime com os demais tipos de crimes de ofensas corporais, nomeadamente com o crime de “ofensa à integridade física grave” previsto no art. 144 do CP,

nomeadamente na sua moldura penal, por serem equivalentes os bens jurídicos protegidos.

C) - a consideração de que os direitos protegidos são indisponíveis, irrelevando o consentimento (afastando a aplicação do artigo 149 do CP⁷) e, por isso - considerando como ofendidas todas as meninas e mulheres independentemente da idade, da sua capacidade de avaliação e de terem formulado ou não pedido de sujeição a tal prática.

D) - a natureza pública, punindo-se a tentativa e prevendo-se a punição dos atos preparatórios.

E)- a criminalização de atos praticados no estrangeiro (caso das menores que são enviadas, durante as férias escolares para os países de origem onde lhes é realizada a MGF) por expressa aplicação do art. 5º alª d) do CP a tal prática.

F)- Devia igualmente, em sede processual, ser prevista a possibilidade de escutas telefónicas ou afins para despistar situações iminentes.

C) APRECIACÃO DOS DIVERSOS PROJECTOS DE LEI: BE, PSD E CDS

I. Projeto de Lei nº 504/XII/3ª do Bloco de Esquerda

Cria o art. 145-A do Código Penal

“Mutilação Genital Feminina

⁷ Artigo 149.º

Consentimento

1 - Para efeito de consentimento a Integridade física considera-se livremente disponível.

2 - Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

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 clitóris, 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”*

- A definição do tipo legal de crime mostra-se simples, clara e suficientemente abrangente.

- Equipara a MGF a um crime de ofensas corporais qualificado e, por isso coloca-o sistematicamente abaixo do art. 145º (Ofensa à integridade física qualificada) atribuindo-lhe a moldura penal abstrata deste último, ou seja, prisão de 3 a 12 anos.

A equiparação do novo tipo legal a um crime de ofensas corporais qualificado suscita-nos algumas reservas.

Tal agravamento, a nosso ver, não tem qualquer justificação, na medida em que, o que está em causa é tornar efetiva a punição que o tipo legal atual (art.144) não logrou, dada a sua inadequada redação para contemplar as situações mais básicas de MGF, não dando, por isso, resposta a situações merecedoras de punição.

E, menos se justifica se pensarmos na possibilidade de qualificação do novo tipo legal em conformidade com o estabelecido no artigo 145 do CP, o qual remetendo para as circunstâncias do nº 2 do art. 132 contemplará então estas duas realidades muito presentes nesta prática delituosa: a) Ser descendente ou ascendente, adotado ou adotante, da vítima (...) c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez.

Assim cremos mais consentâneo com a unidade do sistema manter a classificação de ofensa grave (e não qualificada) e a moldura penal do atual art. 144 do CP, permitindo a sua qualificação ou agravação apenas por via do artigo 145º do CP.

O agravamento da moldura penal abstrata apenas poderia ser justificado em relação ao prazo de prescrição que, em vez de ser de 10 anos para o tipo-base, passaria para 15 anos (art. 118 nº 1 alª a) e b) do CP). Contudo, cremos que essa alteração, por tais razões, não se impõe, no caso.

- Contempla no nº 2, a autoria moral e os atos preparatórios. Mantém a natureza pública do crime.

- Dá satisfação ao preceituado no artigo 38 da Convenção de Istambul.

Assim, na nossa opinião, melhor acolheríamos a previsão em causa, caso a qualificação e medida da pena fossem igualadas à previsão do art. 144º do CP, sem prejuízo de qualificação por via do atual art. 145º do CP.

II. Projeto de Lei nº 515/XII do CDS

Cria o artigo 144-A do Código Penal

“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 atos previstos no número anterior determinado por pedido sério, instante e expresso da vítima, é punido com pena de 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.”*

Salvo o devido respeito, dentro do mesmo tipo legal, encontramos: excessivos sub-tipos e molduras penais demasiado díspares para cada sub-tipo (3 a 12 anos, até 3 anos, 1 a 5 anos), o que pode conduzir a alguma incoerência ou dificuldade de aplicação da lei ao caso concreto.

Assim, quem mutilar genitalmente uma mulher será punido com pena de prisão de 3 a 12 anos, mas se a vítima tiver pedido muito para ser mutilada a pena “cai” para pena de prisão até 3 anos, o que a nosso ver, representa uma desvalorização excessiva do crime, sobrevalorizando a figura do “pedido sério e insistente”, a qual abre as portas para uma “quase disponibilidade” ou uma “meia disponibilidade” da integridade física, no caso.

Na prática, em julgamento, é de prever a utilização abusiva e não correspondente com a realidade, do nº 2, pela defesa.

O nº 3 e o nº4 prevendo a punição de quem constrange diferencia a moldura penal consoante a constrangida seja menor de 16 anos ou sendo maior tenha a sua capacidade de avaliação diminuída, daquelas em que tem 16 anos ou mais, tratando de forma mas grave a primeira situação - não nos merece qualquer particular reparo, embora sejamos tendencialmente favoráveis a normativos mais simples e unificados.

Relativamente à previsão contemplada no nº 1, não encontramos justificação para o agravamento da moldura penal abstrata deste novo tipo legal (prisão de 3 a 12 anos) em relação ao crime de “Ofensa à integridade física grave”, previsto no art. 144 do CP (prisão de 2 a 10 anos).

Como supra referimos em relação ao projeto analisado anteriormente, tal agravamento a nosso ver não tem qualquer justificação, na medida em que, o que está em causa é tornar efetiva a punição que o tipo legal atual (art.144) não logrou, por inadequada redação para contemplar as situações mais básicas de MGF, não dando, por isso, resposta a situações merecedoras de punição.

O agravamento da moldura penal abstrata apenas poderia ser justificado em relação ao prazo de prescrição que, em vez de ser de 10 anos, como atualmente, passaria para 15 anos (art. 118 n° 1 al^a a) e b) do CP). Contudo, cremos que essa alteração não se mostra no caso, premente.

Em suma, melhor acolheríamos a previsão em causa se não relevasse o “pedido sério” da vítima e se não se afastasse da moldura penal prevista para o crime de ofensa à integridade física grave, previsto no art. 144 do CP.

III- Projeto de Lei n° 517/XII do PSD

Cria o artigo 144-A do Código Penal

“Mutilação genital feminina

1- *Quem proceder à 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° 1 ou criar as condições para esse fim é punido com pena de prisão até 3 anos”*

Altera ainda o art° 5° al^a d) do Código Penal, o qual passa a ter a seguinte redação:

“d) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 144º, 144º-A, 163º e 164º, 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.”

A primeira observação que se impõe é, a par dos casos anteriores, a respeitante à moldura penal abstrata. Como anteriormente observámos, em relação aos projetos antecedentes, consideramos que não se justifica um agravamento da moldura penal abstrata em relação ao crime de ofensa à integridade física grave. Remetemos para as antecedentes apreciações as razões dessa posição.

Em segundo lugar consideramos que a expressão “constrangimento” prevista no nº 2, se pensada numa perspetiva de constrangimento moral, pode não ser a mais adequada.

Assim, deve a mesma ser substituída pela expressão **“forçar”** porque mais expressiva da ação que se pretende contemplar, equiparando quem força a quem pratica, e reforçando a ideia que se trata mais do que um constrangimento moral, esse porventura, com previsão no nº 3.

Contempla, a punição de atos praticados no estrangeiro.

Deveria contemplar a punição dos atos preparatórios.

Deveria ser explícito relativamente à irrelevância do consentimento/pedido expreso.

Com tais reservas, o texto legal tem o nosso acolhimento.

Uma Nota Final:

Sentimos o dever de informar que a subscritora deste parecer, sendo magistrada judicial, não é, há vários anos, aplicadora/intérprete do direito penal.

Falta-nos, assim, um treino, para um contributo que desejaríamos mais especializado.

Anabela Luna de Carvalho – CSM.