

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

Relatório

Dezembro de 2014

O crime de mutilação genital feminina

I. Apresentação do caso

Em Outubro de 2010, o Tribunal de Família e Menores do Seixal comunicou ao Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa a suspeita de que Mariam, de sete anos, teria sido levada para a Guiné-Conacri e submetida a mutilação genital feminina. A Segurança Social já acompanhava a família, por motivos alheios a esta questão, e o comportamento da criança despertou suspeitas.

A comunicação deu origem a um inquérito por suspeitas de ofensa à integridade física grave. Houve lugar a exame pericial, feito pelo Instituto de Medicina Legal, onde a criança explicou ter sido cortada na vagina, com tesoura, o que originou dores e dificuldades a urinar. A médica confirmou a ausência do capuz do clítoris e de metade dos pequenos lábios por causa de traumatismo corto-contundente, mas considerou que as lesões não se enquadravam no artigo 144º do Código Penal. Como não fora excisado o clítoris, não teria sido afectada a fruição sexual, nem haveria elementos que levassem a presumir a ocorrência de perigo para a vida da menor.

Em Dezembro de 2011, e com base no resultado do exame, a procuradora arquivou o inquérito. Estando em causa, em abstracto, um crime de ofensa à integridade física simples, a lei portuguesa, *in casu*, por força do princípio da territorialidade, não poderia aplicar-se ao crime praticado fora do país.

II. Enquadramento jurídico numa perspectiva de direitos humanos

a. Caracterização e prática de mutilação genital feminina

A mutilação genital feminina corresponde a um ritual de iniciação comumente levado a cabo em África, na Ásia e no Médio Oriente, mas que contemporaneamente se tem tornado também uma prática relevante no contexto europeu.

Em termos técnicos, a prática consiste na extirpação ou ablação dos órgãos genitais femininos, revestindo habitualmente uma das seguintes formas:

- Tipo I, também chamado clitoridectomia, que corresponde à extirpação do clítoris;

- Tipo II, referido como excisão, que corresponde à extirpação do clítoris e da totalidade ou parte dos pequenos lábios;
- Tipo III, ou infibulação, correspondente à extirpação do clítoris, dos pequenos lábios e do recorte dos grandes lábios, com a subsequente cosedura, de modo a fechar quase todo o orifício vaginal (atinge 10% a 15% das vítimas e é a sua forma mais grave).
- Tipo IV, correspondente às práticas não enquadráveis nos três tipos referidos, e que contempla todas as intervenções nefastas sobre os órgãos genitais femininos por razões não médicas, tais como punção, perfuração, incisão/corte, escarificação e cauterização.¹

Os efeitos da mutilação genital feminina são diversos e nefastos. Como consequência imediata podem apontar-se dor, hemorragias, choque, dificuldade em urinar, infecções localizadas, lesões nos tecidos genitais, e em alguns casos infecção generalizada, septicemia e morte. Como consequência de longo prazo, podem verificar-se dor crónica, infecções pélvicas, infecções crónicas do tracto urinário e incontinência urinária, sangramento intermitente, danos nos rins, abscessos e pequenos tumores benignos no nervo, úlceras genitais, ausência de prazer sexual ou dores durante a penetração sexual, *stress* pós-traumático, infecções no tracto reprodutor por obstrução do fluxo menstrual e infertilidade. No caso da infibulação, podem ainda verificar-se complicações adicionais, uma vez que as relações sexuais e o parto só podem ter lugar se os tecidos rasgarem ou à mulher forem cortados os lábios vaginais fechados. Por norma, os instrumentos usados são facas, pedaços de vidros, lâminas, gelo, pequenos troncos de árvore ou espinhos. Esses instrumentos não costumam ser esterilizados e servem para vários procedimentos – o que pode levar à propagação de doenças como tétano, hepatite B ou VIH/SIDA. Também por isso ocorrem frequentemente infecções que provocam danos sérios na saúde reprodutiva. Verifica-se ainda a perda ou diminuição da sensibilidade sexual, de forma permanente e praticamente irreversível, apesar de haver já especialistas ginecológicos que se propõem reconstruir a vulva, restaurando as ligações nervosas e recuperando o tecido remanescente sob a cicatriz.

b. Contextualização jurídica: normativos de direitos humanos / direitos fundamentais

A prática da mutilação genital feminina constitui uma violação dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade entre homens e mulheres, à não-discriminação e à

1 Com base nos dados e definições da Organização Mundial de Saúde.

integridade física e mental, e genericamente uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, todos consagrados em diversos instrumentos de carácter vinculativo de direito internacional e de direito interno.

Há, actualmente, diversos instrumentos de carácter internacional que contemplam especificamente o fenómeno da mutilação genital feminina como uma prática nefasta que deve ser abolida. Pode nomear-se, como exemplo, a Resolução da Assembleia Parlamentar 1247 do Conselho da Europa sobre MGF, de 2001; a Resolução do Parlamento Europeu sobre MGF de 20 de Setembro de 2001; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres – artigo 2º (f); a Declaração para a Eliminação da Violência contra as Mulheres - artigo 2º (a); o Protocolo Relativo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre os Direitos da Mulher em África (mais conhecido por Protocolo de Maputo) – artigo 5º.

Mais recentemente, em 2013, Portugal ratificou a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (ou Convenção de Istambul), o que significa que, como Estado-Membro, terá de adoptar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente pratique mutilação genital feminina.

c. Da possível violação de direitos humanos por parte do Estado português, entendido enquanto Estado-administrador da Justiça

Como demonstra o desenlace do processo-crime em análise, a mutilação genital feminina de tipo I ou de tipo IV poderá não reunir os pressupostos de preenchimento do tipo legal previsto no artigo 144.º, alínea b) do Código Penal. Naquele caso, em concreto, a prova reunida em sede de inquérito, designadamente o exame médico-legal realizado pelo Instituto de Medicina Legal, excluiu a existência de afectação grave da fruição sexual pelo facto de não ter havido excisão total do clítoris (mas apenas do capuz do clítoris). Ora, se em abstracto até se poderia considerar estar em causa a alínea d) do mesmo artigo, por haver potencialidade de ameaça à vida da vítima, essa ameaça terá de ser sempre verificada em concreto, o que também se revelará difícil ou quase impossível na grande maioria das vezes – os procedimentos são levados a cabo em localizações remotas e os exames periciais são feitos meses ou anos mais tarde. Mais uma vez, no caso concreto, parece não haver dados suficientes que indiciem a existência desse perigo.

Não se tratando de ofensa à integridade física grave, poder-se-ia considerar, em tese, a prática do crime de ofensa à integridade física simples, previsto e punido no artigo 143.º do Código Penal. No entanto, uma vez que nem a vítima nem o agressor são nacionais portugueses, e visto que os factos terão ocorridos fora do território nacional, os mesmos só seriam puníveis se integrassem o tipo legal previsto no artigo 144.º do Código Penal (cfr. alínea d) do número 1 do artigo 5.º do Código Penal).

No entanto, e de modo a poder enquadrar-se devidamente a mutilação genital feminina, assinala-se que é necessário que os agentes do foro sejam conhecedores de tudo o que envolve a prática deste fenómeno. Por exemplo, o próprio facto de a vítima ser submetida a esta prática pode por si só constituir perigo para a sua vida e integrar consequentemente o crime de ofensa grave, no âmbito do artigo 144.º do Código Penal. Se os órgãos de polícia criminal e o Ministério Público não estiverem preparados para partir desse pressuposto, limitar-se-ão às conclusões dos exames periciais, o que em certos casos poderá significar menor diligência do que o desejável. Salienta-se, no entanto, que no ano de 2012 foi já aprovado um guia de procedimentos para órgãos de polícia criminal, o que consubstancia um progresso assinalável.

Também nesse sentido, mecanismos alternativos, nomeadamente de sinalização, não têm sido suficientemente utilizados. Entre 2006 e 2011, e segundo dados do Jornal Sol, apenas a Comissão de Protecção de Menores de Sintra oriental identificou meninas institucionalizadas que estariam em risco de serem submetidas a mutilação genital feminina. Dez a vinte dessas meninas mereceram uma atenção redobrada dos técnicos e, nos casos em que a suspeita foi mais evidente, a Comissão informou o Ministério Público. Mecanismos deste tipo deveriam ser accionados como regra, de forma a que se logre uma prevenção e uma repressão mais eficazes. Assinala-se, no entanto, que, em Junho de 2014, a Comissão de Protecção de Menores fez já aprovar e difundir um manual de procedimentos, com orientações técnicas, que possa servir de apoio aos técnicos das comissões para prevenir e sinalizar os casos de mutilação genital feminina.

d. Da possível existência de lacunas legais e consequente violação de direitos humanos por parte do Estado português, entendido enquanto Estado-legislador

As alterações legislativas introduzidas em 2007 não têm provado ser as mais eficazes. A introdução da referência à afectação grave da fruição sexual no tipo legal do crime de ofensa

à integridade física grave não parece ter evitado que actos de mutilação genital feminina de tipo I ou IV possam ser levados a cabo impunemente, desde que tenham lugar fora do território nacional. Em suma, a alteração, pensada em parte para reforçar a punição da mutilação genital feminina, sem para tanto criar um tipo legal específico, acabou por não abranger algumas formas desta prática quando levadas a cabo fora do território nacional.

Por outro lado, e do ponto de vista garantístico, parece-nos que a falta de previsão penal específica relativa à mutilação genital feminina (quando haja uma explícita vontade político-social de a equiparar a uma conduta criminosa, como é o caso português, pelo menos desde 2007) poderá funcionar contra o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. De acordo com este princípio, a lei penal deve determinar com clareza e precisão o facto criminoso e a respectiva pena. Ora, tendo em conta todo o enquadramento do fenómeno, e havendo já experiência em tribunais de outros países (nomeadamente França) de casos em que os pais ignoravam o carácter proibido da mutilação genital feminina e o sentido dessa proibição, parece ser de admitir a inclusão no Código Penal de um tipo específico proibindo aquela prática².

Outro dos problemas que se apresentam diz respeito à punibilidade de alguns casos concretos. Se o direito penal funciona de acordo com o princípio da territorialidade, tal significa que a conduta tipificada só é punível se e na medida em que seja praticada em território nacional. Há, no entanto, casos em que outros princípios ou critérios complementares integram aqueloutro princípio, tornando a conduta punível mesmo que praticada fora de fronteiras. A aplicação de critérios de extraterritorialidade à mutilação genital feminina tem sido amplamente defendida como forma de dar maior eficácia à protecção penal. Em Portugal, no entanto, os critérios de extraterritorialidade só operam no âmbito do artigo 144º, e já não do artigo 143º (potencialmente aplicável às situações que literalmente não caibam no âmbito do artigo 144º).

O Parlamento Europeu, na sua Resolução 2001/2035(INI) sobre mutilação genital feminina, de 2001, especifica que os Estados-Membros da União Europeia devem, no contexto das medidas que tomem de combate a esta prática, ter em conta os actos que sejam cometidos

2 O Centro de Conhecimento Virtual da UNIFEM End Violence Against Women and Girls também vai nesses sentido – cfr. www.endvawnow.org.

fora das suas fronteiras, para que possam punir o turismo para mutilação genital feminina nos mesmos moldes em que o fazem quando esta se dá no seu próprio território – particularmente através de disposições sobre a extraterritorialidade do delito.

Recentemente, e como consequência das obrigações decorrentes da Convenção de Istambul, tem vindo a ser discutido (e está já “em cima da mesa”) um projecto de lei que consagra a possibilidade de propor a tipificação específica da mutilação genital feminina no Código Penal. As propostas em discussão criam um tipo novo, autónomo, e cuja moldura penal será pelo menos equivalente à da ofensa à integridade física grave, em virtude da dignidade do bem jurídico directamente protegido. Nestas propostas, inclui-se o crime de mutilação genital feminina no âmbito de aplicação do artigo 5.º do Código Penal, por forma a permitir que a lei penal portuguesa seja aplicável a factos cometidos fora do território nacional quando a vítima do crime seja menor, e desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado. O procedimento criminal no âmbito daquela disposição não estará dependente de queixa, sendo portanto um crime público, independentemente da lesão sofrida.

e. Da possível ameaça ao direito à identidade cultural e consequente violação de direitos humanos por parte do Estado português, entendido enquanto Estado-legislador

Povos que migram para um contexto cultural diferente são geralmente confrontados com um sistema de normas também elas diferentes. A integração destas pessoas nas sociedades de acolhimento dá-se num contexto adverso, que as põe numa situação de grande vulnerabilidade. Essa vulnerabilidade é exponenciada quando se trata de mulheres e crianças, pela sua situação de especial dependência e fragilidade sócio-económica.

Sendo a mutilação genital feminina uma prática marcadamente cultural, isso implica que a sua prevalência nas comunidades expatriadas tenda não só a não diminuir, em relação aos seus países de origem, como ainda a aumentar. Segundo a Organização Internacional para as Migrações³, a difícil integração das comunidades migrantes resulta frequentemente “in a (...) stricter application or toughening of cultural practices to preserve the ethnic identity and to

³ *Vd. website* da organização.

mark a distinction from the host society”. Só que a especial vulnerabilidade de alguns membros, designadamente mulheres e crianças, retira-lhes em regra a capacidade de decidir livremente sobre este tipo de práticas culturais. Se se tratar de crianças a situação é especialmente grave, na medida em que está sempre e necessariamente afastada a autonomia decisória.

Resolver penalmente um problema de contornos marcadamente culturais como a mutilação genital feminina não é linear. Mas o Direito Penal deve intervir para assegurar os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum a todos os cidadãos, punindo condutas que afectem os bens jurídicos indispensáveis a essa existência em comum.

Nem por isso fica o direito à identidade cultural comprometido. Primeiro, porque mesmo nos próprios países de origem correspondentes às maiores comunidades residentes em Portugal e praticantes de mutilação genital feminina esta prática é também crime (estamos a referir-nos muito especialmente à Guiné-Bissau, mas também à Guiné-Conacri, ao Egipto, etc.), o que retira o carácter discriminatório à medida nos países de acolhimento. Mas também porque a cultura não pode ser vista de modo binário, em que se está dentro ou fora – os indivíduos têm de poder fazer esse caminho livremente, o que significa que os membros mais vulneráveis do grupo têm de poder encontrar protecção do Estado em relação a práticas que atentem contra a sua dignidade, liberdade e autonomia.

Há, no entanto, a este propósito, um ponto que merece reservas no que toca às iniciativas, agora em discussão, para alteração da lei penal. Os textos em discussão intencionalmente afastam o crime de mutilação genital feminina do âmbito do artigo 146.º do Código Penal, por entenderem que este crime não deve beneficiar de circunstâncias atenuantes, em virtude de constituir uma violação de direitos humanos.

Ora, como se trata de uma prática cultural enraizada nos países de origem e nas comunidades imigrantes das sociedades de acolhimento, há muitas vezes uma efectiva diminuição da culpa do agente que comete o crime, especialmente quando o agente é um membro da família da vítima. Culturalmente, a mutilação genital feminina é uma forma de fazer o melhor pelas filhas (ou netas, ou sobrinhas, ou outras). Culturalmente, a margem de decisão de alguns membros da família em relação às suas crianças é mínimo – ou mesmo nulo – valendo apenas a pressão da comunidade. Ignorar isto é ignorar todo o enquadramento real dos casos de mutilação genital feminina. E pode significar chegar a soluções iníquas e culturalmente míopes.

Diga-se, ainda, para uma clarificação de conceitos, que a mutilação genital feminina não pode ser equiparada a outras práticas cirúrgicas não terapêuticas (v.g. vaginoplastias), por várias ordens de razões. Como já foi referido, a mutilação genital feminina é normalmente um procedimento decidido pela comunidade em relação aos seus membros mais vulneráveis, não sendo a vontade da própria pessoa tida em consideração. Por outro lado, e mesmo em relação a pessoas adultas, informadas e autónomas, a coerção exercida pela comunidade, apesar de poder ser determinante nos dois casos, não equivale às mesmas consequências no caso de não ser acatada – a mulher que não se submeta a cirurgias cosméticas desnecessárias não se vê, *ipso facto*, ostracizada, renegada ou posta à margem da comunidade. Finalmente, a própria liberdade do consentimento pode estar em causa na decisão sobre mutilação genital feminina, devido fundamentalmente à sua extensão e irreversibilidade, o que geralmente também não se verifica nos procedimentos cirúrgicos referidos.

Também numa óptica de clarificação de conceitos, não é equiparável à mutilação genital feminina a circuncisão (em sentido próprio, ou seja, praticada em rapazes / homens). Neste último caso, trata-se de uma prática relativamente inócua de cunho religioso, ou por vezes puramente estético ou sanitário, por confronto com uma prática de fundamentação bem diferente e cujos efeitos físico-patológicos podem levar à morte. Ambas apresentam um carácter de irreversibilidade, mas a circuncisão normalmente não acarreta qualquer distúrbio orgânico, nem traz efeitos negativos à vida sexual dos circuncidados (provocando dor ou afectando a capacidade de fruição sexual). Aliás, à circuncisão têm sido recorrentemente apontados efeitos sanitários benéficos e uma diminuição considerável da possibilidade de infecção por VIH/SIDA.

III. Conclusões

Com base no exposto, e por referência ao caso que suscitou a intervenção deste Observatório, conclui-se que:

- a) O artigo 144º, alínea b) do Código Penal não se mostra suficiente para dar resposta a todas as potenciais situações de mutilação genital feminina.

- b) A aplicação do artigo 143º do mesmo diploma, que poderia cobrir as situações não cobertas pela letra do artigo 144º, não é possível quando se trate de actos praticados fora do território nacional, na medida em que não está contemplado na alínea d) do número 1 do artigo 5º.
- c) Há um desconhecimento generalizado, entre os profissionais do foro, a propósito das condutas que tiveram por base a alteração do artigo 144º, em 2007, que consubstanciam um dos tipos de mutilação genital feminina.
- d) O Estado português, enquanto Estado-julgador, não parece ter falhado na sua actuação, uma vez que o aplicador do Direito tem de encontrar apoio primordialmente na letra da lei, tendo os critérios interpretativos (como o recurso à exposição de motivos da alteração de 2007 ao artigo 144º) um carácter meramente complementar.
- e) Já enquanto Estado-legislador, o Estado português parece ter falhado no seu propósito de conferir um carácter penal à mutilação genital feminina em todas as suas formas, guiando-se a aplicabilidade penal actual pelo resultado, mais do que pelo princípio que conformou e justificou a alteração.
- f) A presente iniciativa legislativa, de introdução de um tipo autónomo de mutilação genital feminina, parece ir no sentido de colmatar a falha diagnosticada no ponto anterior e de garantir maior protecção às vítimas e maiores garantias aos agentes, o que é um significativo progresso na vertente de direitos humanos, que é a que aqui nos ocupa.
- g) Iguamente enquanto Estado-legislador, o Estado português não pode coibir-se de lidar com a realidade cultural em que se insere a prática da mutilação genital feminina. A compreensão cultural é premente para responder a intuitos preventivos, mas é-o também na conformação das disposições legais que venham a ser aprovadas.
- h) Por si só, uma iniciativa legislativa que tenha em vista a autonomização do crime de mutilação genital feminina não pode ser vista como uma ameaça à identidade cultural das comunidades em que a prática tem lugar.

Concretamente a propósito da alteração legislativa agora em curso, que se saúda genericamente como muito positiva, aproveita-se a ocasião para oferecer também, a talhe de foice, algumas recomendações que têm por base as propostas em discussão na Assembleia da República e os respectivos trabalhos preparatórios. Assim, suscitam-se as seguintes apreciações:

- 1) Não resultando claro, da proposta de substituição conjunta dos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP aos seus projectos anteriores⁴, qual o texto final relativo à exposição de motivos, recomenda-se veementemente a eliminação da menção à comunidade guineense ou qualquer outra – menção essa que, além de factualmente redutora, poderá levar a uma indesejável e contraproducente estigmatização daquela(s) comunidade(s).

- 2) Saúda-se a proposta de substituição conjunta dos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP mencionada, na parte relativa à pena prevista para o novo tipo autónomo, bem como a sua nova inserção sistemática, na medida em que a especial censurabilidade da conduta deverá ser aferida em concreto, por referência ao artigo 145º do Código Penal, e não automaticamente incrustada no próprio tipo.

- 3) Se a defesa cultural não é, de facto, admissível, o contexto cultural e a sua compreensão podem fornecer, em concreto, circunstâncias atendíveis, culturalmente neutras, nomeadamente no que respeita ao quadro de constrangimento (quando não de falta de liberdade) a que estão sujeitas, por exemplo, as mães das vítimas, elas próprias as mais das vezes agentes do crime cujo tipo se autonomiza. A via da inserção de uma alínea correspondente ao novo tipo no artigo 146º parece-nos a preferível, acautelando possíveis situações-limite com uma correspondente diminuição da culpa, que continua a ser culturalmente neutra (porque com base nas causas previstas no artigo 133º do Código Penal). Mas não se descure que, consoante os contornos do caso concreto, estas circunstâncias atendíveis poderão ainda ser objecto de ponderação enquanto causa de exclusão da culpa (*rectius*, desculpa) ou atenuação da pena, com base, respectivamente, no artigo 35º e no número 2 do artigo 17º do Código Penal.

A Relatora

Ana Maria Rodrigues

4 Projecto de Lei Nº 517/XII/3ª e Projecto de Lei Nº 515/XII/3ª, respectivamente.