



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

## DIREITO PENAL I

3.º ANO NOITE / 2024-2025

Regência: Prof.<sup>a</sup> Doutora Teresa Quintela de Brito/Colaboração: Doutor Ricardo Tavares da Silva e Dr. André Jorge Neves

Exame Época Normal – Coincidências: 24 de Janeiro de 2025

Duração: 120 minutos

### Igualdade ou menorização?

**Elisabeth** é uma cidadã irlandesa, maior de idade e residente em Portugal, que, na sequência de um voto de castidade por razões religiosas, decide livremente submeter-se a uma clitoridectomia<sup>1</sup>. Intervenção que vem a ser realizada por **Beltrão**, médico, numa clínica em Lisboa.

Após a denúncia da intervenção à polícia, por parte de uma amiga íntima de **Elisabeth**, **Beltrão** é acusado do crime de mutilação genital feminina, previsto e punido pelo artigo 144.º-A/1, do Código Penal (CP).

1. Em julgamento **Beltrão** sustenta que não pode ser punido pela prática do crime de mutilação genital feminina, porque, sendo esta incriminação materialmente inconstitucional, o tribunal deve desaplicá-la por imposição do artigo 204.º, da CRP. Que fundamentos de inconstitucionalidade, relativos ao conceito material de crime e ao princípio da legalidade penal, invocaria se fosse **Beltrão**? Na sua resposta não deixe de considerar o enquadramento jurídico-penal da circuncisão masculina<sup>2</sup> (4 valores)

2. **Beltrão** aduz ainda em sua defesa que, ante a inconstitucionalidade material do crime de mutilação genital feminina e, ademais, do preceituado no artigo 149.º/3, do CP, a sua conduta apenas pode consistir num crime de ofensa à integridade física cuja ilicitude se encontra excluída pelo consentimento da ofendida (**Elisabeth**), nos termos dos artigos 38.º/1, 2 e 3, e 149.º/1 e 2, do CP.

a) Concorde com **Beltrão**? Que específicos fundamentos de inconstitucionalidade material invocaria **Beltrão** perante o disposto no

---

<sup>1</sup> Remoção parcial ou total do clitóris e da dobra de pele que rodeia o clitóris (denominado prepúcio ou capuz clitoriano), sendo o clitóris sensível ao estímulo sexual.

<sup>2</sup> Remoção cirúrgica do prepúcio (porção distal de pele retrátil do pénis) que cobre a glândula (extremidade do pénis), deixando esta a descoberto.

artigo 149.º/3, do CP? (2,5 valores)

- b) Na sua resposta considere, ainda, a relação entre os crimes de ofensas à integridade física e de mutilação genital feminina (2,5 valores).

3. Depois da prática do facto mas antes de instaurado o procedimento criminal contra **Beltrão** pelo crime de mutilação genital feminina, entra em vigor uma nova lei, que: (i) altera o disposto no art. 118, n.º 1, alínea b), do CP, alargando para 12 anos o prazo de prescrição do procedimento criminal por crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo seja igual ou superior a cinco anos mas não exceda 10 anos; e (ii) diminui para um ano o limite mínimo da pena aplicável ao crime de mutilação genital feminina.

O novo regime pode aplicar-se ao facto praticado por **Beltrão**? (3,5 valores)

4. Suponha agora que **Elisabeth**, conhecedora da incriminação vertida no artigo 144.º-A/1, do CP, desloca-se à Suécia para aí realizar a clitoridectomia, país onde essa prática, apesar de incriminada, é permitida se realizada por médico, mediante consentimento livre e esclarecido de mulher maior de 18 anos. **Erik**, médico sueco, efectua a clitoridectomia e **Elisabeth** regressa a Portugal.

- a) Se, depois da prática do facto, **Erik** vier a Portugal passar umas férias de verão, poderá ser aqui julgado pelo crime de mutilação genital feminina cometido contra **Elisabeth**? (2,5 valores)
- b) Se Portugal pedir à Suécia a entrega de **Erik** para aqui o julgar pela prática do crime de mutilação genital feminina, como deveria a Suécia decidir o pedido considerando que no seu ordenamento vigora, quanto aos pedidos de cooperação judiciária, lei paralela à portuguesa? (3 valores)

**Apreciação Global** (correção da linguagem, sistematização e nível de fundamentação das respostas, capacidade de síntese e clareza de ideias): **2 valores.**

**Os exames com caligrafia ilegível não serão classificados.**

### TÓPICOS DE CORRECÇÃO

1. Em julgamento **Beltrão** sustenta que não pode ser punido pela prática do crime de mutilação genital feminina, porque, sendo esta incriminação materialmente inconstitucional, o tribunal deve desaplicá-la por imposição do artigo 204.º, da CRP. Que fundamentos de inconstitucionalidade, relativos ao conceito material de crime e ao princípio da legalidade penal, invocaria se fosse **Beltrão**? Na sua resposta não deixe de considerar o enquadramento jurídico-penal da circuncisão masculina. (4 valores)

Embora se admitam respostas diferentes, desde que devidamente fundamentadas, é de facto duvidosa a constitucionalidade material da incriminação da mutilação

genital feminina (MGF) vertida no artigo 144.º-A/1.

No que respeita ao conceito material de crime, a inconstitucionalidade material da incriminação pode fundar-se na violação dos seguintes princípios:

O da *justificação e necessidade da incriminação autónoma da MGF*, ante a pré-existência dos crimes de ofensas simples, graves e qualificadas à integridade física: artigos 143.º; 144.º, *maxime* alíneas *ab*), *c*) e, até *d*); e 145.º, por referência às alíneas *a*), *c*), *f*) (ódio determinado pela origem étnica e/ou pelo sexo) do n.º 2 do artigo 132.º.

Os da *universalidade dos direitos e da igualdade de protecção jurídica da integridade física dos homens e das mulheres* (artigos 12.º/1, 13.º/1 e 2, e 25.º/1 e 2, da CRP).

Com efeito, a MGF, seja qual for a gravidade da lesão do aparelho genital feminino, é sempre punível com pena de prisão de 2 a 10 anos. Pena que coincide com a cominada para as ofensas graves à integridade física pelo artigo 144.º, do CP. Mais: para os actos preparatórios da MGF, estatui-se uma pena de prisão até 3 anos, igual à prevista no artigo 143.º para as ofensas simples consumadas à integridade física (prisão até 3 anos ou pena de multa). A isto acresce que procedimento pelo crime de ofensas simples à integridade física depende de queixa (artigo 143.º/2, do CP), enquanto a MGF e os respectivos actos preparatórios configuram crimes públicos. Sendo medicamente muito discutidos e variáveis os efeitos (imediatos e a longo prazo) da circuncisão masculina, o seu enquadramento jurídico-penal far-se-á em função da gravidade imediata da lesão da integridade física. Portanto, ora como ofensa simples, ora como ofensa grave, designadamente nas modalidades de afectação grave da capacidade de fruição sexual (medicamente discutida), de provocação de doença particularmente dolorosa ou permanente ou de uma situação de perigo para a vida (artigo 144.º, alíneas *b*), *c*) e *d*), do CP). Na certeza de que também nestes casos poderá operar a qualificação prevista no artigo 145.º, por referência às mesmas alíneas do artigo 132.º do CP.

O da *proporcionalidade entre a gravidade do ilícito e a gravidade da sanção*, o qual constitui uma decorrência do princípio da igualdade de tratamento penal de situações substancialmente idênticas. Especificando: ao mesmo conteúdo de ilícito, a idêntico grau de culpa e a idêntica dignidade e necessidade de pena deve corresponder idêntica penalidade.

Ora, mal se compreende que qualquer intervenção sobre o aparelho genital feminino por razões não médicas (incluindo a colocação de *piercings* ou operações estéticas) seja logo sancionada como se se tratasse de um crime de ofensas graves à integridade física, independentemente do respectivo contexto e finalidade (do agente e do ofendido) e das suas consequências para a integridade física, ao contrário do que sucede com a circuncisão masculina.

Contra-argumentar-se-á que a incriminação prevista no artigo 144.º-A/1 tem em vista um especial merecimento e necessidade de pena em face da MGF praticada por razões étnicas, culturais e/ou religiosas que pressupõem uma menorização da

mulher, da criança ou menina, a sua instrumentalização à satisfação sexual do homem e/ou direccionadas para o controlo da sua sexualidade, vedando-lhes a fruição sexual. Nisto residiria a sua função e razão de ser no ordenamento jurídico-penal.

Trata-se, porém, de um argumento de especial merecimento e necessidade de pena que esbarra com a amplitude da incriminação da MGF ao aludir a qualquer intervenção no aparelho genital feminino por razões não médicas. O que pareceria justificar uma redução teleológica do artigo 144.º-A, do CP, destinada a excluir do seu âmbito situações inequivocamente abrangidas pelo respectivo texto (v.g. a colocação de *piercings* ou as intervenções estéticas), ainda reconduzíveis à sua *ratio* (nisto se distinguindo a redução teleológica da interpretação restritiva do texto legal), mas afinal contrárias à função e à razão justificativa da autonomização desta incriminação.

Todavia, os fundamentos desta redução teleológica suscitam novos problemas. Primeiro: o da diferenciação e discriminação (necessariamente positiva porquanto promotora de igualdade real?) das meninas ou mulheres pertencentes a grupos étnico-culturais e/ou religiosos que praticam a MGF, perante a mulher “emancipada” que corresponde ao modelo ocidental. Segundo: o de saber se a circuncisão masculina por razões étnico-culturais ou religiosas, também praticada em bebés e meninos, não merece o mesmo tratamento da MGF realizada em circunstâncias paralelas.

O que nos confronta, de novo, com a legitimidade, necessidade e proporcionalidade da incriminação autónoma da MGF, não só diante dos pré-existentes crimes de ofensas à integridade física, mas também em face do tratamento jurídico-penal da circuncisão masculina perpetrada por razões étnico-culturais e/ou religiosas em vítimas do sexo masculino especialmente vulneráveis em razão da idade.

No que concerne aos fundamentos de inconstitucionalidade material relacionados com o princípio da legalidade penal, os mesmos prendem-se com a exigência de lei certa e determinada.

A inclusão no tipo da MGF, para além das elencadas expressamente, de “qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas” fere a norma de uma total indeterminabilidade das condutas por ela abrangidas. O respectivo âmbito de aplicação estende-se, assim, a situações que nada têm a ver com a MGF como forma de menorização, instrumentalização e controlo/cerceamento da sexualidade feminina por motivos étnico-culturais e/ou religiosos, passando a incluir, para além dos *piercings* e das operações estéticas, porventura, também a episiotomia<sup>3</sup> não medicamente indicada e outros casos.

Esta indeterminação da norma incriminadora obsta à identificação e delimitação claras das condutas proibidas como MGF, impedindo o tipo penal de cumprir a sua função de determinação de comportamentos, flanqueando a porta ao arbítrio judicial, à incerteza e à insegurança, e impedindo qualquer vinculação do juiz à lei.

---

<sup>3</sup> Incisão cirúrgica feita no períneo (região entre a vagina e o ânus) durante o trabalho de parto, com o objectivo de alargar a abertura vaginal e facilitar a saída do bebé.

2. **Beltrão** aduz ainda em sua defesa que, ante a inconstitucionalidade material do crime de mutilação genital feminina e, ademais, do preceituado no artigo 149.º/3, do CP, a sua conduta apenas pode consistir num crime de ofensa à integridade física cuja ilicitude se encontra excluída pelo consentimento da ofendida (**Elisabeth**), nos termos dos artigos 38.º/1, 2 e 3, e 149.º/1 e 2, do CP.

- a) Concorde com Beltrão? Que específicos fundamentos de inconstitucionalidade material invocaria Beltrão perante o disposto no artigo 149.º/3, do CP? (2,5 valores)

Beltrão tem razão.

O artigo 149.º/3, do CP, é inconstitucional por recusar eficácia excludente da ilicitude ao consentimento prestado pela mulher relativamente à MGF, mesmo que de idade igual ou superior a 18 anos (cfr. artigo 67.º-A/1, alínea c), do CPP) e mostrando-se cumpridos os requisitos do artigo 38.º/2 e 3. O que acaba por traduzir-se numa indisponibilidade do aparelho genital feminino por parte da respectiva titular. Ora, esta indisponibilidade contraria o disposto nos artigos 38.º/1 e 149.º/1, do CP: a integridade física é interesse jurídico livremente disponível.

Além disso, o disposto no artigo 149.º/2 (que densifica a violação dos bons costumes nas lesões consentidas à integridade física) já garante a ineficácia do consentimento nas situações em que a MGF, praticada por motivos étnico-culturais e/ou religiosos, se traduz numa menorização e instrumentalização da pessoa de sexo feminino e/ou num controlo da sua sexualidade, tornando desnecessário e excessivo o preceituado no artigo 149.º/3.

Esta norma acaba, ela própria, por discriminar negativamente a mulher perante o homem, pois este conserva a livre disponibilidade dos seus órgãos genitais, uma vez verificados os requisitos dos artigos 38.º/2 e 3, e 149.º/2, do CP.

Sendo materialmente inconstitucional a incriminação vertida no artigo 144.º-A, ademais conjugada com o disposto no desnecessário e excessivo artigo 149.º/3, o artigo 204.º, da CRP, proíbe os juízes de aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (sistema de fiscalização concreta e difusa da constitucionalidade das normas).

Mas, por outro lado, o juiz encontra-se sujeito à proibição de denegação de justiça com fundamento em falta ou obscuridade da lei (artigo 8.º/1, do CC). Assim, estando impedido de aplicar os artigos 144.º-A/1 e 149.º/3, do CP, deve o juiz reconduzir o comportamento de Beltrão ao tipo de ofensas à integridade física e, porventura, admitir a exclusão da ilicitude deste facto por consentimento da ofendida (Elisabeth). Tanto mais que estava em causa uma clitoridectomia, e não uma lesão bem mais grave como a infibulação ou a excisão.

- b) Na sua resposta considere, ainda, a relação entre os crimes de ofensas à

integridade física e de mutilação genital feminina (2,5 valores).

A resposta a esta questão depende da determinação do bem jurídico tutelado pela incriminação da MGF.

Protege esta somente a integridade física – que inclui o aparelho genital feminino e as capacidades de procriação e de fruição sexual (cfr. artigo 144.º, alínea b), do CP) – ou a este acresce outro bem jurídico? Porém, qual? Considerando a eventual função e razão justificativa da autonomização desta incriminação, talvez possa falar-se de um valor ou interesse correspondente à igual dignidade e integridade sexual da pessoa de sexo feminino, independentemente do grupo étnico-cultural e/ou religioso a que pertence.

A admitir-se que o artigo 144.º-A, do CP, pode legitimamente proteger este outro bem jurídico ao lado da integridade física, então, este tipo incriminador configurar-se-á como uma norma especial face aos tipos de ofensas simples ou graves à integridade física. Independentemente da gravidade da lesão da integridade física inerente à intervenção no aparelho genital feminino (inclusão da ofensa simples ou grave no âmbito de aplicação do artigo 144.º-A, característica da especialidade), sempre o agente da MGF ficará sujeito a uma pena de prisão de 2 a 10 anos, *i.e.*, igual à cominada para a ofensa à integridade física substancial.

Ainda que se considere que o bem jurídico protegido pelo artigo 144.º-A é, tão-somente, a integridade física, a relação da MGF com os tipos de ofensas simples ou graves à integridade física continuará a ser de especialidade, sendo esta então exclusivamente determinada pelo objecto da conduta lesiva: o aparelho genital feminino. Graças ao artigo 144.º-A, do CP, este último vem a ser excluído do âmbito de protecção dos tipos de ofensas à integridade física. O que, sendo bizarro, corresponde à situação existente de *lege lata*, na ausência de uma redução teleológica daquele preceito, apesar de esta, como se disse, suscitar novos problemas.

3. Depois da prática do facto mas antes de instaurado o procedimento criminal contra **Beltrão** pelo crime de mutilação genital feminina, entra em vigor uma nova lei, que: (i) altera o disposto no art. 118, n.º 1, alínea b), do CP, alargando para 12 anos o prazo de prescrição do procedimento criminal por crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo seja igual ou superior a cinco anos mas não exceda 10 anos; e (ii) diminui para um ano o limite mínimo da pena aplicável ao crime de mutilação genital feminina.

O novo regime pode aplicar-se ao facto praticado por **Beltrão**? (3,5 valores)

O crime de MGF considera-se praticado no momento em que Beltrão actuou (artigo 3.º, do CP), independentemente do momento em que se tenha verificado o resultado típico.

Em conformidade com o artigo 29.º/1 e 4, 1.ª parte, da CRP, o artigo 2.º/1, do CP, estabelece que as penas são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto, a menos que uma lei nova o elimine do elenco das infracções criminais

(sucessão de leis penais em sentido impróprio: artigo 2.º/2, do CP), ou que a lei posterior, continuando a prevê-lo como crime, estabeleça para o mesmo um regime de punibilidade mais favorável (continuidade normativo-típica do facto concreto, sucessão de leis penais em sentido próprio e imposição de retroactividade *in melius*: artigos 29.º/4, 2.ª parte, e 2.º/4, do CP).

No caso concreto, estamos perante uma sucessão de leis penais em sentido próprio, pois a lei nova nem sequer modifica os elementos constitutivos do tipo legal de crime, somente alarga o prazo de prescrição do procedimento criminal de 10 para 12 anos, do mesmo passo que diminui para 1 ano de prisão o limite mínimo da pena cominada para o crime de MGF (2 anos).

Quanto a este último aspecto a lei posterior é claramente mais favorável. Todavia, o mesmo não sucede em face do alargamento do prazo de prescrição do procedimento criminal, o qual expressa uma intensificação da pretensão punitiva do Estado por confronto com a lei anterior.

Justamente por causa da conexão do prazo de prescrição do procedimento criminal ou da pena (artigos 118.º e 122.º, do CP) com a possibilidade de exercício da pretensão punitiva ou sancionatória do Estado, as normas sobre prescrição submetem-se ao princípio da legalidade e aos respectivos corolários. Aqui interessamos a exigência de lei prévia e a proibição de retroactividade *in pejus* (artigos 29.º/1 e 4, 1.ª parte, do CP, 1.º/1 e 2.º/1, do CP). Conclusão: a lei nova não poderá ser aplicada a Beltrão na parte em que estende o prazo de prescrição do procedimento criminal em curso, sob pena de violação das normas referidas.

Verdade que, por outro lado, a lei nova é mais favorável a Beltrão ao diminuir para 1 ano o limite mínimo da pena cominada para a MGF.

Contudo, a determinação do regime de punibilidade mais favorável faz-se em concreto, mas globalmente e de modo unitário. Isto significa que se confronta a totalidade dos regimes da lei antiga e da lei nova (e não apenas os respectivos tipos incriminadores) e aplica-se aquele que nos termos referidos – globalmente e de modo unitário – for o mais favorável. O juiz não pode substituir-se ao legislador democrático construindo um regime de punibilidade *sui generis* não previsto em nenhuma das leis que se sucedem, com partes de uma e partes de outra. Fazê-lo, no caso, implicaria violar o princípio da legalidade na vertente de reserva de lei formal (artigo 165.º/1, alínea c), da CRP).

Assim, o novo regime não deverá ser aplicado a Beltrão por se revelar em concreto, globalmente e de modo unitário, mais desfavorável do que o resultante da lei anterior e vigente ao *tempus delicti*, pois alarga o prazo de prescrição do procedimento criminal.

O efeito mais favorável da lei nova (diminuição do limite mínimo da pena aplicável à MGF) pode ser alcançado por via da aplicação do regime anterior, graças a uma eventual atenuação especial da pena alicerçada na alínea b) do n.º 2 do artigo 72.º (motivo honroso ou forte solicitação da vítima), com a consequência prevista no artigo 73.º/1, alínea b): diminuição do limite mínimo da pena de prisão inferior a 3

anos ao mínimo legal que é de 1 mês (artigo 41.º/1, do CP).

4. Suponha agora que **Elisabeth**, conhecedora da incriminação vertida no artigo 144.º-A/1, do CP, desloca-se à Suécia para aí realizar a clitoridectomia, país onde essa prática, apesar de incriminada, é permitida se realizada por médico, mediante consentimento livre e esclarecido de mulher maior de 18 anos. **Erik**, médico sueco, efectua a clitoridectomia e **Elisabeth** regressa a Portugal.

- a) Se, depois da prática do facto, **Erik** vier a Portugal passar umas férias de verão, poderá ser aqui julgado pelo crime de mutilação genital feminina cometido contra **Elisabeth**? (2,5 valores)

Agora a clitoridectomia foi praticada na Suécia, tendo-se verificado nesse país tanto a acção como o resultado típico (artigo 7.º, do CP). Logo, discute-se a aplicação da lei penal portuguesa a factos ocorridos no estrangeiro, nos termos do artigo 5.º.

Admitindo a constitucionalidade da incriminação autónoma da MGF e do preceituado no artigo 149.º/3, do CP, Portugal poderá julgar Erik ao abrigo do artigo 5.º/1, alínea c) (princípio da universalidade da jurisdição portuguesa). O crime em causa integra o catálogo desta alínea, o respectivo agente encontra-se (voluntariamente) em Portugal, e não pode ser entregue em execução de um mandado de detenção europeu, pela simples razão de a Suécia (Estado-Membro da UE) não ter requerido a respectiva entrega.

Se ao abrigo do artigo 204.º da CRP o tribunal português desaplicar os artigos 144.º-A e 149.º/3, do CP, com fundamento na respectiva inconstitucionalidade material, Beltrão não poderá ser julgado em Portugal pelo (subsistente) crime de ofensas à integridade física cometido na Suécia. Para que isso sucedesse, por força do disposto no artigo 5.º/1, alínea f) (princípio da aplicação supletiva da justiça penal portuguesa), a Suécia teria primeiro de solicitar a entrega de Beltrão para o julgar nesse país e Portugal deveria recusar essa entrega, por qualquer um dos fundamentos previstos na Lei n.º 65/2003. Só então seria accionado o princípio de Direito internacional justificativo da aplicação supletiva da justiça nacional: o Estado em cujo território se encontra o agente de um crime (à luz da lei nacional e da do Estado requerente) fica obrigado a julgar caso recuse a respectiva extradição ou entrega.

- b) Se Portugal pedir à Suécia a entrega de **Erik** para aqui o julgar pela prática do crime de mutilação genital feminina, como deveria a Suécia decidir o pedido considerando que no seu ordenamento vigora, quanto aos pedidos de cooperação judiciária, lei paralela à portuguesa? (3 valores)

A resposta a esta questão implica considerar o regime jurídico do mandado de detenção europeu, constante da Lei n.º 65/2003 (LMDE), aprovada em

cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho.

Assim, Portugal solicita à Suécia a entrega de Erik a fim de o julgar em Portugal pela prática do crime de MGF realizado na Suécia (artigo 1.º, da LMDE).

Portugal pode emitir o MDE, porque a MGF é punível pela lei portuguesa com pena de prisão de duração máxima não inferior a 12 meses (artigo 2.º/1, da LMDE).

Uma vez que a MGF não integra o catálogo de crimes que admite a entrega sem controlo da dupla incriminação (artigo 2.º/2, da LMDE), a Suécia só entregará Erik se o facto que justifica a emissão do mandado constituir infracção punível à luz da lei sueca, independentemente dos respectivos elementos constitutivos ou da sua qualificação (artigo 2.º/3, da LMDE). O que sucede no caso vertente, ainda que se ignore se a Suécia qualifica a clitoridectomia como um crime de ofensas à integridade física ou de MGF.

A Suécia não pode invocar nenhum dos motivos de recusa obrigatória descritos no artigo 11.º, da LMDE. Mas poderá facultativamente negar-se a entregar Erik por o facto em causa ter sido cometido em território sueco (art. 12.º/1, alínea *h*), *i*), da LMDE).

Caso se decida pela execução do mandado, entregando Erik a Portugal para aqui ser julgado, a Suécia poderá condicionar a entrega à garantia de que Portugal lhe devolverá o seu nacional para aí cumprir a pena que aqui lhe venha a ser aplicada (artigo 13.º/1, alínea *b*), da LMDE). Esta condição prossegue objectivos de prevenção especial positiva de socialização, obstando à total desinserção social, familiar e cultural de Erik que resultaria do cumprimento da pena num país, numa sociedade e numa cultura que lhe são estranhos.

Lisboa, 6 de Fevereiro de 2025.