

O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista

A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011

Maria Clara Sottomayor
Professora Auxiliar
Escola de Direito do Porto
Universidade Católica Portuguesa

SUMÁRIO: 1. O conceito de violação e a questão penal feminina; 2. O conceito de violação: os mitos da população e dos profissionais que aplicam o direito; 3. Teses jurisprudenciais em confronto quanto ao conceito de violência; 4. O princípio da igualdade e a fragmentação da noção de sujeito; 5. Inconstitucionalidade da interpretação da norma do art. 164, I do CP pelo acórdão da Relação do Porto de 13-04-2011; 6. O conceito de violência para o efeito do n.º I do art. 164.º; 7. A imputação dos factos ao arguido, a título de negligência, constitui um erro na apreciação da prova e uma violação do princípio da igualdade; 8. O acórdão recorrido cometeu erros históricos e doutrinários quanto à delimitação entre direito penal e moral; 9. O conceito de dano para efeitos de responsabilidade civil

INTRODUÇÃO

O conceito de violação na doutrina portuguesa e nos debates parlamentares aquando das sucessivas reformas penais girou muito à volta dos actos abrangidos pelo conceito^[1], da questão do género da vítima, da colocação sistemática dos crimes sexuais e da eliminação da provocação da vítima como atenuante especial da pena, prevista no art. 201.º, n.º 3 do Código Penal de 1982^[2]. Contudo,

[1] Note-se que, mesmo o Código Penal de 1995, que significou um avanço na protecção da auto-determinação sexual, continuou a reduzir o conceito de violação à cópula com mulher (art. 164.º, n.º I do CP de 1995), tendo apenas equiparado, no art. 164.º, n.º 2, o coito anal à violação quanto à medida da pena. Conforme o defendido nos trabalhos preparatórios, tal restrição

do conceito ficaria a dever-se ao risco de gravidez associado à cópula. Para uma crítica a esta posição, vide TERESA PIZARRO BELEZA, “O conceito legal de violação”, *Revista do Ministério Público*, 1994, pp. 51 e ss. Só em 1998, através da lei 65/98, é que o coito anal e o coito oral foram incluídos no conceito de violação, e só em 2007, é que a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objectos foi abrangida no conceito. O alargamento do conceito de violação já tinha sido defendido por TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, 1990, p. 221.

[2] Sobre estas questões, vide TERESA PIZARRO BELEZA, “O conceito legal de violação”, 1994, pp. 51-64.

[3] O art 393.º do Código Penal de 1886 exigia, para o preenchimento do tipo legal, como meios de constrangimento, a violência física, a veemente intimidação ou a fraude.

[4] Sobre a fragilidade da posição da vítima no processo, vide JONATHAN DOAK, *Victims' rights, Human Rights and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 54-61, descrevendo a vitimação secundária, as suspeitas sobre a credibilidade da vítima, a denegrição do seu carácter pela defesa, o terror de testemunhar e reviver o trauma da violação, bem como o medo de sofrer novos ataques e os danos psíquicos decorrentes da participação no processo penal, os quais justificam a necessidade de apoiar as vítimas nos processos, não só pelo interesse individual destas, mas também por força do interesse público.

[5] Refiro-me à principal barreira que as vítimas encontram nos Tribu-

nas alterações legislativas que tornaram o crime de violação mais amplo e mais protector da liberdade e da auto-determinação sexual das vítimas, não se contemplaram as consequências que decorrem para as vítimas da concepção legal da violação como um crime de execução vinculada, que exige, para estar preenchido, meios típicos de constrangimento, nomeadamente, violência ou ameaça grave. Esta configuração da violação já vigorava no Código Penal de 1886 e atravessou todas as reformas sem alterações significativas^[3], sinal de que o legislador não esteve atento à tutela da auto-determinação sexual em toda a sua amplitude, fruto de uma época que, preocupada em combater a repressão sexual, entendeu a liberdade sexual como uma liberdade contra intervenções excessivas do Estado nos costumes e não como a liberdade sexual negativa individual das mulheres contra os homens, que tiveram, durante séculos, direito sobre o seu corpo.

A minha forma de feminismo não se centra na abolição de estereótipos de género para o futuro, mas pretende atingir o nível prático-judicial, auxiliando as mulheres que, em concreto, *aqui e agora*, se debatem com o trauma de passar, como queixosas ou assistentes, por um processo penal que lhes é hostil^[4].

Na jurisprudência publicada, um dos problemas jurídicos tratados, nos acórdãos sobre violação ou coacção sexual, reside na questão do ónus de resistência da vítima^[5], como se a vítima, se não defender o seu corpo e a sua autonomia com energia, agredindo o violador, merecesse ser