

UM CORPO QUE SEJA SEU – PODEM AS MULHERES [NÃO] CONSENTIR?¹

Isabel Ventura²

Universidade do Minho

Resumo

Este artigo pretende contribuir para a discussão acerca da pertinência da centralidade do *consentimento* nos crimes sexuais. Para tal recorre-se à análise do crime de *violação* a partir da leitura de diversos códigos anotados (1852, 1886, 1982, 1995, 1998, 2007) e da jurisprudência dos tribunais superiores portugueses do mesmo período. Desta forma, procura-se sintetizar o percurso da gestão do *consentimento* nos preceitos legais que regulam os *crimes sexuais* no ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: violação; consentimento; código penal.

Résumé

Un corps que appartient à soi – est ce que les femmes peuvent [ne pas] consentir?

Cet article a comme but contribuer au débat sur l'importance centrée sur le consentement dans les crimes sexuels. Pour cela nous utilisons l'analyse du crime de viol à partir de la lecture de plusieurs codes pénales annotés (1852, 1886, 1982, 1995, 1998, 2007) et de la jurisprudence des tribunaux supérieures portugais, de par lesquels nous synthétisons le parcours de la gestion du consentement dans les normes légales qui règlementent les crimes sexuels dans l'ordre juridique portugais.

Mots-clés: viol; consentement; code pénal.

Abstract

A body of one's own – are women allowed [not to] consent?

This article aims to contribute to the discussion about the relevance of *consent* in sexual offences. In order to achieve this purpose we analyzed several authors' notes of Portuguese penal code from different editions (1852, 1886, 1982, 1995, 1998, 2007). In addition, we analysed Portuguese higher courts' decisions on rape trials occurred in the same time period. Through these materials, we seek to synthesize the management of consent in legal rules in the Portuguese judicial system.

Keywords: rape; consent; penal code.

¹ Este artigo resulta da investigação de doutoramento sob o tema «A Reprodução da Desigualdade de Género na lei e nas suas Práticas: um Estudo sobre os Crimes de Violação» financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, através da bolsa SFRH/BD/65510/2009.

² Universidade do Minho. isabel.ventura.pt@gmail.com

Introdução

Apesar de o *consentimento* estar regulado no art.º 38.º do Código Penal (CP, 1995), há artigos que referem explicitamente a anuência do/a visado/a. Não é o caso dos *crimes contra a liberdade sexual*. A possibilidade de fazer depender a licitude dos atos sexuais do *consentimento* tem vindo a emergir no espaço público, animada por discussões políticas e motivada por iniciativas legislativas. No entanto, parece haver uma resistência a esta hipótese por parte das elites legisladoras. A oposição baseia-se na alegada dificuldade de produção de prova aliada ao receio de mau uso [ou abuso] da capacidade de denunciar com base na falta de consentimento, por parte das potenciais vítimas. A evolução da gestão do *consentimento* nos crimes sexuais revela uma colagem a estereótipos de género relacionados com a ideia da malícia feminina e com o carácter predatório masculino (Beleza, 1990). Adicionalmente, a desconfiança e medo da palavra das mulheres articulam-se com a ideia de que o corpo delas não lhes pertence integralmente.

A *violação* começa por ser um delito contra o património das famílias, sendo as mulheres e a sua virgindade encaradas como ativos importantes na administração geracional. A gestão da sexualidade feminina permite criar parcerias com vista a fortalecer o poder e estatuto familiar. Precisamente por este crime ter como consequência a incapacidade matrimonial, o casamento com a ofendida tem, até 1982, o poder de cessar o procedimento criminal. O controlo sobre o corpo e a sexualidade das mulheres tem diversas fontes e é apoiado pelo poder judicial, composto – até à Revolução de Abril de 1974 – exclusivamente por homens, que exercem um importante papel na veiculação de discursos, reproduzidos em sentenças judiciais, que reforçam os interesses do modelo da família patriarcal.

Para apurar o papel do *consentimento* na evolução dos *crimes sexuais* recorreu-se à análise dos discursos doutrinários, através das anotações ao CP nas suas diferentes versões (1852, 1886, 1982, 1995, 1998, 2007). A esta pesquisa acresce ainda a da jurisprudência de tribunais superiores em matéria do crime de *violação*, nomeadamente das *Relações* e do *Supremo Tribunal de Justiça*.

O [des]valor da palavra feminina

Após a ratificação da *Convenção de Istambul*, em Janeiro de 2013, o *Bloco de Esquerda* (BE) submete à apreciação da *Assembleia da República* (AR) um projeto-lei com vista a alterar a redação do crime de *violação*, centrando-o no *consentimento* da vítima. Atualmente, os meios de constrangimento previstos são «a violência e ameaça grave» ou a impossibilidade de resistência da vítima, por iniciativa do/a agente³.

³ 1. Quem, por meio de **violência**, **ameaça grave**, ou depois de, para esse fim, a ter tornado **inconsciente** ou posto na **impossibilidade de resistir**, constranger outra pessoa: a) a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) sofrer introdução

A proposta do BE faz depender a qualificação do ato da falta do consento da vítima, mantendo a moldura legal⁴.

Durante a votação na AR, a 7 de Março de 2014, a deputada social-democrata Carla Rodrigues questiona: «em termos práticos, como é que se prova o não consentimento? Como é que a vítima diz que simplesmente não consentiu? É assim que se faz essa prova?». A pergunta não é nova. Há séculos que se disputa a veracidade da voz das vítimas, em particular, se do género feminino. Durante a Idade Média as mulheres estão impedidas de prestar testemunho. A historiadora Maria José Tavares (1998) explica que esta interdição é fundamentada com as «ruindades» das mulheres, as quais, acompanham as dos «judeus, mouros ou loucos». A lei reserva-lhes uma exceção «os espaços de trabalho feminino», nos quais, tendo presenciado algum ato pecaminoso, as suas palavras terão reconhecimento de existência legal. Ainda assim, o testemunho – para além de excepcional – não tem a mesma validade que o de um homem, pois a lei exige que uma pessoa do sexo masculino confirme o que sai da boca de uma mulher.

A dúvida que pende sobre a palavra feminina corresponde ao prolongamento da ideia de que as mulheres são «animais imperfeitos», «homens inacabados» dependentes dos caprichos de um corpo que se altera ciclicamente (Joaquim, 1997). A sua capacidade de pensamento crê-se muito reduzida e a idoneidade do seu testemunho encontra-se comprometida pela sua natureza pecaminosa e perversa. Esta inferioridade «inata» legitima a tutela masculina e explica a desigualdade: há uma hierarquia na diferença que torna o masculino mais apto à governança já que a desvantagem é intelectual (António Hespanha, 1995). Da exigência de confirmação masculina sobre a palavra feminina ouvida em testemunho, antevê-se a preocupação medieval em assegurar que a denúncia de vitimação sexual se valha de provas irrefutáveis e inabaláveis e não somente de fortes indícios. Assim, o procedimento imposto à vítima e o cuidado com os direitos do acusado são detalhados pormenorizadamente. A primeira exigência das *Ordenações*⁵ é a expressão emocional traduzida no requisito de que a vítima grite «dando grandes vozes». Além dos gritos, a representação da emotividade

vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. 2. Quem, por meio não compreendido no número anterior e **abusando de autoridade** resultante de uma relação **familiar**, de **tutela** ou **curatela**, ou de **dependência hierárquica, económica** ou de **trabalho**, ou **aproveitando-se de temor** que causou, constringer outra pessoa: a) a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão até 3 anos. (edição de 2012) [realces meus].

⁴ «1 – Quem, **sem consentimento**, constringer outra pessoa a penetração vaginal, anal ou oral, através de partes do corpo ou de objetos, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos» [realces meus].

⁵ As Ordenações são a primeira codificação da legislação portuguesa e são constituídas pelas Ordenações Afonsinas (XV), Manuelinas (XVI-XVII) e Filipinas (XVII-XIX).

deverá ser reforçada com choro «e ela deve ser toda carpida». Esta disciplina na postura e comportamento corporal devem acompanhá-la durante todo o percurso até ao momento da denúncia formal⁶.

O uso da voz feminina deve ser feito com parcimónia, por isso não é de estranhar que a expressão verbal prescrita à vítima tenha como objetivo a denúncia do homem que acusa «vedes o que me fez (...), nomeando-o pelo seu nome». Não é suficiente que ela grite. Nem parece pretender-se que ela simplesmente grite. Há uma economia da voz aqui subjacente, já que a finalidade é a manifestação da sua indignação e perdição a todos/as com que se cruzar «queixando-se ao primeiro, e ao segundo e ao terceiro, e depois aos outros todos que achar»⁷. É assim necessário que publicite a sua dor e a sua repulsa. Acresce a necessidade de colocar a vítima em casa de «um homem bom ou de um juiz» onde não seja «ensinada a dizer mal», isto é, a não mentir, a não levantar falso testemunho, ou como se diz hoje, falsamente denunciar. O mito das *falsas denúncias*, de que a lenda bíblica da esposa de Putifar é exemplo, percorre todos os séculos até à atualidade. No conto, a mulher de Putifar tenta seduzir o escravo José, apesar de este se manter sempre leal ao seu dono, recusando-se a ceder às artimanhas da esposa do seu senhor. Um dia, irada com as constantes recusas de José, acusa-o de a querer forçar a trato sexual. Putifar deixa-se enganar e manda prender o escravo. A mulher de Putifar é uma das lendas das *falsas acusações*, que povoam os discursos oficiais durante séculos. Ela encarna a Eva sedutora e astuciosa que

⁶ A ausência de expressão emotiva pode causar perplexidade para quem observa (e julga) uma vítima de *violação*, podendo inclusivamente levar ao descrédito da testemunha. De acordo com o *sensu comunum* parece ser impossível ser vítima sem chorar, gritar ou mostrar emotividade, características associadas ao estereótipo feminino. São frequentes os argumentos judiciais que sustentam a veracidade do depoimento da vítima baseados, precisamente, na sua capacidade de expressão emotiva (ruborização, movimentos palmares, choro, gaguez e outros). A exigência da manifestação verbal como prova da resistência e sofrimento tem sido constante e atualizada. Veja-se o caso do tribunal de círculo de Santa Maria da Feira que, em 1997, num caso de estupro de menor de 14 anos, absolve o arguido por a rapariga não ter gritado. Segundo o tribunal, “a conduta da menor foi livremente consentida porque: (...) **Não gritou** durante as relações sexuais”. Acrescenta o coletivo que “o que se pune aqui não é o crime de violação (*ad latere* diga-se que esse facto – **a ausência de gritos – implica a inexistência de elementos do crime de violação (...)**» [realces meus]. Também em 2011, um juiz do STJ mostrou-se perplexo com a ausência de reação de uma vítima sequestrada, violada e a quem tentaram prostituir. O magistrado, em declaração de voto vencido, considerou que era incompreensível que «no meio de Lisboa, num estabelecimento de hospedagem público e durante a tarde, **a vítima não ter esboçado um pedido de ajuda ou um gesto de insubmissão**». Processo 70/10.3PPLSB [realces meus].

⁷ «(...) dando grandes vozes, e dizendo vedes o que me fez (...), nomeando-o pelo seu nome: e ela deve ser toda carpida: e deve vir pelo caminho dando grandes vozes, queixando-se ao primeiro, e ao segundo e ao terceiro, e depois aos outros todos que achar, e deve ir à Justiça, e não entrar em outra casa. E se destas cláusulas faltar alguma, que a querela não seja válida, nem a recebam a ela. Assim manda ElRey». Livro 5. *Título vi: Da mulher forçada, e como se deve provar a força* (art.º 29.º).

levianamente acusa outrem apenas por ressentimento. Durante o século XVII, o jurista britânico Matthew Hale adverte que «a violação é um crime tão fácil para acusar quanto tão difícil para se defender» (*apud* Bourke 2007: 391). Esta frase, que constituía uma «instrução cautelar» para os júris de julgamentos britânicos de violações, espelha bem a propaganda construída à volta do crime e que cultiva o mito da tendência das mulheres para acusar frivolamente homens inocentes⁸.

A contribuição ou precipitação da vítima

A construção da imagem da vítima como alguém cuja credibilidade deve ser reconfirmada diversas vezes, que deve dar mostras públicas da sua dor e de quem se deve duvidar é antiga e irá permanecer até aos nossos dias com uma reconfiguração das exigências legais para filtrar as *falsas denúncias*. Fala-se mesmo em mulheres «verdadeiramente forçadas⁹», expressão que será repetida por alguma da doutrina subsequente. De notar que a suspeita sobre as mulheres não nasce com as *Ordenações*, estas simplesmente refletem essa desconfiança, que continuará a solidificar-se ao longo da evolução legislativa, tendo um dos seus pontos altos na cláusula do CP de 1982, que *atenúa especialmente* a pena em caso de provocação da vítima ou da sua especial relação com o agressor¹⁰. É a legalização da ideia de que há mulheres que não são *verdadeiramente* violadas, tendo contribuído (in)voluntariamente para o efeito. Ou seja, reconhecendo-se não se tratar de *falsas denúncias*, assume-se uma partilha da culpa entre agressor e vítima, ou melhor, transfere-se parte da culpa do agressor para a vítima. Sob a influência das teorias vitimológicas, a que alguma da doutrina adere e promove, emerge a figura da vítima provocadora e precipitadora da sua agressão (Duarte, 2013).

Do período em que vigora a atenuante específica para quem viole raparigas maiores de doze anos, uma decisão judicial em concreto fica para a história da jurisprudência portuguesa como o *acórdão do macho ibérico*, numa alusão à expressão usada pelo coletivo do *Supremo Tribunal de Justiça* (STJ), em 1989¹¹. Todavia,

⁸ Susan Brownmiller chama *síndrome da mulher de Putifar* ao «medo de uma falsa denúncia de violação por uma mulher» (Brownmiller, 1975: 370). A partir dos anos 90 a expressão é usada para referir mulheres que assediam homens no local de trabalho: «José foi uma das primeiras vítimas de assédio sexual no trabalho» (Shiveley, 1995: 1089). Não deixa de ser curioso como a primeira vítima de assédio sexual no trabalho tenha sido um homem – por parte de uma mulher (ainda que em termos lendários).

⁹ A Lei de 6 de Outubro de 1784 proíbe as mulheres «que se deixam corromper por sua vontade» de querelar elas próprias, embora os seus pais e tutores o possam fazer (*apud* Beleza, 1982: 73).

¹⁰ 201.º – n.º 3. No caso do n.º 1 deste artigo, se a vítima, através do seu **comportamento** ou da sua **especial ligação** com o agente, tiver **contribuído de forma sensível** para o facto, será a pena **especialmente atenuada**. (CP 1982) [realces meus]. Esta cláusula desaparece em 1995.

¹¹ O episódio remonta a 1988 e envolve duas turistas a quem dois jovens dão boleia, em Almancil, com promessa de as levar a Faro. Uma das jovens é violada com enorme violência. O agressor

da análise dos acórdãos durante o período em que vigora essa atenuante, não é possível encontrar casos suficientes para comprovar a adesão da magistratura à possibilidade de atenuar a pena com base nesta alínea. No entanto, não se pode dizer o mesmo relativamente à expressão da concordância dos/as decisores/as face à ideia da partilha da responsabilidade entre agressores e agredidas, bem como à ideologia da desculpabilização dos atos praticados com base em fatores exógenos ao arguido. Isto é, verifica-se que não é necessária qualquer cláusula especial para observar discursos que tendem a justificar e relativizar a culpa dos/as agressores/as. Saliente-se que a disposição que permite atenuar a pena com base no comportamento da vítima apenas é válida nos casos que envolvem mulheres adultas. Não obstante esta limitação, é possível ver exemplos de alusão à «precipitação da vítima» em casos de menores.

Em acórdão de 27 de Junho de 1990, o STJ decide acerca de uma situação de um homem de 43 anos «casado, proprietário, pai de dois filhos, com boa conduta» acusado de manter «cópula com menor de 14 anos» tendo para tal «utilizado certa violência». Esclarece o *Supremo* que a menor «com desenvolvimento superior à idade» não se inibiu de repetir «a cópula durante cerca de cinco meses, motivada pelas quantias que o réu lhe dava ou/e pelo prazer inerente às mesmas». Repare-se

«fá-la cair de joelhos (...), agride-a com pontapés pelo corpo e, agarrando-a pela blusa, arrasta-a pelo chão cerca de dez metros»; a outra jovem sofre uma tentativa de violação e agressões diversas. Os comentários do STJ revelam as representações acerca da sexualidade feminina e masculina, e da sexualidade das estrangeiras por oposição à das nativas. O tribunal condena a atuação do agressor, que classifica «sem justificação», mas desculpabiliza-a de seguida, afirmando que «possivelmente, outras formas haveria» de ele «manter relações com uma ou, até com as duas ofendidas», já que ambas revelaram ser «raparigas de comportamento sexual experiente e desinibido», não sendo credível que não soubessem o perigo a que se expunham. O coletivo fundamenta a sua opinião na atitude das «raparigas novas, mas mulheres feitas», acrescentando que, «perante a perspectiva» da violação, uma delas «rapidamente deixa de oferecer resistência (...)». O STJ reproduz a ideologia da *vis grata* (*violência desejada*). Segundo esta narrativa, as jovens não só gostaram de ser violadas, elas *queriam* ser violentadas; só isso pode, para este coletivo, explicar as suas ações. E é por isso que o *Supremo* alega que as vítimas «muito contribuíram» para o crime. Para chegar a esta conclusão, o tribunal analisa todas as condutas *criminosas* das vítimas que «não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava», o que parece constituir negligência agravada «em plena coutada do chamado “macho ibérico”» (expressão inventada por aquele coletivo). Adicionalmente, os juízes consideram que as vítimas estavam «conscientes do perigo que corriam» porque, como justificam, «a atracção pelo sexo oposto é um dado indelével e, por vezes, não é fácil dominá-la». Acresce ainda a *descontração* sexual das estrangeiras, muito mais liberais «do que a maioria das nativas». O tribunal parece sugerir que é crível e legítimo os agressores acreditarem que as jovens estariam sexualmente disponíveis [apenas] por serem estrangeiras, apesar da oposição de ambas. O STJ insinua que estas vítimas queriam ser violadas e revela a adesão à crença na [quase] incontrolabilidade do ímpeto predatório masculino, o qual, asseguram os juízes, requer um grande autocontrolo. Parece que a única censura se centra no facto de, havendo alternativa – tendo em conta o carácter alegadamente promíscuo das estrangeiras – o arguido ter optado pela agressão.

como a narrativa transfere do adulto para a menor o dever de não reincidir numa conduta criminosa, na qual a lei a vê exclusivamente como vítima, mas que aquele coletivo julga como coparticipante, já que através do seu «anormal desenvolvimento físico» e, embora sem culpa, «exerceu uma **forte solicitação** ou “**precipitação**” sobre o agente» [realces meus]. Este discurso afigura-se assaz interessante por revelar com acuidade o papel de Eva tentadora que o STJ atribui a uma menor com 13 anos. Acrescenta-se ainda que o referido comportamento não a impediu de «contrair casamento com outro homem aos 16 anos», o que, no entender do coletivo, comprova a precocidade da menor e revela que «**os danos normalmente** causados por um **crime desta natureza** não foram **afinal tão graves quanto poderiam ser**». Para este coletivo, o contrato conjugal tem o efeito reparador que tinha na codificação oitocentista¹². Segundo se pode ler no documento, a menor «(...) pôde realizar o **seu sonho e o seu destino, comum à generalidade das mulheres, casando**» [realces meus]. Esta frase, escrita em 1990, revela como, apesar de a lei ter terminado com o casamento-remédio para os *crimes sexuais*, a sua ideologia permanece viva entre alguma magistratura. Para este tribunal, o crime de *violação* de uma criança é grave na medida em que a inabilita para o matrimónio. A desvalorização do comportamento do homem que violou um preceito penal, bem como civil, ao não cumprir o dever de fidelidade no casamento, contrasta de forma flagrante com a condenação moral da menor. O tribunal conclui que «as necessidades de ressocialização (...) e de prevenção de futuros crimes» são diminutas.

E se, neste caso, a transferência da responsabilidade é feita para a menor, na situação decidida pelo STJ, a 16 de Janeiro de 1991, a culpa não é atribuída diretamente à vítima, mas a circunstâncias que conduziram à «intimidade entre arguido e ofendida». O caso reporta-se a um homem de 55 anos que pratica *cópula vulvar* com uma criança de seis. Explicam os magistrados que «há a acentuar a intimidade entre o arguido e a ofendida, que de algum modo abre caminho à prática do crime (...)». A narrativa não explica de que modo é que a «intimidade» propicia o ilícito, mas parece sugerir que o facto de a menor ir buscar água ao local onde o indivíduo trabalha promove a queda [em tentação] do adulto. Não é que o tribunal culpabilize diretamente a criança, embora o faça indiretamente, já que sugere que, não fora aquela convivência, o crime dificilmente ocorreria. Emerge daqui a ideia de que o arguido não é o único responsável pelas suas ações, pois de algum modo, o comportamento da criança proporcionou a conduta do acusado. A figura da criança [Eva] tentadora é antiga e tende a acentuar-se quando a idade e o género se interseccionam com a classe social. Joanna Bourke (2007) relembra como as raparigas das classes trabalhado-

¹² Até 1982, o casamento com (ou da) ofendida cessa o procedimento criminal para os crimes de *estupro, violação e atentado ao pudor*; a partir de 1930 por força do decreto-lei de 10 de Julho, o enlace conjugal tem efeito suspensivo do processo judicial por cinco anos, durante os quais não pode haver «divórcio ou separação judicial por factos somente imputáveis ao marido, porque havendo-os, o réu cumprirá a pena».

ras eram encaradas com desconfiança pelas elites médicas e jurídicas. Sob o argumento da malícia inerente à infância, ao qual se junta a ideia da habituação aos procederes mais ou menos libidinosos que se acreditava proliferarem entre os/as mais desfavorecidos/as, as acusações das crianças sexualmente abusadas foram sendo desvalorizadas e diabolizadas. Georges Vigarello descreve como as autoridades judiciárias francesas oitocentistas desconfiam das crianças violadas, a quem acusam de libertinagem e apontam um anormal desenvolvimento sexual acompanhado de desenvoltura de linguagem pouco adequadas à idade. A ilustrar, Vigarello cita a suspeita de um procurador que afirma que a vítima de dez anos «é demasiado instruída [sexualmente] para a idade» (Vigarello, 1998: 113). Rita Garnel relata como, em Portugal, no início do século XX, o finalista de medicina Tovar de Lemos garante que «as filhas das classes pobres, em geral, nascem taradas» (Garnel, 2007: 241). Ou seja, a desconfiança que pende sobre a palavra das pessoas do sexo feminino expande-se ou contrai-se consoante a interseção com outras categorias como a faixa etária, a classe social ou a pertença étnica.

Quem pode consentir?

A faculdade de admitir uma determinada ação está regulada na lei penal através do artigo 38.^o, que refere que a eficácia da mesma apenas se verifica quando prestada por maior de dezasseis anos possuidor/a de discernimento para avaliar o sentido do ato¹³. Pese embora esta regulação geral, alguns artigos do CP aludem diretamente ao *consentimento* do/a ofendido/a. No âmbito dos *crimes sexuais* apenas um preceito menciona diretamente a anuência da ofendida: a *procriação artificial não consentida* (168.^o) que, de acordo com Figueiredo Dias, é um crime sexual por ser «uma violação do organismo feminino sem pénis, em todo o caso com introdução de sémen» (*apud* Maia Gonçalves, 1999: 564). Não deixa de ser curioso que uma *violação sem pénis* possa indicar a falta de concordância da vítima, mas que nas *violações com pénis* a inclusão da mesma levante tantas resistências.

No CP há outras normas que referem diretamente o assentimento do/a ofendido/a, como são os casos do *aborto* (140.^o), das *intervenções médicas* (156.^o), *violação*

¹³ Atos sexuais com menores de catorze anos, constituem sempre, abstratamente, um ilícito penal. O trato sexual com menores entre os 14 e os 16 pode ser alvo de incriminação, desde que haja queixa, através do crime *Atos Sexuais com Adolescentes*. Para além do artigo 38.^o, há pelo menos dois artigos que importa destacar relativamente ao consentimento. Um é o *consentimento presumido* (39.^o), que ocorre sempre que se permita «razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado». Imagine-se que alguém abre uma carta dirigida a outrem, que não está presente, mas que se acredita que daria o consentimento no caso de o estar. O outro é o que regula as *ofensas à integridade física* consentidas, uma vez que «para o efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível» desde que não «contrarie os bons costumes» (art.^o 149.^o, *Consentimento*).

de domicílio (190.^o), violação de correspondência (194.^o), violação de segredo (195.^o), introdução em lugar vedado ao público (191.^o), devassa da vida privada (192.^o), aproveitamento indevido de segredo (196.^o), gravações e fotografias ilícitas (199.^o), tráfico de influência (335.^o), corrupção passiva para ato ilícito (372.^o), corrupção ativa (374.^o), concussão (379.^o). Face a esta lista, podemos perguntar-nos porque é que a prova da discordância do/a visado/a não parece apresentar qualquer problema nestas cláusulas, uma vez que se reveste de tanta dificuldade de prova nos *crimes sexuais*, em particular no de *violação e coação sexual* [a partir da idade legal de prestar *consentimento*]. Se é legítimo ou lógico perguntar, à semelhança do que questiona a deputada citada, como é que, em sede de audiência, se prova que a vítima não autorizou, porque é que a mesma questão não é extensível a estes preceitos? Como é que se prova a falta de assentimento na *violação de domicílio* ou como é que se demonstra que a *devassa da vida privada* não foi, na verdade, consentida? Bastará a pessoa dizer que não consentiu? E se assim é, porque é que é suficiente nestes casos, mas não o é nas situações que envolvem atos sexuais não consentidos?

A resposta não se afigura simples, mas tem raízes ancestrais. Os tribunais e a doutrina continuam a reproduzir discursos antigos que remetem para os *ardis* usados pelas mulheres, derramando desconfiança sobre as suas palavras ao mesmo tempo que insinua que elas gostam de ser tomadas pela força. Paradigmática é a repetição, na jurisprudência, das citações do jurista brasileiro Nelson Hungria que remetem para o desejo das mulheres serem violentadas. Um dos últimos exemplos conhecidos chega do *Tribunal da Relação do Porto* que, em decisão de 13 de Abril de 2011, opta por mudar a matéria de facto provada pelo tribunal de primeira instância que havia condenado um psiquiatra por ter violado a sua paciente em estado avançado de gravidez. A decisão de absolver o arguido baseia-se no facto de a vítima não ter resistido adequadamente ao que o tribunal entendeu serem avanços sexuais do terapeuta. De resto, o coletivo conclui que a atuação do arguido terá sido desprovida da violência necessária para ser considerada uma agressão. Salienta o tribunal, citando Hungria, que «nem é de confundir a **efectiva resistência** com a **instintiva** ou **convencional relutância ao pudor** ou com o **jogo de simulada esquivança** ante uma *vis grata* ...» [realces meus].

As mulheres têm de resistir a avanços sexuais – mesmo quando não estão a ser violadas – como transparece nas ideias da oposição *aparente* que precede a *vis grata* ou a dos artifícios inerentes ao ato sexual. Terá sido Ovídio o responsável pela invenção [ou pelo menos, pela sua disseminação] da máxima latina *vis grata* – que se traduz na «violência apreciada ou desejada pela mulher» e que, na sua origem, é acompanhada de *puella*, que significa *rapariga* ou *mulher*. Na sua *Arte de Amar*, o autor sugere que as mulheres gostam [e desejam] ser *conquistadas* à força e insta os homens a não aceitar a (e não acreditar na) recusa feminina¹⁴:

¹⁴ Também Freud e a sua seguidora Helen Deustch garantiam que a natureza das mulheres é masoquista, incluindo a submissão sexual como fantasia extensível a todas as mulheres.

*Qual o homem experiente que não combina beijos e palavras de amor?
Ainda que não te retribua, rouba-os.
Talvez de início te resista e pode até chamar-te de «insolente» – mas sabe que,
mesmo resistindo, deseja ser vencida. (...)
Roubar um beijo e não colher o resto, merece perder até os favores concedidos.
(...) Poderás dizer que isso seria violentá-la,
mas essa violência é grata às mulheres [vis grata puella].
O que elas gostam de conceder, não é sem resistência.
Uma mulher tomada à força por um rapto amoroso repentino, regozija-se;
tal insolência é para ela como um presente.*

(Ovídio, 2005: 48), [realces meus]

A crença de que «um não feminino é um sim» é cultivada por Ovídio e alimentada por alguma doutrina e jurisprudência contribuindo para a ideia de que a palavra feminina é enganadora e artificial e que o relacionamento sexual é também ele, uma encenação na qual as mulheres fingem opor-se. Ao mesmo tempo que se afirma que o pudor e recato são mais acentuados (quando não exclusivos) nas mulheres, institui-se sobre elas a dúvida e a suspeita de que a recusa é figurada porque, na verdade, elas desejam o ato tanto quanto os homens, mas não podem [ou não querem] verbalizá-lo. É a ideia de que a malícia e a dissimulação habitam o feminino, por isso, a palavra das mulheres deve ser ignorada (justificando o abuso). É também a promoção da incredulidade sobre a voz e o testemunho femininos, em particular, quando usada/os para acusar um homem. Hungria, na obra citada no acórdão, conclui mesmo que sem traços de violência física, as declarações de uma mulher que afirme ter sido violada por um só homem «devem ser recebidas com a máxima reserva ou desconfiança». Diria o mesmo de um homem que se diga vítima de roubo de *um só homem*? Figueiredo Dias considera sem culpa «o agente que actua convencido que a **objecção** da vítima **não é séria**». E quando é que se *pode não acreditar* na oposição da vítima? Quando ela se exprime «**apenas por palavras**, mas não por qualquer resistência corporal» (Figueiredo Dias, 1999: 456, 2012: 729), [realces meus]. O autor institucionaliza a irrelevância da voz das vítimas ao afirmar que a manifestação da vontade destas é penalmente insignificante. É, de novo, a inutilidade da palavra feminina, que viaja através dos séculos.

E, no entanto, a lei já referiu expressamente o assentimento da vítima, através da enunciação «contra sua vontade»¹⁵. Assim foi até à promulgação do CP de 1982, quando desaparece a menção à anuência da vítima ao mesmo tempo que se valora a *vontade* das mulheres casadas. Até 1982, as mulheres portuguesas abdi-

¹⁵ Art.º 393 – Aquele que tiver **cópula ilícita** com qualquer mulher, **contra sua vontade**, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e terá a pena de prisão maior celular de 2 a 8 anos, ou em alternativa, a de prisão maior temporária. (CP 1886) [realces meus].

cavam da autodeterminação e liberdade sexual com o contrato conjugal. Também até esta altura, as vítimas virgens recebiam dote como indemnização pelo crime e o casamento era encarado legalmente como reparação dos crimes. Ilustrativa deste pensamento é a decisão do STJ, de 1933, em que se explica que em caso de *violação em coautoria* (dois ou mais agressores), o casamento de um dos réus «com a ofendida é um ato de efeitos gerais, cujas consequências atingem não só os dois agentes do crime, como também a sociedade, que se considera satisfeita, e a ofendida, que recebeu a devida reparação» (Faveiro e Araújo, 1969: 678). Precisamente porque o matrimónio é entendido como ressarcimento social do crime e um *bónus* atribuído às vítimas, institui-se sobre elas a incredulidade da denúncia, sob argumento de que a mentira serve para conseguir o casamento. Na verdade, uma análise aos acórdãos do longo período em que o matrimónio cessa [ou suspende] o procedimento criminal permite identificar diversos exemplos de violência após estes enlances conjugais, envolvendo suicídios das vítimas e maridos que matam as esposas, entre outras agressões.

Com a reforma penal de 1995, a *atenuação especial* com base no *comportamento* ou na *relação da vítima com o agente* desaparece do ordenamento jurídico, mas a alusão ao *consentimento* não mais reaparecerá. Podemos então perguntar, porque é que se opta, a partir do século XX, por centrar exclusivamente o crime na *violência* e na *ameaça*, negando atribuir dignidade penal e valoração à voz das vítimas de crimes sexuais através do [não] *consentimento*? Talvez as palavras de Rui Pereira, ouvido pela *Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, a 6 de Junho de 2014, forneçam pistas para entender o que teme quem se opõe a que o *consentimento* seja central na lei. O ex-ministro defende a eliminação da qualificação da *gravidade da ameaça*, propondo que se preveja que o ato seja praticado através de *ameaça*, em vez da fórmula atual «*ameaça grave*». Pereira admite estar consciente «do que se diz a propósito dessa exigência [da eliminação da *gravidade da ameaça*]», mas assevera a sua confiança no sistema judicial. O ex-ministro está seguro de que não há «algum perigo de uma ameaça de **não jogar ao berlinde** ser considerada relevante para efeitos de tipicidade». Pereira ilustra um receio envelhecido que consiste na hipótese de as potenciais vítimas [sobretudo mulheres] passarem a usar o *poder* de denúncia de forma irresponsável, caprichosa e calculista. A desconfiança legal nas mulheres e a crença oficial de que estas utilizam a possibilidade de litigar contra um homem de forma instrumental é muito antiga. Silva Ferrão, juiz e ministro da justiça em 1847, está convencido que esse é um perigo real e comum, denunciando «os perniciosos abusos e fraudes, (...) que podem resultar e **têm resultado** de incriminações (...), com o **pretexto de violência provada ou simulada**» (Ferrão, 1857: 232) [realces meus]. Explica ainda o magistrado que as fraudes são facilmente construídas uma vez que os exames legais de corpo de delito são incertos e inconclusivos e que os vestígios de violência «podem ser simulados», garantindo que «o têm sido muitas vezes» (Ferrão, 1857: 232).

Para reforçar a sua crença cita um autor francês que refere que as mulheres se mutilam genitalmente e maceram os órgãos sexuais das suas filhas «na espe-

rança de conseguir a **condenação**, por **ódio** ou por **interesse**, dos **indivíduos que estão totalmente inocentes** e de quem **nunca conheceram outra coisa que não recusa**»¹⁶ (Ferrão, 1857: 232) [realces meus]. Também durante a discussão parlamentar, de 1984, sobre a possibilidade de as vítimas de violação fecundante interromperem licitamente a gravidez, emerge a suspeita e o receio das denúncias instrumentais. José Luís Nunes, líder parlamentar socialista, afirma que sem a exigência da apresentação de denúncia criminal «**qualquer pessoa** pode dizer que tinha sido violada num **sítio qualquer** e entrava-se, pura e simplesmente, **no livre arbítrio**». O deputado formula um pensamento que plasma a ideia de que as mulheres inventam *violações*, como se fosse a acusação mais simples de fazer. Apesar de reconhecer a vitimação secundária que atinge as denunciantes, Nunes desconfia das que optam pelo silêncio: «se uma **pessoa não é capaz, tem pudor** de participar criminalmente um acto desses, isso é, para mim, **muito suspeito**» (DR, II, 8 Fev. 1984) [realces meus]. E, no entanto, o silêncio e a ocultação do crime têm sido promovidos pelo poder judicial. Diz-se que a vítima (e a sua família) tem o direito de escolher entre o recato e a paz e as consequências do processo judicial, que trazem a devassa, agressão e publicidade (Andrade, 1983: 217). As vítimas têm de optar entre ser novamente vítimas ou silenciar.

Notas Conclusivas

A gestão penal do *consentimento* feminino nos *crimes sexuais* serve sempre o mesmo fim: o do reforço da autoridade masculina numa sociedade de princípios patriarcais¹⁷. Embora esse reforço se traduza em objetivos diferentes – mas complementares – nas diferentes etapas legislativas.

Numa primeira fase (1852-1982) a escassa referência ao deferimento serve vários princípios basilares: assegurar a autoridade familiar sobre a distribuição das mulheres a seu cargo, impedir as uniões conjugais não autorizadas e assim

¹⁶ Nos anos 90 do século XX, um detetive estado-unidense apelidava a unidade de investigação de crimes sexuais de «a unidade das cabras mentirosas» e, publicamente, garantia que metade das acusações de violação eram falsas. <http://www.guardian.co.uk/world/2013/jul/02/rape-philadelphia-investigation-crisis-crimes> [consultado a 12/12/2013]. Num estudo realizado por Andreia Bento, em 2008, junto de 40 agentes da esquadra de Santa Apolónia, em Lisboa, a investigadora apurou que um quarto dos/as agentes concordava com a ideia de que «muitas acusações resultam de arrependimento de uma relação sexual consentida» e que «caso pague todas as contas, o marido tem direito a sexo».

¹⁷ Um dos princípios basilares da *sociedade patriarcal* é a transmissão patrilinear do património: «para Engels, o triunfo definitivo da família monogâmica baseava-se no domínio do homem e tinha como finalidade expressa procriar filhos de indiscutível paternidade, permitindo a regulação dos processos de herança de bens do pai. Para Engels e Marx, o primeiro antagonismo de classes coincidiria com o antagonismo homem-mulher e a opressão do sexo feminino teria sido a primeira forma de opressão de classe» (Miguel Vale de Almeida, 2003: 59).

garantir a passagem controlada de património familiar num quadro de conjugalidade legítima. Simultaneamente, assegura a regulação da sexualidade e virgindade femininas ao serviço dos seus legítimos tutores e maridos e, por último, reforça o mito das falsas denúncias, aqui sob a alegação da acusação com vista à constituição de matrimónio, uma vez que durante este período, o casamento anula o procedimento criminal ou suspende o efeito da sanção penal.

Numa segunda fase (1982-1995), a supressão do *consentimento* serve para fortalecer a prerrogativa do homem casado ao corpo e sexualidade da mulher com quem contraiu matrimónio e instituir sobre todas as mulheres uma suspeição de ativamente provocarem o crime. Estes dois elementos irão ter um efeito de reforço da autoridade masculina – no espaço privado e público – uma vez que constroem um sistema judicial que parte do princípio de que a vítima mulher é uma potencial provocadora ou – para usar a linguagem da vitimologia – precipitadora da sua vitimação. Saliente-se que, o CP de 1982 prevê, de forma genérica, a *atenuação especial* da pena com base na «existência de circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente» (artigo 73.^o). Apesar desta regra geral – válida para todos os delitos –, houve necessidade de especializar a atenuante para o crime da *violação*.

A partir de 1995, a não alusão ao consentimento das mulheres – ou, se quisermos, das vítimas, uma vez que, a partir de 1998, o sujeito passivo tem a forma neutra –, tem como efeito a colagem da violência sexual à resistência das vítimas e a identificação desta como prova legal do não consentimento. A ligação de dependência destes três elementos resulta no afunilamento dos casos elegíveis para perseguição judicial aos que apresentam vestígios biológicos em concorrência com traços de violência física.

Esta correlação da resistência física com a elaboração da prova do crime acentua a divisão das mulheres entre as que resistem e as que não resistem¹⁸. O que, por sua vez, reforça a fragmentação representativa das vítimas, entre as que foram «verdadeiramente forçadas» (e a prova está nas marcas [físicas] da oposição com que reagiram ao ataque) e as *outras*.

Em 2008, foram apresentados os resultados da análise de cem queixas [por violação] apresentadas a partir de 1 de Abril de 2004, no DIAP de Lisboa. Dos cem casos, 75 suspeitos foram identificados, apesar de somente 59 terem «sido ouvidos pelas autoridades», destes, «metade foi constituída arguida». No total, houve onze julgamentos, que resultaram em três absolvições e oito condenações. Na explicação destes dados está o arquivamento com base na «ausência ou insuficiência de indícios, desistência de queixas, falta de colaboração» (Kelly, Lovett,

¹⁸ Os evolucionistas Thornhill e Palmer também definem a *violação* com base na resistência: «a cópula conseguida pela vitória da resistência possível, ou sem resistência, no caso de a mesma resultar muito provavelmente em feridas sérias para si ou para os que a vítima ama» (Thornhill e Palmer, 2000: 1).

Santos, Rodrigues, Vieira e Nikolic, 2008: 8). No que respeita a *falsas alegações* o número ascende a cinco, ainda menos do que o das condenações. Com base nestes valores o receio da *síndrome da mulher de Putifar* não parece ter qualquer adesão à realidade.

Referências Bibliográficas

- Acta da Reunião da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias de 7 de Fevereiro de 1984, Diário da República, série II – Suplemento ao número 84, 8 de Fevereiro de 1984.
- Almeida, Miguel Vale (2003), «Antropologia e Sexualidade: Consensos e Conflitos Teóricos em Perspetiva Histórica», in Fonseca, Lígia, Soares, Catarina e Vaz, Júlio Machado (coord.), (2003), *A Sexologia: Perspetiva Multidisciplinar II*, Coimbra, Quarteto Editora, pp. 53-72.
- Andrade, Manuel da Costa (1983), «O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia», Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Português e Legislação Complementar, pp. 185-234.
- Batista, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira (1917), *Notas ao Código Penal Português*, Coimbra, França & Arménio Editores.
- Beleza, José Manuel Merêa Pizarro (1982), «O Princípio da Igualdade e a Lei Penal: O Crime de Estupro Voluntário Simples e a Discriminação em Razão do Sexo», Coimbra, Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro – 1981».
- Beleza, Teresa Pizarro (1990), *Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, AAFDL.
- Bento, Andreia (2008), *Mitos/Crenças e Valores Acerca da Violação Sexual, nos Agentes de Polícia de Segurança Pública*, ISPA – Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Tese de Mestrado em Psicologia.
- Bourke, Joanna (2007), *Rape: a History From 1860 to The Present*, London, Virago.
- Brownmiller, Susan (1975), *Against our will: Men, Women and Rape*, New York, Simon and Schuster.
- Dias, Jorge de Figueiredo (dir.) (1999) e (2012), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Art.º 131.º a 201.º, Coimbra, Coimbra Editora.
- Duarte, Madalena (2013). *Para um Direito sem Margens: Representações sobre o Direito e a Violência contra as Mulheres*, Tese de Doutoramento em Sociologia na área científica do Estado, do Direito e da Administração, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- Faveiro, Vitor António Duarte; Araújo, Laurentino da Silva (1969), *Código Penal Português Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Ferrão, Francisco António Fernandes da Silva (1857), *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez Comparado com o Código do Brazil, Leis Patrias, Codigos e Leis Criminaes dos Povos Antigos e Modernos*, Vol. VII, Lisboa, Typ. Universal.
- Garnel, Maria Rita Lino (2007), *Vítimas e Violências na Lisboa da I República*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Gonçalves, Maia (1999), *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, Coimbra, Almedina.
- Hespanha, António Manuel (1995), «O estatuto jurídico da mulher na época da expansão»,

- Congresso Internacional 21 e 25 Nov./94., in *O rosto feminino da expansão portuguesa*, Lisboa, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, pp. 53-64.
- Joaquim, Teresa (1997), *Menina e Moça: A Construção Social da Feminilidade*, Lisboa, Fim de Século.
- Kelly, Liz; Lovett, Jo (coord.) Santos, Jorge; Rodrigues, Marlene; Vieira, Regina; Nikolic, Dobrila (2008), *Diferentes Sistemas, Resultados Semelhantes? Identificar o Atrito em Casos de Violação Registados em Onze Países*, [em linha] disponível em www.cwasu.org/file-down.asp?file=portugal.pdf [consultado a 13 de Abril de 2013].
- Ovídio, Públio (2005), *A Arte de Amar*, Tradução de Pietro Nasseti, São Paulo, Martin Claret.
- Shiveley, Tanya Martinez (1995), «Sexual Harrassement in the European Union: King Rex meets Potiphar's wife», *Louisiana Law Review*, vol. 55, n.º 6 (July 1995), pp. 1088-1120.
- Tavares, Maria José Ferro (1998), «A Mulher e a sua Condição na Idade Média Portuguesa: da Legislação à Realidade», in SILVA, Maria Beatriz Nizza e COVA, Anne (Org.), *Estudos sobre as Mulheres*, Lisboa, Universidade Aberta, pp. 67-83.
- Teixeira, Paulo Duarte (1998) «'Inexperiente tem que gritar', 1.º Juízo do Tribunal de Círculo de Santa Maria da Feira. Decisão Instrutória de 1997.04.29, Proc. 117/97», *Causas n.º 1, Sub Judice: Justiça e Sociedade*, Jan-Mar, pp. 1-4.
- Thornhill, Randy; Palmer, Craig T. (2000), *Rape – a Natural History: Biological Bases of Sexual Coercion*, Massachusetts, Institute of Technology.
- Vigarello, Georges (1998), *História da Violação: Séculos XVI-XX*, Lisboa, Editorial Estampa.
- Audição de Rui Pereira na Comissão Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias* (6 de Junho 2014), [em linha] disponível em <http://www.parlamento.pt/Actividade-Parlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=97863> [consultado em 14 de Setembro de 2014].
- Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no código penal* (26 de Fevereiro de 2014), [em linha] disponível em <http://www.beparlamento.net/altera-previs%C3%A3o-legal-dos-crimes-de-viola%C3%A7%C3%A3o-e-coa%C3%A7%C3%A3o-sexual-no-c%C3%B3digo-penal> [consultado a 30 de Setembro de 2014].

Isabel Ventura. Bolseira da FCT. Doutoranda em Sociologia na Universidade do Minho. Mestre em Estudos sobre as Mulheres, pela Universidade Aberta.

Universidade do Minho, Campus de Gualtar, 4710-057 Braga
isabel.ventura.pt@gmail.com

Artigo recebido em 30 de setembro de 2014 e aceite para publicação em 2 de março de 2015.