

VIOLAÇÃO E MORTE A PEDIDO: CONSENTIMENTO E LIBERDADE

TERESA PIZARRO BELEZA*

Uma primeira palavra é devida de homenagem em memória de Eduardo Correia, meu querido e saudoso Professor. Os (ante)projectos de Código Penal (CP) que apresentou nos anos 60 do século XX eram ambiciosos, avançados e generosos. Convicto da essencial bondade e remissibilidade humanas, o Autor desses textos reduzia drasticamente os limites máximos da pena de prisão, afirmando sensatamente que acima de certa duração nenhum efeito útil se produz, além da inutilização dos seres humanos a ela sujeitos.

O tempo foi passando, as revisões ministeriais sucederam-se e aconteceu a Revolução, em Abril de 1974, na sequência do golpe militar da madrugada do dia 25 de Abril. Entra uma proposta de lei na Assembleia da República (AR), não chega a haver tempo de a discutir, a sessão legislativa termina e a proposta caduca. Em 1982, finalmente, é aprovado um decreto-lei, com base em autorização legislativa (procedimento no mínimo discutível, para um diploma tão fundamental como um Código Penal), nos termos da Constituição da República¹. A discussão na AR é escassa: fala-se de aborto e falta de pagamento de salários a trabalhadores e muito pouco mais. Todos ou quase todos concordam que o Código é tecnicamente excelente. Aparentemente, ninguém repara que as alterações que as medidas das penas foram sofrendo levaram, na versão final, ao absurdo resultado de uma subtracção sem violência de um objecto valioso (relógio de ouro e

* Professora Catedrática Jubilada da Nova School of Law, Universidade Nova de Lisboa. Agradeço ao Senhor Doutor José Francisco de Faria Costa o convite para participar nas jornadas comemorativas do 40.º aniversário do Código Penal Português, na Universidade Lusófona. Exprimo também a minha gratidão ao meu Colega Doutor Frederico da Costa Pinto pela ajuda prestada na revisão final deste texto.

1 Sobre a história dos projectos e propostas pode ver-se o texto de Cristina Líbano Monteiro, “O Código Penal de 1982 - Subsídio para uma Compreensão Histórica da sua Génese”, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXIII (1992).

diamantes, por hipótese) ser punida com pena mais pesada do que uma ofensa corporal grave (cortar o braço que ostentava o dito relógio, por exemplo) ou do que um crime de violação. E assim esteve o Código, serenamente aplicado pela judicatura portuguesa, sem qualquer sobressalto de inconstitucionalidade — que eu saiba — até 1995, quando alguns revisores descobriram, estranhamente espantados, essa “vergonhosa diferença”, para adaptar a célebre crítica de Mello Freire às variações de penas nas Ordenações consoante, nesse antigo caso, a classe social dos autores de certos crimes.

Muitas alterações e revisões se foram seguindo, até hoje, ao longo destes quarenta anos de vigência².

Escolho para breves considerações dois pontos particularmente interessantes, porque especialmente relevantes e também porque difíceis de argumentar, dada a delicadeza do que está em jogo e os bens ou interesses ou mesmo valores em confronto: o crime de violação e o crime de morte a pedido (e auxílio ao suicídio).

A VIOLAÇÃO: ENTRAR EM CORPO ALHEIO SEM CONSENTIMENTO?

“Rape is a pervasive, highly gendered, type of abuse, which is reproduced through stereotypes that devalue women; through the practices of socialisation, that orient boys towards power, control and endorsement of violence; through the media’s glorification of violence and the sexualisation of women and girls; but also through the weak or limited implementation of the law, which signals to rapists that they can act with impunity; and, not least, through the failure of the criminal justice system to respond.”³

2 Por último, sobre a evolução do sistema português nas últimas duas décadas, ver Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “As alterações no sistema penal nos últimos 25 anos em dez pontos essenciais”, *Revista Penal I*, n.º 50 (2022), 299 e ss.

3 Workshop of Regional and Sub-regional Courts. Tuesday, 20 October 2015. Session 4b) “Judicial stereotyping in cases of sexual and gender-based violence”. Raluca Popa, Gender Equality Unit, Council of Europe.

Poucas áreas ou aspectos do Direito evoluíram de forma tão marcadamente progressista como a que diz respeito ao que pode ser descrito como relações sociais de género, no seu reflexo e no seu condicionamento jurídico⁴. As leis eleitorais, militar, civil, do trabalho, para não falar das leis internacionais de âmbito geral ou regional ou até supranacional (União Europeia) foram seguindo ou impulsionando, por vezes quase forçando, as alterações sociais e políticas, também nessa matéria. O Direito Penal não ficou incólume. Os crimes sexuais são apenas o lugar mais óbvio. Mas as cláusulas relativas a discriminação, enquanto tipos de crime ou no molde de circunstâncias agravantes, proliferaram nas leis penais, ou em preceitos de leis de outra natureza, referindo-se ao sexo, ao género, à orientação sexual, à identidade... e a muitas mudanças e variantes e variações humanas que, até há poucos anos, seriam consideradas incompreensíveis, estranhas ou mesmo patológicas.

Poucos tipos de crime terão sofrido tais mudanças na sua descrição como a violação, o crime contra a liberdade pessoal e autonomia na esfera sexual por antonomásia — apesar de o CP português hoje abrir a secção em causa não com a violação, mas com a coacção sexual. Opção lógica e compreensível, dado o acentuar sistemático e de conteúdo na liberdade e autodeterminação sexuais por que o legislador optou, deixando para trás a visão já *démodée* de crimes contra os bons costumes, ainda que disfarçada sob o longo e misterioso título de “crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” (versão de 1982).

Ao longo dos finais do século XX, muitas legislações penais se foram adaptando à ideia de que a violação é um acto de violência extrema que anula a liberdade de outrem e traduz, simultaneamente recriando-as, relações desiguais de poder.⁵ A revitimização das vítimas em inquérito, instrução ou audiência de julgamento é finalmente reconhecida de maneira formal e inspiradora por várias instâncias, culminando no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que, em 2021, aceitou condenar a revitimização das

⁴ Ver o meu *Direito das Mulheres e da Igualdade Social - A Construção Jurídica das Relações de Género*, Almedina, 2010.

⁵ “La violence sexuelle et le viol constituent une forme commune d'exercice du pouvoir et du contrôle dans une relation abusive, et sont susceptibles de se produire pendant ou après une rupture.” (*Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, § 194 - acessível em <https://rm.coe.int/16800d38c9>)

vítimas de violência sexual em dois casos emblemáticos: *NÇ vs Turkey* e *JL vs Italy*.⁶

A sua essência é o relacionamento sexual forçado, não consensual, não querido, traduzido na penetração não consentida do corpo de outrem. O uso de violência ou ameaças agrava tal dissentimento — mas não o constitui, nem é seu requisito ou condição. Daí a redacção do preceito da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 2011, dita Convenção de Istambul, que levou a algumas alterações pontuais da secção do nosso Código Penal que trata de crimes sexuais. Recepção incompleta, em meu entender, porque ainda não é absolutamente claro que o essencial do crime de violação é e é apenas a inexistência de consentimento — ou acordo, que aqui ambas as expressões poderão ter cabimento — e sobretudo ainda porque o legislador insiste em manter a violação como crime semipúblico, processualmente falando.⁷

Artigo 164.º

Violação

1 - Quem constranger outra pessoa a:

- a) Praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral; ou
- b) Praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de um a seis anos.

2 - 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:

6 “This year the European Court of Human Rights (ECtHR) finally addressed victim-blaming and secondary victimisation of survivors of sexual violence by national courts throughout their criminal proceedings. In February the Court addressed the secondary victimisation in a sexual abuse case regarding a minor in *NÇ v Turkey*, and in March the secondary victimisation of a ‘not especially vulnerable woman’ in *JL v Italy*. This is a huge step. Condemning national courts for upholding presumptions and stereotypes of female sexuality and holding them accountable for their wrongdoings has been long overdue.” Sophie Girardini: *JL v Italy: The ECtHR is finally recognising victim blaming in cases of sexual violence* (Dez. 2021), acessível online em <https://www.humanrightshere.com/post/jl-v-italy-the-ecthr-is-finally-recognising-victim-blaming-in-cases-of-sexual-violence>

7 Ver Teresa P. Beleza e Helena P. de Melo: “‘The Personal is Political’. Sobre a natureza semipública ou pública do crime de violação no direito português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 32, 2022, 135 ss.

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;
é punido com pena de prisão de três a dez anos.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.

Há algum tempo que venho defendendo a ideia de que a definição legal de violação poderia encontrar inspiração na descrição do tipo de violação de domicílio ou, como tradicionalmente era por vezes designado, “entrada em casa alheia”.⁸ Não porque os interesses e liberdades em causa — os bens jurídicos, como os juristas gostam de dizer — sejam os mesmos ou sequer idênticos. Mas porque o contraste entre as duas definições legais mostra bem, em meu entender, até onde a imagem prototípica da violação (sexual) ainda está marcada pela ideia tradicional do forçamento de mulher honesta que se defende, debate e grita por ajuda, sob pena de lhe não ser reconhecida a qualidade e o estatuto de vítima ou ver-se alvo de suspeita ou mesmo acusada de provocação, quando não de falsas denúncias e arrependimentos fingidos — consoante o lugar e a época.⁹

O crime de violação de domicílio não exige, no seu tipo base, a prática de qualquer violência, ameaça ou mesmo constrangimento. Apenas que o acto de entrar em casa alheia seja cometido *contra a vontade da vítima*, como consta do artigo 190.º do Código Penal:

Artigo 190.º

Violação de domicílio ou perturbação da vida privada

1 - Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

8 Ver meu texto “Consent — It’s as Simple as Tea”. Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, publicado no livro sobre o Direito Penal e a Convenção de Istambul, *Combate à violência de género - Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, edição UCP, 2016, coordenado por Conceição Cunha.

9 O Código Penal continha, na versão originária de 1982, uma cláusula de atenuação especial de provocação por parte da vítima no crime de violação. Ver Teresa Pizarro Beleza, “A Mulher e o Direito Penal”, Comissão da Condição Feminina, Presidência do Conselho de Ministros, 1984.

2 - Na mesma pena incorre quem, com intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa, telefonar para a sua habitação ou para o seu telemóvel.

3 - Se o crime previsto no n.º 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

A violência, a existir, constitui uma circunstância agravante do crime. Mas o tipo base é apenas “entrar em casa de alguém contra a sua vontade”.

Por que não será assim no que respeita à entrada em corpo alheio?

Não deveria a autonomia/integridade física (e moral, intelectual, emocional, psicológica, claro) ser considerada um bem obviamente tão ou mais relevante que a autonomia/integridade do domicílio?

Tradicionalmente, a violação (como, aliás, o crime de estupro) era considerada não um acto contra a liberdade das suas vítimas — normativa e socialmente, as mulheres — mas um desafio ao regime patriarcal de acesso à mercadoria mulher, noiva virgem anacronicamente idealizada ainda em 1966, no Código Civil do Estado Novo, que previa a anulabilidade do casamento por erro (desconhecimento) sobre a falta de virgindade da mulher. E sobejamente coberto pelas regras do Código Penal em matéria de crimes sexuais, designadamente violação, estupro e rapto. Tudo se conjugava para cristalizar o entendimento da violação e outros comportamentos como actos de desafio à autoridade paterna e ao sistema político-moral vigente, baseado em larga medida em hipocrisia oficialmente protegida e sobretudo socialmente tolerada. Havia as raparigas casadoiras, virgens e impolutas se possível, e as outras, as mulheres *nullius*, de ninguém porque de todos, as prostitutas, sobre cujo regime o Estado Novo hesitou, também legislativamente. Hoje a discussão reabre-se, mas em tom e modo bastante diversos, centrando-se nas vantagens e inconvenientes da regulação legal dos “trabalhadores do sexo”, homens ou mulheres, cisgénero, trans ou qualquer outra alternativa (de não binários, digamos).

Em suma, alguma simplicidade normativa na descrição típica do crime de violação seria mais adequada à elevada necessidade de protecção da vítima da violação e ao juízo de censura que uma agressão deste tipo motiva. Uma e

outra perspectiva não devem depender de qualquer acto de constrangimento, exigência que, em si mesma, arrasta consigo um lastro de estereótipos sociais intoleráveis sobre as mulheres, mas apenas da falta de consentimento da vítima. A maior dificuldade resulta porventura de todos os estereótipos que persistem em matéria de relacionamento sexual, designadamente entre homens e mulheres, sendo estas tipicamente representadas como querendo dizer “sim” quando dizem “não” e semelhantes disparates. Só a simplificação do tipo incriminador poderá atenuar o pesado lastro hermenêutico de preconceitos que, de uma forma invisível, condicionam a compreensão da violação enquanto facto criminalmente proibido. Em última instância, a complexidade do tipo incriminador redunda numa inadmissível desprotecção penal da vítima da violação. Claro que a raiz vai muito mais fundo: as mulheres querem-se sedutoras *ma non troppo*, no difícil equilíbrio entre a senhora e a prostituta, o homem jogando o ancestral papel de conquistador e a mulher a parte de conquistada, mas resistindo — porque a cedência fácil é sinal de promiscuidade, atirando as mulheres para a zona de não merecedoras de respeito e consideração, isso é, não susceptíveis de serem escolhidas como eventualmente casadoiras. Dado que a respeitabilidade e o estatuto social e económico das mulheres ainda são muito marcados, em muitas partes do mundo, pelo seu relacionamento com os homens e designadamente pelo seu estatuto matrimonial, o círculo fecha-se. O tratamento legal do erro sobre a existência de consentimento, que faz lembrar a manutenção, hoje precluída, da cláusula da provocação, reforça a sensação de permanência de todos os velhos preconceitos e estereótipos.

Por que razão o legislador se não lembrou de incluir tal cláusula no regime do crime de violação de domicílio, onde ela será tão ou mais plausível e certamente menos perigosa do que no crime de violação sexual?

A MORTE A PEDIDO: OS LIMITES DA LIBERDADE PESSOAL NA SUA ABSOLUTA E IRREDUTÍVEL ESSÊNCIA?

“Onde pode acolher-se um fraco humano,
Onde terá segura a curta vida,

Que não se arme, e se indigne o Céu sereno
 Contra um bicho da terra tão pequeno?”
 (Luiz Vaz de Camões, *Lusíadas*, Canto I, estrofe 106)

O Código Penal na sua versão originária (1982) reconhecia um valor jurídico-penal limitado à vontade de uma pessoa morrer no contexto dos crimes contra a vida. Ainda assim, a diferença de penas entre o homicídio simples (punido com uma pena máxima de 16 anos de prisão, nos termos do artigo 131.º do Código Penal) e o homicídio a pedido (punido com uma pena de prisão de 6 meses a 3 anos, pelo artigo 134.º do mesmo Código) expressava o reconhecimento legal de estarmos perante realidades muito distintas, sem se chegar contudo à isenção de responsabilidade do autor que se motivasse pela vontade de alguém pôr termo à sua própria vida. A incriminação, em termos equivalentes, do incitamento ou ajuda ao suicídio (punido igualmente com pena de 6 meses a 3 anos de prisão, pelo artigo 135.º, n.º 1) confirmava que, mesmo perante alguém livre, esclarecido e com domínio da situação, a interferência de terceiros no acto suicida continuava a ser um crime. A preocupação do legislador com interferências de terceiros na decisão de alguém pôr termo à vida acentuou-se com a introdução do crime de propaganda do suicídio, em 1995 (artigo 139.º do Código Penal). Ou seja, ao longo dos 40 anos de vigência do Código Penal, a vontade séria e esclarecida de uma pessoa na base da sua decisão de morrer atenuou, mas nunca excluiu, a eventual responsabilidade de alguém apoiar de qualquer forma, material ou espiritual, a decisão dessa pessoa.

Já por várias vezes o Parlamento, o Tribunal Constitucional e o Presidente da República se pronunciaram sobre a viabilidade constitucional de dar valor legal a actos de eutanásia em situações extremas de doença e sofrimento. Compreensivelmente, receios de abuso e até de eliminação encapotada de velhos ou doentes indesejáveis têm feito o seu caminho, muitas vezes sob a influência evidente de crenças religiosas que cabe respeitar, mas não constituem a base de leis fundamentais sobre vida e morte num Estado laico de Direito — que é disso que se trata.

O espectro de passados históricos sinistros¹⁰ ainda explica alguns receios. A informação, por vezes deturpada ou inventada, sobre abusos acontecidos em outros países tem também tido algum efeito dissuasor. Mas há um aspecto talvez menos insistido que me parece decisivo: a dificuldade dos Estados (em geral) em reconhecerem autonomia aos seus cidadãos e cidadãs nesse acto e momento pessoalíssimo que é a decisão de morrer sem esperar pelo acontecimento inevitável e “natural” — se é ainda possível usar este adjectivo, dados os avanços impressionantes da Medicina no prolongamento “artificial” da vida. O suicídio foi punido em muitos sistemas, desde a condenação à morte de suicidas falhados que vigorou em Inglaterra até quase finais do século XIX até às variadas penas aplicáveis ao cadáver ou aos parentes do suicida¹¹. O Marquês de Beccaria bem explicou o absurdo de tais punições, ao tempo em que escrevia sem grande êxito.¹²

Nestes dias em que escrevo e revejo este texto, a Assembleia da República aprovou pela terceira vez um projecto de lei que “Regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível, e altera o Código Penal”¹³. Corresponde a mais uma tentativa de responder às dúvidas do Presidente da República e do Tribunal Constitucional sobre a legitimidade constitucional de uma lei que despenalize a eutanásia em circunstâncias muito limitadas, bem definidas e rigorosamente diagnosticadas. Exige-se — como seria inevitável — uma vontade livre e esclarecida, mas que esteja associada a uma situação de grande, prolongado e irreversível sofrimento, sendo necessário um procedimento que pode ser demorado, dados os prazos cujo cumprimento é exigido.

Aceito que todos os cuidados são poucos nestas matérias. Mas continua a fazer-me espécie a ideia de que a decisão sobre a própria morte pareça continuar a ser algo de necessariamente ilegítimo e “abusivo”, ainda que, na sua forma mais simples (suicídio não assistido), fique “fora, ou livre, do Direito”,

10 O admirável livro de Richard Zimler, *The Seventh Gate*, 2007, relata em cadência de romance histórico os horrores do Nazismo na parte em que as debilidades físicas ou morais, mais reais ou mais imaginadas (judeus!), eram objecto de experiências abjectas e torturas sem fim ou pura eliminação.

11 Al Alvarez, *The Savage God — A Study of Suicide*, 1971.

12 *Dos delitos e das penas*, tradução de José Francisco de Faria Costa, F. Gulbenkian, 1998.

13 Texto acessível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?>

mas ainda, de alguma forma, relacionada com o mesmo (Direito) — só mesmo os juristas seriam capazes de construir e acarinhar tal ideia... Aquilo que agora (Dezembro de 2022) ganha, de novo, maioria no Parlamento é ainda uma versão timorata e porventura cruel de uma aceitação, como que “contrariada”, porque altamente condicionada: *podes decidir morrer e ter ajuda para o conseguires, mas terás de sofrer bastante primeiro, em termos de intensidade e duração*. A pormenorizada regulamentação administrativa do processo de auxílio à morte assistida será compreensível para limitar alguns riscos associados ao processo e garantir a reversibilidade do mesmo em alguns momentos. Mas não deixa, simultaneamente, de constituir um sufoco jurídico-administrativo intenso imposto pelo Estado a uma pessoa em sofrimento extremo no momento anterior à sua morte, com efeitos delicados e imprevisíveis na eventualidade de a resposta ser negativa em algum momento do percurso. Também aqui a dignidade da pessoa humana deve constituir um limite constitucional à regulação administrativa do processo de auxílio à morte.

A autonomia sobre a vida e a morte é ainda, simplesmente, inaceitável para o Estado português, apesar da insistência constitucional na liberdade e autonomia dos cidadãos e cidadãs deste país. Influência da ainda hegemónica religião católica? Talvez não, porque muitas outras alterações legais se foram sucedendo em matéria de relações sociais de género (casamento, identidade, orientação sexual...), sem sobressaltos de maior. E o mesmo se poderia observar sobre as alterações legais em matéria de interrupção da gravidez, apesar de algumas fortes reacções que foram sendo desencadeadas.

Continuo convencida de que o último e mais fundo motivo de boa parte da resistência social é a dificuldade de olhar(mos) de frente o grande mistério obscuro da nossa mortalidade e finitude e a dificuldade em aceitar que possamos, ainda que em tão pequena medida, ser donos e senhores desse derradeiro momento. Mas ainda e sobretudo que, por outro lado, no campo estritamente político, o Estado, os Estados, arroga(m)-se essa possibilidade, esse poder sobre a vida e sobre a morte — designadamente em países que simultaneamente conhecem a pena de morte e proíbem e punem o suicídio — não é esse o caso, reconheço, do Estado português contemporâneo. Nem é, aliás, essa a nossa tradição.