

A VIOLÊNCIA SEXUAL ENTRE CÔNJUGES OU UNIDOS DE FACTO NO ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DE MACAU

Teresa Lancry Robalo

Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: A Lei de prevenção e combate à violência doméstica veio prever no n.º 1 do seu artigo 18.º que “quem, no âmbito de uma relação familiar ou equiparada, infligir a outra pessoa maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”. Neste contexto, será desenvolvida a problemática dos “maus tratos sexuais” entre cônjuges ou unidos de facto.

Tratando-se o Direito de um “sistema de normas dotadas de coercibilidade”, cumpre começar por questionar como podemos relacionar o dever de coabitação de onde deriva o dever de ter relações sexuais com o cônjuge - o que não se aplica a unidos de facto - com a responsabilização pela prática de um crime de violação por parte do cônjuges que forçar o seu consorte a manter consigo um relacionamento sexual contra a sua vontade. Faremos, por isso, uma incursão pelos ramos do Direito da Família e do Direito Penal, procurando alcançar a devida harmonia intra-sistemática que permita entender como se compatibilizam ambas as questões.

Neste contexto, será importante dar nota dos efeitos psicológicos derivados da sujeição da vítima a qualquer tipo de violência inter-relacional, onde se inclui a violência sexual, nomeadamente quando cometida no âmbito de uma relação sentimental como seja o casamento ou a união de facto.

Palavras-chave: Violência doméstica; violência sexual; dever de coabitação; violação; efeitos psicológicos; vítima.

*“The most dangerous
place for a woman in this
country [U.S.A.] is her own
home”*

Gloria Steinem, 2015

I. Introdução

O tema que nos propomos desenvolver prende-se com a problemática da violência doméstica e, neste contexto, começamos por colocar a seguinte questão: será o lar um lugar seguro ou, como alguns autores advogam, um dos lugares mais perigosos onde a mulher se possa encontrar? De facto, este deveria ser um espaço de afecto e consolidação da personalidade de cada ser humano. Porém, alguma doutrina reitera que a violência sexual sobre as mulheres resulta de uma tendência de controlo da mulher pelo homem. A mulher seria vista por este como um ser vulnerável, mais fraco fisicamente, sendo reduzido a mero objecto de satisfação dos desejos sexuais masculinos e encontrando-se, portanto, à sua mercê. Daí a necessidade desenfreada dos movimentos feministas no sentido de chamarem a atenção do Mundo para o facto de a sociedade, e do próprio lar, não serem os locais mais seguros para a mulher, estando, tal como a presa para com o predador, a correr um risco constante de ser atacada.

Iremos, pois, apreciar a questão da responsabilização criminal dos maus tratos sexuais no contexto familiar, nomeadamente contra a mulher numa relação matrimonial ou de união de facto, à luz da Lei n.º 2/2016, a Lei da Prevenção e Combate à Violência Doméstica.

De facto, nos termos do artigo 18.º, n.º 1 da mesma Lei decorre a tipificação de tais actos de violência sexual como aptos a preencher o tipo de crime de violência doméstica simples. Porém, cumpre indagar da efectiva responsabilização do agente que pratique actos sexuais de relevo contra a vontade do seu cônjuge sendo certo que, noutra ramo do Direito – o da Família -, encontramos o dever dos cônjuges manterem entre si relações sexuais. Pergunta-se, pois, como poderemos conciliar, por um lado, este último dever com a possibilidade do cônjuge “credor” ser responsabilizado por um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual do outro elemento da relação matrimonial caso o force a ter consigo relações sexuais.

Por último, responderemos à questão de saber se o cônjuge ou unido de facto que tenha cometido um acto sexual de relevo apto a integrar os crimes de violação ou de coacção sexual, previstos e punidos pelos artigos 157.º e 158.º do Código Penal, deverá ser responsabilizado por um crime de violência doméstica

ou por um crime de violação/coacção sexual, questão que será resolvida atendendo às regras que dispõem sobre concurso de normas.

II. A Lei n.º 2/2016 de Prevenção e Combate à Violência Doméstica

No dia 5 de Outubro de 2016, entrou em vigor na RAEM a Lei de Prevenção e Combate à Violência Doméstica, Lei n.º 2/2016.

Segundo o artigo 4.º, n.º 1 deste diploma, “(...) considera-se violência doméstica quaisquer maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais que sejam cometidos no âmbito de uma relação familiar ou equiparada”.

O n.º 2 do mesmo preceito legal esclarece que “(...) considera-se que as relações familiares ou equiparadas abrangem: 1) as relações familiares constituídas por casamento, parentesco ou afinidade na linha recta, e adopção; 2) as relações familiares constituídas por parentesco ou afinidade na linha colateral até ao quarto grau quando exista coabitação; 3) as relações existentes entre pessoas que vivam em situação análoga à dos cônjuges; 4) as relações existentes entre ex-cônjuges; 5) as relações existentes entre pessoas que tenham descendentes comuns em primeiro grau e que não estejam abrangidas pelas alíneas anteriores; 6) as relações de tutela ou curatela; 7) as situações de cuidado ou guarda de pessoas menores, incapazes ou particularmente vulneráveis em razão de idade, gravidez, doença ou deficiência física ou psíquica, não abrangidas pelas alíneas anteriores, quando exista coabitação”.

Por seu turno, e agora a propósito do tipo de crime de violência doméstica simples, dispõe o n.º 1 do artigo 18.º da mesma Lei que “Quem, no âmbito de uma relação familiar ou equiparada, infligir a outra pessoa maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

Estão, assim e entre outros, abrangidos pela norma incriminadora, conjugada com o disposto no supra mencionado artigo 4.º, n.º 2, os maus tratos sexuais cometidos entre cônjuges ou unidos de facto, sendo ainda de referir que se trata de um crime específico impróprio visto que e.g. a sujeição de outrem à prática de actos sexuais de relevo contra a sua vontade resulta já das normas incriminadoras previstas no nosso Código Penal, nomeadamente nos seus artigos 157.º e 158.º. A responsabilização do agente será, pois, feita, em princípio, pelo crime de violência doméstica graças à especificidade que daí decorre, derivada de uma maior ilicitude da conduta quando praticada por quem se encontre no âmbito de uma relação familiar, o que nos conduzirá às questões relativas ao concurso de normas, o que desenvolveremos adiante.

III. A problemática da violência sexual entre cônjuges

Atento o facto de o Direito ser um “sistema de normas”¹— um “sistema”, portanto - e não olvidando o princípio da unidade do ordenamento jurídico que, em sede penal e conforme dispõe o n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal de Macau, faz com que uma conduta lícita num qualquer ramo do direito também o seja para efeitos jurídico-penais², somos de imediato impelidos para a questão de determinar como podem conciliar-se o dever de manter relações sexuais com o cônjuge e, por outro, a possibilidade do detentor do direito em causa ser responsabilizado por violação caso force o seu consorte a manter consigo relações sexuais.

1. Débito conjugal vs crime de violação

De facto este problema, com tais contornos, não se verifica se estivermos perante uma relação de união de facto pois que esta não acarreta a produção de deveres jurídicos *de per se*, ao invés do que sucede com o casamento³. Aliás, como claramente salienta Jorge Duarte Pinheiro, “quem decide casar rejeita não só a opção de viver sozinho, mas também a opção de viver numa forma de coabitação legalmente relevante e isenta de constrangimentos jurídicos a nível da dimensão pessoal da comunhão”⁴.

De entre os diversos deveres que emergem do casamento, encontra-se o dever de coabitação que tradicionalmente se subdivide na comunhão de “leito, mesa e habitação” e, para o que ora nos interessa abarca, pois, o chamado “débito

1 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 31.

2 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 387 e 403.

3 Atente-se, neste contexto, ao disposto no artigo 1471.º do Código Civil de Macau, nos termos do qual “união de facto é a relação havida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges” e, ao invés, às disposições sobre o casamento. Por um lado, dispõe o artigo 1462.º do mesmo diploma (equivalente ao artigo 1672.º do Código Civil português) que “casamento é o contrato (...)” e, por outro, reza o artigo 1533.º segundo o qual “os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”, tudo sem olvidar os ensinamentos de FRANCISCO PEREIRA COELHO e de GUILHERME DE OLIVEIRA, quando os autores referem que “os membros da união de facto não estão vinculados por qualquer os deveres pessoais que o artigo 1672.º do CCiv impõe aos cônjuges” ou ainda, de modo ainda mais expresso para a questão que ora nos ocupa, quando esclarecem que “(...) da união de facto não resulta aquela limitação (...)”, reportando-se à limitação ao direito à liberdade sexual devido ao dever de manter relações sexuais com o cônjuge, *in Curso de Direito da Família*, volume I, *Introdução; Direito Matrimonial*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2001, p. 100 e 356, respectivamente.

4 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 24.

conjugal”⁵. Este dever materializa-se no dever de a pessoa casada ter relações sexuais com o seu cônjuge, traduzindo-se numa limitação lícita ao direito à liberdade sexual. E isto numa dupla vertente: na do dever de ter relações sexuais com o cônjuge e na do dever de não ter relações sexuais com terceiro, aqui se cristalizando o cerne do dever de fidelidade.

Este tipo de intervenção do Direito em áreas tão sensíveis como a sexualidade, limitando a liberdade das pessoas, é questionado, impedindo ou impondo condutas que acarretam uma limitação à liberdade sexual de cada um poder escolher o parceiro sexual que lhe aprouver, bem como de ter ou não ter relações sexuais.

2. Finalidades do dever de ter relações sexuais, insito no dever de coabitação

De modo a compreendermos a amplitude e os limites do dever de ter relações sexuais, cumpre começar por entender por que motivo passam duas pessoas, a partir do momento em que se casam, a estar obrigadas a manter relações sexuais uma com a outra, sendo certo que seguiremos de perto os ensinamentos de Jorge Duarte Pinheiro, para onde remetermos, neste particular⁶.

Uma primeira finalidade a apontar poderia ser a de procriação, conforme o faz o Direito Canónico⁷ - porém, esta não consubstancia um desiderato do casamento aos olhos do Direito Civil, como explica o autor supra citado, salientando que o casamento já é, em si mesmo, fonte de relações familiares. Aliás, desde 2010 a lei portuguesa já admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pelo que esta finalidade tem naturalmente de decair.

Poderá, ainda, perguntar-se se esta exigência se prende com um dever de cooperação, no sentido de o cônjuge ter de socorrer o seu consorte satisfazendo-o nos seus desejos sexuais. Esta concepção é de rejeitar, pois como tão bem refere Jorge Duarte Pinheiro, o acto sexual deve derivar da vontade conjunta de ambos os intervenientes. O oposto feriria decerto a própria dignidade da pessoa humana⁸.

Uma terceira alternativa seria a de contrabalançar o débito conjugal com o dever de fidelidade. Ou seja, se por um lado recai sobre os cônjuges o dever de não terem relações sexuais com terceiros, seria necessário assegurar a possibilidade

5 FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família cit.*, p. 356.

6 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 254-310

7 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 254-255.

8 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 259-267.

de terem relações sexuais com o seu consorte até para, assim, se evitar a violação do direito de fidelidade⁹. Na nossa modesta opinião uma tal solução faria sentido em termos sistemáticos.

A *ratio* para um tal dever será, porém, encontrada no facto de as relações sexuais entre os cônjuges serem um importante factor de união entre o casal, sendo certo que a sua ausência levará a uma separação física entre ambos o que, amiúde, dará origem ao divórcio¹⁰.

3. Limites ao dever de ter relações sexuais com o cônjuge

Pergunta-se, ainda, se o dever de ter relações sexuais com o cônjuge implica a concessão de uma *carte blanche*¹¹ ao cônjuge que, não vendo satisfeito esse seu direito, poderia então ir até ao ponto de forçar licitamente, porque à luz de um tal direito, o seu consorte a ter consigo relações sexuais. Ao que se responde pela negativa.

Comecemos por uma óptica civilística. Tratando-se o casamento de um contrato gerador de relações jurídicas entre os cônjuges, a questão poderá começar a pôr-se no sentido de determinar se podemos afirmar estar perante um cônjuge titular de um direito subjectivo e de outro adstrito ao cumprimento de um dever. Caso se concorde com esta posição, o direito de ter relações sexuais com o seu consorte deverá ser definido como um direito subjectivo *stricto sensu*, isto é, um “poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão)”¹² e não como um direito potestativo.

Por conseguinte, do outro lado da relação jurídica teremos um dever e não uma sujeição, o que significa que o cônjuge obrigado a uma tal conduta poderá livremente recusar-se a prestá-la, arcando com as devidas consequências jurídicas

9 Não tanto neste sentido, mas a propósito, há que referir que alguma doutrina procurou aglutinar sob o dever de fidelidade todas as obrigações sexuais que recaem sobre os cônjuges, evitando-se assim de algum modo a dispersão desta matéria sob diferentes deveres previstos na lei. Para mais desenvolvimentos sobre este tópico, vide JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 256-258, onde o autor rejeita esta opção atentas nomeadamente as diferenças entre os respectivos deveres de *facere* e *non facere* em questão, bem como a gravidade que é associada à sua respectiva violação.

10 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 307.

11 Recordando os ensinamentos de VERA LÚCIA RAPOSO, *As 50 sombras do Código Penal: A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais*, comunicação apresentada no Seminário sobre a Revisão do Código Penal – Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 3 de Junho de 2016, p. 3 da versão policopiada.

12 CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2005, p. 178-179.

dessa sua rejeição, as quais podem desembocar no término da relação jurídico-matrimonial por via do divórcio – este, sim, um direito potestativo – questão aparentemente pacífica mas bastante polémica do ponto de vista doutrinário. Sem querermos entrar nesta questão doutrinária, somos tentados a concordar com esta solução.

A questão que nos norteia é, recorde-se, saber se decorre de outro ramo do direito, nomeadamente o direito civil, alguma causa de exclusão da ilicitude do comportamento do cônjuge que força o seu consorte a ter consigo relações sexuais. Existe algum limite ao dever de ter relações sexuais? A resposta a esta questão não pode deixar de ser afirmativa. Esse limite existe e encontra-se, portanto, na vontade do cônjuge vinculado a esse dever.

Por conseguinte, e sendo a liberdade e autodeterminação sexual um bem jurídico-penalmente tutelável, se o cônjuge insatisfeito com a recusa do seu consorte acabar por forçá-lo a manter consigo uma relação sexual contra sua vontade, estará a invadir um espectro de tutela intocável e da qual não se abdica quando se assina o contrato de casamento.

Deste modo, salvaguarda-se a harmonia do sistema sob o pano de fundo da tutela da dignidade da pessoa humana, direito fundamental reconhecido pela nossa Lei Básica no seu artigo 30.º. Mal se compreenderia que, à luz dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, pudesse o Direito aceitar como lícita a violação do cônjuge que se recusasse a ter relações sexuais com o seu consorte. Mal se entenderia uma tal solução, tal como mal se compatibilizariam, no seio do próprio Direito da Família, os deveres de coabitação e de respeito.

O casamento, embora envolva a comunhão de vida, não implica que os cônjuges percam alguns dos seus direitos fundamentais. Se assim fosse, e tendo eles a opção de se manterem numa união de facto, mais-valia daí não saírem.

Porém, nem sempre foi assim. Tempos houve em que, à luz do poder marital, cabia ao marido a função de chefe de família de onde derivada o poder de decidir sobre os assuntos do dia-a-dia familiar, competindo-lhe autorizar a esposa a exercer uma profissão ou estando legitimado a abrir a correspondência que lhe era endereçada, devendo ainda acrescentar-se que lhe cabia o poder paternal, sendo que a mãe apenas tinha o direito de “ser ouvida”, poder marital esse que desapareceu do Código Civil português em 1977, graças à introdução do princípio da igualdade entre cônjuges na Constituição da República Portuguesa¹³.

Conclui-se então que, se por um lado os cônjuges estão vinculados ao dever de ter mutuamente relações sexuais, por outro esse dever não legitima a contraparte a recorrer a soluções que impliquem a violação de qualquer direito de personalidade atento o dever que lhe incumbe, a seu turno, de respeitar o seu

13 FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família cit.*, p. 147-148.

consorte.

Passemos agora a outro fundamento, nesta sede de cariz jurídico-penal, no sentido de justificar por que razão o exercício do direito a ter relações sexuais com o cônjuge se encontra limitado pelo respeito da liberdade sexual do outro cônjuge.

O conceito de liberdade e autodeterminação sexual deverá ser integrado pela “liberdade de autoconformação da vida e da prática sexual da pessoa”, segundo Anabela Miranda Rodrigues¹⁴. Ainda, segundo Jorge de Figueiredo Dias, todos os tipos de crime constantes da secção “crimes contra a liberdade sexual” visam a tutela do bem jurídico “autoconformação da vida e da prática sexuais da pessoa”, acrescentando que “cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), com quem as partilha – pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas consinta(m)”¹⁵, culminando com esta intervenção em tudo esclarecedora: “se e quando esta liberdade for lesada de forma importante a intervenção penal encontra-se legitimada e, mais do que isso, torna-se necessária”¹⁶.

O bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual é de tal forma relevante que legitima a intervenção do Direito Penal o qual, à luz do princípio da subsidiariedade, apenas pode intervir quando nenhum outro ramo do Direito se mostre suficientemente capaz de tutelar eficazmente um determinado bem jurídico-penal, que só assim será entendido atenta a relação de analogia material ou de mútua referência face à Lei Fundamental¹⁷.

Uma questão recorrente em sede de violação prende-se com o consentimento feminino. Alguns autores, a propósito da dificuldade de discernir se se verifica uma verdadeira vontade por detrás deste consentimento ou, antes, uma situação de coacção moral, têm vindo a afirmar que “sim significa sim”, adoptando portanto uma interpretação formalista literal¹⁸. Não concordamos com esta afirmação, nesta perspectiva. Diríamos, antes, o oposto: “não é não” mas um “sim” tanto pode ser um sim, em circunstâncias normais, como um consentimento viciado por coacção. De facto, o próprio Código Penal integra

14 ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 168.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 1999, Coimbra Editora, p. 501.

15 Ideia igualmente defendida por VERA LÚCIA RAPOSO, *As 50 sombras do Código Penal: A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais cit.*, p. 5.

16 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 1999, Coimbra Editora., p. 445.

17 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral cit.*, p. 113-127.

18 HAAG, *Consent, Sexual Rights and the Transformation of American Liberalism*, Ithaca/London, Cornell University Press, 1999, p. XV-XVI, apud JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 304, nota de rodapé n.º 704.

como meios aptos para considerarmos estar perante coacção sexual ou violação a “ameaça grave”. Portanto, se a mulher afirma pretender ter relações sexuais com o receio de perder a afeição do companheiro, não consideramos estar perante uma falta de consentimento. Mas, se aceitar para evitar ser alvo de agressões físicas, já estaremos perante uma ameaça grave e esse consentimento estará ferido de um vício que impede que seja levado em consideração para efeitos de exclusão do tipo.

Portanto, e focando-nos na comissão do crime de violação entre cônjuges, unidos de facto, namorados ou outros, a partir do momento em que um expressa ao outro que não quer ter relações sexuais, faltará o consentimento. Se, apesar disso, este último insistir, forçando-o portanto a tal “por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, o/a ter tornado inconsciente ou na impossibilidade de resistir”, já estamos perante a prática de actos jurídico-penalmente relevantes.

É, pois, chegada a hora de apresentarmos as nossas primeiras conclusões face ao exposto. Se estivermos perante uma relação matrimonial, o dever de ter relações sexuais como cônjuge tem como limite a vontade de cada cônjuge. Se um deles rejeitar, ao outro apenas restará o direito de pedir o divórcio e/ou uma indemnização pelos danos emocionais causados pela recusa, nomeadamente se for uma recusa prolongada¹⁹. A partir do momento em que um deles força o outro a ter consigo relações sexuais, através de um dos meios previstos nos tipos de crime supra mencionados, já estará a cometer um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. No mesmo sentido salientava Maia Costa, já em 1985, que “na óptica da CRP não existe um interesse familiar que deva ser prosseguido à custa dos interesses dos seus membros (...)”. Ou seja, “(...) a protecção da família não significa de forma alguma contemporização com situações de violência e exploração entre os cônjuges (...)”²⁰.

Atendendo ao princípio da unidade do ordenamento jurídico ínsito no n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal de Macau, conclui-se que a sujeição de um dos cônjuges à prática de actos sexuais contra a sua vontade, pela força física, ameaça grave ou após ter colocado a vítima numa situação em que fica impossibilitada de reagir, não se encontra justificada pelo dever de coabitação constante do artigo

19 Sobre a questão do amor-próprio e da sua relevância para efeitos civis, vide JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 271. Somos da opinião que esses danos serão atendíveis, tais como a tristeza ou os sentimentos de repúdio e desamor que, em elevado grau, poderão levar à aceitação de danos morais relevantes para efeitos de responsabilização civil do outro cônjuge.

20 MAIA COSTA, “O crime do art.º 153.º, n.º 3 do Código Penal de 1982” in *Tribuna da Justiça* n.ºs 8 e 9, Agosto/Setembro de 1985, p. 17, *apud* RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, “Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?” in *Revista do Ministério Público*, n.º 107, Ano 27, Julho-Setembro 2006, p. 96.

1533.º do Código Civil de Macau.

IV. Responsabilização pelo crime de violação ou pelo crime de violência doméstica?

Dita o n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 2/2016 que “quem, no âmbito de uma relação familiar ou equiparada, infligir a outra pessoa maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”. Porém, nos termos do artigo 157.º do Código Penal quem cometer o crime de violação é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

Significará isto que a violação cometida no âmbito de uma relação familiar ou equiparada deva ser vista como menos grave do que outra qualquer? A resposta a esta questão não pode deixar de ser negativa. Ora vejamos.

Decorre da análise das normas em apreço que nos encontramos perante duas relações de concurso: por um lado, entre o crime de violência doméstica tipificado no n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 2/2016 e o crime de violação ora em análise, tipificado no artigo 157.º do Código Penal de Macau existe uma relação de especialidade, sendo aquele especial face a este último. De facto, ao integrar a conduta de “maus tratos sexuais” praticada “no âmbito de uma relação familiar ou equiparada” que, nos termos do artigo 4.º daquele diploma inclui as relações entre cônjuges e aqueles que vivam em situação análoga à dos cônjuges, entre outros, o tipo incriminador engloba os actos integrantes dos tipos de crime de coacção sexual e de violação, aos quais acresce uma especial relação entre os sujeitos.

O que significa, acompanhando a doutrina, que “*a punição do crime de violência doméstica afasta a destes crimes*” (itálico nosso)²¹.

Porém, graças ao disposto no artigo 21.º da Lei n.º 2/2016, “o crime de violação [*rectius*, violência] doméstica está numa relação de concurso aparente (subsidiariedade expressa) com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que prisão de 5 anos. Isto é, *a punição destes crimes afasta a da violência doméstica*” (itálico nosso)²², sendo portanto o caso do crime de violação ou de coacção sexual cujas molduras penais são mais elevadas do que a prevista no artigo 18.º, n.º 1 da Lei n.º 2/2016.

Em suma, se existirem maus tratos sexuais na relação conjugal ou equiparada, preenchendo os tipos de violência doméstica e de coacção sexual ou

21 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015., p. 598.

22 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal cit.*, p. 598.

de violação, o agente deverá ser responsabilizado à luz destes últimos na medida em que as respectivas molduras penais, no que ao Código Penal de Macau diz respeito, situam-se entre os 2 e os 8 anos e os 3 a 12 anos de prisão, superiores portanto aos 5 anos previstos no n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 2/2016, ficando porém ressalvada a aplicação das penas acessórias previstas nos artigos 19.º e 20.º da Lei n.º 2/2016.

V. Notas conclusivas

O legislador macaense veio, deste modo, apresentar uma correcta articulação entre os diversos ramos do Direito - no caso, o Direito da Família e o Direito Penal - de modo a que haja um efectivo respeito dos direitos fundamentais de personalidade onde se incluem, entre outros, o direito à integridade física e psíquica e o direito à liberdade e autodeterminação sexual. O casamento acarreta deveres, mas esses deveres têm limites quando outros, superiores, se lhes impõem. Conseguiu-se, assim, alcançar uma verdadeira harmonia sistemática, sem prejuízo da *ratio* de tutela subsidiária de bens jurídico-penais que é levada a cabo pelo Direito Penal.

Este é, portanto, mais um motivo que nos leva a expressar a nossa satisfação pelo leque de soluções encontradas pela Lei n.º 2/2016, desde as previsões típicas constantes dos números 1, 2 e 4 do artigo 18.º, à sua articulação com outras normas do Código Penal ou de outros ramos do direito, nunca esquecendo a abordagem multidisciplinar que passa por uma intervenção penal, preventiva, protecionista e restaurativa, não pondo de parte um conjunto de soluções que demonstram um maior e efectivo empenho na tutela a vítima de violência doméstica.