

Aplicação da lei de violência doméstica em Moçambique: constrangimentos institucionais e culturais A experiência dos Tribunais

Por **José Alfredo Macaringue**

(Juiz de Direito – Tribunal J.D.M. KaMubukwana – Maputo)

Publicado em “Outras Vozes”, nº 41-42, Maio 2013

Considerações gerais

A violência doméstica é um dos mais graves problemas que a sociedade contemporânea enfrenta. É uma forma de violência que não conhece fronteiras, nem obedece a princípios ou leis. Ocorre diariamente em Moçambique e noutros países, apesar de existir um quadro constitucional e legal que veio introduzir vários mecanismos de protecção dos direitos humanos, em especial de protecção dos direitos da mulher e da criança.

Não obstante a Constituição da República ter consagrado como alguns dos princípios fundamentais do Estado moçambicano (cfr. Artigos 3 e 11, alínea e) C.R.M.), “o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem; a defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei e, como direito fundamental, a igualdade de género”, ao plasmar no artigo 36, a igualdade do homem e da mulher perante a lei, em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural, o direito penal e o direito processual penal ainda se preocupam, em grande medida, com o crime e com o criminoso, deixando de lado quem mais necessita de assistência e apoio: a vítima.

As modernas correntes doutrinárias sobre a Vitimologia contemporânea têm avançado a necessidade de assegurar o direito fundamental à vida e à integridade física da vítima de crime.

A violência doméstica traduz-se num modo de exercício de poder, com recurso à força física, psicológica, económica e social, com o objectivo final de lograr a submissão da vítima ao autor. Quando a violência ocorre entre cônjuges ou consortes de facto, ou namorados, entrelaçam-se aspectos de índole cultural e de mentalidades com questões de ordem socioeconómica.

Preocupados com as estatísticas alarmantes da ocorrência dos crimes de violência doméstica, o Estado e outras instituições públicas e organizações não-governamentais promovem debates sobre o problema, procurando soluções que possam contribuir para a minimização do cenário e seus efeitos, que a violência contra a mulher no âmbito das relações domésticas e familiares acarreta aos seres humanos, especialmente mulheres e crianças.

A Lei Sobre a Violência Doméstica Praticada Contra a Mulher, Lei nº 29/2009, de 29 de Setembro, surge na senda do compromisso assumido pelo Estado moçambicano no concerto das nações, ao ratificar, dentre vários instrumentos internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher, através da Resolução nº 4/93, de 2 de Junho; o Protocolo Opcional à

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, pela Resolução nº 3/2008, de 30 de Maio, bem assim como o Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo aos Direitos da Mulher em África, através da Resolução nº 28/2005, de 30 de Maio.

É uma lei nova e, passados cerca de três anos após a sua aprovação pela Assembleia da República, evidenciam-se inúmeros constrangimentos na sua aplicação pelos tribunais, suscitando reflexões sobre a necessidade do seu melhoramento e adequação às condições do país e capacidade das instituições, e a necessidade de capacitar e desenvolver as instituições de administração da justiça para melhor responderem aos desafios que a sua aplicação tem colocado.

Estas considerações servem para introduzir o objecto da presente reflexão, que tem como mote as experiências e boas práticas dos tribunais no tratamento dos crimes de violência doméstica. As boas práticas passam, necessariamente, por uma correcta recolha e rigorosa apreciação das provas, adequada subsunção jurídica dos factos e ponderada determinação da medida judicial da pena, não olvidando a importância do conhecimento profundo dos valores jurídicos tutelados pela Lei.

Dos tipos legais de crime e do bem jurídico protegido com a incriminação

Reconhecendo a necessidade de um especial tratamento penal da violência praticada contra a mulher¹ nas relações domésticas e familiares, da qual não resulte a morte da vítima, dadas as especificidades que o fenómeno comporta, o Estado moçambicano, ao instituir a Lei nº 29/2009, de 29 de Setembro, tipificou as diferentes formas de violência no capítulo III, tendo consagrado os seguintes tipos: violência física simples, violência física grave, violência psicológica, violência moral, cópula não consentida, cópula com transmissão de doenças, violência patrimonial e violência social.

São diferentes tipos legais que têm como fundamento a tentativa de assegurar uma protecção absoluta da mulher no contexto doméstico e familiar, incluindo as relações amorosas, o que desde logo se vê pelo elenco dos agentes de crime nos artigos 3 e 5 da mesma lei, designadamente, o cônjuge, o ex-cônjuge, parceiro, ex-parceiro, namorado, ex-namorado e familiares.²

O bem jurídico protegido no crime de violência doméstica é complexo. Contudo, é inequívoca a intenção do legislador em proteger, não só a saúde da mulher, nas dimensões da integridade física, mental e psicológica, como também a liberdade sexual, a liberdade de movimentação e de comunicação, bem assim como a honra.

Dos constrangimentos

Entre as funções jurisdicional e educativa dos tribunais, consagradas nos artigos 212 e 213 da Constituição da República (C.R.M.), também previstas no artigo 3 da Lei de Organização Judiciária, Lei nº 24/2007, de 20 de Agosto, destacam-se, para a matéria em apreço, “a garantia e reforço da legalidade como factor de estabilidade, a protecção dos direitos e liberdades dos cidadãos; a educação dos cidadãos e da administração pública no cumprimento voluntário e consciente das leis, visando estabelecer uma justa e harmoniosa convivência social e a penalização das violações da legalidade”.

¹ Sendo escusado referir que a mesma se aplica ao homem, nos termos do artigo 36 da Lei nº 29/2009, de 29 de Setembro.

² E aqui é importante destacar que o conceito de laços de família é o que vem definido nos artigos 1, 2 e 6 da Lei da Família, Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto. Assim, os laços de família são os que se constituem pela procriação, parentesco, casamento, afinidade e adopção.

É sobre este feixe de atribuições e objectivos que os tribunais actuam na aplicação da Lei Sobre a Violência Doméstica. Uma lei que encerra algumas questões que se prestam a alguma incompreensão, controvérsia e dificuldades de aplicação prática. São constrangimentos institucionais,³ de que a seguir me irei debruçar, sem pretensões de oferecer soluções, mas tão somente despertar reflexões que possam contribuir para o melhoramento da lei.

Artigo 6 - Medidas Cautelares

Esta disposição levanta a questão de saber em que fase do processo pode o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da vítima, aplicar as diferentes medidas cautelares ali previstas e qual deve ser a duração daquelas medidas, em face do princípio da presunção de inocência e dos limites das penas e das medidas de segurança, plasmados nos artigos 59, nº 2 e 61, nº 1 da Constituição da República.⁴

Com efeito, dispõe o artigo 59, nº 2 que “Os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial definitiva”. Já o artigo 61, nº 1 estatui que “São proibidas penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida”.

Ora, a Lei nº 29/2009 prevê a aplicação daquelas medidas cautelares – que têm o condão de autênticas medidas de segurança -, sem indicar o tempo de duração; sem determinar se será na sentença condenatória ou no decurso da instrução preparatória, ou antes do julgamento com decisão judicial definitiva – sendo o caso de processo sumário-crime - e sem apontar se todas elas são passíveis de determinação no âmbito da acção penal, diferentemente do regime estabelecido sobre as medidas de segurança no Código Penal, *maxime*, nos artigos 70 e 71, que é claro sobre as condições de aplicação das ali previstas.

A falta destes elementos de dosimetria e de limitação, pode dar azo a que o tribunal seja colocado na condição de aplicar aquelas medidas por tempo ilimitado, e actuar com total discricionariedade, ao arrepio dos apontados princípios constitucionais e dos princípios gerais do direito penal e do direito processual penal. Entendo tratar-se de uma disposição “desamparada” e “solitária”, que clama por melhor concretização através duma revisão legislativa.

Artigo 8 - Prestação de Trabalho a Favor da Comunidade

Na pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, o legislador não só não especificou que tipo de trabalhos deve o condenado prestar, deixando a definição dos serviços a prestar ao livre arbítrio do tribunal, como não cuidou de definir a quem cabe a responsabilidade de executar a mesma pena, já que não existem tribunais de execução de penas, o que desestimula a sua aplicação pelos tribunais, que, *grosso modo*, para assegurar o efectivo cumprimento das suas decisões condenatórias por esta infracção, optam por substituir a pena de prisão por multa, aplicando assim o regime penal geral do artigo 86 do Código Penal, ao abrigo do que estatui o artigo 7 da Lei nº 29/2009, já que a possibilidade prevista no nº 2 do citado artigo 13 não obsta a esta solução legal.

³ Não me irei ater, na presente comunicação, aos constrangimentos culturais.

⁴ Ou algumas delas, com carácter eminentemente civil, devem ser requeridas através de uma acção cível, *maxime*, providência cautelar?

Em boa verdade, inexistem mecanismos de articulação interinstitucional que permitam a aplicação e operacionalização efectiva desta medida penal, por falta de instrumento legal regulador e que assegure ao juiz o efectivo cumprimento desta medida.

Artigo 16 - Violência Moral

Neste tipo legal, o legislador remeteu, por via do artigo 7, a punição de qualquer publicação em que o agente impute um facto ofensivo à honra e carácter da mulher, ao Código Penal, isto é, o Capítulo V, Título IV, que trata dos crimes contra a honra, difamação, calúnia e injúria.

Olhando a panorâmica das penas aplicáveis aos tipos legais de crime deste Capítulo, é inequívoco que o legislador, não obstante ter consagrado especialmente a previsão daquela conduta na Lei sobre o Combate à Violência praticada contra a Mulher, não assegurou, na estatuição, protecção mais severa, que seria o diferenciador do regime penal geral, o que, à luz da teoria da prevenção geral dos fins das penas, não desencoraja a prática deste tipo de infracção.

Artigo 21 – Crime Público

Regra geral, os crimes previstos no Código Penal ou em qualquer outro instrumento legal são públicos, sendo excepção aqueles em que a respectiva previsão ou secção em que se encontrem arrumados, estipule que o respectivo procedimento criminal depende da participação do ofendido ou de acusação particular.

Na Lei nº 29/2009, o legislador cuidou de consagrar expressamente que o crime de violência doméstica é público.⁵

Foi prudente o legislador na sua previsão, pois, inúmeros são os casos de processos sumários nos tribunais, em que as vítimas, que denunciaram o facto no Gabinete de Atendimento à Mulher e Criança, posteriormente, no tribunal, requerem a extinção do procedimento criminal, invocando perdão ou solução do problema ao nível familiar. O maior constrangimento que os tribunais enfrentam nestes casos, prende-se com a produção de prova dos factos contidos na denúncia, uma vez que, indeferido o pedido, nalguns casos a vítima não comparece ao julgamento e, com a sua conivência, o réu subtrai-se às notificações, já que, por força do disposto no artigo 27, o réu deve ser notificado pessoalmente.

Quando não hajam testemunhas ou outros elementos de prova, ou quando o crime não tenha sido denunciado pelas entidades indicadas no artigo 23, inevitável se torna a absolvição do infractor por falta de prova, o que pode estimulá-lo a praticar novos delitos da mesma natureza.

Ora, visto que a maior parte destes crimes de violência doméstica ocorre na mesma casa onde residem o agressor e a vítima, a obrigatoriedade de notificação pessoal daquele, quando o mesmo não seja encontrado, por subtrair-se à acção da justiça, constitui constrangimento ao carácter urgente do processo, consagrado no artigo 35 da mesma lei. Para evitar casos deste tipo, adequado será postular

⁵ Trata-se de uma afirmação clara e inequívoca do legislador em subtrair da vontade da vítima o privilégio de desencadear o correspondente procedimento criminal, com o objectivo de evitar que a vítima, por piedade ou por medo resultante de intimidação, desista do procedimento criminal.

outros mecanismos de notificação do infractor, que não obriguem, necessariamente, a notificação pessoal do mesmo.⁶

Artigo 22 – Atendimento

Na parte introdutória desta reflexão referi-me à preocupação do legislador em centrar toda a ordenação da lei no agente infractor. Sintomático de pouca preocupação pela vítima, é o tratamento algo disfarçado dado a esta no artigo 22, com o epíteto “Atendimento”, de tal sorte que o legislador não teve coragem de acrescentar a palavra “à Vítima” a seguir ao termo “Atendimento”, de modo que ficasse claro que se trata de atendimento à vítima, o que se explica pela falta de preocupação com a reparação dos prejuízos por esta sofridos.

Mas é de “bradar os céus” a falta de preocupação pela pessoa da vítima, manifestada pelo legislador, que se limitou a autorizar a participação da vítima no processo apenas como mero instrumento de obtenção de prova, chegando mesmo a condicionar a participação da mesma no julgamento à sua constituição em assistente nos termos gerais.⁷

O *locus delicti* normal nos crimes de violência doméstica é o lar, o mesmo lugar de residência da vítima e do infractor, o mesmo espaço onde confluem relações de afectividade e de dependência económica e social, grosso modo, da vítima (mulher) e do infractor (homem).

Estas premissas podem explicar o facto de a maior parte das vítimas dos crimes de violência doméstica, quando denunciam os factos junto às autoridades, estarem sempre mais preocupadas com a possibilidade de se verem ressarcidas, ajudadas ou protegidas e com a punição do infractor. Impõe-se que o Estado preveja e estabeleça mecanismos legais que situem a vítima no centro das preocupações com a incriminação das práticas que a atingem, consagrando políticas de protecção, apoio, acolhimento e compensação mais profícuas.

A experiência que vários casos emprestam aos tribunais, permite observar que na maior parte das denúncias as vítimas são motivadas pelo desespero, pela busca de apoio moral, psicológico e material. Geralmente, devido às relações afectivas co-envolventes neste tipo de crimes, muitos são os casos em que a vítima não logra punir o infractor.

Questões de reflexão na perspectiva de revisão legal

Na Lei nº 29/2009, de 29 de Setembro, Lei Sobre a Violência Doméstica Praticada Contra a Mulher, o legislador consagrou dois objectivos (cfr. artigo 2), a destacar:

- Prevenir a violência e sancionar os infractores;
- Proteger a mulher vítima de violência doméstica.

A prevenção alcança-se, não só com medidas jurídico-penais, como também com medidas educativas, que devem interferir desde cedo nos processos de socialização do indivíduo, quer do homem, quer da

⁶ Uma das soluções passaria pela aplicação do regime previsto no nº 1, 1ª parte e no nº 2 do artigo 248 do Código de Processo Civil, ex vi, § único do artigo 1 do Código de Processo Penal.

⁷ São por demais conhecidas as dificuldades que as vítimas, mulheres na sua maioria, enfrentam para contratar patrocínio jurídico ou obter assistência do IPAJ (Instituto para o Patrocínio e Assistência Jurídica) nos processos judiciais, quer por razões económicas, quer por ignorância, quer ainda pelo reduzido número de técnicos jurídicos nos distritos afastados das cidades.

mulher, nos seus papéis sociais, visto que a violência doméstica, na grande maioria exercida pelo homem contra a mulher, encerra um condão cultural com influência muito forte nos princípios e valores de vida transmitidos ao novo ser, que ainda prevalecem na sociedade moçambicana. Um dos vectores que se pode apontar é a incorporação desta temática nos conteúdos curriculares do Sistema Nacional de Ensino, como diríamos em relação ao combate à corrupção, com casos de sucesso como, por exemplo, o Botswana.

Também há-de lograr-se a prevenção, como medida de política criminal, através da sanção, como um dos meios dos fins das penas. Sanção mais severa, que, longe de pressupor um Estado vingador, movido por ódio, represente um meio de intimidação abstracta da sociedade, como fonte inibidora dos impulsos criminais dos cidadãos em geral para a prática dos crimes de violência doméstica, princípio defendido pela tradicional teoria da prevenção geral, no quadro dos fins das penas, não obstante negar-se sucesso a esta teoria nas sociedades modernas - discussão que não cabe nesta ocasião -, já que há muito se afirma na doutrina que não é uma grande pena em abstracto que causaria a intimidação, mas a certeza de uma efectiva aplicação da pena prevista na lei.

A este propósito, reflecte Juarez Cirino dos Santos (2008: 467): “Nesse sentido, é comum o argumento de que não seria a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal -, mas a certeza (ou a probabilidade, ou o risco) da punição que desestimularia o autor de praticar crimes – na verdade, uma velha teoria já enunciada por BECCARIA (1738-1794), sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de intelectuais e políticos do controle”.

Neste sentido, pode-se explicar a percepção de insatisfação da comunidade, que tem magnitude maior no julgador, na aplicação da lei de combate à violência doméstica no que tange, em particular, às penas, especificamente, a pena de trabalho a favor da comunidade, substitutiva da pena de prisão nos crimes de violência física simples e de violência patrimonial (cfr. nº 2, artigo 13 e nº 1, artigo 19, ex vi, artigo 8 da Lei nº 29/2009).

No que concerne à vítima, a Lei nº 29/2009, de 29 de Setembro, queda-se na mera enunciação desse desiderato da criminalização, descuidando-se na previsão e adopção de acções concretas que obriguem o infractor - e até o Estado – a assegurar uma efectiva protecção à vítima, para evitar a dupla vitimização desta, que não só sofre a violência do infractor, como sofre a violência do sistema penal, que vê na mesma um instrumento de obtenção de prova contra o infractor, este o centro de todas as atenções.

É em face deste sistema penal pouco atento às expectativas da vítima, que o Estado e a comunidade ficam a dever protecção à mesma. O que a vítima dos crimes de violência doméstica espera obter do sistema penal não é apenas a reacção deste ao comportamento do infractor, mas também a paz, a protecção efectiva, a justiça, que muitas vezes tarda e falha.

Actualmente, a vítima ocupa, no sistema penal, uma posição secundária, ficando em desvantagem relativamente ao infractor, que vê mobilizado todo o sistema penal na procura de soluções para a sua ressocialização. Os interesses da vítima são relegados a um plano absolutamente secundário. O seu papel é, basicamente, o de testemunha, ou seja, uma ferramenta utilizada para que o sistema alcance o resultado que, via de regra, persegue no exercício da acção penal, que é a punição do infractor.

Urge, pois, consagrar preocupação real com a valorização da vítima, de forma especial a mulher vítima, em matéria de violência de género.

Conclusões

A Lei nº 29/2009, de 29 de Setembro deve ser revista, com particular incidência nos seguintes aspectos:

- Concretizando melhor os mecanismos de aplicação e execução efectiva da pena de prestação de trabalho a comunidade;
- Esclarecendo melhor o quadro de aplicação das medidas cautelares;
- Penalizando mais severamente o crime de violência moral;
- Agravando as molduras penais abstractas para desestimular os infractores;
- Consagrando a vítima como centro gravitacional da acção e reacção do sistema penal, não como mero instrumento de obtenção de prova.

Referências:

Santos, Juarez Cirino, 2008, Direito Penal Parte Geral (3ª ed.). Curitiba: Lumen Juris.