

Do regime jurídico da violência doméstica praticada contra a mulher no direito penal moçambicano – Algumas considerações¹

Catarina Salgado²

A violência doméstica não é um fenómeno novo, contudo só recentemente passou a ser tema de preocupação jurídico-criminal.

Trata-se de um fenómeno que afecta muitas vítimas de muitos e diferentes tipos, não existindo propriamente um estereótipo de vítimas e de agressores.

Tradicionalmente, a violência física, psíquica e sexual dos maridos sobre as mulheres foi sendo considerada justificada, fazendo tudo parte do poder de correcção doméstica do marido sobre a mulher e do pai sobre os filhos, que chegou a ter suporte na lei e na jurisprudência.

Porém, por efeito do fenómeno da globalização e consequente modernização da sociedade internacional, vários factores de política criminal determinaram a intervenção jurídico-penal.

Por um lado, no plano constitucional, o princípio da igualdade de género, plasmado no artigo 36.º da Constituição Moçambicana, contrastava com a reiterada violação dos direitos humanos sobre as mulheres, simplesmente pelo facto de serem mulheres.

¹ Texto que serviu de base à palestra proferida na Beira, na Unizambeze, em 31 de Março de 2010, no âmbito da leccionação da disciplina de Direito Penal Especial.

² Mestre em Direito, assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e assistente cooperante ao abrigo de Protocolo entre a FDUL e a Unizambeze.

Por outro, no plano internacional, vários foram os instrumentos jurídicos que se ocuparam deste tema, destacando-se a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adoptada em Dezembro de 1979 na ONU, a Declaração e Plano de Acção de Viena, de 1993, e o Protocolo dos Direitos Humanos da Mulher Africana à Carta dos Direitos Humanos e dos Povos, os quais, de forma unânime, recomendavam a elaboração de legislação e a adopção de medidas com vista a erradicar o fenómeno da violência doméstica, a punir os infractores, e ainda a proteger e apoiar as vítimas dos seus agressores, implementando programas de reabilitação.

Nesse contexto, o Estado deparou-se com a necessidade de intervir de uma forma especial, identificando como o maior obstáculo ao sucesso do regime jurídico-criminal ora criado o facto de a violência contra as mulheres se tratar uma questão estrutural da sociedade, baseada nas relações de poder dos homens sobre as mulheres, em que tanto os dominantes como as dominadas reconhecem legitimidade a essa relação desigual, sendo esta a razão pela qual tantas vezes assistimos à “conspiração do silêncio”, em que os que a ela assistem, ignoram a sua relevância.

O artigo 21.º da Lei 29/2009, de 29 de Setembro, ao atribuir a natureza pública ao crime de violência doméstica, vem reconhecer que se trata não só de um problema social com dignidade punitiva e carente de tutela penal, mas também de um problema público, relativamente ao qual o Estado tem responsabilidades ao nível da contenção e do combate a uma situação clara de grave violação de um direito constitucionalmente consagrado.

Está, pois, ultrapassada a ideia de que o que acontece entre as quatro paredes do lar tem carácter privado, reconhecendo-se cada vez mais o facto de que as pessoas que estão inseridas num ambiente doméstico, em relações afectivas

ou puramente familiares, estão muito mais expostas e dependentes do seu agressor.

Resulta assim a consciencialização de que se o crime de violência doméstica fosse um crime dependente de queixa, ficaria, muitas vezes, impune, devido ao domínio do agente face à vítima, levando a uma não criminalização destes comportamentos, uma vez que, por norma, a vítima, por inércia, medo, factores psicológicos inibitórios, pressões, chantagens, falta de coragem, não apresenta queixa ou mais tarde desiste do processo.

Não obstante, sempre se poderá questionar se tal opção de política criminal não poderá atentar contra o princípio da reserva da vida privada, consagrado no artigo 41.º da Constituição moçambicana.

Objecto da Lei n.º29/2009, de 29 de Setembro

O objecto da presente lei consiste na violência praticada contra a mulher, no âmbito das relações domésticas e familiares e de que não resulte a sua morte.

Daqui retiramos duas conclusões: que o sujeito passivo ou a vítima é a mulher, e que em todos os casos de violência doméstica dos quais resulte a morte, a Lei 29/2009 não é aplicável, sendo aplicadas as disposições do Código Penal.

A este propósito, parece-me criticável a opção do legislador em especificar o género da vítima - a mulher – acabando por patrocinar uma situação de discriminação positiva.

Sempre se poderá dizer que o artigo 36.º da Lei n.º29/2009, sob a epígrafe “igualdade de género” acaba por repor essa igualdade perdida, ao prever que *“as disposições da presente Lei aplicam-se ao homem, em igualdade de*

circunstâncias e com as necessárias adaptações”, ficando sempre por concretizar o que deva entender-se por “necessárias adaptações”.

Com efeito, se é verdade que as estatísticas apontam para uma maioria esmagadora de casos em que o agressor é o homem e a vítima é a mulher, o certo é que casos existem, ainda que em minoria, em que a violência opera no sentido inverso, sendo o agressor a mulher e a vítima o homem.

À semelhança das sociedades europeias, onde o crime de violência doméstica já é punido autonomamente há alguns anos, sem qualquer identificação ao nível do género, quer do agressor, quer da vítima, deveria o legislador moçambicano, em nome do princípio da igualdade de género, constitucionalmente consagrado, ter procurado não ceder à tentação do “politicamente correcto”.

De facto, ao invés de a Lei n.º29/2009 ter especificado no seu objecto que a vítima é a mulher, vendo-se obrigada a, em sede de disposições finais, alargar o seu âmbito de aplicação ao homem *“em igualdade de circunstâncias e com as necessárias adaptações”*, a opção legislativa deveria ter ido no sentido de não especificar qualquer tipo de vítima quanto ao género.

Na verdade, nunca nos deveremos esquecer que a razão da incriminação especial do comportamento da violência doméstica, quer física, quer psicológica, quer patrimonial, reside no facto de existir uma relação especial, de afectividade, seja ela amorosa ou meramente familiar, que enfraquece uma das partes relativamente à outra.

E bem assim, nada impede que possa existir uma situação em que o homem é o “elo mais fraco” da relação, impedindo-o, com a lei actual, de fazer valer os seus direitos através de uma lei especial.

Objectivo e âmbito da Lei n.º29/2009

Na esteira das recomendações feitas pelos instrumentos internacionais supra referidos, o artigo 2.º traça como objectivo da Lei “prevenir, sancionar os infractores e prestar às mulheres vítimas de violência doméstica a necessária protecção, garantir e introduzir medidas que forneçam aos órgãos do Estado os instrumentos necessários para a eliminação da violência doméstica”.

Apontam-se, deste modo, como grandes finalidades da Lei a prevenção, a punição dos infractores, a protecção das vítimas, e a garantia e introdução de medidas com vista à eliminação da violência doméstica.

Resumem-se, no fundo, estas finalidades, aos fins das penas baseados na prevenção geral e especial, quer positiva, quer negativa.

Por um lado, a prevenção geral, na medida em que os destinatários são a sociedade em geral, quer na vertente positiva, ou seja, reforçando e garantindo a confiança no Estado no combate a este tipo de criminalidade, quer na vertente negativa, na medida em que o combate real e efectivo a este tipo de criminalidade é susceptível de reprimir outros eventuais futuros prevaricadores.

Por outro lado, a prevenção especial, na medida em que os destinatários são os próprios infractores, quer na vertente positiva, prevendo formas de reintegração do agente na sociedade, retirando-o das malhas da delinquência, assim se entendendo a opção do legislador, em alguns casos, pela pena de prestação de trabalho da favor da comunidade, quer na vertente negativa, na medida em que a sua punição serve de factor inibidor a futuros actos criminosos.

O artigo 3.º da Lei estabelece como âmbito da mesma a protecção da integridade física, moral, psicológica, patrimonial e sexual da mulher, contra

qualquer forma de violência exercida pelo seu cônjuge, ex-cônjuge, parceiro, ex-parceiro, namorado, ex-namorado e familiares, definindo assim um leque alargado de relações afectivas potenciadoras de actos de violência doméstica contra a mulher.

O bem jurídico protegido com a incriminação

Parece resultar da lei que o bem jurídico protegido consiste na saúde, seja ela física ou psíquica e mental, bem como a liberdade sexual e o património, todos eles inseridos numa relação especial, conjugal ou análoga, amorosa ou familiar.

Com efeito, como já foi supra referido, a justificação de uma punição autónoma deste tipo de crimes reside no reconhecimento cada vez maior de que as pessoas que estão inseridas num ambiente doméstico, em relações afectivas ou puramente familiares, estão muito mais expostas e dependentes do seu agressor, e por isso devem ter um tratamento diferenciado e uma protecção maior do que as demais vítimas.

Algumas considerações acerca dos tipos objectivos da violência doméstica

A Lei n.º29/2009 prevê vários tipos de violência doméstica, a saber: a violência física simples (artigo 13.º), a violência física grave (artigo 14.º), a violência psicológica (artigo 15.º), a violência moral (artigo 16.º), a cópula não consentida (artigo 17.º), a cópula com transmissão de doenças (artigo 18.º), a violência patrimonial (artigo 19.º) e a violência social (artigo 20.º).

Quanto às noções de violência, violência contra a mulher, violência física, moral, psicológica, sexual, e ciclo de violência, note-se que o legislador remete,

no seu artigo 4.º para as definições previstas no glossário em anexo à Lei n.º29/2009.

O crime de violência física simples traduz-se na situação em que o agente atenta contra a integridade física da mulher, utilizando ou não algum instrumento, causando-lhe qualquer dano físico.

Trata-se, por isso, de um crime específico face ao crime de ofensas corporais previsto no artigo 359.º do Código Penal, em que a pena máxima altera de três para seis meses de prisão e multa correspondente.

Porém, nos termos do n.º2 do artigo 13.º da Lei n.º29/2009, avaliadas as circunstâncias do cometimento do crime e a situação familiar do condenado, o tribunal pode substituir a pena de prisão pela pena de trabalho a favor da comunidade.

Quanto ao crime de violência física grave, o mesmo é cometido quando a violência física praticada sobre a mulher afecte gravemente a possibilidade de usar o corpo, os sentidos, a fala e as suas capacidades de procriação, de trabalho manual ou intelectual; ou quando tal violência física venha a causar um dano grave e irreparável a algum órgão ou membro do corpo da mulher; ou ainda quando tal violência física venha a causar doença ou lesão que ponha em risco a vida da mulher.

Trata-se, igualmente, de um crime específico, mas agora face a alguns tipos previstos no artigo 360.º do Código Penal, sendo neste caso a pena mínima prevista para o crime comum elevada a um terço, com excepção da situação em que a violência física cause doença ou lesão que ponha em risco a vida da vítima, caso em que o agente é punido com uma pena de dois a oito anos de prisão maior.

Já quanto ao crime de violência psicológica, o mesmo consiste na ofensa psíquica, por meio de ameaças, violência verbal, injúria, difamação ou calúnia.

Trata-se de uma incriminação que pretende proteger, não a integridade física da vítima, mas sim a sua integridade psíquica e mental, sendo aplicável ao agente uma pena de seis meses a um ano de prisão e multa correspondente.

Excepciona-se a situação em que a ameaça tenha sido feita com o uso de instrumentos perigosos, em que a pena aplicável é de um a dois anos de prisão e multa correspondente.

Quanto a esta previsão do n.º2 do artigo 15.º, duas considerações importa fazer: em primeiro lugar, o conceito de “instrumentos perigosos” não se encontra devidamente determinado; em segundo lugar, a previsão desse mesmo preceito legal permite qualificar o crime aí previsto como um crime de perigo abstracto, tendo entendido o legislador que o recurso a instrumentos perigosos tem insita uma potencial perigosidade acrescida face ao comportamento previsto no n.º1.

No que respeita à violência moral, conclui-se, através da conjugação do constante do artigo 16.º com a definição constante do glossário em anexo, deverá ser entendida como a calúnia, difamação ou injúria ofensiva da honra e carácter da vítima, praticada por escrito, desenho publicado ou qualquer publicação, sendo aplicáveis as penas previstas na lei penal geral, ou seja, no Código Penal, para os crimes comuns.

O artigo 17.º da Lei n.º29/2009 veio criar o tipo criminal de cópula não consentida, assumindo algo que era discutido há muito a propósito do crime de violação, que consistia em saber se faria sentido incriminar uma espécie de violação dentro do casamento.

Não queremos com esta afirmação assimilar totalmente o tipo de violação previsto no artigo 393.º do Código Penal ao tipo de cópula não consentida previsto no artigo 17.º da Lei n.º29/2009.

Com efeito, se o tipo do artigo 393.º do Código Penal exige, para os casos em que a mulher não está privada da razão, o emprego da violência física, de veemente intimidação ou de qualquer fraude, o artigo 17.º da Lei n.º29/2009 apenas exige que a vítima não tenha dado o seu consentimento para a cópula.

O legislador vem, assim resolver o que antes era uma questão controvertida, provavelmente devido a questões culturais e sociais, admitindo explicitamente que o facto de existir um casamento ou uma relação afectiva estável não implica necessariamente uma submissão sexual de um elemento relativamente ao outro.

Não obstante, parece-me criticável a opção de integrar os laços de parentesco ou consanguinidade ao mesmo nível das relações amorosas.

De facto, se nas relações amorosas, conjugais ou não, existe uma envolvente sexual, nas demais relações familiares, com laços de parentesco ou de consanguinidade, essa envolvente deverá ser considerada pária, não devendo esta ser tratada de forma igual àquela.

Relativamente à cópula com transmissão de doenças, a mesma não encontra correspondência directa na parte geral do Código Penal, uma vez que não se encontra tipificado o crime de propagação de doença contagiosa. Porém, a transmissão de doença sexualmente transmissível é considerada uma circunstância agravante do crime de violação, nos termos do artigo 398.º, sem prejuízo da legislação especial relativa à transmissão do HIV.

Quanto à violência patrimonial, prevista no artigo 19.º da Lei n.º29/2009, a mesma comporta três tipos diferentes.

O primeiro tipo, previsto no n.º1, deverá ser integrado com o conceito de violência previsto no glossário em anexo, segundo o qual é violência *“qualquer conduta que configure retenção, subtracção, destruição parcial dos objectos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos económicos incluindo os destinados a satisfazer as suas necessidades”*.

Deste modo, é punido com a pena de trabalho a favor da comunidade entre cinquenta e cem horas, aquele que causar deterioração ou perda, ou exercer qualquer tipo de violência, na acepção dada pela Lei, relativamente aos objectos, animais ou bens da mulher ou do seu núcleo familiar.

Trata-se, pois, de um crime específico relativamente aos crimes comuns de furto, roubo e dano previstos no Código Penal, que ao invés de ser punido com pena de prisão, tal como nos crimes comuns, é punido com pena de trabalho a favor da comunidade.

Estranha-se, de facto, esta opção do legislador, por duas ordens de razão.

A primeira, prende-se com a eventualmente desconcertante disparidade de critérios quanto aos níveis de punibilidade e de gravidade da conduta, nomeadamente quando comparamos com a pena aplicável ao crime de violência psicológica, previsto no artigo 15.º/1.

Ou seja, a título exemplificativo, parece no mínimo estranho que o ex-cônjuge que injuria a vítima cometendo um crime de violência psicológica previsto no artigo 15.º seja mais gravemente sancionado que o ex-cônjuge que, entrando na casa da vítima, lhe destrói parte dos objectos e bens que ela tem em casa,

cometendo assim um crime de violência patrimonial nos termos do artigo 19.º/1...

A segunda ordem de razão da nossa estranheza reside agora em torno da comparação, não entre os vários tipos de violência doméstica, mas entre o crime específico de violência patrimonial e os crimes comuns previstos no Código Penal.

Com efeito, se a tipificação específica da violência doméstica se baseia na necessidade de proteger de forma específica a vítima inserida numa relação especial, no âmbito da qual ela está potencialmente mais indefesa, não se entende que a violência patrimonial acabe por ser punida de uma forma mais branda que os comuns crimes contra o património.

Por outro lado, e apenas no que ao crime de furto respeita, não poderemos deixar de fazer uma referência ao artigo 431.º do Código Penal (“casos em que não tem lugar a acção criminal pelos crimes de furto”), com a redacção dada pela Lei n.º8/2002, de 5 de Fevereiro.

De facto, e tendo por base o pressuposto de que o conceito de violência patrimonial deve ser integrado com o conceito de violência constante do glossário anexo à Lei n.º29/2009, integrando consequentemente a subtracção de objectos (crime de furto), e tendo em conta que o artigo 431.º do Código Penal retira legitimidade de acção criminal aos casos de subtracções cometidas pelo cônjuge e pelos ascendentes e descendentes, terá necessariamente que se entender que a entrada em vigor da Lei n.º29/2009, mais especificamente o seu artigo 19.º/1, vem revogar tacitamente o artigo 431.º do Código Penal.

O segundo tipo de violência patrimonial encontra-se previsto no n.º2 do artigo 19.º, segundo o qual, além de ser obrigado a pagar em dobro o montante em

falta, aquele que deixar de prestar alimentos a que está obrigado, por um período superior a sessenta dias privando, deste modo, os beneficiários de sustento e pondo em risco a sua saúde, educação e habitação, é punido com pena de prisão até seis meses.

Quanto a este tipo de crime, cumpre-nos tecer duas considerações.

A primeira prende-se com o facto de esta incriminação vir reforçar a efectividade da Lei da Família, aprovada pela Lei n.º10/2004, de 25 de Agosto, mais propriamente o regime jurídico dos alimentos, previsto nos artigos 407.º e seguintes dessa mesma Lei, por forma a que quem se encontra obrigado a prestar alimentos se sinta menos tentado a deixar de cumprir tal obrigação.

A segunda consideração relaciona-se com a classificação do tipo previsto no artigo 19.º/1 da Lei n.º29/2009 como um crime de perigo concreto, em que o perigo faz parte do tipo, nos termos do qual, para que se verifique o tipo de crime, tem que se verificar uma colocação em risco da saúde, educação e habitação dos beneficiários desses mesmos alimentos.

Já relativamente ao terceiro tipo de violência patrimonial, o mesmo encontra-se previsto no n.º3 do artigo 19.º, segundo o qual aquele que se apoderar dos bens do núcleo familiar da mulher após a morte do cônjuge ou do homem com quem vivia em união de facto ou em situação equiparada, é punido com pena de prisão até seis meses e multa correspondente.

Finalmente, o crime de violência social, previsto no artigo 20.º da Lei n.º29/2009, segundo o qual é punido com pena de prisão até um ano e multa correspondente aquele que impedir a mulher com quem tem relações familiares ou amorosas de se movimentar ou de contactar outras pessoas, retendo-a no espaço doméstico ou outro, não se pode considerar um verdadeiro crime específico, por não ter correspondência directa com nenhum crime comum

previsto na lei penal geral, apenas encontrando alguma aproximação com o crime de cárcere privado previsto no artigo 330.º do Código Penal.

O tipo subjectivo da violência doméstica

Todos os tipos de violência doméstica supra referidos exigem dolo na conduta do agente, não se bastando com actos de mera negligência.

Trata-se, no entanto, de um dolo genérico, não se exigindo qualquer dolo específico para a consumação do crime.

Formas de comparticipação – Algumas considerações

Como já foi anteriormente referido, a opção legislativa de tipificar todos estes crimes específicos no âmbito da violência doméstica assenta na existência de uma relação especial entre o sujeito activo (agente) e o sujeito passivo (vítima), e no reconhecimento de que essa mesma relação especial potencia uma posição fragilizada da vítima relativamente ao agressor.

Ora, abordando o fenómeno numa óptica de comparticipação, como deverá ser valorada a contribuição de cada um dos participantes numa situação em que dois ou mais agentes contribuam para um dos tipos de violência doméstica?

O artigo 31.º do Código Penal prevê que as circunstâncias agravantes inerentes ao agente só agravam a responsabilidade desse agente.

Assim sendo, nos termos do referido preceito legal, cada agente responde pelas agravantes que respeitem a si próprio, enquanto detentor de uma qualidade especial ou de uma relação especial com o ofendido, não havendo

portanto lugar a qualquer comunicação das circunstâncias aos demais participantes.

Deste modo, deparamo-nos com uma situação interessante a propósito das figuras do cúmplice e do encobridor previstos, respectivamente, nos artigos 22.º e 23.º do Código Penal.

Com efeito, tanto o cúmplice como o encobridor são tratados pelo Código Penal como meros participantes e não como autores.

Assim se justifica a previsão do artigo 24.º no sentido da impossibilidade de haver encobridor ou cúmplice sem simultaneamente existir um autor, muito embora a sua punição não esteja subordinada à punição dos outros agentes do crime, operando deste modo em pleno os artigos 31.º e 32.º.

Ora, no caso de o cúmplice ou o encobridor serem os elementos detentores da relação especial com a vítima que justifica a aplicação do tipo específico de violência doméstica (tornando-se o *intraneus*), e tal relação especial não se verificar no autor material ou imediato (sendo este o *extraneus*), concluímos que o tipo criminal que constitui a referência para o cúmplice ou o encobridor, por um lado, e para o autor material, por outro, é distinto, muito embora os primeiros não possam existir sem o último.

Deste modo, tendo em conta o estabelecido nos artigos 103.º e 106.º, onde se prevêem, respectivamente, as penas aplicáveis aos cúmplices e aos encobridores, no caso de estes serem *intraneus*, serão punidos tendo como referência o tipo específico de violência doméstica, ao passo que o autor material *extraneus* será responsabilizado criminalmente pelo tipo comum previsto na lei penal geral.

O artigo 37.º da Lei n.º29/2009

Por último, após uma breve análise do regime jurídico substantivo aplicável à violência doméstica, resta-nos questionar a razão de ser do artigo 37.º da Lei n.º29/2009, nos termos do qual *“a aplicação da presente Lei deve ter sempre em conta a salvaguarda da família”*, previsão essa que nos parece estar em consonância com o já referido artigo 13.º/2, nos termos do qual, avaliadas as circunstâncias da situação familiar do condenado, o tribunal pode substituir a pena de prisão aplicável ao crime de violência física simples pela pena de trabalho a favor da comunidade.

Servirão tais previsões legais para acautelar as situações em que o agressor é a única fonte de sustento da família?

Ou o legislador também pretende resolver situações em que a punição do agente poderá, ainda que não originando o divórcio, potenciar o desmoronamento da relação conjugal, afectiva ou familiar? E se assim for, o artigo 37.º, bem como o artigo 13.º/2, não serão contraditórios com a opção legislativa de atribuição da natureza pública ao crime de violência doméstica?

Aqui ficam algumas reflexões...