

TEMA 5: JUSTIÇA RESTAURATIVA, UM LEGADO A RESTAURAR NOS TEMPOS QUE CORREM?

United Nations Office on Drugs and Crime, *Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa*, 2ª ed., Série de Manuais de Justiça Criminal, 2020

“A justiça restaurativa é uma abordagem que oferece aos ofensores, vítimas e comunidade um caminho alternativo para a justiça. Promove a participação segura das vítimas na resolução da situação e oferece às pessoas que assumem a responsabilidade pelos danos causados por suas ações uma oportunidade de se reabilitarem perante aqueles a quem prejudicaram. Sua base é o reconhecimento de que o comportamento criminoso não apenas viola a lei, mas também prejudica as vítimas e a comunidade” (p.4)

“A maioria das definições concorda com os seguintes elementos:

- Foco no dano causado pelo comportamento criminoso
- Participação voluntária das pessoas mais afetadas pelo dano, incluindo a vítima, o ofensor e, em alguns processos e práticas, seus apoiadores ou familiares, membros de uma comunidade interessada e profissionais adequados
- Preparação das pessoas participantes e facilitação do processo por profissionais treinados
- Diálogo entre os participantes para chegar a um entendimento mútuo sobre o que aconteceu, as consequências do ocorrido e um acordo sobre o que deve ser feito

Os resultados do processo restaurativo variam e podem incluir uma declaração de arrependimento e reconhecimento da responsabilidade

pelo ofensor, bem como o compromisso de tomar alguma medida reparadora em relação à vítima ou à comunidade

Uma oferta de apoio à vítima para ajudar na sua recuperação e ao ofensor para ajudar na sua reintegração e desistência de futuros atos lesivos" (p. 4)

Para os fins deste manual, o termo "programas de justiça restaurativa" recebe a mesma definição ampla encontrada nos *Princípios Básicos [do Uso de Programas de Justiça Restaurativa em Questões Criminais, Resolução do Conselho Económico e Social 2002/12, de 24 de julho de 2002]*, a saber: "qualquer programa que use processos restaurativos e busque obter resultados restaurativos". (p.5)

A ênfase nesta definição está claramente em um processo participativo definido como "qualquer processo em que a vítima e o ofensor e, se apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjunta e ativamente na resolução dos problemas decorrentes do crime, em geral com a ajuda de um facilitador". As pessoas envolvidas nesse processo são chamadas de participantes. Esse processo assume várias formas, com base em diferentes técnicas e tipos de diálogo. Na Europa, por exemplo, o processo é mais conhecido como "mediação", distinta de uma decisão judicial. Em outras partes do mundo, pode ser chamado de "conferência", "diálogo", "círculos decisórios" ou "pacificação" (p.5)

Os programas de justiça restaurativa podem:

- Dar acesso mais amplo e rápido à justiça para vítimas de crimes e ofensores
- Dar às vítimas uma voz, uma oportunidade de serem ouvidas e uma oportunidade de entender o ofensor
- Dar às vítimas e à comunidade respostas, reconhecendo o seu direito de ter voz, direito à informação e direito à verdade
- Oferecer às vítimas uma oportunidade de reparação material e simbólica Facilitar a recuperação das vítimas e aliviar os efeitos emocionais e, por vezes, traumáticos do crime sobre elas
- Proporcionar uma alternativa viável aos processos criminais

- Reduzir a frequência e a gravidade da reincidência, em especial quando fizer parte de uma abordagem reabilitadora mais ampla
- Evitar que os ofensores sejam ainda mais estigmatizados e contribuir para a sua reinserção efetiva na comunidade
- Melhorar a participação pública e a confiança da população no sistema de justiça criminal nas comunidades onde existem
- Aumentar o envolvimento da comunidade
- Levar a iniciativas locais de prevenção do crime mais eficazes
- Melhorar as relações polícia-comunidade
- Reduzir custos e atrasos em todo o sistema de justiça criminal

RELAÇÃO COM OS FÓRUMS DE JUSTIÇA INDÍGENA E CONSUETUDINÁRIA

Aspectos da abordagem da justiça restaurativa são encontrados em muitas culturas tradicionais e sua prática em questões criminais se beneficiou da incorporação da sabedoria indígena. A natureza participativa da justiça restaurativa, além de suas frequentes semelhanças com o direito consuetudinário, sugere que ela pode ser um veículo para apoiar o uso de sistemas de justiça indígenas e, assim, facilitar a autodeterminação indígena(...).

Os sistemas informais baseados na comunidade (ou, como às vezes são chamados, "sistemas de justiça não estatais") podem assumir muitas formas e produzir resultados diferentes em termos de acesso à justiça, equidade e sentido de realização de justiça. Em geral, o objetivo principal do direito consuetudinário é a conciliação e resolução de conflitos, bem como a conciliação entre o injustiçado e o transgressor e a manutenção da responsabilidade social.(...)

Uma característica distintiva de muitos desses sistemas é o seu processo informal e deliberativo. O resultado, porém, é muitas vezes decidido por arbitragem em vez de mediação e o consentimento do ofensor para participar nem sempre é uma exigência. Entretanto, a maioria das tradições jurídicas indígenas contém princípios e processos que promovem a recuperação da comunidade, a conciliação e a reintegração do ofensor. (p.12).

Vamos passar para Moçambique ponto de partida:

Estudo etnográfico das normas das populações locais para a resolução de conflitos e a sua relação com o acesso ao direito e à justiça em Moçambique. Relatório exploratório do Projecto piloto dos Distritos das Províncias de Cabo Delgado, Nampula e Niassa, 2020

- Sumário Executivo, em português (29 pp.) e em inglês (27 pp.)
- Relatório, em português (324 pp.).

4.2. Reflexão e as necessidades decorrentes dos resultados do estudopiloto

Os resultados do estudo piloto permitiram-nos entender que:

1. Não devemos simplesmente clamar pela reforma do quadro legal, mas sim, pensar o quadro legal a partir da matriz sócio-antropológica moçambicana;
2. É preciso evidenciar as discrepâncias entre o quadro legal vigente (colonial) e a estrutura sócio-antropológica das populações moçambicanas hoje;
3. Pensar o direito moçambicano hoje exige que sejam envolvidos mais Antropólogos, Sociólogos, Geógrafos, Filósofos, que os Juristas formados e formatados por técnicas de aplicação de um quadro legal defasado da realidade sociocultural moçambicana [redação reproduzida conforme texto publicado]
4. Este pensar p direito a partir da matriz socio-antropológica exige o reconhecimento da justiça, não somente como instrumento punitivo, mas sim, e principalmente como restaurativo (que procura o viver juntos; lusUjama);
5. Visto que as populações só procuram a justiça formal quando não encontram soluções culturais satisfatórias, considerados que é o direito formal que é alternativo e não o direito costumeiro;
6. Por último, o estudo piloto evidenciou a necessidade do reconhecimento de que a justiça é bem aplicada pelo direito consuetudinário pelas instâncias locais" (p. 23 e 25).

Uma análise destas conclusões, tendo em consideração o objeto desta conferência:

Consolidando o Estado de Direito Democrático e a busca de elementos para uma resposta em relação à interrogação inicial do título da intervenção

Procurar uma visão africana

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Capítulo II – Dos deveres

Artigo 27º

1. Cada indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e outras coletividades legalmente reconhecidas, e para com a comunidade internacional.

2. Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum.

Artigo 28º

Cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos.

Artigo 29º O indivíduo tem ainda o dever:

1. De preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de atuar em favor da sua coesão e respeito; de respeitar a todo momento os seus pais, de os alimentar e de os assistir em caso de necessidade.

2. De servir a sua comunidade nacional pondo as suas capacidades físicas e intelectuais a seu serviço.

3. De não comprometer a segurança do Estado de que é nacional ou residente.

4. De preservar e reforçar a solidariedade social e nacional, particularmente quando esta é ameaçada.

5. De preservar e reforçar a independência nacional e a integridade territorial da pátria e, de uma maneira geral, de contribuir para a defesa do seu país, nas condições fixadas pela lei.

6. De trabalhar, na medida das suas capacidades e possibilidades, e de desobrigar-se das contribuições fixadas pela lei para a salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade.

7. De zelar, nas suas relações com a sociedade, pela preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos, em um espírito de tolerância, de diálogo e de concertação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade.

8. De contribuir com as suas melhores capacidades, a todo momento e em todos os níveis, para a promoção e realização da Unidade Africana.

CONSTITUIÇÃO DE CABO VERDE

TÍTULO IV

DEVERES FUNDAMENTAIS

Artigo 83º (Deveres gerais)

1. Todo o indivíduo tem deveres para com a família, a sociedade e o Estado e, ainda, para com outras instituições legalmente reconhecidas.

2. Todo o indivíduo tem o dever de respeitar os direitos e liberdades de outrem, a moral e o bem comum.

Artigo 84º (Deveres para com o seu semelhante)

Todo o indivíduo tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de espécie alguma, e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocas

Artigo 85º (Deveres para com a Nação e a comunidade)

Todo o cidadão tem o dever de:

- a) Respeitar a Constituição e as leis;
- b) Ser fiel à Pátria e participar na sua defesa;
- c) Honrar e respeitar os símbolos nacionais;
- d) Promover a consolidação da unidade e coesão nacionais;
- e) Servir as comunidades e colectividades em que se integra e o país, pondo ao seu serviço as suas capacidades físicas, morais e intelectuais;

f) Desenvolver uma cultura de trabalho e trabalhar, na medida das suas possibilidades e capacidades;

g) Pagar as contribuições e impostos estabelecidos nos termos da lei;

h) Contribuir activamente para a preservação e a promoção do civismo, da cultura, da moral, da tolerância, da solidariedade, do culto da legalidade e do espírito democrático de diálogo e concertação;

i) Defender e promover a saúde, o ambiente e o património cultural.

Artigo 86º (Deveres para com as autoridades)

Todas as pessoas têm o dever de cumprir as obrigações estabelecidas por lei e de acatar as ordens, instruções ou indicações das autoridades legítimas, emitidas, com respeito pelos seus direitos, liberdades e garantias, nos termos da Constituição e da lei.

Normas sobre deveres fundamentais na Constituição de Moçambique

Artigo 44 (Deveres para com os seus semelhantes)

Todo o cidadão tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de qualquer espécie e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito, a tolerância recíproca e a solidariedade.

Artigo 45 (Deveres para com a comunidade)

Todo o cidadão tem o dever de:

a) servir a comunidade nacional, pondo ao seu serviço as suas capacidades físicas e intelectuais;

b) trabalhar na medida das suas possibilidades e capacidades;

c) pagar as contribuições e impostos;

d) zelar, nas suas relações com a comunidade pela preservação dos valores culturais, pelo espírito de tolerância, de diálogo e, de uma maneira geral, contribuir para a promoção e educação cívicas;

e) defender e promover a saúde pública;

f) defender e conservar o ambiente;

g) defender e conservar o bem público e comunitário.

Artigo 46 (Deveres para com o Estado)

1. Todo o cidadão tem o dever de contribuir para a defesa do país.
2. Todo o cidadão tem, ainda, o dever de cumprir as obrigações previstas na lei e de obedecer às ordens emanadas das autoridades legítimas, emitidas nos termos da Constituição e com respeito pelos seus direitos fundamentais.

Prevalência das normas constitucionais – CRM 2004

ARTIGO 2 (Soberania e legalidade) (...)

1. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade.
2. As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

ARTIGO 247 (Irrecorribilidade e obrigatoriedade dos acórdãos)

1. Os acórdãos do Conselho Constitucional são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos, instituições e demais pessoas jurídicas, não são passíveis de recurso e prevalecem sobre outras decisões.
2. Em caso de incumprimento dos acórdãos referidos no presente artigo, o infractor incorre no cometimento de crime de desobediência, se crime mais grave não couber.
3. Os acórdãos do Conselho Constitucional são publicados no Boletim da República.

ARTIGO 312 (Direito anterior)

A legislação anterior, no que não for contrária à Constituição, mantém-se em vigor até que seja modificada ou revogada.

Pluralismo jurídico e a relevância do(s) direito(s) costumeiro(s) locais no ordenamento jurídico moçambicano.

Lei da organização judiciária Artigo 5 (Tribunais comunitários)

Os tribunais comunitários são instâncias institucionalizadas não judiciais de resolução de conflitos, independentes, que julgam de acordo com o **bom senso e a equidade**, de modo informal, desprofissionalizado, privilegiando a oralidade e atendendo aos valores sociais e culturais existentes na sociedade moçambicana, com respeito pela Constituição

Lei nº 4/92, de 6 de Maio – Cria os Tribunais Comunitários e define as suas competências

Artigo 2 (Funcionamento)

1. Os tribunais comunitários procurarão que em todas as questões que lhe sejam levadas ao seu conhecimento as partes se reconciliem.
2. Não se conseguindo a reconciliação ou não sendo esta possível, o tribunal comunitário julgará de acordo com a equidade, o bom senso e com a justiça

Artigo 3 (Competências)

Compete aos tribunais comunitários deliberar sobre pequenos conflitos de natureza civil e sobre questões emergentes de relações familiares que resultem de uniões constituídas segundo os **usos e costumes**, tentando sempre que possível a reconciliação entre as partes

Fontes do(s) direito(s) costumeiro(s) locais

No artigo 22º do Acto Colonial de 1930, considerado como tendo natureza constitucional pelo artigo 132º da Constituição portuguesa de 1933, estava previsto que.

“[n]as colónias atender-se-á ao estado de evolução dos povos nativos, havendo estatutos especiais dos indígenas, que estabeleçam para estes, sob a influência do direito público e privado português, regimes jurídicos de contemporização para os seus usos e costumes individuais, domésticos e sociais, que não sejam incompatíveis com a moral e os ditames de humanidade”.

Projetos oficiais de recolha e de codificação do direito costumeiro em Moçambique

Distinguir entre:

- os projetos de legislação de origem colonial aplicável aos habitantes do território moçambicano
- no primeiro caso, em consonância com um propósito de aculturação e/ou assimilação das populações indígenas, estamos em presença de projetos de legislação especial para aplicação em Moçambique, modelada em função das especificidades sociais e culturais dos diversos grupos étnicos existentes no seu território
- e as recolhas de usos e costumes dos diversos grupos étnicos com o objetivo de proceder à sua codificação
- no segundo caso, estamos em face de uma intencionalidade específica de reduzir a escrito as normas costumeiras de natureza oral que eram aplicadas em cada um dos grupos étnicos existentes.

Durante cerca de um século, as tentativas de origem oficial foram orientadas fundamentalmente para a **produção de legislação aplicável aos indígenas**, mesmo quando tiverem na sua base uma missão de recolha do direito costumeiro efetivamente aplicado em cada um dos distintos grupos étnicos existentes. A exceção relevante de proceder à recolha dos usos e costumes efetivamente em vigor nos grupos étnicos teve lugar numa fase anterior à entrada em vigor do primeiro código civil português. No entanto, o escândalo provocado pelo conteúdo das normas vigentes é demonstrativo de que não existiam as condições para a aceitação do pluralismo jurídico e a harmonização de normas originadas em modelos civilizacionais distintos.

Posteriormente, cerca de um século depois, este caminho poderia ter sido retomado, ao abrigo do Decreto-Lei nº 43897, de 6 de setembro de 1961, mas as circunstâncias do início da luta armada de independência nos territórios coloniais portugueses não iriam permitir que as recolhas do direito consuetudinário pudessem ser efetuadas. Nesse sentido, o artigo 1º do diploma citado, ao prever que “[s]ão reconhecidos os usos e costumes locais, reguladores de relações jurídicas privadas, quer os já compilados, quer os não compilados e vigentes nas regedorais”, teria permitido uma abertura aos direitos consuetudinários locais que só voltou a existir no final do século com a progressiva aceitação e consagração do pluralismo jurídico nas ordens jurídicas dos Estados africanos.

A primeira tentativa oficial de proceder à recolha e à codificação do direito costumeiro nos territórios coloniais portugueses teve lugar em Moçambique, através do *Código ou Regulamento dos Milandos Cafreaes*

do *Governo de Inhambane*. Datado de 29 de setembro de 1852, não teve aplicação oficial, dado que não chegou a ser aprovado pelo Governador-Geral de Moçambique.

Em 11 de maio de 1889, através da Portaria Provincial nº 269, foi aprovado O *Código dos MilandosInhambanenses*, com uma perspectiva radicalmente distinta da recolha de usos e costumes que tinha sido feita na década de cinquenta.

Em 1907, o Governador Freire de Andrade decretou a preparação de relatórios etnográficos que estivessem na base da elaboração de um novo código de “milandos”, o que permitiu a preparação de um projeto de regulamentação para o julgamento de “milandos”, elaborado por Albano de Magalhães, Presidente do Tribunal da Relação de Lourenço Marques

Em 1941, o General Tristão de Bettencourt, Governador-Geral de Moçambique, nomeou José Gonçalves Cota para a preparação de projetos de código civil e de código criminal para os indígenas (baseados nos resultados obtidos na “Missão Etnográfica da Colónia de Moçambique”).

Os projetos definitivos do Estatuto do Direito Privado dos Indígenas da Colónia de Moçambique e do Código Penal dos Indígenas da Colónia de Moçambique foram publicados cinco anos depois, mas sem que tivessem sido objeto de publicação pelo Governador no boletim oficial de Moçambique, em conformidade com o previsto no artigo 24º do Estatuto Político e Criminal dos Indígenas (aprovado pelo Decreto nº 16473, de 6 de fevereiro de 1929-José Gonçalves COTA, *Projecto definitivo do Estatuto do Direito Privado dos Indígenas. Precedido de um estudo sumário do direito gentílico pelo autor*, Imprensa Nacional de Moçambique, Lourenço Marques, 1946; e do mesmo Autor, *Projecto Definitivo do Código Penal dos Indígenas da colónia de Moçambique*, Imprensa Nacional de Moçambique, Lourenço Marques, 1946.

A operacionalização da aplicação do artigo 4º da Constituição da República de Moçambique de 2004 pode gerar dificuldades maiores do que poderia antever a sua consagração constitucional. Com efeito, apurar quais são os “vários sistemas normativos e de resolução de conflitos” existentes no território moçambicano é uma tarefa para a qual não existem dados relevantes herdados do período anterior à independência, e que necessita de um apuramento sistemático do direito consuetudinário vigente em cada um dos diversos grupos étnicos existentes em Moçambique para que possa devidamente aplicado.

Do mesmo modo que o reconhecimento e a valorização da(s) autoridade(s) tradicionais legitimadas pelas populações e “segundo o direito consuetudinário”, estabelecido no artigo 118º do texto constitucional, implica um levantamento das normas de direito costumeiro relevantes neste domínio que também não foi levado a cabo durante o período da colonização portuguesa.

Trata-se, em conformidade, de uma tarefa a ser conduzida de acordo com o princípio orientador do pluralismo jurídico, numa época radicalmente diferente da época anterior à independência.

A dinâmica dos direitos costumeiros locais e a legitimidade e legitimação das autoridades tradicionais

A persistência na citação da obra de Henri-Alexandre Junod

A obra de Henri-Alexandre JUNOD, *The life of a african tribe*, sobre os usos de costumes dos bantos, foi publicada pela primeira vez em 1912 e 1913, em Neuchatel, por Attingerfrères, com dois volumes: sendo o primeiro volume sobre “*The social life*”, de 1912, e o segundo volume sobre “*The physical life*”, de 1913, que teve uma segunda edição inglesa em 1926. A obra teve ainda uma versão em língua francesa, publicada com o título *MoeursetcoutumesdesBantous*, Payot, Paris, em 1936 (vol. 1, *Lavie d'une tribusudafricane*, 515 pp.; e vol. 2. *Vientale*, 580 pp.), que foi utilizada para a edição portuguesa de 1944-47. A obra teve várias edições em língua portuguesa: i) *A vida de uma tribo SulAfricana*, Sociedade de Geografia de Lisboa, Lisboa, 1917, com tradução de Carlos Bivar, vol. 1: *A vida social*, 466 [4] pp., e vol. 2: *A vida mental*, 634 pp.; ii) *Usos e costumes dos Bantos. A vida dum tribo sul-africana*, Imprensa Nacional de Moçambique, Tomo I – *Vida social*, 1944, 556 pp.; e Tomo II – *Vida Mental*, 1947, 634 pp.; iii) *Usos e costumes dos Bantos. A vida dum tribo do sul de África*, 2º ed., 2 volumes, Imprensa Nacional de Moçambique, Lourenço Marques, 1974; e, finalmente, iv) uma edição posterior à independência de Moçambique, com o título *Usos e Costumes dos Bantu*, 2 volumes, Arquivo Histórico de Moçambique, Maputo, 1996

A posição central da Constituição da República de Moçambique de 2004 no ordenamento jurídico moçambicano

- Texto alterado pela Lei nº 11/2023, de 23 de Agosto – republicado no Boletim da República, 23 de Agosto de 2023

Artigo 3º (Estado de Direito Democrático)

A República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.

Artigo 4º (Pluralismo jurídico)

O Estado reconhece os **vários sistemas normativos e de resolução de conflitos** que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição.

Artigo 9º (Línguas nacionais)

O Estado valoriza as línguas nacionais como património cultural e educacional e promove o seu desenvolvimento e utilização crescente como línguas veiculares da nossa identidade.

Artigo 10º (Língua oficial)

Na República de Moçambique a língua portuguesa é a língua oficial.

Artigo 35º (Princípio da universalidade e igualdade)

Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça,

sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.

Artigo 43º (Interpretação dos direitos fundamentais)

Os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a **Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos**.

Artigo 118º (Autoridade tradicional)

1.O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito consuetudinário.

2.O Estado define o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do país, nos termos da lei.

ARTIGO 119 (Família)

1. A família é o elemento fundamental e a base de toda a sociedade.

2. O Estado reconhece e protege, nos termos da lei, o casamento como instituição que garante a prossecução dos objectivos da família.

3. No quadro do desenvolvimento de relações sociais assentes no respeito pela dignidade da pessoa humana, o Estado consagra o princípio de que o casamento se baseia no livre consentimento.

4. A lei estabelece as formas de valorização do casamento tradicional e religioso, define os requisitos do seu registo e fixa os seus efeitos.