

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE

FACULDADE DE DIREITO DE NAMPULA

Maria Isabel Bento Rupia

**O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO
PENAL MOÇAMBICANO**

NAMPULA

2021

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE

FACULDADE DE DIREITO DE NAMPULA

Maria Isabel Bento Rupia

**O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO
PENAL MOÇAMBICANO**

Tese a ser apresentada no Departamento de Doutoramento, na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique como requisito para a obtenção do grau de Doutora em Direito Público.

Orientadores: **Professor. Doutor Arcénio Cuco.**

NAMPULA

2021

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE

FACULDADE DE DIREITO DE NAMPULA

Maria Isabel Bento Rupia

**O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO
PENAL MOÇAMBICANO**

Local:

Data da avaliação:

Resultado da avaliação:

Júri

Presidente : -----

(Professor Doutor Felipe Sungo - Reitor da Universidade Católica de Moçambique)

Arguente: -----

(Professor Doutor Almir Santos Reis Júnior)

Arguente: -----

(Professora Doutora Agatha dos Muchangas)

Volga 1 : -----

(Professor Doutor Hamilton Carvalho)

Vogal 2: -----

(Professor Doutor Cachimo Raul)

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

Eu, Maria Isabel Bento Rupia, declaro por minha honra que este trabalho é produto de realização de pesquisa científica individual e que a informação nela constante é suportada pelas fontes e documentos legais citados, apresentados e referenciados na bibliografia.

Nampula, Junho de 2021

A Doutoranda

Maria Isabel Bento Rupia

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

Ad hoc - Que se destina a um fim específico.

Art. - Artigo

CCM- Conselho Constitucional de Moçambique

CPP- Código de Processo Penal

CRM- Constituição da República de Moçambique

ERTPI- Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

FRELIMO-Frente de Libertação de Moçambique

HIV- Vírus de imunodeficiência adquirida

INE- Instituto Nacional de Estatística

Pág- Página

SADC- Conferência para a coordenação de Desenvolvimento de África Austral

SNASP- Serviço Nacional de Segurança Popular

SISE- Serviço de Informações e Segurança do Estado

UNICEF- Fundo das Nações Unidas para a Infância.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Tribunal Privativo dos Indígenas -----	44
Tabela 2: Tribunal Indígena-----	46
Tabela 3: Tribunal Indígena-----	57
Tabela 4. População prisional-----	137
Tabela 5: População prisional, 2000-2014-----	137
Tabela 6: População prisional nas cadeias central e civil-----	138
Tabela 7: Casos assistidos pelo Instituto de patrocínio e assistência jurídica -----	138
Tabela 8: Crimes em geral reportados pela polícia por província, 2001-2010-----	235
Tabela 9: População, Superfície e Densidade populacional por província e resultados preliminares dos RGPH, 2017 -----	240
Tabela 10: Número total de crimes registados e percentagens esclarecidos pelas Autoridades policiais, dados do Comando provincial, 2015 – 2017-----	245
Tabela 11: Número total de crimes registados contra a propriedade e percentagens de esclarecidos pelas Autoridades policiais, segundo Comando provincial, 2015 – 2017-----	246
Tabela 12: Número total de crimes registados contra pessoas e percentagens esclarecidos, reportados pelas Autoridades, por província, 2015 – 2017-----	246
Tabela 13: Número total de crimes registados contra a ordem e tranquilidade pública e percentagens esclarecidos, reportados pelas Autoridades policiais.Dados do Comando provincial, 2015 – 2017-----	247
Tabela 14. Distribuição percentual de indiciados registados pelas Autoridades policiais por sexo. Dados do Comando provincial, 2015 – 2017-----	248
Tabela 15: Distribuição percentual de indiciados nos crimes contra a propriedade, registados pelas Autoridades policiais por sexo.Dados do Comando provincial, 2015 – 2017-----	249

Tabela 16: Distribuição percentual de indiciados de crimes contra pessoas, registados pelas Autoridades policiais por sexo. Dados do Comando provincial, 2015 – 2017-----	249
Tabela 17: Distribuição percentual de indiciados de crimes contra ordem e tranquilidade pública registados pelas Autoridades policiais por sexo. Dados do Comando provincial, 2015-2017-----	250
Tabela 18. Distribuição percentual de indiciados registados pelas Autoridades por idade, por sexo, Moçambique, 2015 – 2017-----	250
Tabela 19: Distribuição percentual dos indiciados registados pelas Autoridades policiais por idade. Dados do Comando provincial, 2015 – 2017.-----	250
Tabela 20: Distribuição percentual de indiciados de crimes contra a propriedade, registados pelas Autoridades policiais por idade, segundo Comando provincial, 2015 – 2017-----	251
Tabela 21: Distribuição percentual de indiciados nos crimes contra pessoas, registados pelas Autoridades por idade.Dados do Comando provincial, 2015 – 2017-----	251
Tabela 22: Distribuição percentual de indiciados nos crimes contra Ordem e tranquilidade pública, registados pelas Autoridades policiais por idade.Dados do Comando provincial, 2015 – 2017-----	252
Tabela 23: Distribuição percentual de processos por categoria.Dados do Tribunal judicial, 2017-----	253
Tabela 24: Número de processos crimes por categoria e tipo de processo, Moçambique, 2015 – 2017-----	254
Tabela 25: Número de processos crimes por categoria, segundo Tribunal judicial, 2017---	255
Tabela 26: Número de reclusos detidos por sexo, por província, 2015 – 2017-----	256
Tabela 27: Número de reclusos condenados por sexo. Dados do estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017-----	256
Tabela 28: Número de reclusos detidos e condenados por tipo de crime, Moçambique, 2015 – 2017-----	256

Tabela 29: Distribuição percentual de detidos por crimes contra propriedade por sexo. Dados do estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017-----	257
Tabela 30: Distribuição percentual de detidos por crimes contra propriedade por idade. Dados do estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017-----	257
Tabela 31: Distribuição percentual de detidos por crimes contra pessoas por sexo. Dados do estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017-----	258
Tabela 32: Distribuição percentual de detidos por crimes contra pessoas por idade. dados do estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017-----	258
Tabela 33: Distribuição percentual de detidos por crimes contra a Ordem e tranquilidade pública por sexo. Dados do estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017-----	259
Tabela 34: Distribuição percentual de detidos por crimes contra a Ordem e tranquilidade pública por idade. Dados do estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017-----	259
Tabela 35: Número de denúncias no âmbito da aplicação da lei da violência doméstica, província e por sexo, 2014-----	260

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Número de crimes registados pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 – 2017-----	240
Gráfico 2. Taxa de criminalidade registada pelas Autoridades policiais em cada 100 mil habitantes, Moçambique 2010 – 2017-----	241
Gráfico 3. Taxa de criminalidade registada pelas Autoridades policiais por categorias de crime em cada 100 mil habitantes, Moçambique 2010 – 2017-----	242

Gráfico 4. Taxa de criminalidade registada pelas Autoridades policiais por província em cada 100 mil habitantes, 2017-----	243
Gráfico 5. Distribuição percentual de crimes registados pelas Autoridades policiais por categoria de crime, Moçambique 2017-----	243
Gráfico 6. Número de crimes contra a propriedade, registados pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 – 2017-----	244
Gráfico 7. Número de crimes contra pessoas, registados e esclarecidos pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 – 2017-----	246
Gráfico 8. Número de crimes contra a tranquilidade pública, registados e esclarecidos pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 –2017-----	245
Gráfico 9. Distribuição percentual de indiciados por crimes e registados pelas Autoridades policiais, Moçambique 2015 – 2017-----	247
Gráfico 10. Número total de indiciados e percentagens de mulheres indiciadas pelas Autoridades policiais, Moçambique 2015 – 2017-----	248
Gráfico 11. Movimento geral dos processos, Moçambique 2015 – 2017-----	252
Gráfico 12. Taxa de resolução processual, Moçambique 2015 – 2017-----	253
Gráfico 13. Número de processos por tipo, Moçambique 2015 – 2017-----	254
Gráfico 14. Número e percentagem de processos crimes por categoria, Moçambique 2015 – 2017-----	254
Gráfico 15. Número e percentagem de reclusos detidos e condenados, Moçambique 2012 – 2017-----	255

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu guia eterno.

Agradecimentos particulares aos docentes da Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Direito, Curso de Doutoramento e em especial aos meus supervisores.

Agradeço igualmente ao Tribunal Supremo e ao Instituto Nacional de Bolsas que tornaram possível a conclusão do curso e a elaboração da presente Tese.

Ao meu esposo, filhos, irmãos e a toda família.

A todos, obrigada por tudo.

RESUMO

Esta tese em torno do Direito Penal, consiste e se edifica numa abordagem do processo de construção do Direito Penal moçambicano. A importância do tema em abordagem resulta da escassez de estudos científicos sobre o Direito Penal em África e em particular em Moçambique. O estudo parece-nos relevante se considerarmos que é um desafio e incentivo para reflexões no futuro. Há várias indagações que determinaram a opção pelo tema e início da pesquisa: O que é o Direito Penal? Há um Direito Penal em Moçambique? Desde quando é que existe e o que determinou a sua existência? Trata-se de um Direito Penal genuíno ou importado? O estudo tem por base uma estrutura de investigação assente na pesquisa documental. Na elaboração da tese recorreremos a consulta de autores especializados na área penal com a finalidade de dar maior sustentabilidade as posições defendidas. Através da pesquisa bibliográfica procuramos uma nova abordagem do tema em análise e de modo a alcançar conclusões inovadoras que auxiliem a compreensão do processo de construção do Direito Penal em Moçambique. O recurso a dados secundários, como revistas, publicações e teses, permitiu reforçar as ideias iniciais sobre a existência ou não de um Direito Penal em Moçambique, genuíno, não importado, cujo processo de construção iniciou no período pré colonial, sofrendo uma interrupção durante o período colonial e prosseguindo a partir de 1975, com a proclamação da independência nacional.

Palavras-chave: Moçambique, Direito Penal, processo de construção.

ABSTRACT

This thesis on criminal law consists of and builds on an approach to the construction process of Mozambican criminal law. The importance of the topic under discussion results from the scarcity of scientific studies on criminal law in Africa and particularly in Mozambique. The approach to the theme seems relevant to us if we consider being a challenge and an incentive for reflections in the future. There are several questions that determined the choice for the theme and the beginning of the research. What is the criminal law? Is there a criminal law in Mozambique? Since when and what influenced it? Is it an imported criminal law? The study is based on a structure of investigation based on documental research. In the elaboration of the thesis we resorted to the consultation of specialized authors in the criminal area in order to give greater sustainability to the defended positions. Through the bibliographical research, we seek a new approach to the subject under analysis and reach innovative conclusions that help to understand the process of construction of criminal law in Mozambique. The use of secondary data, such as magazines, publications and theses allowed to reinforce the initial ideas about the existence of a genuine, non-imported criminal law in Mozambique, whose construction process began in the pre-colonial period, suffering an interruption during the colonial period and continuing from 1975 with the proclamation of national independence.

Key words: Mozambique, Criminal Law, the construction process.

Índice

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE.....	i
LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS	ii
LISTA DE TABELAS	iii
LISTA DE GRÁFICOS	v
AGRADECIMENTOS.....	vii
RESUMO	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I: METODOLOGIA	6
CAPÍTULO 2: A TRAJECTÓRIA HISTÓRICA DO DIREITO PENAL EM MOÇAMBIQUE.....	9
2.1.O Direito Penal no período pré-colonial	26
2.2.O Direito Penal no período colonial.....	37
2.3.Das zona libertadas a independência nacional.....	66
2.4.Da independência nacional a implantação da democracia	71
CAPÍTULO 3 :CONCEPTUANDO O DIREITO PENAL.....	103
3.1.A teoria do delito.....	119
3.1.1 A teoria geral do crime clássica	120
3.1.2 A Teoria geral do crime normativista ou neoclássica	121
3.1.3.A Teoria Geral do Crime Finalista	122
3.1.4.Noção legal do crime.....	123
3.2 Das Penas e medidas de segurança.....	124
3.3 O Sistema do Direito Penal Moçambicano	130
3.3.1 A Polícia em Moçambique.....	130
3.3.2. O Ministério Público em Moçambique	131
3.3.3. Os tribunais em Moçambique	136
3.4.4. Os Serviços Penitenciários.....	142

CAPÍTULO 4. UM DIREITO PENAL MOÇAMBICANO OU DIREITO PENAL IMPORTADO?	148
4.1. As influências exteriores	148
4.2.A construção penal moçambicana	165
CONCLUSÕES.....	282
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	294

INTRODUÇÃO

Esta tese consiste e se edifica numa abordagem do processo de construção do Direito Penal moçambicano. Há várias indagações que determinaram a opção pelo tema e início da pesquisa: o que é o Direito Penal? Há um Direito Penal em Moçambique? Desde quando é que existe e o que determinou a sua existência? Trata-se de um Direito Penal genuíno ou importado? As respostas a algumas destas questões alimentam a tese que se desenvolve ao longo do trabalho.

Avançamos com a pesquisa no sentido de melhor compreendermos o tipo de Direito Penal que está sendo aplicado em Moçambique, procurar compreender se é o mais adequado, tendo em conta a realidade do País dada a diversidade cultural e as influências dos países vizinhos sem descurarmos o processo da globalização.

Se partirmos do princípio de Eugénio Raul Zaffaroni, segundo o qual:

Enquanto na Alemanha cada modelo se apresentou com seu próprio rosto jurídico, na América latina os mais diferentes modelos reais usaram a máscara jurídica-as vezes a carranca-da República e da democracia. Isso sempre colocou muito em evidência que o plano do dever ser social se distanciava da realização social e política desse programa. Não seria possível negar na região a contradição entre o dever ser da constituição e o ser (realidade constitucional), que em ocasiões chegou a distanciar-se de forma tão abismal que qualquer opinião contrária apenas poderia ser irônica ou hipócrita. Logicamente, menos ainda tivemos uma experiência como a da escola de Kiel.¹

É possível questionar se existe uma possibilidade de o nosso sistema penal poder ser considerado original, tendo em conta as especificidades próprias do continente africano, que comporta realidades completamente diversas dos restantes. Este questionamento parece-nos legítimo e sua análise pode conduzir-nos a conclusões inesperadas. Aliás, as reflexões de Zaffaroni conduzem-nos para esse sentido. O autor defende que:

em várias ocasiões ressaltai, com demasiada frequência, que na América Latina (a) importamos a dogmática alemã sem levar em consideração seu contexto sociopolítico, como que se se tratasse de sucessivos modelos de forma que o mais recente superaria o anterior. Do próprio país de origem nos chegava o anseio do pretense carácter apolítico da dogmática penal, sobre o que refletimos muito; e (b) tampouco refletiu-se profundamente entre nós sobre o que aconteceu na ciência penal alemã entre 1933 e 1945, de forma que predomina a sensação de que se trata de uma interrupção que não

¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl, *Direito Penal Humano ou Inumano?* Rev.secr.Trib.perm.revis.Ano 3,N.6, Agosto 2015,p.41.

tem contacto com as etapas anteriores ou posteriores, o que hoje se questiona fortemente na Alemanha.²

Ana Paula Rapolês Torres e Francisco de Castilho Prates vão no sentido da necessidade de ponderação sobre o sistema penal, defendendo que “cabe então pensar o sistema penal brasileiro, cientes dessa disputa entre abolicionistas e minimalistas disputa esta na qual só poderíamos nos posicionar conhecendo a nossa própria realidade, o modo como opera e é aplicado o direito penal em nosso país.”³

A falta de uma reflexão profunda é uma realidade em Moçambique. Torna-se uma prioridade, se olharmos para o percurso do nosso sistema penal, desde o período colonial até à fase da democracia nacional. Nesse período do percurso vigorou o Código Penal Português, aprovado através do Decreto de 16 de Setembro de 1886, até a aprovação do Código Penal moçambicano, através da Lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro, e da Lei nº 24/ 2019, de revisão do Código Penal, de 24 de Dezembro.

Este estudo representa, para nós, um grande desafio em razão da ausência de obras jurídicas ligadas à matéria e não só. Não há debates científicos sobre o Direito Penal, em África, e em Moçambique, em particular. Ademais: não há estudos colectivos sobre o Direito Penal que possibilitem uma orientação científica. Daí que nos questionamos, por exemplo, em que filosofia as leis penais moçambicanas subjazem?

A estratégia a adoptar passa pela abordagem da analogia com outras áreas do campo do Direito, nomeadamente o Direito Constitucional moçambicano, um complemento para melhor percepção do tema. Faremos incursões históricas para uma melhor percepção do processo de construção do Direito Penal em Moçambique.

Defendemos a tese de que o processo de construção do Direito Penal iniciou no período pré-colonial, tendo sofrido uma interrupção no período colonial. Com a independência nacional é retomado. Embora tenha sofrido influências do sistema jurídico supranacional, continua mantendo a originalidade típica garantida pela Constituição da República de Moçambique e pela soberania do Estado.

² ZAFFARONI, Eugénio Raul, ob.,cit.,p.40.

³ TORRES, Ana Paula Rapolês, Francisco de Castilho Prates, *A corrupção do sistema penal: o caso brasileiro*, civilizar 12 (23): 49-66, júlio-diciembre, 2012.

O estudo procura compreender as dinâmicas de construção e evolução do Direito Penal moçambicano, tendo em conta a diversidade cultural do País e os efeitos resultantes da sua localização geográfica particularmente a influência dos países vizinhos com um sistema jurídico completamente oposto. Não se pode deixar de lado a relação de Moçambique com os diferentes sistemas mundiais e os efeitos da globalização.

Este estudo tem como objectivo central, analisar e compreender o processo de construção e evolução do Direito Penal moçambicano. Para abordarmos o objectivo central, desdobramos o objectivo geral em objectivos específicos, que são: identificar e analisar os factores essenciais (históricos, culturais e antropológicos) que influenciam a construção do Direito Penal nacional; conhecer e identificar experiências que contribuem para o processo de construção do Direito Penal moçambicano; identificar os factores estruturantes do processo de construção do Direito Penal num contexto moçambicano.

Estes objectivos são alcançados a partir da elaboração de um quadro teórico que sustenta a nossa reflexão e de uma parte empírica que responde às questões essenciais subjacentes ao objectivo central deste estudo.

A consciência sobre a importância do Direito Penal no mundo e, de forma particular, em África e das diferentes opiniões ao redor da necessidade da construção e da existência de um Direito genuíno num Estado pós-colonial, despertou em nós o interesse em compreender melhor a experiência de Moçambique na construção de um Direito Penal nacional.

A importância do tema em abordagem está relacionada com a escassez de estudos científicos sobre o Direito Penal em África e particularmente em Moçambique. A abordagem do tema parece-nos relevante se considerarmos que é um desafio e um incentivo para reflexões no futuro.

Numa fase da História do Direito Penal em que se questiona a viabilidade do “modelo iluminista,” face aos movimentos da globalização por um lado e aos chamados “riscos globais,” que comprometem a subsistência da humanidade, há motivo para questionarmos que tipo de Direito Penal existe em Moçambique. Se é que realmente existe ou existiu.

Como enquadrar as novas correntes penais, num Estado democrático jovem e influenciado por outros Estados com economias desenvolvidas e democracias consolidadas? É

que, a partir do século XX, o Direito Penal se tornou estável e incontestável o que é típico das sociedades modernas. Adquiriu funções garantistas e o Estado com a responsabilidade de zelar pela segurança do indivíduo e de respeitar seus direitos fundamentais.

O Estado intervém em função a um contrato social do modelo concebido por Rousseau, limitando a liberdade dos indivíduos dentro dos limites estabelecidos por uma Constituição visando a salvaguarda dos interesses do indivíduo e da colectividade.

A nossa indagação é no sentido de tentar compreender se a intervenção do Estado moçambicano no processo é de acordo com o modelo que limita a liberdade dos indivíduos ou não. Se fôr nestes moldes, então estaremos perante um Direito Penal baseado em paradigmas iluministas com fundamentos associados a Montesquieu e Beccaria.e como no dizer de Jorge de Figueiredo Dias:

Um Direito Penal racional, secular, laico e pluralista, vinculado a um princípio estrito de legalidade, respeitador de direitos humanos, que intervém apenas (princípio chamado de intervenção mínima) nos casos de ofensas insuportáveis à livre realização da pessoa no seio da comunidade.⁴

E a partir de que época é que o Direito Penal em Moçambique preenche este modelo? Um Direito Penal com finalidade não só retributiva mas preventivas com oportunidades oferecidas ao delinquente para não reincidir e garantir a sua reintegração na sociedade.

Será que tal modelo mantém-se actual? Qual a influência do fenómeno da globalização? O que mudou? Será que os chamados grandes riscos globais, os quais segundo Jorge de Figueiredo Dias:

Pesam sobre a humanidade: o risco atómico e químico, a diminuição da camada de ozono e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a manipulação genética, a produção maciça de produtos defeituosos, a criminalidade organizada dos senhores do crime, individuais e colectivos-que dominam a escala planetária, o tráfico de armas e de drogas, de órgãos e de próprios seres humanos, o terrorismo regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade⁵

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema do Direito Penal no Dealbar do terceiro milénio*, Revista Brasileira de Ciências Criminais 2012.RBCCRIM 99, pág.37

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob.,cit., pág.39.

Exercem influências sobre o Direito Penal Moçambicano? O Direito Penal baseado em paradigmas iluministas trará respostas a esta realidade? Quais as possíveis soluções?

É que para alguns autores, como Jorge de Figueiredo Dias, há dificuldades em inventar novos modelos que possam eventualmente substituir o modelo iluminista. Tais dificuldades estão no receio de comprometer princípios básicos de civilização ganhos ao longo dos anos. Defende-se que esses ganhos devem permanecer e ser melhorados.

A chamada Escola de Frankfurt defende que :

O direito penal não pode arvorar-se em instrumento de tutela perante os novos e grandes riscos da sociedade presente e futura. Há, dizem, pelo contrário, que guardar (e, se necessário, reforçar) o património ideológico liberal, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação. Pelo que para protecção perante o megarriscos da sociedade pós-industrial. Só pode ser pedido auxílio a meios não jurídicos de controlo social e, porventura também, a outros ramos, de direito (não penal).⁶

Esta posição tem sido contestada porque iria retirar, da tutela penal as condutas gravosas e, comprometedoras da vida humanitária e das gerações vindouras.

Será que este tipo de questões têm merecido a reflexão de legisladores penais e doutrinários dentro do continente africano e, particularmente, dentro de Moçambique? Que soluções têm sido apontadas?

Jorge de Figueiredo Dias alerta para a necessidade de se repensar no Direito Penal e nos novos bens jurídicos a serem tutelados e nesse sentido argumenta que:

Chegou o tempo para o penalista, criminólogo e o legislador repensarem desde o princípio aquilo que vem sendo chamado interesses ou bens jurídicos colectivos mercedores e carentes de tutela penal. Exemplos como os que são dados pela preservação dos ecossistemas, da identidade genética, da genuinidade do produto, da paz pública face a atentados de associações criminosas (nomeadamente terroristas, dos grupos humanos, das vítimas da guerra, do património histórico-cultural da humanidade ou, noutro plano, do sistema económico financeiro, do sistema fiscal, da autonomia intencional dos Estados, exemplos como este mostram que a tarefa, sendo difícil, não é de cumprimento impossível.⁷

⁶ *Ibidem*, pág.41.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob.,cit., pág.45.

Estas e outras questões levaram a eleger o tema, considerando-o pertinente, na certeza, porém, de que não será esgotado, dada a sua natureza e insuficiência de material bibliográfico.

O estudo apresenta quatro capítulos. O primeiro capítulo é composto pela metodologia para realizar o estudo. O segundo debruça-se sobre a trajetória histórica do Direito Penal em Moçambique. O terceiro trata do conceito do Direito Penal, a teoria do delito, noção legal do crime, das penas e medidas de segurança e o sistema do Direito Penal moçambicano. O quarto capítulo procura reflectir sobre a existência (ou não) de um Direito Penal moçambicano ou de um Direito Penal importado. No final, apresentamos as conclusões.

CAPÍTULO I: METODOLOGIA

O estudo tem por base uma estrutura de investigação assente na pesquisa documental. Segundo Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos “a característica da

pesquisa documental é que a fonte de colecta de dados está restrita a documentos escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias. Estas podem ser feitas no momento em que o fato ou fenómeno ocorre, ou depois.”⁸

Para o enquadramento teórico, histórico, procedemos uma intensiva análise documental sobre o processo de construção do Direito Penal moçambicano. A metodologia usada na pesquisa foi a análise documental de fontes primárias e secundárias referentes ao tema em análise. Todo o material recolhido foi analisado com a indagação em mente de como é o Direito Penal em Moçambique. Há um Direito Penal moçambicano e desde quando? Trata-se de um Direito Penal importado?

Na elaboração da tese recorreremos à consulta de autores especializados na área penal com a finalidade de dar maior sustentabilidade às posições adoptadas. As informações recolhidas de doutrinadores renomados como Eugénio Raúl Zaffaroni permitiu obter um melhor entendimento sobre a influência da globalização no Direito Penal moçambicano e adoptar uma nova visão e soluções para a construção de um Direito Penal original em Moçambique.

A tese procura delimitar e analisar o Direito Penal existente nesse período, a sua evolução até a actualidade. O estudo debruça-se sobre o período pré colonial, colonial, das zonas libertadas e o momento pós independência nacional. O período objecto de análise cobre o tempo que antecedeu a ocupação administrativa e militar pelos portugueses, o período da promulgação da legislação colonial até 2019 que foi o ano da aprovação de três instrumentos legais, relevantes para o sistema penal moçambicano, concretamente o Código Penal, o Código Processual penal e o Código de Execução de Penas.

Esta análise das legislações promulgadas permite fazer a demonstração do tipo de Direito Penal aplicado no período colonial e pós-colonial. A análise de documentos de arquivos públicos relativos ao funcionamento dos tribunais privativos dos indígenas de Moçambique, no período colonial, permitiu constatar o tipo de crimes frequentemente cometidos, o tipo de pena aplicada e a duração das penas que eram geralmente a condenação em trabalhos públicos. Os dados, obtidos através da análise documental, são apresentados estatisticamente e referem a

⁸ MARCONI, Marina de Andrade, Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de Metodologia Científica, 5ª Edição, Editora Atlas, SA, São Paulo, 2003, pág. 174.*

crimes reportados pela polícia de Moçambique, por províncias, no período compreendido entre o ano 2001 e 2010.

Trata-se de dados publicados pelo Instituto Nacional de Estatísticas, que permitem chegar a constatação de que, não obstante as leis aprovadas desde 1975, altura da proclamação da independência nacional, com penas gravosas, a tendência foi o aumento da violência e criminalidade nas províncias e cidades de Maputo, Beira e Nampula em 2001 e 2002, ocorrendo uma diminuição gradual depois deste período até o ano 2010.

Segundo Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos “Grawits (1975:11 122) especifica os principais cuidados que deve tomar o pesquisador que se utiliza de fontes estatísticas, encontrar a definição exacta da unidade colectada e generalizada, verificar a homogeneidade da relação entre a quantidade medida mediante o total e seus diversos elementos, assim como a quantidade que interessa ao investigador, saber com referência a que devemos calcular as percentagens.”

A resposta a violência generalizada pelo Estado moçambicano é uma influência dos efeitos da globalização. A demonstração estatística conduz-nos a resposta a questão de saber o tipo de Direito Penal existente em Moçambique após a independência nacional e as influências da globalização.

Através da pesquisa bibliográfica procuramos uma nova abordagem do tema, em análise, de modo a alcançar conclusões inovadoras que auxiliem a compreensão do processo de construção do Direito Penal em Moçambique.

É que segundo Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos:

a pesquisa bibliográfica ou de fontes secundárias abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, etc., até meios de comunicação orais: rádios, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas quer gravadas.⁹

O recurso a dados secundários, como revistas, publicações e teses permitiu reforçar as ideias iniciais sobre a existência ou não de um Direito Penal em Moçambique, no

⁹ MARCONI, Marina de Andrade, Eva Maria Lakatos, ob.,cit.,pág.183

período anterior a colonização, caracterizado pela tradição, do tipo oral e costumeiro mas baseado em princípios humanísticos.

A grande dificuldade no estudo do Moçambique pré-colonial foi a ausência de registos escritos, os dos pesquisadores e investigadores citados lidaram com as tradições orais.

O recurso a teorias defendidas por Jorge de Figueiredo Dias sobre a tendência do Direito Penal na actualidade permite-nos afirmar que a partir de 1990, o Direito penal moçambicano baseia-se em paradigmas iluministas com oportunidades oferecidas ao delinvente para não reincidir e garantir a sua reintegração na sociedade.

A opção pelo referido autor leva-nos a reflectir sobre a necessidade de debates em Moçambique sobre o tipo de Direito Penal a aplicar em África e em Moçambique em particular, sobre o que se designa de riscos globais (Jorge Figueiredo Dias, 2012, pág.37) e sobre o papel do Direito Penal no contexto actual moçambicano.

A tese foi organizada de modo a responder as questões colocadas, em quatro capítulos como já nos referimos anteriormente e no final de cada capítulo fez-se uma síntese do que foi tratado, delineando as ideias principais que sustentaram os argumentos apresentados.

CAPÍTULO 2: A TRAJECTÓRIA HISTÓRICA DO DIREITO PENAL EM MOÇAMBIQUE

Antes, de nos debruçarmos sobre a trajetória histórica do Direito Penal em Moçambique mostra-se pertinente proceder ao enquadramento territorial e político de Moçambique. A República de Moçambique situa-se no sudeste de África. Tem uma superfície de 799 380 Km², uma fronteira terrestre de 4 330Km. Banhado pelo oceano Índico, tem uma faixa costeira de 2 515 Km.

De acordo com o Recenseamento Geral da População e Habitação de 2017, do Instituto Nacional de Estatística(INE), a população moçambicana é estimada em cerca de 27, 909 milhões de habitantes. A língua oficial é o português, conforme estabelece o artigo 10 da Constituição da República. Para além do português, regista-se culturalmente a existência de línguas e manifestações culturais diversas. Esses dados permitem afirmar que estamos em presença de uma sociedade multicultural e multilingue(falantes de muitas línguas nacionais com hábitos e costumes específicos).

Nos termos da Constituição da República de Moçambique(CRM), Moçambique é um Estado independente, soberano, democrático e de Justiça social (artigo 1). Relacionado com este preceito importa mencionar o artigo 3 da Constituição que define a República de Moçambique como um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem.

Pode-se, assim, entender a partir dos preceitos constitucionais mencionados a existência de princípios do Estado de Direito, princípio do Estado Democrático, do Estado Social e do Estado Republicano.¹⁰

Os preceitos constitucionais acima referidos caracterizam o Estado instituído em Moçambique e conseqüentemente dão a ideia da dinâmica de construção e evolução do Direito Penal moçambicano, pois, como refere Jorge Bacelar Gouveia, “ os preceitos em questão devem ser lidos em conjunto com outros preceitos iniciais do texto constitucional que dão uma mais ampla noção dos diversos princípios constitucionais do Direito de Moçambique ”.¹¹

¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015, pág.143.

¹¹ *Ibidem*, pág.144.

Jorge Bacelar Gouveia considera que um “ Estado é a estrutura juridicamente personalizada, que num dado território exerce um poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula.”¹²

Como se pode constatar da definição apresentada, o Estado apresenta três componentes, a saber, o território, os cidadãos e a soberania exercida através dos seus órgãos.

O conceito de Estado surge por iniciativa de Nicolau Maquiavel, na sua obra o Príncipe e a partir daí fixou-se definitivamente.

Referindo-se a conveniência de tal designação, Jorge Bacelar Gouveia defende que “a conveniência da palavra Estado, na esteira da proposta daquele autor florentino, radica na sua adequação para referir uma das suas características, que é a permanência e a intensidade do respectivo poder político.”¹³

A organização do Estado moçambicano, como qualquer Estado, obedece a três fins essenciais: a garantia da segurança interna e externa, a garantia da justiça e a garantia do bem estar económico e social da comunidade.

No que se refere a justiça, há que garantir a justiça “comutativa,” através de tomada de decisões justas pelos tribunais, imparciais e baseadas em princípios da igualdade e legalidade e ainda garantir a justiça “distributiva”, através da distribuição por base em mérito.

É do Direito Penal de um Estado de Direito que iremos falar da sua trajetória histórica, sendo imprescindível efectuar uma breve análise histórica do Direito Penal em termos gerais.

2.1.Trajectória Histórica do Direito Penal

A análise da evolução histórica do Direito Penal deve ter em consideração o contexto social, político de uma determinada época. Deriva daí a necessidade de, nesta análise, reflectirmos sobre as diferentes etapas do nosso País, concretamente o período pré-colonial, colonial, da independência e da pós-independência nacional.

¹² *Ibidem*, pág.124

¹³ *Ibidem*, pág.127.

No mundo ocidental, no período designado Alta Idade Média, entre os séculos VIII e XII existe o Direito Penal baseado tipicamente na justiça privada. Com base nesse direito, entidades particulares perante uma agressão, tinham o direito de reagir na base da solidariedade. Américo Taipa de Carvalho refere que:

A solidariedade, o um por todos e todos por um, naturalmente que só pode manter e frutificar na base do sentimento e dever de fidelidade, lealdade e confiança entre os membros do respectivo grupo social. E assim, efectivamente, aconteceu: o valor da fidelidade interiorizado na sua indispensabilidade, é assumido como vital pelos referidos grupos sociais.¹⁴

Na Idade Média reinou a justiça privada a excepção do crime de traição o qual era sancionado com pena mais grave.

O Direito Penal do século XII e XIII manteve as mesmas características até ao século XVIII, não obstante na Europa ocidental, terem ocorrido transformações de ordem económica e social: o desenvolvimento do comércio, as cruzadas. Ao mesmo tempo há como que um retornar ao direito romano-justiniano com influências sobre o surgimento de novos Estados na Europa e uma maior coesão central.

Em Portugal, com D. Afonso II, ocorre o processo de centralização e fortalecimento do poder originando a *publicização do ius puniendi*. O poder de punir pertencia ao Estado.

Na Alta Idade Média existia um Direito Penal eminentemente de justiça privada que já na Idade Moderna convive com o direito penal público influenciado pelo direito romano e canónico, pertencendo ao rei o poder de punir.¹⁵

Há um período com um sistema misto e designado como o da baixa Idade Média. Portanto, até o século XV, o direito tradicional era baseado na justiça privada. O crime já era considerado uma ofensa a toda a comunidade, com sanções graves como a pena de morte, evoluindo para o processo inquisitório. Importa referir que o rei tem um poder equiparado ao divino, é legislador, governante e juiz, o que veio a colocar em crise o conceito de traição. Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho defende que:

¹⁵ Sobre a evolução histórica do Direito Penal, séc. VIII-XIII, ver Américo Taipa de Carvalho, pág. 30 a 46, Direito Penal, Parte Geral, 3.Edição.

A concepção alto- medieval da fidelidade ou lealdade entra em crise. Pois que, ao passar o monarca a considerar-se como senhor absoluto e a deter um efectivo poder absoluto sobre o seu reino e os seus súbditos, estes já não careciam, para a sua segurança frente aos inimigos externos a internos, de fazer apelo à lealdade recíproca dos membros do mesmo grupo a que pertenciam. Agora, essa segurança devem eles procurá-la no poder soberano absoluto do rei. Deixa pois, a relação entre o monarca e os governados de ser uma relação de coordenação, de reciprocidade, passando a ser uma relação de subordinação e de sujeição.¹⁶

O crime de traição tinha um grande impacto na sociedade até que devido a influência da doutrina italiana o crime de traição passa a ser de lesa-majestade, típico do Direito Romano ficando de certa maneira enfraquecido. Através do crime de lesa-majestade procurava-se proteger o rei, autoridade política máxima dessa época. No período já referido, o Direito Penal era intimidatório, desumano, desigual, arbitrário, cruel, com as seguintes penas: a pena capital, as penas corporais, pena contra a liberdade e penas pecuniárias.

A finalidade das penas era a intimidação e não a reposição da paz social posta em causa pelo criminoso. Américo Taipa de Carvalho refere que:

O terror intimidatório era potenciado para além da gravidade da pena, pela barbaridade do modo de execução desta e pela publicidade do local onde as mais graves penas eram aplicadas (junto ao pelourinho, no centro das vilas ou cidade) ou da condenação (marcas de ferro quente na testa ou no rosto).¹⁷

Nessa época o rei tinha poderes para amnistiar, comutar penas, perdoar. Assim, o rei substituiu as penas de morte e corporais pelo degredo, desterro para o ultramar ou outro lugar.

Desde meados do século XVIII, o Direito Penal entra para o período designado por Idade Contemporânea, com algumas ideias a influenciar a actualidade. Com efeito, a instituição do Estado de Direito veio a provocar uma ruptura com as práticas da monarquia no século XV e XVIII. O Estado de Direito vai substituir o Estado absoluto monárquico. É a primazia da lei da justiça em detrimento do monarca.

A partir do século XV e XVI, surgem pensadores iluminados com concepções modernas influenciados pela onda dos descobrimentos e toda uma filosofia com um cunho racionalista. No século XVIII surgem ideias sistematizadas e princípios orientados por uma

¹⁶ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica, Editora Porto, pág.40.

¹⁷*Ibidem*, pág.40.

filosofia ditando a erradicação do absolutismo monárquico e a implantação de um Estado de Direito.

Na idade contemporânea o indivíduo é um cidadão que está inserido num Estado. O cidadão tem direitos e deveres que devem ser reconhecidos e garantidos pelo Estado. A verdade e a justiça têm como fonte o homem. A base filosófica e político-jurídico passam a ser assim, o individualismo, o jusnaturalismo e o racionalismo. É a partir desse momento que o Direito Criminal, em vigor foi abalado pela nova filosofia e política. A arbitrariedade e a falta de garantias e defesa do arguido e o tipo de penas aplicadas são censuradas. clama-se por um Direito Penal assente nos princípios da legalidade, contratualismo e da secularização.¹⁸

Com o iluminismo, nascem princípios que exigem a igualdade de todos perante a lei. A delegação no Estado do poder de sancionar, é o contratualismo. É o Estado que tem o dever de legislar sobre os crimes e as penas. O Estado fá-lo dentro dos limites da necessidade e utilidade social. Ou seja, a aplicação de uma pena que possa prevenir a prática de crimes remete para o utilitarismo. O legalismo, ou o princípio da legalidade, impunha a previsão dos tipos legais de crimes e a aplicação de penas pelo juiz seguindo a interpretação rígida da lei. A legislação penal deixou de ter a influência da religião e o direito canónico que antes orientava o direito penal deixou de sê-lo. E deixou de haver crimes canónicos. É a secularização.¹⁹

O Iluminismo criminal assim designado dada a influência das ideias iluministas, no Direito Criminal, de criminalistas como Cesare Beccaria, autor da obra “Sobre os Delitos e as penas,” (1764) introduziu princípios fundamentais do Direito Penal que são respeitados até a actualidade.

Pode-se afirmar que o Iluminismo veio a introduzir profundas alterações. O Direito Penal passou a basear-se no princípio da legalidade. O processo penal passou a ser célere e as penas aplicadas tinham um conteúdo humanitário. É introduzida a pena de prisão em substituição das penas corporais, designadamente as mutilações, castração e flagelação.²⁰

¹⁸ Sobre a evolução histórica do direito Penal, Séc. XV- XVIII, ver Américo Taipa de Carvalho, pág.30 a 60, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.Edição.

¹⁹ Américo Taipa de Carvalho, *ob.,cit.*, pág.43.

²⁰ Vide melhor desenvolvimento por Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.Edição, Universidade Católica, Editora Porto, páginas 30 e seguintes.

Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho refere que:

Os princípios fundamentais defendidos por Beccaria foram: a fundamentação da pena na necessidade social de prevenir o crime, a proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade do crime, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, o humanitarismo das reacções ao crime, propondo a abolição, salvo casos excepcionais, da pena de morte e a substituição das penas corporais pela pena de prisão, o princípio da celeridade processual, considerando que a eficácia preventiva da pena depende mais da rapidez na sua aplicação do que da sua severidade.²¹

No que se refere à realidade moçambicana, a legislação actual, concretamente o artigo 8 do Código de Processo Penal moçambicano aprovado através da lei nº25/2019 de 26 de Dezembro, e o artigo 107, nº4, exige do aplicador da lei a necessidade de fundamentar as suas decisões sob pena de nulidade. O juiz, ao aplicar uma pena, deve apresentar os fundamentos. E a necessidade da fundamentação das decisões tomadas tem fins educativos e preventivos. Este e outros princípios que constituem herança do iluminismo vigoram na actual legislação penal moçambicana.

O Código Penal moçambicano prescreve os crimes e as penas correspondentes e de acordo com a lei não são permitidas as penas desumanas como a pena de morte, a tortura e as penas de duração indeterminada.

No processo histórico da evolução do Direito Penal, merece destaque Anselm Von Feuerbach, penalista alemão e autor do código de 1813, o qual introduziu várias inovações no Direito Penal através da teoria da coação psicológica da pena. Segundo Américo Taipa de Carvalho:

Esta teoria parte do princípio hedonístico de que o princípio e fim da acção humana é a busca do prazer e, em correlação negativa, a fuga ao sofrimento. O crime reconduzir-se-ia, pois, a uma acção que, desencadeada pelo infractor para a satisfação do seu ego, vai, ilegitimamente causar sofrimento a outra pessoa. Sendo esta, segundo Feuerbach explicação científica do crime, não haveria outro processo coerente de o legislador evitar o delito, senão através da ameaça de a aplicação de um sofrimento a quem praticasse a acção prevista na lei penal.²²

Segundo a teoria da prevenção geral, da intimidação através da coação psicológica, o legislador penal prevê uma pena que provoca um sofrimento maior ao infractor relativamente ao prazer obtido através da infracção.

²¹ CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit.,pág.44.

²² *Ibidem*, pág.44.

Feuerbach interpretou o princípio da legalidade no sentido de estar ligado à necessidade de proteger o indivíduo perante o poder punitivo do Estado e à necessidade de uma prevenção geral. Feuerbach introduziu a expressão “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” significando a necessidade de o crime e a sanção penal estarem previstas na lei, para a sua aplicação.

Este princípio é a base dos códigos penais da actualidade e exigência para a aplicação de uma pena criminal.

Os princípios do iluminismo já referidos constaram da Constituição portuguesa de 23 de Setembro de 1822, nos artigos 10 e 11. O artigo 10 previa a existência de uma pena necessária e o artigo 11 a necessidade da proporcionalidade e a intransmissibilidade da pena. Consequentemente foram abolidas as penas desumanas como a tortura, a marca de ferro, a infâmia, entre outras cruéis.

No processo histórico da evolução do Direito Penal, depois de vários projectos de códigos de Mello Freire e José de Vieira em 1837, veio a ser aprovado em Portugal, o primeiro Código Penal de 1852, inspirado nos códigos franceses e brasileiro, de 1810 e 1831, respectivamente.

O Código de 1852, segundo Américo Taipa de Carvalho:

Consagrou: o princípio da legalidade, imputou a pena uma finalidade preventivo-geral de intimidação, embora esta finalidade de intimidação fosse limitada pela proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade do crime, proibiu a aplicação analógica e a interpretação extensiva no âmbito da incriminação.²³

O referido código veio a sofrer grandes críticas, “ como a falta de método, por não diferenciar as contravenções dos crimes, a falta de um sistema de dedução e ligação nas matérias, ter uma escala penal confusa, maior severidade em alguns artigos”²⁴ acabando por ser revisto e dar lugar ao Código Penal de 1886.

A Escola Clássica seguidora das ideias de Kant veio a contrapor-se às ideias iluministas, introduzindo o chamado humanismo idealista. Essa Escola defendia a razão e a

²³ CARVALHO, Américo Taipa, ob.,cit., pág.46.

²⁴ “NOBRE, Inês Catarina, *O Código penal de 1852, uma visão histórica*, Dissertação de Mestrado em História Contemporânea, Faculdade de Letras, Universidade de Porto, 2020, pág. 44.

justiça e tinha como centro a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho refere que, “ os postulados do chamado humanismo idealista, proposto por estes autores, eram: a dignidade da pessoa humana deve ser sempre considerada como um fim em si mesma, como um valor absoluto:”²⁵

A visão de Kant diferia completamente da visão de Fierbach. Kant colocava o indivíduo no centro de direitos e deveres, tendo como fundamento a razão e a justiça. O Direito Penal desenvolve-se com novos paradigmas. É preocupação central a legitimação do *ius puniendi* do Estado e dos fins preconizados na aplicação de uma pena. Questionava-se: O que legitima uma pena? A resposta surgiu do princípio da retribuição ética. E no dizer de Américo Taipa de Carvalho, segundo este princípio:

a pena justa é a pena retributiva. Isto é aquela que corresponde a gravidade do ilícito e da culpa do infractor. Esta retribuição ética imputada a pena, é uma exigência ontológica para o mau exercício do livre arbítrio, é um imperativo categórico da justiça. Para a Escola clássica a retribuição ético-jurídico é o único e absoluto critério da aplicação e determinação da pena criminal.²⁶

Hegel, representando a Escola Clássica, desenvolveu a sua teoria, criticando Feuerbach, e conforme Américo Taipa de Carvalho, no sentido de que:

Hegel, criticando os superficiais pontos de vista das teorias da prevenção, intimidação, ameaça, correcção, afirma contra a teoria da coação psicológica de Feuerbach que o Direito e a justiça têm de ter o seu fundamento na liberdade e na vontade, e não na falta de liberdade a qual se dirige a ameaça.²⁷

Em meados do século XIX surge a Escola Correcionalista com teorias opostas a da Escola Clássica e procurava defender que a responsabilidade individual está associada a corresponsabilidade social. Segundo a referida Escola, cabe ao Estado criar as condições necessárias para a recuperação do delinvente através de aplicação de penas que tenham como objectivo a correcção do delinvente para a sua integração na sociedade. Nessa perspectiva o delinvente não deve ser visto de forma diferente de um ser humano integrado na sociedade. Estas ideias influenciaram a maior parte dos países latinos e em Portugal o grande defensor

²⁵ *Ibidem*, pág.46.

²⁶ *Ibidem*, pág. 47.

²⁷ *Ibidem*, pág.48.

dessas ideias foi Levy Maria Jordão, o responsável pela elaboração de dois projectos de códigos, de 1861 e de 1864, que não chegaram a ser aprovados.²⁸

No entanto as suas ideias influenciaram na elaboração de leis penais, particularmente na elaboração da lei de 1 de Julho de 1867, que aboliu a pena capital para os crimes comuns e a pena de trabalhos forçados e influenciou igualmente a lei de 6 de Julho de 1893 que introduziu a figura da suspensão condicional da pena e da liberdade condicional.

Para além do Código Penal de 1886, que substituiu o código de 1852, outras leis, como a de 29 de Janeiro de 1913, que introduziu alterações no sistema prisional de isolamento diurno e nocturno, e o Decreto nº 26643, de 28 de Maio de 1936, de autoria de Beza dos Santos. O Decreto substituiu o sistema de isolamento, dando ao delincente detido a possibilidade de conviver com outros e até de desempenhar funções relevantes. Este decreto foi objecto de outras alterações em Portugal e perdurou até a independência nacional de Moçambique. As alterações não foram extensivas a Moçambique independente.

Os diplomas legais referidos sofreram a influência do retribucionismo clássico e humanitarismo correcionalista.

A Escola Positivista opõe-se a Escola Clássica e surge entre o século XIX e o século XX. Sobre o positivismo jurídico criminal Américo Taipa de Carvalho refere que:

O comportamento humano, individual e colectivo, e portanto, o comportamento criminoso, passou a ser tratado como um puro fenómeno natural, explicável pelo único (para eles) critério válido de conhecimento, que era o de investigação experimental.²⁹

De acordo com Américo Taipa de Carvalho, cientistas como Comte, (sociólogo), Darwin (biólogo), Marx, (economista) e Freud (psicanalítico) foram as grandes referências dessa época e no plano penal tudo se circunscrevia à perigosidade do delincente. Ainda segundo o autor:

Afirmado o determinismo da conduta humana (não sendo a liberdade senão a ignorância da necessidade, isto é, ignorância da relação causal entre factores biopsicológicos e/ou sociais e o comportamento delincente) a perigosidade do

²⁸ Sobre a evolução histórica do Direito Penal, no século XIX, vide Américo Taipa de Carvalho, ob.,cit., pág.30 e seguintes.

²⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., pág.51.

infractor é o único pressuposto e critério justificativo da intervenção da sociedade através do Estado.³⁰

Entre o século XIX e XX a preocupação era o estudo do delinquente, os tipos de perigosidade e a segurança social recorrendo-se mais as medidas de segurança em vez de aplicação das penas de prisão. Visando o tratamento do delinquente, no que se refere a sua perigosidade, Américo Taipa de Carvalho defende que:

O critério da definição dos crimes (reduzidos a meros fenómenos inevitáveis socialmente danosos) e da determinação das suas consequências jurídicas dependeria apenas das concepções sociais do legislador: confluência do positivismo naturalista com o positivismo jurídico. Donde a conclusão: nada de retribuição (que pressupõe a culpa), nada de prevenção geral (que pressupõe a inimitabilidade dos potenciais delinquentes), mas só prevenção especial de tratamento da perigosidade, ou da neutralização do delinquente, no caso dos delinquentes incorrigíveis.³¹

Dentro da Escola positiva merece referência Cesare Lombroso, que através da sua obra “O Homem delinquente”(1876), defendeu que as características biológicas do indivíduo determinavam o tipo de crimes por ele cometido. E explicava a chamada criminalidade evolutiva, as fraudes, burlas, como resultado da incapacidade de certas pessoas resistirem a certas influências da sociedade. Enrico Ferri, através da sua obra ”Sociologia Criminal” (1892), apontava como principais causas do crime tudo aquilo que a sociedade apresentava para o indivíduo.³²

A Escola positiva teve um grande contributo no sentido de ter valorizado a personalidade do delinquente. Foi uma chamada de atenção ao Estado para adopção de medidas tendentes à redução da perigosidade do delinquente, evitando as prisões e adoptando as medidas alternativas à prisão. Foi com a Escola Positiva que a Criminologia ascendeu ao nível de uma ciência.

A crítica que se faz à Escola positiva é que o delinquente não tinha garantias legais e jurisdicionais. Américo Taipa de Carvalho refere que:

Os aspectos negativos foram a secundarização (e, por vezes, negação) das garantias legais e jurisdicionais do delinquente, e a negação de qualquer dimensão ética do direito penal, assim se correndo o risco de redução do direito penal a um mero conjunto de técnicas de um qualquer defensismo social.³³

³⁰ *Ibidem*, pág.51.

³¹ *Ibidem*, pág.51,52.

³² *Ibidem*, pág.52.

³³ *Ibidem*, pág.52.

Podemos assim referir que, tanto o Iluminismo Criminal, como as Escolas Clássica e a Positiva, deram um grande contributo ao Direito Penal. Foi o Iluminismo criminal que introduziu a ideia dos direitos fundamentais do indivíduo. O delinquente devia ser visto como um ser humano com direitos e deveres a serem respeitados pelo Estado.

A Escola Clássica introduziu a exigência da verificação da culpa do indivíduo como condição para a aplicação da pena. A Escola Positiva enfatizou a questão da perigosidade do delinquente a ser tomada em consideração para a paz social e a prevenção especial passou a ser o fim das penas.

Posteriormente surgiram as correntes mistas que sintetizaram todas as ideias que até hoje existem dentro dos ordenamentos jurídicos, como no dizer de Américo Taipa de Carvalho:

As correntes mistas ou terceiras vias resultaram do reconhecimento destes contributos positivos, e a tentativa de articulação conciliadora, síntese destes contributos: garantias individuais, princípio da culpa, retribuição e prevenção especial a categoria de fim principal da pena.³⁴

Paralelamente às teorias mistas, surgiram outras teorias que consideravam a pena como uma exigência social. O fim da pena seria a prevenção geral e especial. E a liberdade era considerada, segundo Marc Ancel, citado por Américo Taipa de Carvalho, “ um sentimento íntimo e natural de responsabilidade social.”³⁵

Esta teoria tinha sido anteriormente proposta pela Escola Moderna ou sociológica, alemã, representada por Franz Von Liszt, no século XIX. A Escola Italiana representada por Carnevale e Alimena, no século XX, também seguiu o mesmo pensamento e ficaram conhecidas como correntes neopositivas pois tinham ideias das Escola correcionalista e Escola Positiva.³⁶

Estas correntes reflectem-se no ordenamento jurídico-penal da actualidade de Moçambique. E assim é que, ao nível do Código Penal em vigor, está patente o fim da pena, no artigo 59 n^o1, segundo o qual, a aplicação das penas e medidas de segurança visam a protecção

³⁴ *Ibidem*, pág.53.

³⁵ *Ibidem*, pág.54.

³⁶ *Ibidem*, pág.54.

de bens jurídicos, a reparação dos danos causados, a ressocialização do agente e a prevenção da reincidência.

O artigo 59, nº2 estabelece a relação entre a pena e a culpa. De acordo com a legislação a pena não pode ultrapassar a medida da culpa. O legislador prevê, no nº2 do mesmo preceito, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual, a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcional à gravidade do facto e a perigosidade do agente.

No que se refere às garantias individuais, o legislador prevê um princípio geral segundo o qual, nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos, nem priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvo as limitações impostas por lei inerentes ao sentido da condenação e as exigências específicas da respectiva execução (artigo 79).

Associado à evolução do Direito Penal está o conceito do crime e da pena. Daí a necessidade de uma reflexão sobre o entendimento e o tratamento dado ao crime e a pena ao longo dos tempos, o seu surgimento e evolução.

Desde os tempos primitivos, da organização do homem em clãs, tribos houve condutas censuradas e proibidas pelas comunidades, existindo sanções penais de diferentes tipos.

Por exemplo, nas sociedades orientais, com um tipo de Direito oriental, existiu o código de Hamurabi, com a pena de talião e posteriormente as leis mosaicas e o código Manu.

A Grécia antiga não teve um contributo de relevo na área penal, não obstante a existência de filósofos como Platão e Aristóteles que fizeram alguma reflexão sobre o crime e as penas.

Platão, segundo Virgílio Luiz Donnici:

Foi contra a pena vingança, fosse privada ou divina, para dotá-la de um propósito utilitário, de reforma e de cura, semelhante aos medicamentos. Foi precursor de correccionalismo (pena como correção). O vício e o crime eram considerados como enfermidades da alma. Platão foi o positivista da antiguidade. Diz Marc Ancel que Platão foi um dos primeiros a compreender a noção de prevenção e advertir a ideia de que o fim da pena deveria consistir, não em vingar a injustiça passada, mas preservar o porvir e evitar outros crimes tanto da parte daquele que sofre o castigo como dos que assistem ao castigo infligido (veja-se Protágoras e Górgias). Platão no seu livro As Leis,

apresenta modos de tratamento para os criminosos incorrigíveis, lançando os germes da reeducação e emenda do culpado.³⁷

Aristóteles escreveu sobre o crime como consequência de uma conduta racional do homem e defende que a pena devia ter uma natureza retributiva. Nesse sentido Virgílio Luiz Donnici defende que:

Entendia Aristóteles que as responsabilidades penais originavam-se das morais. É o princípio do livre arbítrio humano, é o entender da escola clássica penal racionalista. Entendia que o mal e o crime eram produtos do querer livre e racional do homem e a pena devia surgir como retribuição do mal pelo mal (retribucionismo).³⁸

A Roma antiga desenvolveu um direito considerado por alguma doutrina como cruel, com penas infamantes. Com predominância do trabalho forçado. Nesse sentido, Virgílio Luiz Donnici escreve que:

O Direito Penal romano era cruel, havendo penas infamantes, trabalhos forçados e apresentando as seguintes fases históricas: a) a expiação de natureza tabu, com o carácter sacral da pena, b) direito do *pater* de vida e morte) pena de talião e compositio- lei das 12 tábuas, d) *crimine publica-peranellio* (fato contra a existência e a segurança da cidade) e *parricidium* (morte do *pater*), e) *furtum manifestum* - ladrão dentro de casa à noite.

Diversas figuras penais daquela época ainda são encontradas no Direito Penal moderno (homicidium, crimem vis, falsum, peculatos, etc., dominando a concepção que dá ao crime e a pena o carácter público. Isto é, o crime considerado como atentado à ordem pública.”³⁹ Nessa perspectiva, o crime é um facto humano, voluntário, previsto na lei, instituída pelo Estado. O Direito Penal é chamado a intervir quando, o homem através da sua conduta perturba a ordem estabelecida numa dada sociedade.

Efectivamente no Código Penal de 1886 e legislação posteriormente promulgada em Moçambique está patente a influência do Direito Penal Romano.

O cristianismo teve grande influência no Direito Penal pelo valor que atribui à vida humana. Santo Agostinho e Santo Tomaz de Aquino afiguram-se como pensadores determinantes ligados ao cristianismo.

³⁷ DONNICI, Virgílio Luiz, *Aspectos criminológicos do novo Código Penal Brasileiro*, Revista de Informação Legislativa, Julho-Setembro, 1970, pág.108.

³⁸ *Ibidem*, pág.108.

³⁹ *Ibidem*, pág.108.

Santo Agostinho, através das suas reflexões, influenciou criminólogos. Na obra cidade de Deus, faz uma reflexão sobre a justiça, o delito e o delincente. Segundo Virgílio Luiz Donnici, Santo Agostinho defendia que “na justiça não se deve esquecer a misericórdia e ao se odiar o delito não se deve esquecer que o delincente é homem.”⁴⁰

Na referida obra Santo Agostinho defendia ideia similar a de Platão quanto a aplicação da pena, como instrumento correctivo. Entretanto Virgílio Luiz Donnici refere que:

porém, a mais importante contribuição ao Direito Penal, à moral e ao Direito é quando afirma que a lei humana não se propõe castigar mais do que seja preciso e na medida do que seja preciso, a fim de manter a paz entre os homens e somente naquelas coisas que estão ao alcance dos homens.⁴¹

Trata-se da necessidade de proporcionar a pena, o chamado princípio da proporcionalidade típico do Direito Penal que encontramos-lo nos códigos penais da actualidade.

Santo Tomás de Aquino surge entre 1225-1274 e defende um entendimento contrário ao do Santo Agostinho. Segundo Virgílio Luiz Donnici:

Para Santo Tomás de Aquino, o homem está em função do livre arbítrio. Para a integridade do acto moral, para a moral, existem dois elementos: a lei e a intenção de agir de conformidade com a lei. A Santo Tomás de Aquino, deve a filosofia penal clássica alguns dos seus conceitos fundamentais, como o da racionalidade da lei, a preferência da legalidade ao arbítrio judicial e aplicação da pena como consequência do dano causado por uma vontade maliciosa e livre.⁴²

Efectivamente as legislações penais da actualidade, e refira-se nesse caso a moçambicana, têm como suportes os princípios da legalidade, o facto voluntário danoso como fundamento para a aplicação da pena.

Portanto, torna-se evidente que tanto o Direito Penal Romano, como o canónico, dava ênfase ao elemento subjectivo do crime: a vontade humana.

Para o Direito Penal germânico, o relevante era o prejuízo causado. Donnici considera que, “havia a vingança do sangue, bem como a extensão para a família do transgressor, havendo a perda da paz e a *compositio*.”⁴³

⁴⁰ *Ibidem*, pág.109.

⁴¹ *Ibidem*, pág.109.

⁴² *Ibidem*, pág.109.

³⁹*Ibidem*, pág.109.

O Direito Penal canônico surge na idade média para sancionar os infratores das leis instituídas pelo Estado. Sofreu as influências do Direito Romano e teve vários períodos: o da vingança privada, o divino, o público e o humanitário.

O período humanitário é marcado por César Beccaria, no século XVIII, em 1764. Nesse período há a humanização carcerária, sendo seu grande defensor, John Howard. Seguiram-se posteriormente as escolas penais, a clássica, positiva e outras, defendendo diversificadas teorias penais.

A primeira teoria sobre o direito penal foi elaborada por Grócio na obra *De jure belli ac pacis* e segundo Virgílio Luiz Donnici, Grócio considera:

a pena como malum passionis quod infligitur propter malum actionis, ou seja, o mal justo com que se responde ao mal praticado pelo criminoso. É o conceito da retribuição. Esta contribuição de Grócio ocorre antes do iluminismo em que se destacam pensadores como Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Beccaria. Os Iluministas como já foi referido anteriormente vão contra as penas corporais e introduzem as penas de prisão.

Como se pode constatar, Grócio fez reflexões sobre o crime e a pena e o conceito da retribuição. Virgílio Luiz Donnici explica que:

Montesquieu (*Do espírito das leis*), em 1748, focaliza as leis penais em relação ao ambiente histórico, afirmando que a pena deverá servir para educar. Rousseau com o seu contrato social, ensina que o direito individual no contratualismo, é despojado do direito pessoal de defesa em favor do Estado, que o exerce em nome da colectividade. Beccaria constrói com o seu livro a mais severa crítica ao Direito Penal da época, apresentando ideias para a reforma total do Direito. A Montesquieu, Rousseau e Voltaire é em verdade comum o pensamento de reacção contra as concepções retributivas: esta é uma necessidade que cumpre limitar ao mínimo. Todas as doutrinas utilitárias sobre os fins das penas, que Beccaria tanto acentua, têm aqui a sua mais forte afirmação.⁴⁴

As teorias apresentadas traduzem a preocupação de cada época sobre a necessidade de estudar o crime e o seu agente não se limitando somente no conhecimento e interpretação das normas existentes. Neste sentido Cavaleiro de Ferreira defende que, “ ao Direito Penal é indispensável, para além do mero conhecimento e interpretação das leis, o conhecimento da realidade sobre que recaí ou em que assenta a valoração jurídica. A Criminologia é a mais importante das ciências auxiliares do Direito Penal.”⁴⁵

África, e particularmente Moçambique, não têm registos sobre as reflexões relativas ao crime e à pena. Inquestionavelmente está à margem de todo processo de teorização.

⁴⁴ DONNICI, Virgílio Luiz, ob.,cit., pág.108.

⁴⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português, Parte Geral, I*, Editorial Verbo, 1982, pág.26.

E como no dizer de José Fernando Nunes Barata, “Até há poucos anos, o essencial do que se escrevera sobre o Direito na África, dizia principalmente respeito ao direito europeu importado ou ao seu encontro com as sociedades nativas.”⁴⁶

Entretanto, as referidas sociedades nativas, antes da colonização em África, tinham um direito oral, normas repressivas e um direito baseado no costume. E segundo José Fernando Nunes Barata:

O direito tradicional africano é assim constituído por um conjunto de normas cuja reintegração, no caso de inobservância, é assegurada por sanções formais ou informais. A sua fonte é a vontade dos ancestrais. É ela que confere um fundamento transcendente ao imperativo jurídico e um poder de articulação necessário para garantir a coesão e a solidariedade do grupo. Suas regras são os vectores das forças socioeconómicas reinantes em dada época ou lugar. Sua função não é apenas a de resolver conflitos de interesses individuais, mas, antes, a promoção do equilíbrio osmótico da sociedade.⁴⁷

O Direito Penal europeu teorizado nos primórdios do século XIX não teve qualquer influência do direito tradicional africano. Entretanto já existia direito completamente oposto ao europeu. E no dizer de José Barata, “O costume africano funda-se em concepções diametralmente opostas as que têm dominado o pensamento ocidental moderno.”⁴⁸

É que, desde o século XVI, a Europa considerava-se superior em relação a todo o mundo, influenciando todos os valores. Devido ao racismo África nunca teve a oportunidade de revelar-se e fazer ouvir as suas experiências e seus costumes.

É nesse sentido que Maria Paula G. Meneses considera que:

A ideia de que a Europa constitui um espaço radicalmente diferente e superior ao resto do mundo aparece a partir do século XVI (Goody, 2006). O Ocidente, uma pequena parte da Europa ocidental, impôs a partir de então ao mundo a sua interpretação do espaço e do tempo dos valores e das instituições necessárias para gerir esse espaço e esse tempo. Estas interpretações e os valores e estruturas que os aplicavam, transformaram-se gradualmente na versão superior destes, emergindo a Europa como o apogeu do progresso, devido às suas condições supostamente excepcionais. O racismo crescia a par da expansão imperial, e revelava-se por isso, quase inseparável do excepcionalíssimo europeu: os invasores europeus venciam porque pertenciam a uma raça superior. Ouviam-se algumas vozes discordantes, mas eram abafadas pelo coro geral.⁴⁹

⁴⁶ BARATA, José Fernando Nunes, *África e o Direito*, in <https://Portal.oa.pt/up>, acess. Aos 22/05/19, pág. 660.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 657.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 658.

⁴⁹ MENESES, Maria Paula G., *O indígena africano e o colono europeu: a construção da diferença por processos legais*, e-cadernos CES, 07/2010, Identidades, cidadanias e Estado, Artigos, pág.4, in <https://journals.openedition.org/eces/403>, acess. Aos 29/8/2019.

O Direito Penal moçambicano foi-se afirmando com experiências próprias e independentemente da influência de teorias desenvolvidas na Europa ocidental e como demonstraremos mais adiante, tratou-se de um Direito baseado nos princípios da igualdade e respeito da dignidade da pessoa humana.

Tanto o Iluminismo criminal como a Escola Clássica e Positiva deram um contributo relevante ao Direito Penal moçambicano. A Escola positiva deu o contributo no sentido da valorização da personalidade do delinquente, exigindo-se do Estado a adopção de medidas visando a redução da perigosidade do delinquente.

As diferentes correntes anteriormente mencionadas reflectem-se no ordenamento jurídico penal moçambicano concretamente no que se refere a aplicação das penas e medidas de segurança que visam a protecção dos bens jurídicos, a reparação dos danos causados, a ressocialização do agente e a prevenção da reincidência.

2.1.O Direito Penal no período pré-colonial

Alguma crítica tem sido feita por historiadores sobre a periodização em pré colonial ou pós colonial dentre os quais José Rivair Macedo descreve que:

De outro lado, a África é um continente imenso, que há milénios abriga diferentes povos e culturas. Parece-nos sumamente injusto periodizar a sua história dividindo-a, como se costuma fazer, em três períodos: pré-colonial (até o século XIX), colonial (até meados do século XX) e independente (até o presente). Adoptar essa periodização significa continuar a olhar para o passado africano com os olhos dos colonizadores, significa considerar a colonização e o imperialismo europeu o elemento central dos processos históricos que ali se desenvolveram. É preciso, na medida do possível, olhar para África com o olhar dos africanos, construir o conhecimento histórico e narrar a História a partir de uma perspectiva propriamente africana. Mas a tarefa não é simples.⁵⁰

Não obstante parecer-nos defensável esse tipo de raciocínio optamos por adoptar tal periodização por nos parecer a mais usual para diferenciar as épocas que antecederam a independência nacional em Moçambique.

Falar do Direito Penal no período pré-colonial é um desafio idêntico ao que se coloca quando se pretende falar de África na mesma época. Como bem dizia Joseph Ki-Zerbo:

⁵⁰ Macedo, José Rivair, *Antigas civilizações africanas, historiografia e evidências documentais*, in : *Desvendando a História da África* (online), Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2008, pág.13.

A África tem uma história...Com efeito, a história de África como de toda a humanidade, é a história de uma tomada de consciência. Nesse sentido, a história de África deve ser reescrita. E isso, porque, até o presente momento, ela foi mascarada, camuflada, desfigurada, mutilada. Pela força das circunstâncias, ou seja, pela ignorância e pelo interesse. Abatido por vários séculos de opressão, esse continente presenciou gerações de viajantes, de traficantes de escravos, de exploradores, de missionários, de procônsulos, de sábios de todo o tipo, que acabaram por fixar sua imagem no cenário da miséria, da barbárie, da irresponsabilidade e do caos. Essa imagem foi projectada e extrapolada ao infinito ao longo do tempo, passando a justificar tanto o presente como o futuro.⁵¹

Não obstante a ausência de estudos científicos nessa matéria impõe-se e como desafio que se reflecta sobre as infracções penais e tipo de sanções criminais existentes nesse período pré-colonial e compreender o início do processo de construção do Direito Penal em Moçambique.

O período pré-colonial refere-se ao tempo que antecedeu a ocupação administrativa e militar pelos portugueses. Quando os portugueses chegaram a Moçambique, as comunidades estavam num estado de organização política e económica que se identificavam com os reinados dos Estados europeus.

Como refere A. Rita Ferreira:

Entre outros contributos, a moderna historiografia veio provar que, na sua origem e formação parte desses grupos étnicos estiveram claramente relacionados com unidades políticas de maior ou menor dimensão, directa ou indirectamente afectadas pelo secular comércio ultramarino, nomeadamente como produtoras de ouro, marfim e escravos e consumidores de tecidos, missangas e armas de fogo. Curioso é notar, como os primeiros portugueses reconheceram, sem relutância ou ambiguidade, a existência de “reis” ou até mesmo de “imperadores”. Mas essas observações parece terem sido esquecidas ou menosprezadas por autores mais recentes, incluindo o que escreve estas linhas.⁵²

As comunidades moçambicanas estavam organizadas numa estrutura encabeçada por chefes tradicionais com poderes políticos, económicos, judiciais, militares e mágico-religiosos.⁵³

⁵¹ Comité Científico Internacional da UNESCO para redacção da História Geral de África, *História Geral de África I, Metodologia e Pré-história de África*, Editor Joseph Ki-Zerbo, pág.31,32.

⁵² FERREIRA, Rita, *A fixação portuguesa e história pré-colonial de Moçambique*, Est.Ens.Doc-142, pág.22.

⁵³ *Ibidem*, pág.23,24.

Na impossibilidade de individualizar a realidade moçambicana nesse período, recorreremos a realidade bantu, dos povos que penetraram em Moçambique e deixaram influência da sua cultura.

Segundo A. Rita Ferreira, “Edson-Dew, baseado em pesquisas serológicas, concluiu que os chopes e os cocas da Inhambane constituíam o mais arcaico povo não-bosquimanóide que até então havia estudado na África Austral. Daí ter inferido que os seus ascendentes faziam parte dos primeiros grupos bantus que se espalharam pelo subcontinente.”⁵⁴

Esta ideia é confirmada por Carlos Serra quando refere que “alguns dos primeiros grupos bantu(1b), oriundos da orla noroeste das grandes florestas congolenses, desceram provavelmente o vale do xire pela margem direita, contornando o lago Niassa e chegando à confluência do xire com Zambeze. Aqui, após uma paragem, os diversos grupos ter-se-iam fraccionado, dirigindo-se uns para sul, atravessando o Zambeze, e outros, entre mais ou menos 800 e mais ou menos 1000 da nossa era, para as férteis serranias da alta Zambezia(Morrumbala, Milamge, Gurué, etc).”⁵⁵

Foi no primeiro milénio depois de Cristo que chegaram a Moçambique os primeiros asiáticos provenientes da Indonésia, Pérsia e Índia e evidentemente influenciaram através da sua cultura e tipo de civilização. E segundo Adriane Stoll de Oliveira existiu na Índia antiga, entre o século II a.c e II d.c, o código de Manú o qual previa questões de natureza penal, civil, comercial, laboral, contendo normas sobre os julgamentos, a obtenção da prova.⁵⁶ Estes contactos influenciaram o processo de construção do Direito Penal moçambicano.

A presença de árabes no período pré-colonial é referida por A. Rita Ferreira no sentido de que “Pesquisas arqueológicas recentes situam no século VI a chegada dos primeiros povoadores à grande ilha de Madagáscar. Seriam Indonésios já miscelinizados com africanos, o que demonstra a sua permanência, embora relativamente breve na costa Oriental. Investigadores como R.Mauny e J.S.Trimingham manifestam-se favoráveis à hipótese de os

⁵⁴*Ibidem*, pág.34.

⁵⁵ SERRA, Carlos, *Como a penetração estrangeira transformou o modo de produção dos camponeses moçambicanos, O exemplo da Zambézia (+- 1200/1964)*, Volume I, Núcleo Editorial da Universidade Eduardo Mondlane, 1986, pág47.

⁵⁶ OLIVEIRA, Adriane Stoll de, *A codificação do Direito*, Revista Jus Navigandi, ISSN, 1518-4862, Teresina, Ano 7, nº60, Novembro, 2002, pág.9 e 10. Disponível em :<https://jus.com.br/artigos/3549>. Acessado em 31 de Agosto de 2021.

Waq-Waq referidos pelos autores persas e árabes haverem alcançado simultaneamente Madagáscar e Moçambique.”⁵⁷

Já no século VI e VII as comunidades moçambicanas do sul de Sofala, Save e Limpopo tinham relações comerciais com povos provenientes da Ásia e evidentemente influenciados pela cultura desses povos.

Segundo A. Rita Ferreira, “a hipótese, durante muito tempo contestada, dessa antiga presença asiática no litoral sul de Moçambique acaba finalmente de ser confirmada pelos vidros, porcelanas e missangas coloridas encontradas em Chibuene, baía de Vilanculos. Seriam do séc. VIII d.C.”⁵⁸

A Costa de Sofala conheceu uma grande actividade de comércio de escravos. Então pergunta-se, que leis regiam estas comunidades envolvidas em intensa actividade comercial? Havia infracções de natureza criminal, como eram prevenidas e sancionadas tais infracções?

No caso de suspeitas de prática de condutas censuráveis, os suspeitos eram forçados a ingerir bebidas venenosa e se não sucumbissem então eram inocentes. Nesse sentido A. Rita Ferreira refere que:

R.A.Hamilton aventa que a pré-existência de outros bantos também pode ser inferida da divisão de funções entre os dois principais clãs:Piri, reservado à direcção política e militar, Banda, reservado à terra, a fertilidade e ao controlo da chuva...Segundo tradições recolhidas por M. Schoffeleers os dirigentes Piri já se encontravam desavindos quando atingiram Mancamba.Agitado por desconfianças, o Caronga reinante teria decidido submeter bastantes suspeitos à prova do ordálio venenoso, o muabvi.Os seus parentes Undi e Capuite (Kaphwiti)não aceitaram a humilhante imposição e, em consequência foram forçados a partir, respectivamente para oeste e sul, nas últimas décadas do século XV.⁵⁹

No que se refere a reacções contra qualquer ofensa há evidências da justiça pelas próprias mãos. A. Rita Ferreira refere que:

Assim, os macondes de Cabo Delgado dizem que os Macondes da Macomia são também Andondes (ndonde).Por sua vez, os macondes da Tanzania chamam Mavia(Maviha) aos de Cabo Delgado, não lhes reconhecendo o direito à designação de

⁵⁷FERREIRA, Rita., ob.,cit., pág.35.

⁵⁸ *Ibidem*, pág.35, 36.

⁵⁹*Ibidem*, pág.54.

macondes. Estes explicam que o nome Mavia lhes foi posto por reagirem contra qualquer ofensa, recorrendo logo às armas.⁶⁰

As ofensas criminais de maior gravidade eram sancionadas com pena capital. A.Rita Ferreira relata o seguinte caso ocorrido no Estado dos Mutapas, em Moçambique:

A mais antiga revolta que se tem notícia consta da célebre carta de Diogo de Alcáçova. Cerca de 1490 um dignatário conhecido por Changamire, possivelmente do Totem Moio, chacinou o Mutapa reinante e vinte e dois dos seus filhos. Só quatro anos depois, um dos raros sobreviventes, Cacuio Comunhaca, conseguiu controlar de novo a província, depois de executar o revoltoso.⁶¹

Dentro destas comunidades havia regras instituídas e para infracções graves, como as chacinas eram puníveis com a morte. As acusações de feitiçaria eram sancionadas com a morte.

Referindo-se ao distrito da Marávia, em Tete, A.Rita Ferreira refere que:

era possivelmente a este sistema que pretendia referir-se Mello de Castro em 1763: aos reis e régulos que falecem nos seus domínios não sucedem os próprios filhos mas sim os do Imperador e seus netos por ele mesmo nomeados. Não é de desprezar a hipótese de, com a sua partida para longes domínios, esses parentes perpétuos procurassem evitar as frequentes e mortíferas acusações de feitiçaria que desagregavam a família extensa.⁶²

A feitiçaria era considerada um crime e dos mais frequentes e sancionáveis.

Os macuas do litoral norte sofreram grande influência islâmica. A.Rita Ferreira cita o relato de Gonçalves Cotta de 1940, nos seguintes termos:

a Cabila (grande família composta de todos os descendentes de uma genearca) gozava de absolutos direitos sobre os seus membros, quer estes fossem parentes por consanguinidade, quer por afinidade...era o clã. O velho chefe(n'ze)resumia todos os direitos e poderes: proprietário dos haveres adquiridos pela comunidade e juiz...Mas so podia exercer direito da vida e de morte sobre os filhos de suas irmãs, jamais sobre os seus próprios, pois a família também não se desintegrara ainda completamente da forma matriarcal. Assim, o julgamento dos filhos cabia ao irmão mais velho da mãe.⁶³

O chefe mais velho de cada grupo familiar tinha poderes para julgar e sancionar.

Os macuas lomués tinham magistrados indicados segundo critérios de competência demonstrada para solucionar problemas ocorridos no seio das comunidades. Nesse

⁶⁰*Ibidem*, pág.59.

⁶¹ FERREIRA, Rita, A., ob.,cit., pág.77

⁶²*Ibidem*, pág.88.

⁶³*Ibidem*, pág.92, 93.

sentido A.Rita Ferreira refere que, “também Soares de Castro (1988) e o P. Gerard(1987) apontaram certas sobrevivências do clã como unidade orgânica. Este último autor aludiu, em especial, à existência de um cemitério comum para os indivíduos do mesmo nimo e à investidura de um magistrado competente para resolver os litígios ocorridos no seu interior”.⁶⁴

O período pré colonial estava profundamente baseado nos usos e costumes e estes foram a base da organização das comunidades pré coloniais em Moçambique. O conhecimento desta realidade foi a partir de relatos orais e a codificação que o Estado colonial procurou efectivar em Moçambique.

Nas sociedades pré- coloniais em Moçambique, os conflitos eram dirimidos pelas autoridades tradicionais, os régulos. Os relatos evidenciam que em todo o território de Moçambique, os usos e costumes eram idênticos não obstante a diversidade cultural. Segundo Eduardo da Conceição Medeiros, “ os macondes que viviam nas terras altas do nordeste de Cabo Delgado, tinham chefes das aldeias chamado nangolo, era a mais alta autoridade política, era ele que distribuía as terras, organizava as caçadas, dirigia o comércio e as cerimónias religiosas. Os chefes das aldeias, resolviam as disputas entre os residentes da povoação, conflitos que surgiam pelas razões mais diversas, mas sobretudo por causa das mulheres.”⁶⁵

Confirmando a ideia dos litígios serem solucionados pelos chefes das comunidades, Ana Patrício, refere que:

Com efeito, nas sociedades pré coloniais africanas, por via de regra, eram os chefes tradicionais (régulos) que decidiam todos os milandos(conflitos), entre as populações que estavam sob a sua alçada ou entre queixosos de outra chefatura e acusados da sua, sendo, normalmente, todos os delitos e crimes reduzidos a multas ou indemnizações(Coimbra,op.cit:47).Contudo a resolução dos milandos não era uma decisão individual: a discussão da causa era pública, pois o chefe não podia dispensar o apoio dos seus concelheiros e da comunidade (Meneses et al.2003:347), e o processo de averiguação era, frequentemente, apoiado pelo recurso a práticas mágico religiosas.⁶⁶

⁶⁴ *Ibidem*, pág.93.

⁶⁵ MEDEIROS, Eduardo da Conceição, *História de Cabo Delgado e do Niassa, (C.1836-1929)*, Maputo, 1997, pág.63.

⁶⁶ PATRÍCIO, Ana, *Dinâmicas do Pluralismo jurídico em Moçambique: estudo de caso do distrito de Mossurize*, Tese de Doutoramento, ISCTE, Julho, 2016, Lisboa, pág.83.

Como se pode constatar, nessas sociedades eram observados princípios como o da publicidade das audiências de julgamento, para além de privilegiar as penas não privativas da liberdade, como a multa, as indemnizações e na base da justiça retributiva.

Um estudo desenvolvido pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Moçambique concluiu que nesse período “todos os conflitos se solucionavam de acordo com a noção de justiça retributiva ou compensatória e teriam de ser resolvidos de forma tão breve quanto possível para restaurar a harmonia e coesão do grupo.”⁶⁷ Era uma prática das sociedades pré coloniais africanas o que se estendeu a Moçambique pré colonial.

As audiências de julgamento obedeciam igualmente ao princípio da celeridade. Esse facto evidencia o respeito dos direitos do acusado e a garantia da paz social comprometida pela prática da infracção. Confirmando esta teoria, Carlos Serra refere que “os mágicos adivinhadores descobriam na comunidade o suposto perturbador da ordem social. Em processo sumário, sobre ele abatia-se a comunal acusação de viver à custa dos vizinhos (...) para assegurar a fidelidade comunitária e garantir a cooperação social, eram rígidas e severas as regras do processo judiciário. Os testes incluíam além do muávi, o moto (fogo), a ofubalihiua (água a ferver) e as emoua (cobras). Entre as penas contavam-se a osotchotchiua (flagelação), a obuimihaua (imersão na água), as opadcauliua (mutilações) as ozuihiua (queimaduras) e a ocedhiua (expulsão).”⁶⁸

Ana Patrício refere que “o processo era célere, para não aumentar a tensão social. As formalidades do julgamento reduziam-se à audição das partes em litígio e das testemunhas. Geralmente, a queixa era apresentada ao secretário do régulo que levava o queixoso a casa deste.

O régulo mandava chamar o acusado e ouvia as partes e as testemunhas em sessão pública. Quando não havia testemunhas presenciais ou havia contradição de depoimentos, o régulo pedia a intervenção do feiticeiro para descobrir pela magia a verdade.

⁶⁷ BOERKAM, Elisa Samuel (Coord.) Severino Ngoenha, *Estudo Etnográfico das normas das populações locais para a resolução de conflitos e a sua relação com o acesso ao direito e a justiça moçambicana*, CFJJ, Maputo, pág.53.

⁶⁸ SERRA, Carlos, ob., cit., pág.65.

No fim da discussão da questão o régulo proferia a sentença, depois de ouvir os seus conselheiros (Coimbra, op.cit.: 48)⁶⁹

Como se pode verificar o julgamento observava princípios fundamentais, como o do contraditório. Esta referência parece-nos importante e a relevância está no facto de evidenciar o estado avançado do direito costumeiro em África e Moçambique, em particular. Nesse sistema normativo não se estabelecia a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado ou entre o Direito Civil e o Direito Criminal.

E ainda sobre os julgamentos, Ana Patrício, citando Manuel Moreira Feio no relatório apresentado ao Congresso colonial de 1901, refere que:

Há determinados dias para os julgamentos, milandos, considerando-se feriados não só os dias imediatos as principais phases da lua, mas ainda os de muita chuva quando esta não permitia a reunião do público na banja. Banja ou banje é o local destinado às audiências e reuniões públicas, para o que se escolhe o espaço abrigado pela sombra da árvore mais frondosa que existia nas proximidades da residência do régulo. Nos dias da audiência vão uns determinados grandes ou secretários que tem por especial função este mister, abrir a sessão em nome do régulo e ali tomam conhecimento das questões que há a propor, natureza do seu assumpto e nomes dos litigantes. As dez ou onze horas da manha estes secretários ou grandes transportam-se ao logar onde se acha o régulo com a sua côrte, e perante todos fazem a exposição das causas que há a tratar, depois do que o regulo com os grandes mais graduados e mais velhos, e que constituem como que o seu conselho privado, consideram em abstracto as diferentes hypotheses que podem suscitar-se, verificam a natureza do milando pelo acto em si e pela qualidade das partes e assentam na lei ou na penalidade, que a cada um e aos diferentes casos deve ser aplicada. Entretanto os secretarios, a que nos referimos em primeiro lugar, têm-se dirigido para a bange onde aguardam a vinda do régulo segudo do seu conselho e corte.[...] Aberta a audiência em nome do régulo, um dos secretários menores apresenta as questões, que há a tratar, especificando as partes e os assumptos a discutir, e sobre esta apresentação, os grandes secretários fazem entre si e perante o regulo segunda apreciação do milando com o fim de esclarecer e definir o estado do pleito, a sua natureza a qualidade das partes e a hypothese especial que se ventila. O regulo manda apregoar e vir á sua presença os litigantes e pessoalmente lhe faz quaisquer perguntas que julgue necessárias ou convenientes para se esclarecer, ordenando em seguida, quando necessário for, que a causa seja discutida em publica audiência entre as pessoas de mais idade e de melhor critério, que se achem presentes.

Para esta discussão nomeia o régulo um jury composto de número variável, mas entrando na sua constituição tantos membros dos que foram propostos pelo autor quantos os que o foram por parte do réu, competindo ao régulo fixar o seu número e conhecer a sua idoneidade.

Em seguida tem lugar a produção das provas, sendo ouvidas testemunhas de uma e de outra parte, convidando-se por último quaisquer pessoas a darem conhecimento ao tribunal de qualquer elemento que possa esclarecer a causa, o que sempre se faz pedindo vénia ao régulo. Terminadas as provas tem logar entre o jury a discussão do valor destas, pleiteando entre si os membros do mesmo jury que representam o autor com os que representam o réu. Finda que seja a discussão, constitui-se o tribunal em sessão secreta, composta dos grandes secretários presidida pelo regulo, e n'ella se discute sobre a

⁶⁹ PATRICIO, Ana., ob cit., pág.84.

sentença que definitivamente deve aplicar-se quer absolvendo, quer condemnando o réo, que pode variar segundo o resultado das provas, ficando ao regulo o livre arbítrio de julgar como lhe aprouver, tendo todavia de conformar-se com uma das duas hypotheses e assentes pelo conselho em sessão secreta. Aberto novamente o tribunal em sessão pública e na presença das partes, o régulo apresenta o resumo da queixa e da defesa e os fundamentos de cada uma concluindo por dar a sua sentença, cuja publicação é anunciada por toques de tambores, gritaria e extraordinária algazarra, feita pela parte vencedora e seus parciais. De todas as sentenças há apelação para o regulo de superior categoria, se o há, ou para o mais próximo, em caso contrario, sendo certo que por via de regras este recurso é ineficaz, pois que, para não desprestigiar a autoridade do seu colega, raras vezes um regulo reforma a sentença proferida por outro. [...] Em todos julgamentos se atribue uma importância capital, e ate mesmo em todos os assumptos da vida, a provas que bem poderemos chamar-lhes julgamentos de Deus, sendo os principaes, dentre todas, seis e que se denominam: Zembe ou acata, magona, ganga, chipendo, baja e muave. (Moreira Feio, 1901:75-78)⁷⁰

No período pré-colonial, como dissemos anteriormente, existia o direito criminal que não se distingue do direito civil. De acordo com este direito, quem praticasse uma infracção criminal era sancionado com uma pena corporal e tinha o dever de indemnizar a vítima.

Ana Patrício, citando Joaquim Gonçalves Cota, refere que:

O facto ilícito não é sempre dual: o ilícito criminal confunde-se frequentes vezes com o ilícito civil, uniformizando as duas espécies correlativas da responsabilidade individual. Por vezes dá-se também a conexão das duas responsabilidades quanto ao mesmo facto. O delincente suporta a pena repressiva e a obrigação civil de reparar o dano materialmente.⁷¹

Na presença de uma infracção criminal, o julgador algumas vezes alternava, aplicando ou a indemnização a vítima ou então o castigo físico. Havia casos de comutação da pena e nas situações em que o infractor não estivesse em condições para pagar a indemnização fixada era condenado ao castigo corporal ou a pena de morte, dependendo da gravidade do crime e do entendimento do julgador.

Não existia o perdão do crime ou da pena. Ana Patrício, citando Joaquim Gonçalves Cota, refere que:

A justiça indígena era inexorável, quer se tratasse de justiça privada, quer de justiça popular ou ainda da justiça do régulo [...] o direito tradicional indígena não admitia atenuantes. Era essencialmente objectivo e simplista. Via-se apenas o facto e as suas consequências. A não ser em casos muito especiais [...] levava-se em consideração o parentesco entre as partes para agravar ou atenuar a responsabilidade, ou ainda a condição social do ofendido ou da vítima, implicando sempre a não imputabilidade à circunstância de o autor do facto ser a própria pessoa que representava a autoridade dentro do agregado. Os menores eram irresponsáveis, mas os pais respondiam pelos danos que eles causavam. Qualquer delito involuntário, até mesmo o homicídio não era

⁷⁰ PATRICIO, Ana Maria Esteves, ob.,cit.,pág.83.

⁷¹ *Ibidem*, pág.86.

punido criminalmente. O facto gerava apenas responsabilidade civil. (Cota, op.cit.143)⁷²

No período pré- colonial, eram considerados principais crimes: o adultério na forma tentada ou consumada com mulher casada e algumas vezes entre parentes, a introdução em casa alheia, o homicídio voluntário, o crime de feitiçaria, o roubo, a violação. Estes crimes ocorriam em todo o território de Moçambique.

Ana Patrício, citando Moreira Feio (op.cit.71-73), refere que:

Não obstante o reconhecimento da variedade de usos e costumes, entre os povos indígenas de Moçambique, Moreira Feio incluiu na sua obra uma lista dos crimes principais e das respectivas penas que na sua opinião, com pequenas variantes, se observavam entre a totalidade dos indígenas de Moçambique: ...ussambi-tentativa de crime de adultério com mulher casada. Este crime é considerado simplesmente como injúria feita ao marido da ofendida, e por isso a sua pena não é superior ao pagamento, por parte do delinquente e para o marido, de duas peças de fazenda. Uteré-adultério consumado com mulher casada. A remissão da culpa, sendo entre pessoas dos súbditos, não excede a vinte peças de fazenda, segundo as circunstâncias do prevaricante, e, sendo o adultério cometido com mulher de régulo, considera-se o crime como tentativa contra a vida do mesmo regulo e para sua permissão se exige mais do dobro do que se pagaria no crime comum. Mabongo-crime de adultério entre parentes e a que corresponde a mesma pena que ao adultério comum, há porém uma diferença entre este e o crime anterior, neste caso a acusação pertence sempre a autoridade pública que é representada por um determinado grande, e a satisfação da pena só pode ser recebida por esta autoridade, sem que o marido da adúltera tenha direito a qualquer porção da dita pena. Mangueira-introdução clandestina e de noite em casa alheia, e a que corresponde a mesma pena, que no adultério comum. Mutaca-imposto denominado de sangue, que o criminoso é obrigado a pagar a autoridade da terra aonde tiver feito derramar sangue. Nas ofensas corporais com derramamento de sangue há duas penalidades; uma é a mutaca e a outra é a indemnização ao queixoso sendo ambas fixadas por julgamento ou arbitragem segundo a gravidade do crime e circunstâncias do criminoso. Utacathi ou vuroi-crime de feitiçaria. Este crime é considerado extremamente grave e a sua penalidade corresponde uma indemnização mais ou menos considerável, segundo as consequências do delicto, podendo até ser aplicada a pena correspondente ao homicídio. Chitessi- crime de homicídio voluntário. A pena correspondente a este crime consiste no pagamento em dobro do preço de um casamento cafre aos herdeiros do falecido e mais metade desta pena para o régulo a título de mutacas; se porém o crime foi praticado com premeditação, a pena é elevada ao dobro.

Também são punidos variavelmente, o roubo e a violação, devendo notar-se que n'este último crime, ainda mesmo que seja paga a pena, nunca o seu autor tem direito a casar com a mulher que violou.⁷³

Merece referencia o estudo desenvolvido pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária o qual adoptou uma posição diferente ao considerar que “o pluralismo prevalecente no período pré colonial é considerado de multicentrico (Silva, 2004) por coexistirem diversas

⁷² *Ibidem*, pág.86.

⁷³ PATRICIO, Ana Maria Esteves, ob.,cit., pág.86,87.

ordens normativas costumeiras não codificadas e não subordinadas, decorrentes da diversidade cultural dessa sociedade.”⁷⁴

Partindo do conceito de pluralismo defendido no referido Estudo como representando “ a coexistência de diversas ordens sociais e jurídicas no mesmo espaço geopolítico,”⁷⁵ constata-se uma certa contradição pois o Estudo ao citar Gonçalves Cota (1946) reitera que:

a despeito de diversidade de certos usos e costumes, de dialectos locais, da polimorfia mística que parecem diferenciar profundamente entre si alguns povos distribuídos pelo território moçambicano, não é difícil descobrir, nos vários planos de estrutura social, elementos comuns que denunciam afinal nesses povos a existência de uma certa unidade intrínseca de ordem moral que, nem factores históricos, nem hereditariedade, nem lutas de adaptação ao meio conseguiram extinguir(Cota, 1944,p.9)

Nas comunidades moçambicanas pré coloniais não existiram diversas ordens jurídicas, sendo esta uma realidade actual, fruto do processo de colonização portuguesa. A reforçar esta ideia Carlos Serra citando Cristina Nogueira da Silva defende que “o pluralismo jurídico vigente na administração colonial, traduzido na situação criada através do Decreto de 18 de Novembro de 1869, não assentou na diversidade cultural juridicamente protegida, isto é, na coexistência de múltiplas ordens jurídicas, colocadas ao mesmo nível, desprovidas de relações de equilíbrio.”⁷⁶

Podemos assim referir que o processo de construção do Direito Penal moçambicano iniciou no período anterior a colonização portuguesa. Tratou-se de uma experiência local com influências dos povos asiáticos provenientes da Indonésia, Pérsia e Índia. Nesse período não existiam em Moçambique leis escritas e o direito era oral, célere, simplificado e obedecendo as regras da publicidade, contraditório e igualdade de armas entre as partes em conflito.

Através da pesquisa efectuada e referente ao período anterior a penetração colonial portuguesa pretendemos demonstrar que independentemente da diversidade cultural entre os povos de Moçambique existiam infracções similares, concretamente o crime de

⁷⁴ BOEREKAM, Elisa Samuel (Coord.), Severino Ngoenha, *Estudo Etnográfico das normas das populações locais para a resolução de conflitos e a sua relação com o acesso ao direito e a justiça moçambicana*, Relatório Exploratório do projecto piloto dos distritos das províncias de Cabo Delgado, Nampula e Niassa, Maputo, Julho de 2020, pág.48.

⁷⁵ *Ibidem*, pág.45

⁷⁶ SERRA, Carlos Manuel, *Estado, pluralismo jurídico e recursos naturais: avanços e recuos na construção do Direito Moçambicano*, Escolar Editora, 2014, pág.10.

feitiçaria, ofensas corporais, o roubo, o adultério, a violação e com sanções uniformes, a pena de multa, a indemnização e a pena capital.

O Direito penal existente era o adequado a realidade das comunidades moçambicanas e o seu desenvolvimento, concretamente a possibilidade da existência de uma reflexão sobre os tipos legais de crimes, as penas e seus efeitos ficou frustrada devido a colonização portuguesa como mais adiante demonstraremos.

2.2.O Direito Penal no período colonial

O período colonial tem o seu marco histórico com a entrada de Vasco da Gama a caminho da Índia em 1498 com paragem na Ilha de Moçambique e costas vizinhas. Segundo Jorge Bacelar Gouveia, citando Alberto Martins de Carvalho, “a Capitania-Geral de Moçambique só seria constituída em 1752, desanexada do Governo da Índia, e com a outorga de um Estatuto em 1763.”⁷⁷

Portanto, somente em 1852 é que Moçambique torna-se uma província ultramarina na sequência de uma revisão constitucional e passa a ter leis especiais. Nesse sentido, Jorge Bacelar Gouveia, refere que:

O ato adicional de 1852, uma das revisões constitucionais da C1826, marcou uma nova fase no regime político- constitucional de Moçambique: foi considerada uma das províncias ultramarinas, estabelecendo-se no seu art.15º um regime jurídico-constitucional que permitia que as províncias ultramarinas pudessem ser governadas por leis especiais, e fixando-se a faculdade de o Governador-Geral poder tomar as providências indispensáveis para acudir a alguma necessidade tao urgente que não possa esperar pela decisão das Cortes, ou do Governo.⁷⁸

Após a Conferência e Tratado de Berlim, a colonização intensifica-se e na época da primeira República, como consta do artigo 67 da Constituição, surge a ideia de promulgação de leis que estejam em conformidade com a civilização dos povos das colonias. Nesse sentido Jorge Bacelar Gouveia refere que:

O território colonial português, no tempo da I República, foi objecto de uma referência especial, estabelecendo a C 1911-se bem que omitindo a relação das diversas possessões ultramarinas-a orientação geral segundo a qual na administração das

⁷⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015, pág.105.

⁷⁸ *Ibidem.*, pág. 106, 107.

províncias ultramarinas predominará o regime da descentralização, com leis especiais adequadas ao estado de civilização de cada uma delas.⁷⁹

Portanto, como se pode constatar era evidente o princípio da desigualdade em que assentavam as leis coloniais as quais na sua aplicação tomavam em consideração o estado de civilização das comunidades colonizadas.

A revisão constitucional de 1911 não introduziu alterações de relevo, mantendo a ideia da existência de “leis orgânicas especiais” e “diplomas coloniais” segundo o artigo 1 da lei nº 1005, de 7 de Agosto de 1920.

A partir de 1945, Portugal pressionado pela comunidade internacional revoga em 1951, o Ato Colonial, o qual passa a figurar no texto da Constituição de 1933, através da lei nº 2048, de 11 de Junho de 1951 e como resultado ocorreu a aprovação da lei orgânica do Ultramar Português em 1953.

Jorge Bacelar Gouveia refere que “em 1953 foi aprovada a lei orgânica do Ultramar Português, a Lei nº 2066, de 27 de Junho de 1953, diploma alterado pela Lei nº 2119, de 24 de Junho de 1963. E ainda antes tinha sido publicado o DL nº 39666, de 20 de Maio de 1954, que aprovou o Estatuto dos Indígenas Portugueses da Guiné, Angola e Moçambique.”⁸⁰

A última revisão constitucional portuguesa de 1933 através da lei nº 3/71, de 16 de Agosto passou a designar Moçambique como um “Estado” e posteriormente ocorreu a aprovação da lei orgânica do ultramar português, lei nº 5/72 de 23 de Junho. A designação de Moçambique como um Estado não constituiu uma inovação de relevo, pois em termos práticos continuou com a estrutura de uma província ultramarina.

Através do Decreto de 18 de Novembro de 1869 passou a vigorar nas colónias o Código Civil Português e no artigo 8 do referido Decreto é reconhecido o direito consuetudinário local e há uma conformação com os usos e costumes. O artigo 8, citado, previa que:

Os usos e costumes, que não se opusessem à moral ou à ordem pública, não só dos indígenas autóctones das nossas possessões, mas também dos imigrantes orientais com uma civilização própria como os baneanes, bätias, parses e mouros, reiterando-se [...] o velho pensamento da nossa política de ocupação, qual o de evitar, tanto quanto possível, reacções violentas do gentio

⁷⁹ *Ibidem.*, pág.107

⁸⁰ *Ibidem.*, pág.108.

contra a nossa interferência na sua vida social, muito essa interferência visasse a transformação moral e económica das populações do sertão, no sentido de as integrar na civilização cristã.

Entretanto, uma portaria de 9 de Julho de 1855, do governador-geral mandava tomar em consideração o código dos milandos inhambenses baseado nos usos e costumes dos bitongas, população de Inhambane. O referido código elaborado em 1852 nunca chegou a ser aprovado, não obstante o seu impacto nas comunidades tendo em conta as pessoas que participaram na sua elaboração. Nesse sentido, Rui Mateus Pereira refere que:

Tratava-se de um código de usos e costumes dos povos bitongas-população circundante de Inhambane-elaborado em 1852 por um conjunto de moradores versados nos usos e costumes cafreais daquele distrito com o auxílio dos régulos bitongas Tembe e Inhampossa habitantes da villa, Inhampeta, Inhamotitima e Saranga habitantes da outra banda.⁸¹

Ao referido código seguiram-se outros, o dos milandos inhambenses (lítigios e pleitos) confirmado pela portaria provincial nº269 de 11 de Maio de 1889 e posteriormente a versão de 1908, o projecto de regimento de justiça cafreal ou Código de Milandos do Distrito de Inhambane. Mais tarde, Pereira Cabral que fora secretario dos negócios indígenas junto do governo-geral em Lourenço Marques apresentou um projecto de código de Milandos, o qual não teve qualquer aceitação chegando a ser considerado ilegal.

Nesse sentido Rui Mateus Pereira refere que:

O parecer do Tribunal da Relação de Moçambique não poderia ser mais incisivo, dando como ilegal o projecto de Código de Milandos que lhe fora remetido, fundamentando-se no facto de aquele projecto pretender submeter ao mesmo regimento jurídico os indígenas de toda a colónia, unificando os usos e costumes e criando talvez novos costumes, o que vai decerto retardar o progresso e causar sérias perturbações na vida doméstica dos indígenas.⁸²

Havia um certo desentendimento dentro do poder colonial sobre as questões de codificação dos usos e costumes locais existindo resistência por parte dos aplicadores do referido código.

É que o interesse pela codificação estava relacionado com a necessidade de perpetuar a dominação colonial e evitar exigências futuras por parte dos locais e manter a situação de desigualdade entre as comunidades colonizadas e o colonizador, entre o branco e o negro. Nesse sentido Rui Mateus Pereira refere que:

⁸¹ PEREIRA, Rui Mateus, ob.,cit., pág.9

⁸² *Ibidem*, pág.9

E, logo de seguida, Pereira Cabral ajuda-nos a compreender, na sua essência, o empenho das autoridades dessa nova era colonial em codificar os usos e costumes. Não se trata já da contemporização ou da condescendência piedosa, algo filantrópica até, que, de alguma forma, motivara os mentores liberais do início da segunda metade de oitocentos. Esta reassunção das primeiras décadas do século XX no interesse pelos usos e costumes, destinava-se a assegurar a manutenção de um estatuto permanente-e, se possível, perene-de inferioridade dos africanos colonizados, pois que, a não serem regulamentados esses usos e costumes, os africanos, enquanto cidadãos, poderiam sentir-se tentados a reivindicar regalias, direitos e deveres inscritos no Direito Civil e Criminal dos Europeus:

Querer aplicar a pretos as mesmas leis pelas quaes se regulam os brancos, e tudo quanto há de mais absurdo e de péssimas consequências, para o futuro de uns e de outros. Ao Estado compete legislar, e ao branco, que por dever de ofício ou necessidade da sua ocupação tem que estar em contacto com o indígena, pertence-lhe fazer que o nosso domínio seja proveitoso, não odiada a nossa superioridade, trata-lo, enfim, com a equidade e justiça que um ente inferior merece de um outro, que lhe é sempre superior.⁸³

Como se pode constatar, os conceitos de equidade e justiça previstos na legislação aprovada pelo Estado colonial eram aplicados na perspectiva de que o seu destinatário era um ser inferior e não uma pessoa com dignidade.

Em 1929 veio a ser publicado o Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas e posteriormente o Estatuto dos Indígenas Portugueses das províncias da Guiné, Angola e Moçambique.

O Estatuto dos Indígenas Portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique aprovado pelo Decreto-Lei nº 39 666, de 20 de Maio de 1929 surgiu alegadamente para introduzir princípios consagrados na Constituição Política e na lei Orgânica do Ultramar, sem entretanto deixar de evidenciar a ideia de ser o “ indígena um ser inferior e de baixo grau de civilização.”⁸⁴

O âmbito de aplicação do referido Estatuto eram os indígenas da Guiné, Angola e Moçambique.

Não obstante a Constituição Política consagrar no artigo 5 o princípio da igualdade jurídica das pessoas, o mesmo não era extensivo ao “ indígena” porque este era considerado um ser inferior. Nesse sentido José Carlos Ney Ferreira refere que:

O facto de os nativos das províncias portuguesas da África Continental se encontrarem ainda em determinado grau inferior de civilização implica a necessidade de se processar

⁸³ *Ibidem*, pág.9.

⁸⁴ FERREIRA, José Carlos Ney, Vasco Soares da Veiga, *O Estatuto dos Indígenas Portugueses*, 2ªed.Lisboa, 1957, pág.11

um ordenamento jurídico adequado à possibilidade de efectivação de poderes e deveres por parte desses nativos. Isto é, os indígenas (conceito que o art.2 esclarecerá) encontram-se numa posição especial perante a ordem jurídica geral.⁸⁵

As leis processadas tinham como objecto um ser de grau inferior daí o desrespeito para com os direitos fundamentais e princípios fundamentais do Direito Penal, como a igualdade, o humanitarismo das reacções criminais.

No que se refere a não aplicação aos indígenas do princípio da igualdade jurídica das pessoas, Ferreira afirma:

a igualdade jurídica das pessoas, como tais, postulada pela filosofia política, e expressamente declarada no artigo 5 da Constituição Política e no artigo 7 do Código Civil não tem que corresponder necessariamente uma identidade de posição perante todos os institutos da ordem jurídica geral. A efectiva diversidade de aptidões, de mentalidades, de cultura, gera como resultado necessário uma diversidade de situações jurídicas. Assim, a capacidade, enquanto medidas de poderes e deveres, sofre variações derivadas do Estado.⁸⁶

Esta inaceitável teoria visava fundamentar as violações à própria constituição política e às leis aprovadas.

O artigo 25 do referido Estatuto prevê o princípio que consagra que não existindo uma lei especial para os indígenas, aplicam-se as leis penais comuns. Portanto, por força deste preceito legal, era aplicado ao indígena o Código Penal de 1852 e o de 1886 e tomando em consideração, “o estado de civilização dos indígenas e os seus usos e costumes.”⁸⁷

O & único do artigo 25 mandava o juiz analisar o comportamento e aplicar as penas, “considerando a influência sobre o delinquente e os actos deste exercerem as circunstâncias da vida social dos indígenas.”⁸⁸

A lei dava ao juiz a faculdade de substituir a pena de prisão por trabalho obrigatório, como reza o artigo 26 do referido Estatuto.

E o poder colonial defendia a conversão da prisão por trabalho obrigatório como sendo uma medida eficaz tendo em conta “a natureza preguiçosa do indígena, sendo a reclusão contraproducente”⁸⁹. Refere José Carlos Ney Ferreira que:

Compreendeu-se então que o regime penitenciário de John Howard, introduzido entre nós pela lei de 1 de Julho de 1867 (e defendido já no projecto de Levi Maria Jordão), produziria efeitos

⁸⁵*Ibidem*, pág.11.

⁸⁶ *Ibidem*, pág.12.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 41.

⁸⁸*Ibidem*, pág.,41.

⁸⁹*Ibidem*, pág.43

contraproducentes quando aplicado aos indígenas. A reclusão celular, julgada meio ideal para a penitência moral do delinquente, transformava-se para os indígenas, no clima óptimo da ociosidade que tanto lhes compraz, ademais acompanhada de aumento de bem-estar material porque, no dizer de Enes a pior cadeia é mais abrigada de intempéries do que a palhota ou ramada, a tarimba menos áspera do que a terra nua, o rancho mais apetitoso e variado do que a massa de mapira. E assim, o Regimento da Administração da justiça nas províncias ultramarinas aprovado por Dec. de 20 de Fevereiro de 1894 e regulamentado por Dec. de 20 de Setembro do mesmo ano, no artigo 3 estabelecia a faculdade de substituir as penas de prisão por trabalhos públicos, nas províncias de Timor, Hoje e nas Costas Oriental e Ocidental de África, e autorizava o Governo a estabelecer penas de trabalho correcional.⁹⁰

O Estatuto dos Indígenas Portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique foi considerado uma grande inovação pelo poder colonial, mas na prática foi o que deu lugar ao afastamento total da aplicação do direito consuetudinário. O referido Estatuto continha crimes para os “indígenas” com as respectivas sanções, e com o decorrer dos anos surgiu a necessidade de criação de instituições competentes para julgar tais crimes. Destaca-se a pena de trabalho obrigatório que surge com o Regimento da Administração da Justiça nas colónias, aprovado em Fevereiro de 1894.

Havia uma lei para brancos considerados “civilizados” e os não civilizados, os “indígenas” eram disciplinados pelo direito privado, específico, sem direitos, submetidos a violências e discriminação racial. Assim, pode-se ver o tipo de direito implantado e submetido aos nativos.

Maria Paula G. Meneses refere que:

O projecto de exportação do direito civilizado, através das políticas de poder colonial, foi atravessado por uma permanente tensão, fruto da prevalência de um sistema legal duplo, quando a lei portuguesa era aplicada aos cidadãos portugueses nos seus territórios, estando os súbditos indígenas sujeitos quer aos direitos costumeiros, quer aos poderes de Portugal. As contradições entre a missão civilizadora do Estado de direito e as exigências da imposição da ordem colonial eram intensas, o que está patente na criação do direito indígena, através da invenção legal da categoria indígena. Contrariamente aos princípios legais republicanos, a partir do final do século XIX, os códigos legais aplicados aos indígenas, que encontraram a sua manifestação suprema no Estatuto do Indigenato, irão definir crimes específicos dos indígenas, obrigando a criação de instituições coloniais, encarregues de os tutelar e punir. Com a aprovação do Regimento da Administração da Justiça nas colónias, em Fevereiro de 1894, formalizou-se a pena de trabalho obrigatório para os indígenas. A regulamentação deste obrigou à definição da figura do indígena, fixada nos nativos do ultramar, de pai e mãe indígenas e que não se distinguem pela sua ilustração e costumes da sua raça. A diferenciação conceptual introduzida pelo conceito de indígena traduzia-se em dois regimes legais distintos: a lei para os brancos colonos, civilizados, e o direito privado para os indígenas (Meneses, 2007)⁹¹

⁹⁰*Ibidem*, pág.43.

⁹¹ MENESES, Maria Paula G, *O indígena africano e o colono europeu: a construção da diferença por processos legais*, e-cadernos CES, 07/2010:Identities, cidadanias e Estado, Artigos, in <http://journals.openedition.org/eecs/403>, acess. aos 29/08/2019.

O preâmbulo do referido Estatuto reforça a ideia da existência de um direito nas comunidades moçambicanas antes da colonização. Nesse sentido Maria Paula Meneses destaca que:

A implantação de Estado Novo inaugura-se com a promulgação da primeira versão do Estatuto do Indigenato que defendia, sem compromissos, a inferioridade jurídica do indígena e consagra o seu estatuto de não-cidadão. Com efeito, no seu preâmbulo afirmava-se: Não se atribuem aos indígenas, por falta de significado prático, os direitos relacionados com as nossas instituições constitucionais. Não submetemos a sua vida individual, doméstica e pública, [...] às nossas leis políticas, aos nossos códigos administrativos, civis, comerciais e penais, à nossa organização judiciária. Mantemos para eles uma ordem jurídica própria do estado das suas faculdades, da sua mentalidade de primitivos, dos seus sentimentos, da sua vida, sem prescindirmos de os ir chamando por todas as formas convenientes à elevação cada vez maior, do seu nível de existência.⁹²

O artigo 3 do Estatuto dos Indígenas previa expressamente que os indígenas regem-se pelos usos e costumes próprios, da “respectiva sociedade” e os limites legalmente impostos era o respeito a moral, “os ditames da humanidade e os interesses superiores do livre exercício da soberania portuguesa”.

Aquando da penetração colonial em Moçambique já existia um direito e há compilações oficiais do poder colonial que provam tal facto. Nesse sentido Ferreira comenta que “as compilações existentes dos usos e costumes gentílicos, de carácter oficial, servirão de prova de direito gentílico, por força do artigo 14 do Estatuto dos J.M. Essa a razão por que desenvolvemos nesta nota e bibliografia referente a codificações do direito gentílico.”⁹³

E a não codificação foi o resultado da colonização como resulta das anotações ao artigo 3 do referido Estatuto para evitar a evolução do direito local. Nesse sentido, José Carlos Ney Ferreira, refere que:

O Estado actual absteve-se de enunciar um preceito tendente à codificação dos usos e costumes gentílicos. A razão desta orientação pode encontrar-se na preocupação que inspira o nosso Direito ultramarino actual de afastar os obstáculos à natural evolução dos indígenas no sentido da assimilação (assimilação tendencial-última parte do &2 deste art.3), dado que as codificações são, de certo modo, um elemento cristalizador do direito, como já ponderava o Prof. Marnoco e Sousa, ao afirmar que tais códigos imobilizam os costumes indígenas, tirando-lhes a flexibilidade que eles tinham e retardando uma evolução natural que se produziria ao contacto do domínio europeu. aut.cit. Antologia Colonial Portuguesa, vol.I, pag.107)⁹⁴

⁹² *Ibidem*, pág. 13.

⁹³ FERREIRA, José Carlos Ney, Vasco Soares da Veiga, ob.,cit., pág.22.

⁹⁴ *Ibidem*, pág.22.

Aliás o poder colonial reconhecia a existência de um verdadeiro sistema penal tradicional local como resulta das anotações ao artigo 25 do Estatuto citado. José Carlos Ney Ferreira referindo-se ao princípio da assimilação penal que resultava do artigo 25 do Estatuto refere que:

O corpo do artigo 25 consagra o princípio da assimilação penal, segundo o qual o substractum do Instituto Penal dos indígenas é constituído pela legislação penal comum. A justificação deste princípio resulta de três observações: a)em primeiro lugar, porque o Direito Penal desempenha importantíssima função de defesa da sociedade e das condições essenciais à sua existência e, assim, ao princípio da unidade nacional (Const.Pol.art.5), deve logicamente corresponder uma correlativa unidade de meios de defesa social com prevalência do sistema jurídico-penal do povo civilizador) em segundo lugar porque, do contacto entre indígenas e não indígenas surge a necessidade de defender uns e outros contra violências e choques inevitáveis, protecção que não está organizada no direito penal tradicional o qual, evidentemente, desconhecia esta necessidade particular de defesa social, resultante do contacto de raças. c)Em terceiro lugar porque o sistema penal tradicional dos indígenas é imperfeito e insuficiente, vivendo em larga medida do arbítrio dos chefes tradicionais que se arrogavam poderes discricionários ilimitados nos julgamentos dos seus súbditos, -arbítrio e discricionariedade que é impossível consentir sem ofender o respeito pela soberania portuguesa que deve sempre inculcar-se nos indígenas.⁹⁵

O autor reconhece a existência de um Direito Penal, não obstante a ausência de legislação escrita e codificada. Podemos entender que os infractores das normas sociais existentes passavam por um julgamento dirigido pelos chefes tradicionais.

A legislação colonial portuguesa era aplicável em Moçambique por força da Constituição portuguesa de 1826.No seu artigo 2 previa que Moçambique era uma colónia do Ultramar e, por via disso, pertencente à Nação. Segundo o referido preceito, as leis coloniais eram aplicáveis no Ultramar.

A autonomia legislativa das colónias ocorre com a promulgação do Acto adicional de 1852 e o artigo 15 do referido diploma legal autorizava a promulgação de leis exclusivas para as colónias.

O Acto adicional de 1852 orientava-se pelos princípios da urgência e especialização. Segundo este princípio, os conflitos ocorridos em Moçambique seriam resolvidos segundo os costumes locais.

⁹⁵ *Ibidem*, pág.41.

O princípio da especialidade das leis do ultramar assentava na desigualdade entre o colono e o indígena. Assim é que as leis comuns eram aplicáveis aos colonos por se entender que os indígenas eram de grau e civilização inferior e sem a capacidade para entender leis e o sentido das instituições existentes.

Não obstante esta prática legal, o governo colonial via a necessidade de existirem leis escritas para efeitos de responsabilização dos indígenas e dos aplicadores da lei.

Após o acto adicional de 1852, a Constituição da República portuguesa de 1911, veio a consagrar no artigo 67, o princípio da especialidade.

Esmeralda Simões Martinez defende que “justificava-se assim, a especialidade, que vem a ser um regime de aplicação exclusiva dentro dos respectivos espaços, para o que a lei é criada.”⁹⁶

O princípio da especialidade devia conformar-se com a lei fundamental, a Constituição da República. No entanto, foram aprovadas portarias que continham normas a serem cumpridas nas colónias baseadas nos usos e costumes locais e contrariando os preceitos constitucionais.

O princípio da especialidade foi o fundamento básico das leis posteriormente editadas para as colónias, como é o caso do Decreto nº 12533 de 23 de Outubro de 1926. Este documento introduziu o Estatuto Político, Civil e criminal dos indígenas de Angola e Moçambique. O artigo 11 do Estatuto consagra o princípio da especialidade, como foi referido anteriormente, que veio a ser reiterado no Decreto 16473 de Fevereiro de 1929, que alterou o Decreto nº. 12533, de 23 de Outubro de 1926.

O artigo 13 do Decreto nº 16473 de Fevereiro de 1929, estabelecia que “Enquanto não forem publicados em cada colónia os respectivos códigos do indigenato, as penas a aplicar pelos tribunais serão reguladas pelo Código Penal Português, tendo na devida atenção o estado e civilização dos indígenas e os seus usos e costumes privativos.”

Sobre o princípio da especialidade Esmeralda Martinez refere que:

⁹⁶ MARTINEZ, Esmeralda Simões, *Legislação portuguesa para o ultramar*, Sankofa, revista de história da África e de Estudos da Diáspora Africana, Ano III, N.5, Julho 2010, pág.5.

A especialidade das leis para o Ultramar tinha a finalidade, em princípio, respeitar os costumes indígenas, nativos. Mas existia também, o que está implícito nas medidas tomadas com base neste princípio, o desejo de negar aos indígenas os direitos decorrentes da cidadania legalmente lhes ratificando a inferioridade.⁹⁷

A teoria apresentada por esta autora é contestável no que se refere à negação de direitos aos indígenas pois tais direitos não existiam, sendo unicamente reconhecido aos indígenas o dever de trabalhar.

Com a revolução francesa e a revolução liberal de 1820, Portugal teve que consagrar na Constituição monárquica de 1820, (inspirada na Declaração Universal dos Direitos dos Homens), o princípio da separação de poderes. Não era um princípio rígido, pois na prática o que preconizava era uma separação de funções: executiva, legislativa e a judicial (artigo 30).

A Constituição de 1820 consagrou, no artigo 20, o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei. A igualdade de direitos e deveres (artigo 9), a garantia do acesso à justiça e o princípio da legalidade.

Em conformidade com o artigo 20, supracitado, todos os cidadãos portugueses eram iguais perante a lei. Entretanto, em termos práticos, a Constituição de 1820 não trouxe alterações nas colônias. Como refere Esmeralda S. Martinez:

o que começou em 1821 não teve entretanto, grandes efeitos na estrutura do judiciário, nem na Metrópole e nem nas possessões, observe-se que, mesmo com a aprovação das bases em que se estabelecia a separação dos poderes, o congresso português, exercendo uma jurisdição não mais legítima, reabriu processos findos, decretou prisões, manteve cidadãos presos. (Pinto de Albuquerque, 2003:81).⁹⁸

Portanto, o poder legislativo continuava a exercer o que, em princípio, competia ao poder judicial.

A Constituição de 1826, vigente em Portugal e nas colônias, veio acrescentar um outro poder, que tinha competências para elaborar leis, interpretar e suspendê-las. A revogação das mesmas era da competência do poder legislativo. A estrutura do poder judicial manteve-se intacta.

⁹⁷ *Ibidem*, pág.7.

⁹⁸ *Ibidem*, pág.10.

Em 1832 foi aprovada uma lei regulamentar da justiça portuguesa através do Decreto nº24 de 16 de Maio. Este diploma, e outros que se seguiram, introduziu profundas reformas no sistema judiciário português, através da independência do poder judicial.

Assim, existia um Supremo Tribunal de Justiça, com jurisdição em Portugal e ultramar, funcionando com duas secções: a civil e criminal, cada secção tinha um presidente e oito juízes conselheiros. Havia também um tribunal de segunda instância (em Portugal e ultramar) constituído por um presidente e seis juízes. Havia os círculos judiciais que estavam organizados em comarcas. Estes eram constituídos por um juiz de direito e jurados. Em cada comarca existiam julgados, funcionando com um juiz ordinário. E nos julgados que estivessem divididos em freguesias, existia um juiz de paz. De acordo com a legislação, o juiz ordinário e os de paz eram eleitos, sendo os restantes nomeados pelo governo.⁹⁹

A organização judiciária mencionada estendia-se a todas as colónias. No entanto, em Moçambique, a partir da publicação da portaria nº 35 do Governador-Geral de Moçambique, Joaquim Pinto de Magalhães, os administradores-capitães mores e as juntas de justiça passaram a ter competência para julgar conflitos de natureza criminal, em Quelimane e Rios de Sena.

O poder colonial teve dificuldades na aplicação da justiça colonial, em Moçambique, devido a influência dos usos e costumes locais. O direito consuetudinário não tinha sido afastado e punha em causa os valores importados dos sistemas jurídicos europeus.

Esmeralda S. Martinez, transcrevendo uma citação de Almeida Cunha refere que:

Constando-me que alguns moradores do distrito de Quelimane e Rios de Sena têm arrogado a si atribuições, que lhes não competem, decidindo ou sentenciando milandos cafreaís que frequentemente se dão entre os colonos das terras da coroa, ou entre os mesmos colonos e os escravos dos moradores, resultando de semelhante abuso quasi sempre o damno e prejuízo de uma das partes litigantes pelo desconhecimento dos uzos e costumes cafreaes, que constituem direito e legislação especialmente aplicável a questões de tal natureza, ou por alguma parcialidade, quando se acham nas mesmas questões envolvidos os escravos dos moradores, e sendo certo que, em tão abusivo procedimento, há uma verdadeira invasão e usurpação das atribuições dos capitães-mores das terras firmes [...] citado por Almeida Cunha, 1883,p.XVIII-XIX, (grifo nosso)¹⁰⁰

⁹⁹ (Esta organização resultava do previsto no artigo 178 da coleção dos decretos e regulamentos publicados durante o governo da regência do reino estabelecida na ilha terceira, 1836, página 59).

¹⁰⁰ MARTINEZ, Esmeralda Simões, ob.,cit.,pág.13.

Os tribunais coloniais julgavam os indígenas. Uma vez condenados, estes cumpriam a pena, que era convertida em trabalhos.

O poder colonial elaborou códigos e regulamentos. Merece destaque o Decreto nº 16473 de Fevereiro de 1929. Definiu o indígena e instituiu a pena de trabalhos públicos, para aplicação exclusiva aos indígenas. Esta lei não era aplicável a quem tivesse um comportamento diferenciado dos demais indígenas e uma ascendência europeia.

O Estatuto Político, civil e criminal dos indígenas de 1929 definia o indígena como, “os indivíduos de raça negra ou dela descendente que, pela sua ilustração e costume, não distingam do comum daquela raça, e não indígenas, os indivíduos de qualquer raça que não estejam nestas condições.”¹⁰¹

O Decreto nº 12:533, de 23 de Outubro de 1926, que aprovou o Estatuto Político, civil e criminal dos indígenas de Angola e Moçambique, veio a ser alterado posteriormente pelo Decreto nº 16:473. Este tinha como objectivos a repressão criminal, a reparação do dano causado e a intimidação pela imposição de penas graduadas consoante a culpabilidade do seu agente (artigo 12º, alíneas a, b).

O Decreto recomendava a aplicação do Código Penal Português ao crime cometido pelo indígena, enquanto não fosse publicado o Código do indigenato. As penas correcionais eram substituídas por trabalhos correcionais e as penas maiores por trabalhos públicos (&1, artigo 13º do Estatuto.).

No que se refere à duração dos trabalhos públicos, o legislador recomendava a aplicação das disposições do Código Penal Português, relativas ao degredo (artigo 13º, &2º). Em conformidade com o disposto no &3º, do artigo 13º, “a pena maior de trabalhos públicos seria sempre cumprida em região diferente daquela em que for cometido o crime, podendo, porém, cumprir-se na mesma ou noutra colónia, conforme for resolvido pelo Tribunal Superior Privativo dos indígenas que confirmar a sentença.”

A pena de trabalho correcional podia ser cumprida na circunscrição onde se situava o tribunal ou noutra dependendo do que se mostrava conveniente para a política

¹⁰¹ THOMAS, Fernanda Nascimento, *Disciplinar o indígena com pena de trabalho: políticas coloniais portuguesas em Moçambique*, Est.Hist, Rio de Janeiro, vol.25, n.50, Julho-Dezembro de 2012, p.313-330.

“indígena”. E segundo as circunstâncias, o trabalho podia ser remunerado e era prestado em serviços públicos ou de utilidade pública.

Nas circunscrições administrativas havia um tribunal privativo dos indígenas constituído por um Presidente, dois vogais com voto deliberativo, dois assessores e um escrivão que preferencialmente era o secretário (artigo 15 do Estatuto). O Presidente para além de ser o juiz da causa, tinha a competência para instruir os processos.

Os tribunais privativos dos indígenas tinham a competência, em matéria criminal, para julgar os crimes praticados pelos indígenas, cuja pena aplicável era a correcional. Também tinham a competência para julgar os crimes contra as pessoas, contra a propriedade, cuja pena aplicável era a pena maior, sendo indígenas tanto os réus como os ofendidos.

A discussão do julgamento era oral e a forma de processo sumário crime (artigo 18).

Das decisões tomadas pelos tribunais privativos dos indígenas cabia recurso para o Tribunal Superior Privativo dos indígenas. Este tribunal tinha a competência para confirmar sentenças de crimes puníveis com pena maior, independentemente da interposição de recurso. Das decisões do Tribunal Superior Privativo dos indígenas não havia recurso.

O Presidente do tribunal podia ser o administrador, intendente ou o chefe da circunscrição. Os vogais tinham o direito de votar para a deliberação, sendo um deles escolhido pelas partes em conflito de entre os chefes indígenas da circunscrição (artigo 15, &1.) Caso as partes não indicassem o vogal, competia ao Presidente fazê-lo.

Os assessores não tinham o direito a voto mas tinham uma função informativa e eram escolhidos pelo Presidente de entre os chefes ou indígenas com prestígio e conhecimento das normas locais.

Em cada sede de posto de polícia existiam tribunais para dirimir conflitos de pequena importância. A Presidência desses tribunais estava a responsabilidade do chefe civil ou de um oficial comandante. Eram os tribunais inferiores de conciliação e de polícia de infracções (artigo 16). Os governadores das colónias tinham a competência para criar e extinguir os referidos tribunais, dependendo da conveniência da administração e da política indígena (artigo 16, & único).

Entre 1902 a 1961, o tribunal privativo dos indígenas de Moçambique apreciou denúncias e decidiu casos, conforme o quadro que se segue:

Tabela 1: Tribunal Privativo dos Indígenas

Nº de processo	Título	Data limite	Volume	Cota
	Processo sobre roubo	1902/1902	1	1630
	Processo sobre outros crimes	1902/1902	1	1630
	Processo sobre roubos	1904/1904	1	1630
	Processo sobre outros crimes	1904/1904	1	1630
	Processo sobre roubos	1904/1905	2	1630
	Processo sobre outros crimes	1905/1906	2	1630
	Processo sobre roubos	1906/1906	1	1630
	Processo sobre roubos	1907/1907	1	1630
	Processos sobre outros crimes	1907/1910	1	1630
	Processos sobre outros crimes	1909/1909	1	1630
	Processos sobre roubos	1909/1915	7	1630
	Processo sobre roubos e desvio de dinheiro Processo de investigação cujo autor é E.Crumwold	1915/1915	1	1631
	Processo sobre outros crimes	1915/1915	1	1631
	Processo sobre crime de envenenamento	1915/1916	1	1631
	Processo sobre outros crimes	1916/1916	1	1631
	Processo sobre roubo	1916/1916	1	1631
	Processo sobre roubo	1917/1917	1	1631
	Processo sobre outros crimes	1917/1917	1	1631

	Processo sobre crime de homicídio	1918/1918	1	1631
	Processo sobre outros crimes	1918/1919	2	1632
	Processo sobre roubos	1918/1919	2	1632
	Processo sobre homicídio Processo sobre outros crimes	1920/1920	1	1632
	Processo sobre pedido de comutação da pena	1921/1921	1	1632
	Processo em instrução	1921/1921	1	1633
	Processo-crime René V.	1921/1921	1	1633
	Processo-crime em recurso	1922/1922	1	1633
	Processo-crime	1922/1922	1	1633
	Processo-crime sobre roubo	1922/1929	1	1633
	Processo-crime sobre furto em instrução	1925/1925	2	1633
	Processo sobre outros crimes	1926/1929	1	1634
	Processo sobre outros crimes em investigação	1927/1927	1	1634
	Processo sobre outros crimes Processo sobre outros crimes em instrução	1929/1929	1	1634
	Processos sobre outros crimes em instrução	1950/1950	1	1636
	Processos por outros crimes	1931/1931	1	1655
	Processo por homicídio	1940/1940	1	1668
	Processo por outros crimes-condenado	1941/1941	2	1670

Fonte: Autora

O quadro que segue mostra os processos de réus condenados a trabalhos correcionais e trabalhos públicos entre 1927 a 1961.

Tabela 2: Tribunal Indígena

Nº do processo	Título	Data limite	Volume	Cota
	Processo de condenados a trabalho correcional e trabalhos públicos	1927/1927	4	1654
2	Processo de condenados a trabalho correcional e t. publ.	1927/1930	1	1654
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1930/1935	1	1655
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1931/1960	1	1655
	Processo de condenados a trabalho correcional e trabalhos públicos	1932/1933	1	1656
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1933/1935	1	1657
	Processo de condenado a trabalho correcional e trabalhos públicos	1934/1958	1	1658
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1935/1935	1	1659
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1936/1936	1	1660
	Processo de condenados a trabalhos públicos			
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1936/1936	1	1660
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1937/1937	1	1661

	Processo de condenados a trabalho correcional e trabalhos públicos	1937/1971	1	1662
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1938/1938	1	1663
	Processo de condenado a trabalho correcional e a trabalhos públicos	1938/1953	1	1664
	Processo de condenado a t. publ. Processo de condenados a trabalho correcional e trabalho público	1939/1939	1	1665
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1940/1940	2	1667
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1940/1940	2	1667
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1940/1940	4	1668
	Processo de condenado a trabalho correcional	1940/1940	5	1668
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1940/1940	1	1669
	Processo de condenado a t.corr e t.publ. Processo de condenado a trabalho correcional e trabalhos públicos	1940/1942	1	1670
	Processo de condenados a trabalho correcional e trabalho público	1940/1946	1	1670
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1941/1941	4	1670

	Processo de condenado a trabalho correcional	1941/1941	1	1670
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1941/1941	1	1671
	Processos de condenados a trabalhos públicos Processo de condenados a trabalho correcional e públicos	1942/1942	1	1673
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1942/1943	1	1674
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1943/1943	1	1675
	Processo de condenados a trabalhos públicos	1943/1943	1	1675
	Processo de condenados a trabalho correcional e público	1943/1960	1	1766
	Processo de condenados a trabalhos públicos Processo de condenado a trabalho correcional e trabalhos públicos	1944/1944	2	1677
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1945/1945	1	1678
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1945/1945	3	1678
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1945/1945	2	1679
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1946/1946	2	1680

	Processo de condenado a trabalhos públicos	1946/1946	1	1681
	Processo de condenado a trabalho correccional e público Processo de condenado a trabalho público	1946/1961	2	1682
	Processo de condenado a trabalho público	1947/1947	2	1684
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1948/1948	1	1685
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1948/1948	1	1686
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1948/1948	1	1687
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1949/1949	1	1688
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1949/1949	1	1689
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1950/1950	1	1690
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1950/1950	2	1692
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1950/1951	1	1692
	Processo de condenado a trabalho público	1950/1957	1	1693
	Processo de condenado a trabalho público	1951/1951	1	1693
	Processo de condenado a trabalhos público	1951/1951	1	1694
		1951/1951	1	1694
		1952/1952	1	1695
		1952/1952	1	1696
		1953/1953	1	1697
		1953/1953	1	1698

		1953/1953	1	1699
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1953/1954	3	1700
	Processo de condenado a trabalho correcional e público			
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1954/1954	1	1702
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1954/1954	1	1703
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1954/1955	1	1703
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1954/1956	1	1703
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1954-1960	1	1704
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1955/1955	1	1704
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1955/1955	1	1704
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1955/1955	1	1705
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1955/1955	1	1706
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1955/1956	1	1707
	Processo de condenado a trabalho corr. e público	1955/1959	3	1707

	Processo de condenado a trabalho correccional e público			
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1956	1	1708
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1956	1	1709
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1956	1	1710
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1957	2	1711
	Proc.de cond. A trabalho corr e publ. Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1959	1	1711
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1961	1	1711
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1961	1	1711
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1956/1962	1	1712
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1957/1957	1	1712
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1957/1957	1	1713
	Processo de condenado a trabalho correccional e público	1957/1957	2	1714

	Processo de condenado a trabalho correcional e público Processo de condenado a trabalho correcional e público	1957/1958	1	1715
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1958/1958	4	1716
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1958/1958	1	1716
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1958/1958	1	1717
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1958/1958	1	1718
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1959/1959	5	1719
	Processo de condenado a trabalho público	1959/1960	1	1720
	Processo de condenado a trabalho público	1959/1960	1	1721
	Proc.de cond. A t. corr.e publico Processo de condenado a trabalho correcional e público	1959/1960	1	1722
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1959/1959	1	1722
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1959/1959	1	1723
	Processo de condenado a trabalho correcional e trabalhos públicos	1960/1960	2	1724

	Processo de condenado a trabalho público	1960/1960	1	1724
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1960/1960	1	1725
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1960/1960	1	1726
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1960/1960	1	1727
	Processo de condenado a trabalhos públicos Processo de condenado a trabalhocorrecional e público	1960/1960	6	1728
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1960/1963	2	1731
	Processo de condenado a trabalho correcional e público	1961/1961	3	
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1961/1961	1	1732
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1961/1961	1	1732
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1961/1961	1	1733
	Processo de condenado a trabalhos públicos	1961/1961	1	1734
	Processo de condenado a 10 anos	1923/1923	1	1751

Fonte: Autora

Segue a relação de processos de indivíduos desterrados:

Tabela 3:Tribunal Indígena

Nº de Processo	Título	Data limite	Volume	Cota
52	guias	1921/1921	1	1742

52	guias	1922/1924	3	1742
52	guias	1925/1927	1	1742
52	guias	1928/1929	1	1742
	guias	1940/1940	1	1743
	guias	1940/1940	1	1743
	guias	1940/1940	1	1743
	guias	1944/1944	1	1743
	guias	1945/1952	1	1743
9	guias	1925/1925	1	1751
11	guias	1926/1929	1	1751

Fonte: Universidade Eduardo Mondlane, Arquivo Histórico de Moçambique, Departamento dos Arquivos Permanentes. Adaptado pela autora.

Como se pode constatar, existiam em Moçambique tribunais somente para uma certa classe de pessoas, os indígenas. E entre 1902 e 1960 foram instaurados e julgados vários processos pelo Tribunal indígena relacionados com os crimes de roubo, desvio de dinheiro, furto, o envenenamento e outras infracções.¹⁰² Durante esse período houve pedido de comutação da pena.

E entre 1921 e 1929 o Tribunal indígena instaurou cerca de 228 processos de réus que foram desterrados, alguns dos quais para a ilha de Moçambique.

Em 1923 foram movimentados 51 processos com deportados. Entre 1906 e 1952 foram movimentados 315 processos referentes a réus evadidos.

Entre 1927 e 1929 foram tramitados 26 processos com pedidos de captura.

Entre 1915 e 1929 foram tramitados 408 processos de réus enviados ao Depósito Geral de sentenciados.

Entre 1927 e 1961, o Tribunal indígena condenou vários réus a penas de trabalho correcional e trabalhos públicos.

¹⁰² Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas. Tribunal Indígena, in <http://www.ahm.uem.mz/novo/images/inventarios> DAP.Acess.aos 25/X/2019.

A justiça penal em Moçambique no período colonial e relativamente aos “indígenas” foi desenvolvida com base nos princípios da ilegalidade, desigualdade, inferioridade.

O Decreto de 27 de Setembro de 1894 e o Estatuto Político Civil e Criminal dos Indígenas assentavam numa base racial, o de inferiorização. Nesse sentido, Fernanda Thomas refere que:

Preocupados em justificar o novo domínio e identificar a população a ser colonizada, vários códigos e regulamentos foram criados estabelecendo as características dessa nova identidade subordinada ao poder colonial (Macagino, 2006:54). A primeira legislação colonial a definir indígena foi o decreto de 27 de Setembro de 1894, que instituiu a pena de trabalhos públicos a ser aplicada aos indígenas das terras portuguesas em África.¹⁰³

Todo aquele que tivesse um comportamento mais aproximado ao colonizador e uma ascendência diferente do indígena não lhe era aplicadas as penas reservadas aos indígenas. Estes, como já nos referimos, tinham uma pena específica: o trabalho forçado. Fernanda Thomas afirma que “o Decreto de 1894 demonstra o interesse do governo colonial em instituir leis diferenciadas para determinados grupos colonizados. A penalidade específica para os indígenas era uma forma de explorar a mão-de-obra africana, inserindo-a forçosamente na lógica colonial”.¹⁰⁴

Durante vários anos, o trabalho forçado, como sanção penal, deu resposta à exigência capitalista de uma mão-de-obra, fazendo parte do meio de produção. Havia resistência natural por parte das populações moçambicanas devido aos seus usos e costumes.

O que caracterizou o sistema penal em Moçambique, colónia portuguesa, foi a aplicação de penas discriminatórias, o trabalho forçado, que para muitos era uma forma de escamotear as práticas escravagistas.

Nesse sentido Fernanda Thomas refere que:

no final do século XIX, houve uma ressignificação das práticas escravagistas frente aos novos interesses capitalistas dos portugueses. Antes do processo de ocupação colonial no continente africano, um teórico português chamado Oliveira Martins enfatizava a necessidade de se possuir braços e ferramentas humanas, utilizando a força de trabalho dos indígenas sem submetê-los à escravidão (Oliveira Martins, 1920). Essa concepção foi reforçada alguns anos

¹⁰³ THOMAS, Fernanda Nascimento, ob., cit. pág. 319.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 319.

depois por um dos pensadores do colonialismo português em África, António Enes. Enes afirmava que Portugal deveria encontrar uma maneira de defender e obter a produção nas suas colónias mediante a imposição de obrigatoriedade do trabalho indígena (Enes, 1947).¹⁰⁵

Sempre que um indígena fosse condenado por práticas de crimes contra o pudor, por exemplo, embriaguez, desordem, desobediência, as autoridades aplicavam penas de multa convertidas em trabalho. A pena de prisão era convertida em trabalho desde 1894 e em 1903 o imposto devido pelos indígenas era igualmente convertido em trabalho obrigatório.

O poder colonial tinha que estabelecer a ordem dentro da colónia, garantir a mão-de-obra e consequentemente desenvolver a agricultura sem custos elevados. Para o efeito, introduziu reformas no judiciário, intensificou o trabalho forçado e criou-se imposto e o mais rentável foi o imposto da palhota. O pagamento do imposto da palhota foi inicialmente feito em moeda e posteriormente foi admitido o pagamento em géneros. Por cada palhota que o indígena tivesse devia pagar um imposto anual, variável. Este foi o meio através do qual foi desenvolvida a produção agrícola.

Em 1901 e 1928 registou-se um aumento do imposto em 70%. Em 1920 exigia-se como forma de pagamento, em espécie ou em dinheiro. Esta exigência provocou um movimento migratório dos moçambicanos para a África do Sul, à procura de recursos financeiros para o pagamento do imposto da palhota.

Em 1930, o trabalho forçado voltou a ser a forma de pagamento do imposto de palhota. Muitos homens fugiam para África do Sul para não pagar o imposto e o governo no lugar dos homens levava as mulheres, tios, irmãos, para as plantações, limpeza das estradas e realização de trabalhos domésticos.

Nesse sentido, Fernanda Nascimento Thomas refere que “oito anos depois, o trabalho como forma de pagamento voltou a ser utilizado. Assim, quem não pagasse o imposto da palhota estava sujeito a três meses de trabalho.”¹⁰⁶

Em 1913 foi aprovado o Regulamento dos serviços administrativos e policiais em Cabo Delgado que visava manter a ordem social. Era um instrumento da companhia de Niassa

¹⁰⁵ THOMAS, Fernanda Nascimento, ob., cit. pág. 319.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pág. 319.

e qualquer indígena que violasse uma norma do referido regulamento era sancionado com a pena de trabalho.

O artigo 83 do referido Regulamento estabelecia que:

O individuo detido por perturbar o sôcego público sem estar embriagado, pagará a multa de 2\$, e quando não seja paga imediatamente será cobrada por meio coercitivo, seguindo-se os termos do respectivo regulamento, salvo se o detido fôr indígena, pois em tal caso, ser-lhe-á imposta a pena de vinte dias de trabalho correcional sem vencimento, mas com o direito a \$04, para alimentação.¹⁰⁷

As penas no período colonial e destinadas aos indígenas consistiam, em trabalhos públicos e correcionais. Estas penas não constavam do Código Penal de 1886, que tinha como fundamento filosófico, o princípio da retribuição.

As penas de trabalho aplicadas pelo sistema colonial português eram censuradas por não produzirem no delinquente o efeito então preconizado, a “intimidação” e a “moralização.”

O Código Penal de 1886, extensivo ao Ultramar, previa a pena de desterro no artigo 62 e em conformidade com o referido preceito legal “ a pena de desterro obriga o réu a permanecer em um lugar determinado pela sentença no continente ou ilha em que o crime for cometido, ou a sair da comarca por espaço de tempo de três meses a três anos.”Este preceito foi introduzido pelo Decreto-Lei nº39688, de 5 de Junho de 1954.O preceito anterior previa a pena de expulsão. A pena de desterro era aplicável aos crimes previstos nos artigos 372º, 405º e 480º.

O Código Penal de 1886 previa a pena de prisão, as penas correcionais e dentro destas, o desterro (artigo 56, nº2).Não havia a pena de trabalho forçado e o artigo 59º previa o trabalho prisional.

O Código de 1886 assentava na teoria clássica do Direito Penal. Em que consistia esta teoria e até que ponto beneficiava aos moçambicanos? O Código Penal de 1886 preconizava a tutela jurídica da sociedade, a protecção dos direitos a vida, a honra, a propriedade.

¹⁰⁷ *Ibidem.*, pág.319.

A teoria clássica do Direito Penal teve como grande representante o italiano Carrara (1805-1888), influenciado por São Tomás de Aquino, para o qual, no entender de Virgílio Luiz Donnici:

a ordem social não se apoia sobre a concepção contratualista de Rousseau, partindo ele do dogma divino de criação, da existência de um ser eterno e infinito, estando a ordem social sob a direcção de uma lei suprema, que tem quatro manifestações: a lei lógica, a física, a moral e a jurídica. Para Carrara, delito é a infracção da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso. Ao dizer Carrara que o delito é um ente jurídico, queria significar que o mesmo constitui a violação do direito de alguém. Partindo, portanto, do princípio de que o delito é um ente jurídico, Carrara deduz o fundamento e o objectivo do Direito Penal, que repousando na ideia de justiça, se destina à tutela jurídica da sociedade, isto é, à protecção dos direitos.¹⁰⁸

A Teoria Clássica caracterizava-se por considerar o “delito como ente jurídico, a pena como um mal e como um meio de tutela jurídica e a imputabilidade baseada no livre arbítrio e na culpabilidade moral.”¹⁰⁹

O Código Penal era parcialmente aplicável ao indígena, pois as penas de prisão e as penas correcionais eram substituídas por trabalho, um desvio ao sistema penal legal instituído. Nesse sentido Fernanda Thomas refere que:

A aplicação do Código Penal português em Moçambique foi marcada por uma contradição no que se refere à responsabilidade do acusado em relação ao delito cometido. O Código determinava que a ignorância em relação a lei criminal portuguesa não isentava ninguém da pena a ser cumprida nem mesmo tornava o acusado digno de atenuação. Nos tribunais coloniais existentes em Moçambique, o grau de civilização do acusado era enfatizado com frequência. Alegava-se que a responsabilidade criminal do acusado deveria seguir de acordo com o desconhecimento da lei metropolitana, o que era admitido somente para os chamados indígenas. Essa diferenciação chegou a servir para amenizar a pena do acusado, embora sua principal função fosse o de determinar que deveria ser condenado a pena de trabalho. Essa adaptação tinha um significado explícito, a aceitação da ignorância dos indígenas em relação à penalidade do Código Português.¹¹⁰

As penas de prisão, a que o indígena fosse condenado, eram sempre substituídas. Se um indígena fosse condenado a uma pena de prisão correcional ou prisão maior a mesma

¹⁰⁸ DONNICI, Virgílio Luiz, *Aspectos criminológicos do novo código penal brasileiro*, revista de informação legislativa, Julho a Setembro, 1970, pág.112.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág.111.

¹¹⁰ THOMAS, Fernanda Nascimento, *ob.,cit.*, p.325.

era substituída por trabalho correcional ou público. O condenado recebia 1/3 do salário no final do cumprimento da pena e o remanescente era canalizado para um fundo do governo.

A pena de trabalho resultante da conversão da prisão variava entre três dias a dois anos. A pena devia ser cumprida na área de jurisdição onde ocorreu o julgamento. Caso o crime cometido fosse grave, correspondia a trabalhos públicos, que variavam entre 10 a 28 anos, num local diferente do da ocorrência do crime. A pena podia ser cumprida dentro ou fora da colónia. Nesse sentido, Fernanda Nascimento Thomas refere que:

as penas de trabalho público eram cumpridas nas colónias agrícolas e somente as pessoas de idade superior a 60 anos e os portadores de alguma deficiência física estavam isentos. As mulheres e os menores de 14 anos deveriam cumprir pena nos hospitais, nas missões religiosas, estabelecimento de beneficência e ensino, entre outros.¹¹¹

Em conformidade com o Regulamento dos tribunais privativos dos indígenas de 1 de Junho de 1929, alguns indígenas condenados sofriam penas corpóreas e as penas visavam a intimidação do delinquente.

Os condenados a penas de trabalho público efectuavam trabalhos mais pesados relativamente aos que cumpriam penas de trabalho correcional. As penas aplicadas não tinham fins preventivos e defendia-se que ao invés da aplicação da pena de desterro devia optar-se pelo trabalho público ou correcional. Nesse sentido, Fernanda Nascimento Thomaz defende que:

em toda a colónia havia indígenas cumprindo pena, alguns dormiam nos calabouços administrativos mas a maioria vivia em cubatas por eles construídas. Muitos colonialistas chegavam a criticar o facto de que as penas atribuídas aos indígenas não atingiam a finalidade de prevenção, correcção e tratamento, afirmando que os presos estavam quase sempre ociosos ou ocupados em trabalhos inúteis por falta de planeamento jurídico-administrativo. Deste modo, criticava-se também que, ao invés de ser cumprida pena de trabalho, realizava-se pena de desterro (idem,ib,p,143-144).¹¹²

Para o caso de Moçambique colonial houve uma verdadeira “importação do direito civilizado” dando lugar a um sistema duplo, por um lado a existência de uma lei portuguesa aplicável aos cidadãos portugueses e por outro lado os “indígenas” que se sujeitavam aos costumes e ao poder colonial.

¹¹¹ *Ibidem*, p.325.

¹¹² THOMAZ, Fernanda Nascimento, ob., cit., pág.326.

Pode-se concluir que durante o período colonial, a legislação colonial era extensiva ao ultramar e o Código Penal de 1886 continha crimes que ao serem cometidos pelos indígenas eram sancionados com trabalho público ou correcional, consoante a gravidade da infracção. O tempo de trabalho variava e tinham o direito a 1/3 do salário que recebiam no final do cumprimento da pena.

O período colonial terminou em 1975 com a proclamação da independência nacional. Durante o período colonial o processo de construção do Direito Penal moçambicano sofre uma interrupção. A legislação colonial é extensiva ao Ultramar. O Direito Penal colonial importado estava assente em princípios de injustiça, desigualdade, racismo e exploração de força de trabalho do indígena contrariando a Constituição em vigor que previa o princípio da legalidade e igualdade de todos os cidadãos perante a lei.

A prática colonial da conversão da pena aplicada ao indígena por trabalhos públicos leva-nos a aceitar com reticências a aplicação das penas não privativas da liberdade, concretamente a prestação de trabalho socialmente ‘útil previstas nos artigos 71 e 75 do novo código penal de 2019. É que esta pena não sendo devidamente controlada pode ter efeitos idênticos a da pena de trabalhos públicos do período colonial.

2.3. Das zonas libertadas a independência nacional.

As zonas libertadas eram regiões ocupadas pela FRELIMO, por ela administradas e fora do controlo do governo português, durante a luta armada de libertação nacional. As principais províncias com zonas libertadas eram as províncias de Cabo Delgado, Niassa e Tete.

Segundo Luís de Brito¹¹³, após o segundo congresso da Frelimo, foi por eles instituído o poder popular organizado ao nível do círculo, localidade, distrito, província e Nação. As zonas libertadas eram o embrião do futuro Estado moçambicano, com escolas, centros de saúde, lojas, machambas colectivas.

¹¹³ BRITO, Luís de, *A Frelimo, o Marxismo e a Construção do Estado Nacional 1962-1983*, IESE, Maputo, 2019, pág.62,63.

Em entrevista concedida à revista TEMPO e dirigida por Wilfred Burchet, Samora Moisés Machel, primeiro Presidente da República Popular de Moçambique, referindo-se à generalização das experiências, trabalho e hábitos das zonas libertadas, defendeu que:

Durante a luta desenvolvemos a capacidade de definirmos correctamente esse inimigo. É nesse contexto que encontramos a explicação para as primeiras medidas que tomamos quando conquistamos o poder do Estado. Nacionalizamos a saúde, a justiça, a educação e a propriedade. Fizemos isso porque isso correspondia à nossa luta contra a exploração nas zonas libertadas [...] Também por isso definimos a criminalidade como um problema social e não jurídico. Foi por isso que associamos o povo com a investigação, julgamento e punição dos crimes e dos criminosos. Algumas pessoas disseram; porquê é que estão com tanta pressa em nacionalizar esses sectores logo após a independência? Já tínhamos praticado isso nas zonas libertadas como parte do processo. E vimos que funcionava. É esse o significado de dizermos que o campo deve invadir a cidade.¹¹⁴

Na verdade no que se refere às nacionalizações não se deve falar da justiça, porque essa sempre esteve em poder do Estado e assim continuou. Talvez falarmos do acesso à justiça que ficou garantido como um direito reservado a todo o cidadão nacional e estrangeiro, independentemente da sua cor e raça.

A justiça para todos e sem discriminação talvez tenha sido herança da experiência das zonas libertadas.

A investigação dos crimes, o seu julgamento e sanção penal continuou a ser tarefa do Estado o que se pode dizer é que os moldes da investigação e julgamento dos crimes passaram a decorrer de forma diferente.

Nas zonas libertadas ocorriam julgamentos “revolucionários e populares”, alguns dos quais foram presididos pelo então Presidente da FRELIMO, Samora Moisés Machel. Os indiciados de crimes de traição, após a condenação, cumpriam as penas nos centros de reeducação. Maria Paula Meneses relata:

Alguns dias depois, na sequência do fracasso deste movimento golpista de Setembro e do empossar do governo de transição, mais de 300 moçambicanos que haviam participado directamente em acções de oposição declarada à liderança da FRELIMO foram detidos e enviados para Nachingwea. Neste campo, e identificados como inimigos da revolução moçambicana, foram sujeitos a um julgamento revolucionário e popular, presidido por Samora Machel, entre Março e Maio de 1975. Na sequência deste julgamento, foram considerados traidores e condenados ao internamento em centros de reeducação. Como Machel afirmou durante este julgamento, a reeducação

¹¹⁴ BURCHET, Wilfred, *Samora Machel e a revolução*, Revista Tempo, nº.310, Maputo, 1976, pág.25.

pelo povo dos transgressores era uma prática da FRELIMO, processo fundamental para os reintegrar na sociedade, como cidadãos de pleno direito.¹¹⁵

Que tipo de penas eram aplicadas nas zonas libertadas? Qual a duração dessas penas? E qual é a base legal? São questões pertinentes a serem colocadas para aferirmos o tipo de Direito e a influência deste direito no sistema penal moçambicano.

Segundo os depoimentos de José Moiane, Major General da Frelimo, no Boletim do Ministério da Justiça, a partir de 1965, dentro dos comités provinciais da FRELIMO, existiu o Comando, o órgão executivo militar, com um secretariado regional que integrava o chefe de Departamento da Defesa, o Chefe das Operações, um Comissário Político e um chefe da segurança.

Ainda de acordo com os seus depoimentos, ao Comissário Político e o Chefe da Segurança competia-lhes as tarefas de estabelecer relacionamento com os comités disciplinares dos distritos, das localidades e dos círculos. Por sua vez competia aos comités disciplinares a resolução de problemas de natureza familiar e criminal o que significa que eram verdadeiros órgãos de solução de litígios.

Os comités disciplinares organizavam as audiências de julgamento públicas, nas quais o acusado era ouvido pelo comité disciplinar e posteriormente apresentado à população que se pronunciava sobre os factos. Competia a este órgão tomar decisão passível de recurso em outra instância, ou seja no comité disciplinar de escalão superior. Os casos de pena capital careciam sempre de confirmação do comité disciplinar de província e eram executadas pelo comando provincial.

Por exemplo, as acusações de feitiçaria quando comprovadas eram condenadas com a pena capital. Um caso ocorrido na província de Tete entre 1969 e 1975 é narrado nos seguintes termos:

Um velho foi acusado de feitiçaria e de ter morto várias crianças. A população condenou-o a morte. Fomos alertados desta situação e quando lá chegamos encontramos o velho amarrado e quase a morrer, a ser devorado pelas formigas que lhe tinham deitado por todo o corpo. Mandamos que nos apresentasse o curandeiro que tinha confirmado a acusação de feitiçaria, averiguamos o caso

¹¹⁵ MENESES, Maria Paula, ob., cit., pág. 25.

e concluímos que o velho nada teve a ver com a morte da criança, pelo que a melhor coisa era transferi-lo bem como o curandeiro, para o distrito de Angónia, onde os dois viveram bem e sem problemas, na mesma localidade, num novo meio ambiente.¹¹⁶

Esta entrevista coordenada e dirigida por Gita Honwana e Francesca Dagnino, concedida por José Moiane, combatente veterano, comandante das frentes de Niassa e Tete, durante a luta armada, entre 1969 e 1975, governador da província de Manica em 1975 e governador da província de Maputo e Major General, mostra o tipo de Direito que era aplicado nas zonas libertadas e que veio a inspirar o Direito Penal moçambicano.

Os crimes mais frequentes eram o envenenamento, o furto, o adultério e a violação. As penas aplicadas variavam entre as críticas (pena mínima) e a prestação de trabalho nas machambas, o carregamento de material de uma base para outra, a pena capital por fuzilamento (pena máxima) ou pena de morte. Estas penas vigoraram no Moçambique pós-independência nacional.

José Moiane relata a história de um comandante que “para apoderar-se” da mulher de um régulo, enterrou-o vivo até ao pescoço e a pedido das populações, o referido comandante veio a ser fuzilado. Também há registo de ocorrência de pena de morte por enforcamento.

O crime de envenenamento era punido com a pena de morte. Como refere José Moiane “entre os casos considerados graves nas zonas libertadas, contam-se os de envenenamentos por agentes do inimigo: a população exigia que quem envenenasse devia morrer e assim introduzimos a pena de morte para estes casos.”¹¹⁷

Para José Moiane, segundo os princípios desenvolvidos nas zonas libertadas, as penas aplicadas eram um acessório ao processo de reeducação, sendo mais importante o esclarecimento político e a persuasão.

A reeducação tinha fins políticos e visava “fazer a pessoa compreender o passado e o presente, educar politicamente. Nas zonas libertadas nós tínhamos aulas políticas no processo de reeducação, nelas ensinávamos os princípios da Frelimo, lembrávamos aos reeducados toda a humilhação imposta pelo colonialismo e falávamos sobre a liberdade e a

¹¹⁶ *Ibidem*, pág.13.

¹¹⁷ Boletim do Ministério da Justiça, *O Direito e a Justiça nas Zonas Libertadas*, Janeiro/Junho de 1984, pág.12.

sociedade que queríamos construir. Muitos foram ganhos por esse processo e hoje são bons camaradas.”¹¹⁸

De facto, a pena de prestação de trabalho nas machambas, durante a luta armada e nas zonas libertadas, foi o embrião do trabalho a favor da comunidade, implementada depois da independência nacional. Por isso, parece-nos um pouco duvidosa a afirmação segundo a qual este tipo de pena tem as suas origens na Europa. É um tipo de penas típico das sociedades africanas e particularmente de Moçambique durante a luta armada.

É que Jorge de Figueiredo Dias, referindo-se a origem da pena de trabalho a favor da comunidade no Direito Penal Português defendeu que:

Na forma que a pena em estudo assume entre nós, ela foi buscar o seu modelo ao instituto inglês da *community service*, introduzido pela *criminal justice act* de 1972, na sequência de uma recomendação apresentada pela *wotton commission*. Modelo este, de resto, que serviu de matriz à generalidade das legislações que hoje consagram a PTFC quer como pena autónoma do seu arsenal punitivo (caso, v.g., da França), quer como sanção sucedânea do não pagamento da multa (caso, v.g., da Itália e da Alemanha), quer ainda como condição de suspensão da execução da prisão (caso, v.g., da Alemanha uma vez mais), quer finalmente como substituto, total ou parcial, da execução de uma pena de prisão (caso, v.g., de Luxemburgo.)¹¹⁹

É verdade que Portugal não foi buscar a experiência à África, particularmente nas zonas libertadas, mas o que é evidente é que esse tipo de pena já era aplicada nas zonas libertadas muito antes de 1972 quando foi introduzido a *criminal justice act*.

Pode-se afirmar que as zonas libertadas estavam organizadas para a solução de conflitos aí existentes. Existiam os comités disciplinares do distrito, localidades e círculos que dirimiam os conflitos, tendo como entidades de revisão, o Comité Disciplinar Provincial.

Os Centros de Reeducação foram uma inspiração das zonas libertadas e constituíram uma tentativa de ressocialização do agente da infracção e prevenção da reincidência, um processo típico de construção do Direito Penal moçambicano. Os aspectos negativos dos centros de reeducação foram a ausência de garantias legais e jurisdicionais pois as medidas resultaram do poder executivo.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág.12,13.

¹¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2009, pág.372,373.

2.4. Da independência nacional a implantação da democracia

Mesmo com a independência nacional e com a aprovação da Constituição de 1975, continuou a vigorar o Código Penal, de 1886, e outra legislação penal avulsa.

A Constituição da República Popular de Moçambique (CRM), de 24 de Junho de 1975, estava dividida em cinco títulos, tratando o título I dos princípios gerais; o título II dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos; o Título III sobre os órgãos do Estado; o título IV sobre os símbolos da República Popular de Moçambique e o Título V das disposições finais e transitórias.

A CRM nos artigos 1, 2 declarava a República Popular de Moçambique como um Estado soberano, independente e de democracia popular

Em termos de princípios relevantes e relacionados com o Direito Penal, a CRM de 1975 consagra, no artigo 33, que “as liberdades individuais são garantidas pelo Estado a todos os cidadãos da República Popular de Moçambique. Estas liberdades incluem a inviolabilidade do domicílio e segredo de correspondência, e não podem ser limitadas a não ser nos casos especialmente previstos na lei.”

A CRM de 1975 deixou de fora outros direitos e liberdades relacionados com a matéria criminal, como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito ao bom nome. O legislador veio aprovar leis que punham em causa o direito a vida e o direito a integridade física.

Entretanto o artigo 35 consagra o princípio segundo o qual, ninguém podia ser preso e submetido a julgamento, senão nos termos da lei. O Estado garante aos arguidos o direito de defesa. Este princípio, como mais adiante faremos menção, não foi observado. Os indivíduos que foram enviados aos Centros de Reeducação não foram acusados e julgados por prática de qualquer crime.

Logo após a proclamação da independência nacional ocorreram prisões arbitrárias levadas a cabo pelas forças militares e por agentes de segurança nacional, o SNASP e houve julgamentos, pelo Tribunal Militar Revolucionário (lei nº 3/79, de 29 de Março) sem que a defesa fosse efectivamente assegurada.

O artigo 36 da referida Constituição contém vários princípios, o da legalidade, o da defesa de direitos e liberdades individuais e a garantia da punição pelo Estado pela prática dos crimes de traição, subversão, sabotagem e de actos praticados contra os objectivos da FRELIMO e contra a ordem popular revolucionária.

É neste contexto que é aprovada a lei nº 2/79 que define e estabelece as punições dos crimes contra a segurança do povo e do Estado popular, dentre as quais a pena capital. Esta lei veio a ser revista pela lei nº 19/91, de 16 de Agosto. Posteriormente foi aprovada a lei nº 5/83, de 31 de Março, que determina a aplicação da pena de chicotada como medida punitiva e educativa aos autores, cúmplices e encobridores de vários crimes, frustrados ou tentados.

O Código Penal de 1886 aprovado pelo Decreto nº de 16 de Setembro de 1886, foi de grande importância para o Moçambique pós-colonial. O Código de 1886 apresenta uma parte geral e especial o correspondente ao livro primeiro e livro segundo, respectivamente. O livro primeiro trata das disposições gerais e no título I refere-se aos crimes em geral e dos criminosos; o título II das penas e seus efeitos e das medidas de segurança; o título III da aplicação e execução das penas.

O Livro II refere-se aos crimes em especial, prevendo o título I os crimes contra a religião e dos cometidos por abuso de funções religiosas, o título II dos crimes contra a segurança do Estado; o título III dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública; o título IV dos crimes contra as pessoas; o título V dos crimes contra a propriedade; o título VII das contravenções da polícia. O referido Código sofreu reformas em 1936, 1954 e 1957 na tentativa de adequá-lo as evoluções doutrinárias e inovações do Direito Penal.

A partir da independência nacional em 1975, o Código de 1886 vigorou durante trinta e seis anos. A jurisprudência dos tribunais moçambicanos, pouco abundante, foi baseada no referido Código e na legislação avulsa.

Não obstante as críticas ao Código Penal de 1886, catalogado de obsoleto, colonial fascista e discriminatório, o mesmo previa crimes e penas sem lacunas legais.

Assim é que o Código aprovado através da lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro herdou na totalidade ou quase na totalidade os princípios e tipos legais de crimes que constavam do Código de 1886. O Código Penal de 2014 sofreu várias críticas, surgindo dúvidas sobre se

estariamos perante um novo Código Penal, um Código reformado ou algumas alterações ao código de 1886. Então o que se mostrava desajustado no Código de 1886 e o que carecia de reformas?

O Código Penal de 1886 estava dividido em duas partes, o Livro primeiro que previa as disposições gerais e o livro segundo previa os crimes em especial.

Na parte especial, o título I previa os crimes contra a religião e dos cometidos por abusos de funções religiosas, concretamente os crimes contra a religião (artigo 130º), perturbação violenta do culto religioso (artigo 131º), injúria e ofensa contra ministro de religião (artigo 132º), constrangimento ou embaraço no exercício do culto (artigo 133º), falsa qualidade de ministro de uma religião (artigo 134º), falta de respeito a religião (artigo 135º), abuso de funções religiosas (artigo 136º), abuso em decisões eclesiásticas temporais (artigo 138º), exercício ou recusa ilegal de funções religiosas (artigo 139º), admissão ilegal em comunidade religiosa (artigo 140º).

As normas referidas mostram a relação que existia entre o Estado português e o poder religioso. Não se trata de normas que obrigam a alguém a pensar desta ou daquela forma, mas mostram um certo proteccionismo do Estado relativamente a igreja católica.

O Decreto de 15 de Fevereiro de 1911 revogou o artigo 130º do Código Penal e o Decreto de 20 de Abril de 1911 estabeleceu que a religião católica apostólica romana deixava de ser a religião do Estado e permitiu o funcionamento de outras confissões religiosas desde que não ofendessem a moral política e princípios do direito político português (artigo 2º).Entretanto, o artigo 46 da Constituição Política em vigor na altura considerava a religião católica como religião tradicional da Nação portuguesa e o & único previa que “as missões católicas portuguesas do ultramar e os estabelecimentos de formação de seu pessoal serão protegidos e auxiliados pelo Estado como instituições de ensino e de assistência e instrumentos de civilização.”

As constituições da República de Moçambique aprovadas enquanto Estado independente garantem a liberdade religiosa e a separação entre a igreja e o Estado.

O Estado moçambicano tinha como pressuposto a construção de uma Nação, o que passava pelo abandono da construção colonial portuguesa de união e protecção a igreja católica.

É que, segundo Alexandre Walmott Borges e Ruben Valtecídes Alves:

Para Constant, o Estado não deve ter uma religião oficial; o Estado não deve manter uma religião; o Estado não deve estabelecer uma religião; o Estado não deve trabalhar com o axioma de que o povo precisa de uma religião; o Estado não deve restabelecer uma religião e o Estado não deve entender a religião como uma utilidade do povo.¹²⁰

Sendo Moçambique um Estado de Direito Democrático deve garantir a laicidade e permitir a existência de várias expressões religiosas garantindo a liberdade de expressão. E como Alexandre Walmott Borges e Ruben Valtecídes Alves bem afirmam:

A posição da democracia, regime político em que há a predominância dos aspectos formais, é uma posição de impetrabilidade dos dogmas religiosos. Por outro lado, a dimensão substancial da democracia implica que a liberdade consagrada ao sujeito não será objeto tangível pelo poder eletivo. Assim, os conteúdos jusfundamentais de liberdade religiosa tornam-se, na democracia, objeto intangível à deliberação de maiorias e se tornam posições jusfundamentais protegidas.¹²¹

A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 tinha uma norma sobre a laicidade do Estado no artigo 19 e segundo o referido preceito legal:

A República Popular de Moçambique é um Estado laico, nela existindo uma separação absoluta entre o Estado e as instituições religiosas. Na República Popular de Moçambique as actividades das instituições religiosas devem conformar-se com as leis do Estado.

A Constituição da República de 1990 prevê no artigo 9, nº1, que “a República de Moçambique é um Estado laico.” E sobre a liberdade religiosa, o artigo 78 prevê que “1.Os cidadãos gozam da liberdade de praticar ou de não praticar uma religião.2.As confissões religiosas gozam do direito de prosseguir livremente os seus fins religiosos, possuir e adquirir bens para a materialização dos seus objectivos.”

¹²⁰ BORGES, Alexandre Walmott, Ruben Valtecídes Alves, *O Estado laico e a liberdade religiosa na experiência constitucional brasileira*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.107, pp227-265, Jul/dez.2013, pág.234.

¹²¹ *Ibidem*, pág.241.

A Constituição da República de 2004 veio, no seu artigo 12, a consagrar a laicidade do Estado nestes termos:

1.A República de Moçambique é um Estado laico.2.A laicidade assenta na separação entre o Estado e as confissões religiosas.3.As confissões religiosas são livres na sua organização e no exercício das suas funções e de culto e devem conformar-se com as leis do Estado.4.O Estado reconhece e valoriza as actividades das confissões religiosas visando promover um clima de entendimento, tolerância, paz e o reforço da unidade nacional, o bem-estar espiritual e material dos cidadãos e o desenvolvimento económico e social.

E em termos de liberdade de religião e de culto, o artigo 54 da Constituição de 2004 prevê que:

1.os cidadãos gozam da liberdade de praticar ou de não praticar uma religião.2.Ninguém pode ser discriminado, perseguido, prejudicado, privado de direitos, beneficiado ou isento de deveres por causa da sua fé, convicção ou prática religiosa.3.As confissões religiosas gozam do direito de prosseguir livremente os seus fins religiosos, possuir e adquirir bens para a materialização dos seus objectivos.4.É assegurada a protecção aos locais de culto.5.É garantido o direito à objecção de consciência nos termos da lei.

Portanto, em todas as constituições aprovadas após a proclamação da independência nacional constata-se a garantia do princípio da liberdade religiosa e da separação entre o Estado e a igreja o que justificava a revogação dos artigos que previam os crimes contra a religião e dos cometidos por abusos de funções religiosas no Código Penal de 1886.

O Título II do Código Penal de 1886 consagrava os crimes contra a segurança do Estado, concretamente no que se refere a segurança exterior do Estado, o crime de traição a Pátria) artigo 141º, provocação de medidas prejudiciais ao Estado português (artigo 142º), conjura contra a segurança exterior do Estado Português (artigo 143º), destruição ou danificação de obras militares ou material de guerra (artigo 144º), espionagem (artigo 145º), passagem para Nação inimiga (artigo 146º), prestação de serviço a Nação inimiga após a declaração de guerra (artigo 147º), provocação a guerra e exposição a represálias (artigo 148º), divulgação de afirmações falsas ou grosseiramente deformadas perigosas (artigo 149º), estrangeiros (artigo 150º).

A Lei nº19/91 de 16 de Agosto veio a revogar a lei nº 2/79 de 1 de Março e prever os crimes contra a segurança do Estado. Os dispositivos legais anteriormente mencionados continuaram a vigorar e sendo de aplicação subsidiária por força do disposto no artigo 2 da lei nº 19/91 de 16 de Agosto, citada. Os dispositivos legais contidos no Código Penal estavam

desajustados nas expressões utilizadas que já não se adaptavam a realidade e contexto nacionais, justificando-se a sua alteração. Assim foi que em termos práticos, o referido Título II do Código Penal deixou de ser aplicado pelos tribunais, recorrendo-se a lei nº 19/91, citada.

O Título III previa os crimes contra a ordem e tranquilidade públicas. Devido o aumento da criminalidade e a sofisticação dos meios criminosos, foram alterados alguns preceitos, agravando-se as penas, visando garantir a prevenção e repressão de tais condutas criminosas.

E a alteração justificava-se, tendo sido alterado o artigo 178º que previa a reunião armada, punindo-a com a pena de dois a oito anos de prisão maior. Foi igualmente alterado o artigo 219º passando a prever o crime de falsificação de outros escritos e de elementos de identificação de quaisquer veículos a motor, sendo a pena variável entre prisão e multa e dois a oito anos de prisão maior.

Mereceu igualmente alteração a redacção e agravamento da pena o crime de exercício ilegal de funções públicas ou profissão titulada previsto no artigo 236º, o crime de armas proibidas previsto no artigo 254º, o crime de associação para delinquir previsto no artigo 263º, o crime de emprego e ameaças com arma de fogo ou de arremesso previsto no artigo 363º, o crime de roubo concorrendo com violação, cárcere privado e ofensas corporais previsto no artigo 434º e o crime de outras formas de roubo qualificado previsto no artigo 435º.

A alteração ao artigo 263º, devia ser mais significativa, aproximando-se ao conteúdo da Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada que prevê o crime de associação criminosa.

O Título IV previa o crime contra as pessoas. Os preceitos legais constantes no referido título estavam de certa maneira desajustados a realidade do País, carecendo de revogação o crime de duelo previsto no artigo 381º a 389º e o crime de adultério previsto no artigo 401º a 404º.

O Título V previa os crimes contra a propriedade e carecia de alterações nas molduras penais para adequá-los a realidade e conjuntura nacional.

A aprovação da lei nº3/79 de 29 de Março que criou o Tribunal Militar Revolucionário com competência para julgar crimes contra a soberania do Estado legitimou a

aplicação de penas desumanas como a pena capital, a de chicotada e a prisão com longa duração, julgando sem recurso, nos termos do seu artigo 3º.

É que entre 1975 e 1980, registou-se em Moçambique uma instabilidade social resultante do aumento da criminalidade. Segundo Joaquim Miranda Maloa, “o impacto da criminalidade violenta estimulou um sentimento colectivo de medo e um comportamento estatal de encarceramento em massa, principalmente dos jovens, homens procedentes dos sectores mais pauperizados das classes populares.”¹²²

Na sociedade moçambicana ocorreram transformações sociais e políticas com a introdução da economia de mercado, propiciando o aumento do consumo e tráfico de drogas, o recrudescimento de crimes contra o património, concretamente, o furto, o roubo, raptos, extorsão.

É como no dizer de Joaquim Miranda Maloa, “as metamorfoses nas relações sociais acabaram por abrir brechas para o surgimento da criminalidade urbana violenta”¹²³

Como causa do aumento da criminalidade pode ser apontado o conflito armado que deu lugar ao surgimento dos meninos da rua, crianças que acabaram envolvidos nessa criminalidade violenta.

Nesse sentido, Joaquim Miranda Maloa refere que “Em 2000, os dados oficiais contavam 1250 crianças a morarem nas ruas das capitais provinciais de Maputo, Inhambane, Sofala, Manica, Zambézia e Nampula 3561 crianças nos centros de Acolhimento (Mauluquela, 1992, 2009, CEZNE, 1991, 1992, Muianga, 1992, Associação dos Meninos de Moçambique, 2000).¹²⁴

A estigmatização dessas crianças e alguns jovens na época justificava o tipo de sistema criminal institucionalizado tipicamente repressivo e não virado para a prevenção e ressocialização do delinquente.

¹²² MALOA, Joaquim Miranda, *Mudanças na criminalidade urbana*, Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília, Edição 21-Maio/2018,ISSN1983-2192, pág.62.

¹²³ MALOA, Joaquim Miranda, ob.,cit., pág.62.

¹²⁴ *Ibidem*, pág.67.

O envolvimento de crianças em actos criminais é reportado até o ano 2014 e segundo Joaquim Miranda Maloa “essas crianças se beneficiam de assistência jurídica acompanhada pelos técnicos da justiça moçambicana e da UNICEF. Segundo o Ministério da Justiça, em Moçambique existem 17 000 crianças e adolescentes detidos e o número tende a aumentar, segundo estudos efectuados a nível local, os quais demonstram ainda que grande parte desse grupo se encontra nos centros de reabilitação (Verdade, 27 de Março de 2014)”.¹²⁵

Os estudos mostram que nesse período, alguns jovens com a intenção de obter dinheiro recorriam a criminalidade violenta. Nesse sentido, Joaquim Miranda Maloa, refere que, “de acordo com Luis de Brito, em 2001, 80% dos condenados nas prisões de Maputo, tinham as idades compreendidas entre os 16-29 anos, sendo mais de metade, com idade inferior a 25 anos. Nesse contexto contemporâneo, adolescentes e jovens lideram a criminalidade em Moçambique (Matavel, Ihamire, 2007) ”.¹²⁶

Em 1990 a partir da nova Constituição da República é abolida a pena capital e a pena de chicotada. Estas alterações foram na sequência da adopção de vários protocolos internacionais relacionados com os direitos humanos, a ratificação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em 1988, o Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos de 1993, a convenção contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. A lei nº 19/91 de 16 de Agosto veio a rever a lei nº 2/79 de 1 de Março que instituiu a pena capital.

Moçambique como membro das Nações Unidas desde 16 de Setembro de 1975, após a independência nacional subscreveu vários instrumentos jurídicos internacionais, validamente aprovados e que vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado. Este e outros instrumentos internacionais que se seguem constituem fontes do Direito Penal moçambicano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um dos documentos que merece referência. A Declaração foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948.

¹²⁵*Ibidem*, pág.68.

¹²⁶ MALOA, Joaquim Miranda, ob.,cit., pág.71.

É uma Resolução das Nações Unidas sem natureza vinculativa. Este documento sem força legal serviu de base a realização de Convenções regionais sobre direitos humanos e ao nível dos Estados o seu conteúdo integrou as Constituições e serviu de base para a fundamentação das decisões nos tribunais.

Dada a sua natureza não vinculativa, as Nações Unidas adoptaram vários documentos que levassem os Estados a obedecer o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Seguiram-se assim, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, sociais e culturais e dois Protocolos Facultativos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Estes documentos formam a Carta Internacional dos Direitos do Homem.

A Constituição da República de Moçambique refere no artigo 17, nº2, que aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e a Carta da União Africana.

O artigo 43 da referida Constituição consagra o princípio da interpretação de preceitos constitucionais referentes aos direitos fundamentais de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contém os seguintes princípios que influenciam o Direito Penal Moçambicano, o princípio da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, liberdade e que constam do artigo 1º. Os mesmos princípios constam da lei fundamental de Moçambique e do Código Penal e legislação penal avulsa.

Outros princípios constam da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nomeadamente, o direito à vida (artigo 3), a proibição da escravatura (artigo 4º), a proibição da pena de morte e outras penas degradantes e desumanas (artigo 5º), a proibição de intromissões arbitrárias na vida privada, familiar, domiciliar, correspondência e o ataque a sua honra.

Há outros preceitos a mencionar dada a sua importância para o sistema penal moçambicano, concretamente o direito de acesso aos tribunais e ao julgamento imparcial, o direito ao recurso, o princípio da presunção da inocência, o direito a um processo público, o direito de defesa.

Tais direitos constam dos artigos 10º e 11º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e constam conseqüentemente da Constituição da República de Moçambique e da legislação penal e processual penal.

Moçambique ratificou a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos através da Resolução nº 9/88 de 25 de Agosto. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana em Banjul, Gâmbia, em Janeiro de 1981, e adoptada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana em Nairobi, Quênia, em 27 de Julho de 1981.

A importância da Carta reside no facto de constituir um marco do termo das violações de direitos humanos em África.

E como no dizer de Aliu Gomes, citando Piovesan, “a protecção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional.”¹²⁷

É que a Carta Africana e as Comissões surgem na sequência de pressões internacionais para a sua existência, em 1979, concretamente pela Assembleia Geral e Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

Segundo Gomes Aliu:

as grandes atrocidades cometidas pelos Estados vizinhos ou da região fez com que, em 1978, uma Resolução movida pela Nigéria fosse adoptada na sessão da Comissão dos Direitos Humanos da ONU, com o objectivo de pedir a ONU a assistência para o estabelecimento de instituições regionais de direitos humanos.¹²⁸

Em 1979, a pedido do Presidente Leopoldo Senghor do Senegal foi aprovada a Resolução que culminou na decisão 115/XVI (1979) com o objectivo de traçar um esboço da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos que visava a criação de um órgão de promoção e protecção dos direitos humanos.

¹²⁷ GOMES, Aliu, *Ilusão de povo africano: de organização da unidade africana a carta africana dos direitos e dos povos*, Revista eletrónica do Curso de Direito da UFSM, vol.3, n.1, p.51-65, 2008, pag3.

¹²⁸ *Ibidem*, pág.7.

A Carta para além do Preâmbulo tem um capítulo reservado aos direitos e deveres; das medidas de segurança e Disposições diversas.

A Carta Africana contém princípios essenciais e que se relacionam com a matéria penal. Assim, o artigo 5º da referida Carta consagra o princípio basilar que é o da dignidade da pessoa humana. Em conformidade com o referido preceito legal “Todo o individuo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica.”

E conseqüentemente, o preceito proíbe qualquer forma de exploração e aviltamento do homem, concretamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Ao nível interno, o Código Penal de 2014, concretizando os princípios consagrados na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos previa e punia a escravatura, no artigo 196 com a pena de prisão maior de 8 a 12 anos. Em conformidade com o referido preceito legal, “aquele que alienar, aliciar, adquirir ou ceder alguma pessoa, ou dela se apossar, reduzindo-a à condição de escravo, será punido com pena de prisão maior de 8 a 12 anos.”

O artigo 198 punia o tráfico de pessoas com pena de prisão maior de dezasseis a vinte anos.

A Carta Africana prevê o princípio *nullum crimen sine lege* e o da individualidade da responsabilidade penal no artigo 7º, nº2, ao consagrar que:

ninguém pode ser condenado por uma acção ou omissão que não constituía no momento em que foi cometida, uma infracção legalmente punível. Nenhuma pena pode ser prescrita se não estiver prevista no momento em que a infracção foi cometida. A pena é pessoal e pode atingir apenas o delincente.

Ao nível do Código Penal de 2014, constava o artigo 7 que sob a epígrafe de princípio da legalidade, previa que:

- 1.nenhum facto, consista em acção ou omissão, pode julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o qualifique como tal.
- 2.Não podem ser aplicadas medidas ou penas criminais que não estejam previstas na lei.

E no que se refere a individualidade da responsabilidade criminal, estabelecia o artigo 29 do Código Penal de 2014 que“a responsabilidade criminal recai única e individualmente, no agente do crime ou da contravenção.”

Ao nível da Carta Africana existem outros princípios que se referem ao processo penal, relevantes para o sistema penal, concretamente o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei (artigo 3ºnº1), a proibição da prisão arbitrária (artigo 6º), o direito de recorrer aos tribunais nacionais (artigo 7º, nº1, alínea a), o princípio de presunção de inocência (artigo 7º, nº1, alínea b), o direito de defesa (artigo 7º, nº1, alínea c), o direito de ser julgado em prazo razoável por um tribunal imparcial (artigo 7ºnº1, alínea d).

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos influenciou o Direito Penal moçambicano sendo uma das suas fontes.

Moçambique ratificou um importante instrumento internacional através da Resolução nº10/88 de 25 de Agosto que é a Convenção das Nações Unidas sobre a entrega de pessoas condenadas a penas privativas de liberdade a fim de as cumprirem no Estado de que são cidadãos.

Segundo o artigo 1º da referida Convenção, “o cidadão de um Estado signatário, que tenha sido condenado a uma pena privativa de liberdade num outro Estado signatário, será entregue, por acordo mútuo, ao seu Estado para que a pena seja cumprida no mesmo.”

A entrega do condenado ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A entrega não ocorre se no Estado do condenado a infracção não for punível, a pena estiver prescrita e não poder ser cumprida, se o condenado tiver residência permanente no Estado que proferiu a decisão, se os Estados não tiverem chegado a consenso sobre os termos da entrega e ainda nos termos da alínea, b):

se no Estado do qual o condenado é cidadão, tiver sido proferida, pelo mesmo facto, sentença condenatória ou absolutória transitada em julgado, ou se o processo penal tiver sido definitivamente arquivado, ou ainda se lhe tiver sido remissa a pena pelos órgãos competentes do Estado.

Outras Resoluções sobre matérias penais foram ratificadas por Moçambique e que influenciaram o sistema penal Moçambicano conforme demonstraremos mais adiante.

Moçambique ratificou através da Resolução nº 7/90 de 18 de Setembro a Convenção das Nações Unidas sobre o tráfico e consumo de substâncias estupefacientes. Para materializar a Convenção foi aprovada a lei nº 3/97 de 13 de Março que prevê e pune o tráfico e consumo de substâncias estupefacientes.

Através da Resolução nº 8/91 de 20 de Dezembro, Moçambique ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. E conseqüentemente Moçambique revogou diplomas legais que continham penas cruéis, desumanas e degradantes, como a pena de morte, a pena de chicotada, concretamente a lei nº2/79 de 1 de Março. E como consequência prática reduziram os relatos sobre torturas no processo de investigação ao nível das esquadras da polícia.

Através da Resolução nº 69/2002, de 2 de Outubro, Moçambique ratificou a Convenção das Nações Unidas para a repressão da captura ilícita de aeronaves.

A concretização do objecto da Convenção constava do artigo 380 do Código Penal de 2014 que prevê e pune a pirataria. Segundo o referido preceito legal, é punido como pirata:

todo aquele que tripular ou comandar por meios violentos, nave ou aeronave, ou dela se aproprie com fraude ou violência, ou desvie da sua rota normal, no intuito de cometer roubos, praticar violência contra a nave ou aeronave ou contra as pessoas ou bens a bordo das mesmas, bem como para atentar contra a segurança do Estado ou de Estado estrangeiro.

O Código Penal de 2019 manteve o preceito nos termos previstos no Código de 2014.

A Resolução nº70/2002, de 2 de Outubro ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre a prevenção e repressão de infracções contra pessoas gozando de protecção internacional, incluindo os agentes diplomáticos.

Relacionado com a matéria, ao nível do Código Penal de 2014, estava previsto o crime de ofensas contra diplomatas estrangeiros, no artigo 378, condenando o autor de tal infracção no máximo de pena correspondente ao crime que cometer.

A Resolução nº 74/2002 de 2 de Outubro ratificou a Convenção das Nações Unidas para a supressão de actos ilícitos contra a segurança da navegação marítima. E através da Resolução nº75/2002, de 2 de Outubro, Moçambique ratificou o protocolo para a supressão de actos ilícitos contra a segurança das plataformas fixas localizadas na plataforma continental. Vejamos então qual foi o impacto da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional.

A Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de Novembro de 2000 e entrada em vigor no dia 29 de Setembro de 2003.

A Convenção é completada pelos Protocolos Relativos à prevenção, repressão e punição de tráfico de pessoas, mulheres e crianças; o Protocolo relativo ao combate de tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e área; o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças, componentes e munições. A Convenção reflecte a importância conferida pelos Estados membros na luta contra o crime organizado transnacional e a necessidade de reforço da cooperação internacional.

Os Estados parte da Convenção comprometem-se em introduzir dentro da legislação nacional medidas visando o combate ao crime organizado transnacional, aprovando leis que previnam e punam o crime organizado, as associações criminosas, o branqueamento de capitais, a corrupção e a obstrução da justiça. Os Estados devem adoptar medidas que permitam a extradição, a assistência legal mútua e a cooperação judicial e policial.

Para fazer face a criminalidade organizada os Estados partes devem promover a formação, capacitação dos aplicadores da lei, concretamente os juizes, procuradores e agentes da polícia de investigação.

Moçambique, através da Resolução nº 86/2002 de 11 de Dezembro ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional. E através da Resolução nº 87/2007, de 11 de Dezembro ratificou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional relativo à prevenção e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças; a Resolução nº 88/2002, de 11 de Dezembro, o Protocolo Adicional contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e área; o Protocolo adicional relativo ao fabrico e tráfico ilícito de armas de fogo, das suas partes, peças e munições.

Na ocasião, estava em vigor em Moçambique, o Código Penal de 1886 e como previsões legais sobre a matéria constava o artigo 263º que previa o crime de associação de malfeitores e segundo o referido preceito legal:

Aqueles que fizerem parte de qualquer associação formada para cometer crimes, e cuja organização ou existência se manifeste por convenção ou por quaisquer outros factos, serão condenados à pena de prisão maior de 2 a 8 anos, salvo se forem autores de associação ou nela exercerem direcção ou comando, aos quais será aplicada a pena de dois a oito anos de prisão maior. & Único-Serão punidos como cúmplices, os que a estas associações ou quaisquer divisões delas fornecerem ciente e voluntariamente, armas, munições, instrumentos do crime, guarda ou lugar para reunião.

O artigo 71º, nº 9 do Código Penal de 1886 previa a aplicação de medidas de segurança a “todos os que tiverem sido condenados por crimes de associação de malfeitores, quadrilha ou bando organizado.” A lei, entretanto, não definia a quadrilha ou o bando organizado, o que nunca chegou a ser feito, cabendo ao aplicador da lei recorrer a Convenção por força do artigo 18 da Constituição da República.

O artigo 173º do mesmo código previa e punia as associações ilícitas ou organizações secretas para a prática de crimes contra a Segurança do Estado com penas de prisão maior que variavam entre 2 a 8 anos e 8 a 12 anos de prisão maior (artigo 55º, nº4 e 5 do Código Penal.)

O artigo 283º do referido Código previa e punia com pena de prisão de 2 meses a dois anos as associações secretas com fins políticos.

O artigo 263º do Código Penal assim como o artigo 253º que previa e punia o crime de porte e uso de armas proibidas já tinham sofrido alterações através da lei nº 10/87 de 19 de Setembro mas não respondia as exigências da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado e transnacional e seus protocolos adicionais.

O Código Penal de 2014 veio a prever o crime de associação para delinquir no artigo 458, punindo-o com pena de 2 a 8 anos de prisão maior.

O Código Penal de 2019 manteve a redacção do Código de 2014, prevendo o crime no artigo 348, alterando a pena para 1 a 8 anos de prisão a:

Quem promover ou fundar ou participar em grupo, organização ou associação, estando em causa um conjunto de duas ou mais pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo e cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes.

Ou a 8 a 12 anos de prisão para “quem dirigir ou chefiar os grupos, organizações ou associações referidas nos números anteriores.”

E para concretizar a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, Moçambique aprovou a lei n. 14/2013 de 12 de Agosto que prevê e pune o branqueamento de capitais.

O crime de corrupção vem previsto nos artigos 501 e seguintes do Código Penal de 2014 e artigos 425 e seguintes do Código Penal de 2019.

Moçambique aprovou a lei nº6/2008 de 9 de Julho que tem por objecto estabelecer, em conformidade com o seu artigo 2, o regime jurídico aplicável à prevenção e combate ao tráfico de pessoas e actividades conexas e a protecção das vítimas, denunciantes e testemunhas.

A referida lei prevê o tráfico de pessoas, punindo-a com uma pena de 16 a 20 anos de prisão maior. A lei previa e punia igualmente a pornografia e exploração sexual, a adopção para fins ilícitos, o transporte e rapto, o arrendamento de imóvel para fins de tráfico, a publicidade e promoção do tráfico, a destruição de documentos de viagem, o benefício financeiro, com penas que variam entre os 2 a 8 anos e 16 a 20 anos de prisão maior.

O Código Penal de 2014 veio a revogar o artigo 10 da citada lei passando a prever o crime de tráfico de pessoas no artigo 198, punindo com pena de prisão maior de 16 a 20 anos e constando no capítulo dos crimes contra a liberdade das pessoas.

Ao nível da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa, Moçambique ratificou a Convenção de Extradicação feita na cidade da Praia a 23 de Novembro de 2005. Segundo o artigo 1º da referida Convenção, “os Estados contratantes tem o dever de entregar, reciprocamente as pessoas que se encontrem nos seus respectivos territórios e que sejam procurados pelas entidades competentes para fins de procedimento criminal ou para cumprimento de pena privativa de liberdade por crime cujo julgamento seja da competência do Estado requerente”.

São factos determinantes da extradicação, a prática de um crime punível com a pena de prisão não inferior a um ano, que a parte da pena por cumprir não seja inferior a seis meses

de prisão, e tratando-se da ocorrência de vários crimes, é suficiente que um dos crimes satisfaça as exigências requeridas pela Convenção.

A Convenção prevê os procedimentos para a extradição, o julgamento pelo Estado requerido, o princípio da especialidade, a reextradição para um terceiro Estado, o direito de defesa e a entrega de bens.

Que impacto teve ou pode ter no sistema penal moçambicano, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional adoptado em Roma a 17 de Julho de 1998 pela conferência diplomática reunida de 15 de Junho a 17 de Julho de 1998 e entrado em vigor na ordem internacional a 1 de Julho de 2002, em conformidade com o artigo 126?

Importa, antes, de forma resumida falarmos da génese deste Tribunal. Até a primeira guerra mundial que decorreu entre 1914 e 1918, o Direito Internacional só punia a pirataria e o tráfico de escravos e qualquer indivíduo que praticasse tais actos respondia individualmente.

Com a aprovação da primeira Convenção de Genebra aos 22 de Agosto de 1864 nasce o Direito Humanitário e vai-se aprofundando ao ponto de com a celebração do Tratado de Paz de Versalhes ser introduzida uma norma que previa o julgamento do Imperador da Alemanha, Guilherme de Hohenzohern por crimes contra a humanidade previstos na Convenção de Genebra de 1864.

O artigo 227 do Tratado de Versalhes previa que:

as potências aliadas e associadas acusam Guilherme II de Hohenzohern, ex-imperador da Alemanha, por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados. Um tribunal especial será formado para julgar o acusado, assegurando-lhe garantias essenciais do direito de defesa. Ele será composto por cinco juizes, cada qual indicado pelas seguintes potências, nominalmente: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão.¹²⁹

Entretanto o Tribunal não chegou a ser constituído porque a Holanda recusou-se a entregar o Imperador Guilherme II para o julgamento. Foram iniciativas que demonstraram a tendência para o reconhecimento da necessidade de um organismo internacional de jurisdição

¹²⁹ The Versailles Treaty, Yale Law School, Avalon Project, Disponível em http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/Versailles-mew.asp. Consultado aos 28/07/2020.

criminal, enfatizando o princípio de soberania nacional, no sentido de cada Estado e nesse caso os vitoriosos, de forma soberana sancionarem os crimes cometidos no seu território.

Após a II guerra mundial, face as graves violações de direitos humanos, no dia 3 de Agosto de 1945, os vencedores definiram o Estatuto do Tribunal de Nuremberg para o julgamento e punição dos criminosos de guerra. Foi assinado o acordo de Londres tendo como signatários a França, Grã-Bretanha, os Estados Unidos da América e a URSS. Nesse acordo estavam previstos os crimes contra a paz e contra a humanidade e a inovação foi a introdução do conceito de responsabilização penal ao nível do Direito Internacional.

Ao mesmo tempo foi criado o tribunal de Tóquio com competências para julgar os criminosos de nacionalidade japonesa e o seu funcionamento obedecia aos princípios do Acordo de Londres.

Os dois tribunais eram *ad hoc* e a crítica que se lhes fazia era de serem parciais pois o de Nuremberg só julgava criminosos alemães e o de Tóquio julgava japoneses. Nesse sentido, Silva Cunha e Maria de Assunção do Vale Pereira referem que:

É muito discutível a legitimidade do Direito criado pelo acordo e tribunal por ele constituído. Em primeiro lugar, viola o princípio geral, comum ao direito penal dos Estados civilizados, que exige a anterioridade da lei criminal, relativamente aos factos por ela punidos (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*). Depois, porque o tribunal era constituído apenas por juizes das nacionalidades dos Estados vencedores da Alemanha e só tinha competência para julgar os crimes previstos no Acordo de Londres quando cometidos por alemães. Quer dizer, se a legitimidade do tribunal era discutível, não o era menos a sua objectividade e isenção.¹³⁰

Os artigos 227 e 228 foram o fundamento para a criação de um Tribunal Militar Internacional. O Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg já previa os crimes contra a paz, os crimes contra a guerra e os crimes contra a humanidade. No que se refere as penas, o referido Estatuto no seu artigo 27 permitia como sanção máxima, a pena de morte. Os magistrados desse Tribunal eram cidadãos das quatro potências signatárias do Estatuto.

O Estatuto exigia que as decisões do Tribunal fossem fundamentadas e eram irrecorríveis, podendo excepcionalmente a pena ser atenuada por autorização do Conselho de Controle da Alemanha (artigos 26 e 29).

¹³⁰ CUNHA, Silva, Maria de Assunção, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ªEd.Almedina, 2004, pág.481.

Relativamente aos crimes julgados pelo Tribunal de Nuremberg surgiam debates a volta do desrespeito para com o princípio da legalidade quanto aos crimes contra a humanidade e contra a paz, já que na época em que tais factos foram praticados ainda não existia lei que os considerasse infracções penais. Já a mesma questão não se colocava quanto aos crimes de guerra, por se entender que estavam codificados por leis de direito de conflitos armados e faziam parte de usos e costumes de guerra.

O Tribunal de Nuremberg nunca tomou em consideração esses questionamentos e defendeu-se no sentido de que a maior injustiça seria o deixar impune os criminosos e não a violação do princípio da legalidade.

Através da análise do funcionamento desses tribunais pretendemos demonstrar a sua contribuição no âmbito internacional tanto na concepção do estudo do direito internacional como de princípios que serviram de base para o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Entretanto, das sentenças do Tribunal de Nuremberg foram retirados princípios que serviram de base para o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A partir de 1945 várias convenções internacionais foram aprovadas, melhorando ou definindo novos tipos de crimes, a referir, a Convenção de 1958 sobre o Alto Mar que pune a pirataria, a Convenção de 30 de Novembro de 1973 sobre o crime do apartheid, a Convenção de 11 de Novembro de 1990 sobre o tráfico ilícito de estupefacientes.

A previsão expressa e a definição num instrumento legal dos crimes contra a paz e contra a humanidade, a responsabilização dos oficiais dos Estados e desconsideração para com as imunidades, o reforço da ideia de necessidade de um organismo internacional para o julgamento de crimes de guerra através de normas internacionais que protegiam o indivíduo independentemente da sua nacionalidade são factores evidentes do impacto que os tribunais militares internacionais tiveram.

Em 1948, a Comissão do Direito Internacional foi incumbida de apresentar uma proposta do Estatuto do Tribunal Penal Internacional o que não se concretizou de imediato pois a Assembleia Geral das Nações Unidas condicionou o trabalho a definição do crime de agressão.

A definição do crime de agressão não colhia consensos pois chocava com as competências do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Importa fazer referência a criação dos Tribunais internacionais *ad hoc* para a ex-jugoslávia e para o Ruanda, sendo de destacar que não obstante a sua natureza *ad hoc*, com competência temporal e espacial limitada tiveram o mérito de impulsionar a criação de um tribunal permanente, o Tribunal Penal Internacional. Referindo-se a qualidade das suas decisões, Silva Cunha e Maria de Assunção defendem que “apesar das críticas que sofreram pelo facto de terem sido criados através da Resolução do Conselho de Segurança, não pode deixar de sublinhar a qualidade e carácter arrojado de muitas das suas decisões.”¹³¹

O Tribunal para a ex-jugoslávia tinha a competência para julgar os crimes previstos na Convenção de Genebra de 1949 e I Protocolo Adicional (violação de leis, costumes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade).

O Tribunal para o Ruanda tinha a competência para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e os crimes previstos no artigo 3º da Convenção de Genebra e do protocolo Adicional.

A Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas apresentou em 1994 um projecto para a criação do Tribunal Internacional Penal, um trabalho iniciado em 1989. Na sequência da apresentação do referido projecto foi criado um comité *ad hoc* em 1995 para a preparação de uma conferência diplomática que teve lugar em Roma em 1998 e que contou com a presença de 150 Estados.

Nessa Conferência que durou cinco semanas foi debatida a proposta de criação do Tribunal Penal Internacional que culminou com a subscrição do Estatuto de Roma por 120 Estados. O Estatuto entrou em vigor em 1 de Julho de 2002 e em Fevereiro de 2003 foram eleitos 18 juízes.

O Tribunal Penal Internacional é uma instituição autónoma, permanente com sede em Haia, com personalidade e capacidade jurídica internacionais. Conforme refere Vladimir Brito “O Tribunal Penal Internacional, historicamente é o segundo Tribunal com jurisdição

¹³¹ CUNHA, Silva e Maria de Assunção, ob.,cit., pág.487.

penal permanente que é internacionalmente criado, mas provavelmente será o primeiro a funcionar.”¹³²

O Tribunal Penal Internacional representa o esforço conjunto dos Estados, das organizações internacionais e das organizações não-governamentais. É uma instituição ímpar que procura pôr termo as atrocidades que chocam a humanidade, conforme consta do Preâmbulo do Estatuto de Roma, “...no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade.”

O Tribunal Penal Internacional é uma necessidade para qualquer Estado que se afirma democrático.

Em termos de objectivos, o Tribunal Internacional Penal visa preservar a paz e a segurança da humanidade. Estes objectivos estão consagrados no preâmbulo do Estatuto de Roma ao constar que “Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça a paz, à segurança e ao bem estar da humanidade.”

Pretende-se com esta instituição promover o respeito pelos direitos fundamentais e consolidação de princípios de Estado de Direito. Um outro objectivo considerado pela doutrina é alcançar-se a reconciliação nacional e ainda funcionando como um instrumento para o combate ao terrorismo, posicionamento sem muitos defensores para além dos Estados Unidos da América.

O Tribunal Internacional Penal tem a competência para julgar crimes mais graves que afectem a comunidade internacional nomeadamente, e nos termos do artigo 5º, nº.1, os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o crime de agressão. São crimes distintos dos delitos comuns do direito interno dos Estados.

O crime de genocídio é praticado desde o século XX, através dos massacres contra arménios durante a primeira guerra mundial, a perseguição dos judeus durante a segunda guerra mundial e os conflitos étnicos que tiveram lugar na ex-jugoslávia e Ruanda.

¹³² BRITO, Vladimir, *Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, 2008, pág.539.

A adopção da Convenção sobre a prevenção e repressão do crime de genocídio aprovada em 9 de Dezembro de 1948 pela Resolução das Nações Unidas 260-A, entrada em vigor em 1951 reflecte a preocupação da comunidade internacional na repressão deste crime contra a humanidade.

O artigo 6º do Estatuto de Roma define o genocídio como:

qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal: a) homicídio de membros do grupo; b) ofensas graves a integridade física ou mental de membros de grupo; c) sujeição internacional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) transferência, a força, de crianças do grupo para outro grupo.

Os crimes contra a humanidade estão previstos no artigo 7º. E para que o crime seja considerado contra a humanidade deve verificar-se “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”. O ataque generalizado deve ser contra uma população civil.

Os crimes de guerra também conhecidos como crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados estão tipificados no artigo 8º do Estatuto. São considerados crimes de guerra, segundo o artigo 8º, nº2, as violações graves à Convenção de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra:

a) Homicídio doloso; b) tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; c) o acto de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves a integridade física ou a saúde; d) destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; e) o acto de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob protecção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; f) privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob protecção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; g) deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; h) tomada de reféns.

Também são considerados crimes de guerra os previstos no nº2, alínea, b) do Estatuto de Roma, outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do Direito Internacional (nºI a XXVI do Estatuto)

O Tribunal Penal Internacional inovou ao incluir no grupo dos crimes de guerra, os actos cometidos e conflitos não internacionais, como os ocorridos em Ruanda e na ex-Jugoslávia.

O Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar pessoas singulares (artigo 25º) maiores de 18 anos (artigo 26º). Podem também ser julgados por este Tribunal os representantes de entidades privadas ou membros de órgãos sociais de empresas transnacionais envolvidos na prática de crimes previstos no Estatuto, por exemplo, partidos políticos, confissões religiosas.

Em termos dos fins das penas internacionais, o Tribunal Penal Internacional segue princípios da função clássica do Direito Penal, a retribuição, a reprovação, a prevenção geral, a prevenção especial da ressocialização e incapacitação. Há outras finalidades como a da justiça transnacional e restaurativa da reconciliação nacional e a pedagogia moral e jurídica.

Estas finalidades têm sido de difícil harmonização pois um Tribunal Internacional difere do Tribunal interno no aspecto estrutural e funcional.

Não obstante o mérito reconhecido a instituição penal internacional, algumas questões têm sido levantadas. A questão da instrumentalização política. O Tribunal Penal Internacional pode ver a sua credibilidade comprometida devido a pressões políticas pois fica dependente dos Estados, nos casos de investigação dos crimes, detenção, extradição de suspeitos ou ainda para a recolha de provas.

Outra questão refere-se a natureza transpessoal dos crimes. A responsabilidade individual pode não ser suficiente para responder as atrocidades cometidas. Muitos dos crimes cometidos pelos indivíduos tem sido através do uso do poder estadual. Por exemplo, na guerra civil que ocorreu em Moçambique, foram reportados actos de crueldade contra civis. Como criminalizar os mandantes de tais actos?

A mudança de ideologias, instituições e práticas pode ser uma forma de prevenção para futuras situações.

Outras questões têm sido levantadas, como a exclusão de pessoas colectivas, a desadequação ao combate ao terrorismo e a difícil acomodação de meios alternativos. O facto do Tribunal Penal Internacional já estar em funcionamento, tem sido referido por alguma

doutrina como sendo um entrave a aplicação de meios alternativos, aconselháveis, nomeadamente a perseguição penal nacional, o recurso a acções militares com o apoio das Nações Unidas, a amnistia, a ajuda humanitária, a aplicação de sanções pecuniárias, o estabelecimento de comissões de verdade e reconciliação como ocorreu na África do Sul após o fim do regime do apartheid seguido da aprovação da lei de promoção da unidade e reconciliação nacional, em 1995.

O debate é actual por se entender que o Tribunal Penal Internacional não pode responder a questões políticas, sociais, culturais e a ocorrer qualquer alteração receia-se que no futuro ocorram mais situações de violências.

A crítica que se faz aos que propõem meios alternativos é a possibilidade da ocorrência de instabilidade política ao optar-se nalguns casos pelo Tribunal Penal Internacional e noutros casos aos meios alternativos. E parece-nos coerente este posicionamento se considerarmos os objectivos preconizados com a instituição do Tribunal Penal Internacional.

No que se refere a viabilidade da ratificação de Moçambique ao Tribunal Penal Internacional, comecemos por analisar os preceitos constitucionais. O artigo 2 da Constituição da República de Moçambique ao prever a soberania e legalidade estabelece no artigo 3 que “o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade.”

Através deste preceito legal depreende-se o dever do Estado de respeitar a Constituição e as demais leis existentes no País. Na hipótese de Moçambique ratificar o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional, este passaria a vigorar na ordem jurídica moçambicana, conforme dispõe o nº1 do artigo 18 da Constituição da República. A vinculação ao Estatuto de Roma pode levantar problemas de inconstitucionalidade devido as seguintes situações: a pena de prisão perpétua. O artigo 77º, alínea b) do Estatuto de Roma prevê a pena de prisão perpétua sempre que o elevado grau de ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem. Ora, a Constituição da República de Moçambique no artigo 60, nº1, proíbe as penas privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo.

Outra situação refere-se a extradição de pessoas de Moçambique para o cumprimento de pena de prisão perpétua. O Estatuto de Roma prevê a entrega e a extradição para o cumprimento de uma pena de prisão. Só que o artigo 67, nº3 da Constituição da

República não permite a extradição de moçambicano por crimes a que corresponda a pena de morte ou prisão perpétua.

A outra questão refere-se a violação de imunidades constitucionais. O artigo 174 da Constituição da República de Moçambique prevê imunidades do deputado da Assembleia da República, o artigo 211 da referida Constituição da República prevê imunidades aos membros do governo e outras leis infraconstitucionais consagram imunidades aos magistrados judiciais e do Ministério Público.

Entretanto, o artigo 27º, nº2 do Estatuto de Roma não dá relevância as imunidades internas ao prever que “as imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.”

Tais imunidades existem ao nível da legislação interna e de ordenamentos jurídicos de outros Estados. Nesse sentido, Jorge Bacelar Gouveia refere que:

Essas imunidades existem de um modo geral-tanto na veste da irresponsabilidade como na veste da inviolabilidade- até o momento, a despeito de os seus contornos poderem ser alvo de reponderação, ninguém ousou dizer que elas são dispensáveis ou que estão a mais no sistema democrático.¹³³

Não nos parece que as imunidades sejam de dispensar, mas o que deve haver são procedimentos legais para o seu levantamento face a prática de um crime.

A questão do respeito a princípios constitucionais como a não retroatividade da lei penal, o princípio da tipicidade e da determinação constitui exemplos de desconformidade do Estatuto de Roma com a Constituição de Moçambique.

O artigo 110 do Estatuto de Roma tem sido mencionado pela doutrina como um caso de atropelo as garantias dos cidadãos. Nesse sentido Jorge Bacelar Gouveia refere que:

A verdade, porém, é que a vinculação ao ERTPI não evita que muitas dessas garantias sejam atropeladas. Basta ler aquele documento e aí deparar com disposições que são normas penais em branco ou normas penais de incidência

¹³³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Internacional Publico, Uma perspectiva de Língua Portuguesa*, 4.Edição,2013, pág.801.

que contém conceitos indeterminados e cláusulas gerais, para além de admitirem tipologias exemplificativas ou fontes penais costumeiras.¹³⁴

Com efeito, os artigos 57 e 60, nº2 da Constituição de Moçambique só permitem a retroactividade da lei quando resulte benefício para o cidadão e outras pessoas jurídicas. Em obediência ao princípio da determinação e da tipicidade, o artigo 59, nº3 da Constituição da República de Moçambique estabelece que nenhum cidadão pode ser punido com uma pena não prevista na lei ou com uma pena mais grave do que a estabelecida na lei no momento da ocorrência da infracção penal. É que o conteúdo da decisão deve estar determinado na lei e não pode haver espaço para o aplicador adoptar critérios subjectivos de apreciação.

Contrariamente, o Estatuto de Roma prevê no artigo 110º, nº2, 3 e 4 a possibilidade da redução da pena de prisão perpétua, exemplo de violação do referido princípio.

Uma outra situação que reflecte incompatibilidade material com as normas constitucionais prende-se com o princípio da complementaridade previsto no artigo 1 do Estatuto de Roma. Alguma doutrina defende e bem que este princípio pode colidir com o princípio do caso julgado através da "desconsideração" pelo Tribunal Penal Internacional das decisões tomadas pelos tribunais internos com a alegação de uma justiça ineficiente.

Nesse sentido Jorge Bacelar Gouveia refere que:

É a segunda modalidade referida, pelo menos, a que suscita a maior das reservas, tolhendo um dos princípios basilares do Estado de Direito, que é o princípio da independência do poder judicial e mais especificamente, o princípio do caso julgado. Se aceitássemos a complementaridade acima referida, deveríamos suportar o resultado de os acórdãos proferidos pelos nossos tribunais poderem ser desconsiderados pelo TPI com base na alegação de que a justiça portuguesa não tinha sido boa ou eficiente.¹³⁵

A adesão de Moçambique ao Tribunal Penal Internacional justifica-se, não obstante ao nível do Continente africano registar-se a tendência para o recuo. Os países africanos defendem que o Tribunal Penal Internacional funciona só para os países africanos não existindo processos de outros continentes, tratando-se de um tribunal de dominadores contra os países pobres.

¹³⁴ *Ibidem*, pág.802.

¹³⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, ob.,cit., pág.802.

Alguns países africanos insurgiram-se com o procedimento adoptado para o encaminhamento do caso Sudão ao Tribunal Penal Internacional, na sequência de conflitos ocorridos em Darfur que provocaram a movimentação da população e suspeitas da prática de genocídio.

No dia 31 de Março de 2005, o Conselho de Segurança das Nações Unidas através da Resolução 1593 aprovada na 5158 sessão, encaminhou o caso Darfur ao Tribunal Penal Internacional. A crítica é feita no sentido da referida Resolução fazer restrições ao julgamento de outras nacionalidades ao estabelecer que:

as nações, os ex-funcionários, os funcionários ou o pessoal de um Estado contribuinte que não seja o Sudão e não seja parte do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional se submetam a jurisdição exclusiva desse Estado contribuinte a respeito de todos os supostos actos ou omissões derivados das operações no Sudão ou relacionados com elas, estabelecidos ou autorizados pelo Conselho ou pela União Africana, a menos que esse Estado contribuinte haja renunciado expressamente a dita jurisdição exclusiva.

Com a criação do Tribunal El Fadhri no Sudão, alguns países africanos entendem e com alguma razão que este seria o competente para julgar o processo encaminhado pelo Conselho de Segurança, segundo o princípio da complementaridade.

A adesão de Moçambique ao Tribunal Penal Internacional impõe que se proceda a alterações constitucionais para evitar incompatibilidades já mencionadas e a violação de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A adesão de Moçambique obrigaria a alteração dos artigos 61, nº1 que proíbe as penas perpétuas, o artigo 67, nº3 que proíbe a extradição por crimes a que corresponda na lei do Estado requisitante a pena de morte ou prisão perpétua, o artigo 154 que proíbe a prisão preventiva do Presidente da República em exercício efectivo de funções e ainda os artigos 174 e 211 que prevêm as imunidades do deputado e dos membros do governo.

Ao nível do Código penal impunha-se a revisão dos capítulos referentes as penas, medidas criminais e efeitos.

O efeito das alterações legislativas será a obrigatoriedade para Moçambique em cumprir com as normas do Estatuto de Roma, uma das exigências da globalização. A adesão ao Tribunal Penal Internacional pode significar ainda para Moçambique o respeito pelos direitos humanos e o compromisso para com a paz internacional.

Procuramos demonstrar que o Tribunal Penal Internacional é um contributo para a implantação de uma justiça penal internacional imparcial que irá efectivar a cooperação entre os Estados e proteger de forma eficaz os direitos humanos.

A necessidade da defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana e na situação de Moçambique que não tem conhecido a paz desde 1975, justifica a adesão ao Tribunal Penal Internacional pela necessidade de responsabilizar criminalmente os autores de crimes contra a humanidade.

Importa agora reflectir sobre a influência dos países da região Austral de África na construção do Direito Penal moçambicano. Os países da África Austral, no total de 14, constituíram a SADC, a Conferência para a Coordenação de Desenvolvimento da África Austral, com fins económicos, pois pretendia-se reduzir a dependência económica perante o ocidente.

Assim, fazem parte da SADC, a África do Sul, Angola, Botswana, Congo, Lesotho, Malawi, Ilhas Maurícias, Moçambique, Namíbia, Seicheles, Suazilândia, Tanzânia, Zâmbia e Zimbabué. O objectivo principal da SADC é a cooperação económica e a cooperação nas áreas de segurança e política internacional.

A Comunidade pretende garantir um bem estar social, a paz e segurança para os cidadãos. Na área da segurança, a Comunidade da SADC assinou protocolos sobre o combate ao tráfico ilícito de drogas, o protocolo sobre o controle de armas de fogo, munições e outros materiais conexos, o protocolo sobre cooperação em assuntos de defesa política e segurança, o protocolo sobre assuntos jurídicos, o protocolo sobre a extradição, o protocolo sobre o auxílio judiciário mútuo e matéria penal e o protocolo da livre circulação de pessoas e bens.

Moçambique através da Resolução nº 23/98 ratificou o Protocolo sobre o combate ao tráfico ilícito de drogas. O Protocolo recomenda aos Estados membros a elaboração de estratégias nacionais para o combate com êxito ao tráfico ilícito de drogas. Este protocolo não influenciou o direito interno pois nenhuma norma foi produzida após a ratificação do referido protocolo. A lei nº 3/97 que previne e pune o tráfico de drogas é anterior ao protocolo.

A Comunidade da SADC, na sequência dos conflitos entre os Estados, ocorridos em Angola, Lesotho e República Democrática do Congo e como medidas preventivas adoptou

o Protocolo sobre a cooperação na área política, defesa e segurança e criado o respectivo órgão de cooperação, em Gaborone, a 28 de Junho de 1996.

É que devido a tais conflitos entre Estados, ocorriam ao longo das fronteiras crimes de tráfico de armas, o tráfico de viaturas, o tráfico de drogas e receava-se a continuação de tais práticas nos países vizinhos da região austral.

O órgão de cooperação política de Defesa e Segurança criado em Gaborone, tinha como objectivo geral, segundo Flávia Buvana e Carla Aparecido Ventura:

promover a paz e a segurança da região. São ainda objectivos específicos: protecção dos povos e a salvaguarda do desenvolvimento da região contra a instabilidade resultante da ausência do Estado de Direito e de conflitos, a promoção da cooperação política e o desenvolvimento de valores políticos e instituições comuns, a promoção da cooperação nas áreas da defesa e segurança, bem como a prevenção e resolução, por meios pacíficos de conflitos, intraestatais e interestatais.¹³⁶

Para concretizar os objectivos preconizados no Protocolo de Gaborone, em 2004 foi elaborado o plano estratégico indicativo. O Protocolo prevê a cooperação jurídica e judiciária entre os Estados, o que não se tem concretizado devido a escassez de meios financeiros. Segundo Flávia Buvana e Carla Aparecido Ventura “o protocolo da SADC, sobre o combate às drogas ilícitas, não está sendo implementado na íntegra em Moçambique, cuja grande fragilidade é a falta de recursos financeiros, resultando em problemas como falta de material moderno atualizado, nas actividades de prevenção e combate às drogas, falta de instalações próprias das brigadas anti-droga e a falta de reciclagem dos agentes formados em matéria específica das drogas.”¹³⁷

Não obstante os protocolos assinados, não há influências exercidas pelos Estados membros da comunidade sobre o Direito Penal moçambicano. Tal facto deve-se as desigualdades culturais entre os Estados e os diferentes sistemas jurídicos implantados.

Flávia Buvane e Carla Aparecida Ventura recomendam a:

Necessidade de se rever e atualizar as políticas e estratégias na área das drogas pois estão descontextualizadas à realidade atual moçambicana, como consequência, recomenda-se que a SADC e seus representantes políticos encontrem soluções para que o Protocolo sobre o combate às drogas ilícitas

¹³⁶ BUVANA, Flávia, Carla Aparecido Ventura, *cooperação internacional para o combate às drogas ilícitas em Moçambique*, Rev.Latino- Am.Enfermagem2011,May-June, 19 spe, n: 762-70, in www.eerp.usp.br/rlae, pag.765.

¹³⁷ *Ibidem*, pag.769.

seja efectivamente implementado nos países que o ratificaram. É também fundamental que, tendo em conta as fragilidades apontadas no que concerne às estratégias nacionais, se harmonize as políticas nacionais referentes ao combate às drogas dos Estados membros da SADC.¹³⁸

Era necessário, antes de harmonizar políticas parcelares, traçar-se políticas criminais nacionais o que iria permitir a uniformidade de procedimentos e de legislações dentro da Comunidade o que seria um contributo relevante para a região austral e para Africa em geral.

Em termos de acordos, segundo o jornal notícias *online* publicado em Junho de 2016, Moçambique celebrou acordos com os países da SADC para a transferência de pessoas condenadas que cumpram penas nos seus países de origem. Os acordos foram assinados por Tanzânia, Zimbabué, estando em curso negociações para o efeito com a África do Sul, Zâmbia, Botswana e Malawi.

Ao nível da SADC existe um sub-comité de segurança pública com encontros regulares e visa o reforço de harmonização de estratégias para a cooperação regional, a harmonização de políticas prisionais, gestão de refugiados, o combate a evasão fiscal e à caça furtiva. O sub-comité de segurança pública da SADC compreende os serviços correcionais, migração, alfândegas, refugiados, florestas e fauna bravia.

Como se pode constatar trata-se de intercâmbios de índole política e que não influenciam o Direito Penal de qualquer um dos Estados. Não há similaridades na legislação penal e processual penal, havendo um grande distanciamento em termos de doutrina produzida nesses Estados.

Pretendemos assim demonstrar que com a independência nacional é retomado o processo de construção do Direito Penal moçambicano interrompido através da colonização portuguesa.

A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 considerou Moçambique como um Estado soberano, independente e de democracia popular, consagrando no artigo 35 o princípio segundo o qual ninguém podia ser preso sem ser submetido a julgamento, o direito de defesa e no artigo 36 o princípio da legalidade, o da defesa de direitos e liberdades individuais, a garantia de punição pelo Estado pela prática dos crimes de traição,

¹³⁸ *Ibidem*, pág.769.

subversão, sabotagem e actos praticados contra os objectivos da FRELIMO e contra a ordem popular revolucionária.

A Constituição de 1975, entretanto, não garantia o direito a vida, o direito a integridade física e o direito ao bom nome. Esta omissão possibilitou a aprovação de leis que previam a pena capital e a pena de chicotada.

O Direito Penal adopta uma face diferente. Sai-se do sistema colonial mas são aprovadas leis penais de natureza desumana como no período da idade média. O Código Penal de 1886 vigorou até a aprovação da lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro que introduziu o novo Código Penal de 2014, o qual veio a sofrer críticas por manter vários tipos legais do Código anterior, surgindo a questão de saber se era um código novo, um código reformado ou um código que somente sofreu algumas alterações. O Código de 2014 veio a ser substituído pelo Código de 2019.

A aprovação dos códigos penais, de processo penal, de execução de penas e de diversa legislação penal extravagante foi o resultado das alterações constitucionais e da ratificação de instrumentos jurídicos internacionais e que vigoraram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial, constituindo assim um contributo para o processo de construção do Direito Penal moçambicano adequado a realidade moçambicana.

O processo legislativo moçambicano permite-nos afirmar que são fontes do Direito Penal moçambicano a Constituição da República, os instrumentos jurídicos internacionais e regionais validamente aprovados, a jurisprudência dos tribunais.

Através da análise da génese e funcionamento do Tribunal Penal Internacional e do Estatuto de Roma procuramos demonstrar que o Tribunal é uma necessidade para qualquer Estado que se afirma democrático, dada a sua natureza de uma instituição que procura por termo as atrocidades que chocam a humanidade, uma instituição que promove o respeito pelos direitos fundamentais e consolidação dos princípios de Estado de Direito.

A adesão de Moçambique ao Tribunal Penal Internacional justifica-se pela necessidade de responsabilizar criminalmente os autores de crimes contra a humanidade, impondo-se conseqüentemente alterações constitucionais para evitar incompatibilidades relacionadas com a extradição, penas privativas da liberdade com carácter perpétuo, as

imunidades, o princípio da complementaridade e ao nível do Código Penal impunha-se a revisão dos capítulos referentes as penas, medidas criminais e seus efeitos.

A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional podia influenciar o processo de construção do Direito Penal, garantida, entretanto, a sua originalidade tendo em conta as especificidades próprias de Moçambique.

A Comunidade da SADC adoptou protocolos sobre a cooperação na área política, defesa, segurança, o tráfico de drogas, o controle de armas de fogo, assuntos jurídicos, extradição, sem efeitos práticos consideráveis.

Não obstante os protocolos assinados não há influências sobre o Direito Penal moçambicano, devido as desigualdades culturais entre os Estados e os diferentes sistemas jurídicos implantados durante e após a colonização.

A existência de políticas criminais nos Estados da SADC acompanhadas de estudos reduziria o distanciamento legislativo e doutrinário entre os Estados e a partir daí iniciar-se um debate sobre o tipo de Direito Penal que deve existir em África, um Direito Penal construído segundo as características dos diferentes sistemas jurídicos ocidentais ou a emergir um Direito tipicamente africano com riscos próprios? Estas questões reforçam a ideia que o estudo constitui um desafio e incentivo para reflexões no futuro.

CAPÍTULO 3 :CONCEPTUANDO O DIREITO PENAL

Segundo alguns autores como, por exemplo, Vera Regina Pereira de Andrade, o Direito Penal deve ser considerado uma ciência cultural e normativa. Trata-se de uma ciência cultural uma vez que questiona o dever ser, transformando-se de certa forma em regras de conduta que devem ser observadas por todos no respeito aos mais importantes interesses da sociedade. O que torna o Direito Penal diferente como, por exemplo, das ciências naturais em que o objecto do estudo é o ser.

A mesma autora adianta que:

É também uma ciência normativa, pois o seu objecto é o estudo da lei, da norma, do direito positivo, como dado fundamental e indiscutível na sua observação obrigatória. Não se preocupa portanto, com a verificação da gênese do crime, dos factos que levaram à criminalidade ou dos aspectos sociais que podem determinar a prática do ilícito, preocupações próprias das ciências causais explicativas, como a criminologia, a sociologia criminal, etc. Como ciência jurídica, o Direito Penal tem carácter dogmático já que se fundamenta no direito positivo, e exigindo-se o cumprimento de todas suas normas pela obrigatoriedade. Por essa razão, seu método de estudo não é experimental, como na criminologia, por exemplo, mas técnico-jurídico. Desenvolve esse método na interpretação das normas, na definição dos princípios, na construção dos institutos próprios e na sistematização final de normas, princípios e institutos.¹³⁹

Este conceito auxilia na reflexão sobre a relação entre o Direito e a cultura. O que deve ser entendido como socialmente censurável? Se uma determinada norma jurídico-penal está em consonância com os anseios de um povo, concretamente se a norma responde as preocupações de uma dada sociedade, no que se refere a prevenção e repressão visando a garantia da paz social. Isso não pode estar desassociado do povo e da cultura. Se numa dada sociedade o adultério não merece a censura suficiente para merecer uma sanção criminal já noutras sociedades pode ser considerado crime e até punível com pena de prisão.

¹³⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro*, Revista Sequência, nº57, p.237-260, dez, 2008, pág.250.

Outro conceito é-nos apresentado por Galdino Sequeira, o qual considera que:

O Direito Penal é a face do direito a reflectir a individualidade inteira do povo, o seu pensamento, os seus sentimentos, o seu carácter, as suas paixões, o seu grão de civilização ou de barbaria, toda a sua alma, em uma palavra, é o povo mesmo. A História do Direito Penal dos povos é um fragmento da psicologia da humanidade.¹⁴⁰

A importância, para nós, nesta definição de Galdino Sequeira é que nos ensina que o Direito Penal é o direito de um povo. Resulta da vontade de um povo e deve ser considerado por toda a humanidade. Cada povo, não importa onde ele esteja, tem um contributo a dar a humanidade. Por isso, entendemos que África tem um contributo a dar a humanidade em geral sobre o seu pensamento, o seu carácter, as suas paixões, independentemente da positivação.

É verdade que o Direito Penal mostra o grau da sua civilização, só que o conceito de civilização não deve ser aquele a que estamos habituados a ouvir. A civilização deve ser entendida como o respeito para com o ser humano, nos seus direitos e nos seus deveres. O homem independentemente de tudo, considerado como o detentor de uma vida a ser respeitada.

Jacques-Henri Robert defende que, “Le droit penal est l’ensemble des normes juridiques qui réglent le recours de l’Etat à la sanction pénale.”¹⁴¹ “O Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que regulamentam o recurso do Estado a sanção penal.”

Este conceito permite-nos ter a compreensão de que o Direito Penal é um produto do Estado, instrumento através do qual concretiza o poder de repressão. Entenda-se um Estado de Direito Democrático onde a condenação judicial penal é antecedida de uma lei escrita aprovada por um órgão competente, o poder legislativo e de um poder judicial que aplica a lei sancionando o infractor.

Nesse sentido Jacques-Henri Robert defende que, “Dans un Etat de droit, là où le droit penal est réglementé, il n’a pas d’exécution de peine sans condamnation préalable et pas de condamnation sans un texte général et impersonnel qui la soutienne.”¹⁴² “Dentro de um

¹⁴⁰ SIQUEIRA, Galdino, ob.,cit., pág.19.

¹⁴¹ ROBERT, Jacques-Henri, *Droit Pénal Général*, Presses Universitaires de France, 1988, Paris, p.53.

¹⁴²Ibidem, pág.55, 56.

Estado de Direito, onde o Direito Penal está regulamentado, não há execução da pena sem condenação e não há condenação sem um texto geral e impessoal que a sustente.”

José de Faria Costa entende que:

O Direito penal é, formalmente, o conjunto de normas que trata jurídico-penalmente, os pressupostos, a determinação, a aplicação e as consequências (máxime, as penas e as medidas de segurança) dos crimes e dos factos susceptíveis de desencadear medidas de segurança...o direito penal estrutura-se e vive, juridicamente, através de duas realidades nucleares, elementares e indissociáveis, quais sejam: o crime e a pena.¹⁴³

Daí a necessidade de se entender o que é o crime. Que realidade é esta? E o que o influencia? Qual o tipo de penas a serem aplicadas para determinado tipo de crime.

Este mesmo autor avança com o entendimento de:

quer isso significar que o direito penal, enquanto conjunto de normas de proibição das mais desvaliosas de todas as condutas é conatural ao nosso mais profundo modo-de-ser com os outros. O que implica, por outro lado, que se tenha também que ver o crime como uma realidade conatural ao nosso modo-de-ser. Observação ou verificação proposicional que se coaduna ou compagina, sem resto, com a ideia-agora de tonalidade positivista-de que cada sociedade está sempre ligada a um determinado tipo de criminalidade ou ainda-talvez de maneira menos impressiva mas nem por isso evitada de menor significado-*ubi societas, ibi ius*. Sendo certo que neste *ius* está, por direito próprio e em lugar fundamental, o próprio direito penal o que nos permite poder dizer em sentido translato mas absolutamente legítimo: *ubi societas, ibi crimen*.¹⁴⁴

Segundo este autor cada sociedade tem os seus crimes. A ser assim fica difícil de perceber o fenómeno da globalização e a sua influência no mundo. Segundo o referido autor teríamos um crime de homicídio típico em África e consequentemente um tipo de censura diferenciado. Para o caso concreto de Moçambique com uma grande diversidade cultural teria o legislador moçambicano que analisar o que é censurável por cada comunidade. Por exemplo as comunidades *nhanjas* do Niassa teriam a mesma sensibilidade que as comunidades *nhanjas* de Angónia. É uma posição de certa maneira discutível e ambígua e tendencialmente virada para as teorias relativistas.

Para o mesmo autor, “o Direito Penal constitui uma área jurídico-normativa que se caracteriza, primordialmente, pela existência de normas incriminadoras. Isto é:pela

¹⁴³ COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4.ed,Coimbra Editora, 2015, pág.3.

¹⁴⁴ COSTA, José de Faria, ob., cit., pág.5.

positivação de normas que consagram a proibição penal de condutas ou de comportamentos, ou sejam, que definem os crimes”.¹⁴⁵

É essencial a definição das condutas consideradas criminosas, isto é censuráveis por uma dada comunidade e elevadas a categoria de leis. Este parece-nos ser o sentido que o autor pretende transmitir. Só que este posicionamento é discutível no sentido de ter aplicação limitada no tempo, tendo servido apenas a partir do período da positivação das normas. Este conceito não resiste a tese da existência de um Direito Penal nas comunidades pré coloniais moçambicanas.

Jorge de Figueiredo Dias, considera o Direito Penal, em sentido formal como “o conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito”.¹⁴⁶

E segundo o referido autor, a pena é uma das consequências da prática do crime, a qual só é aplicada perante um comportamento culposos do agente. Outras consequências referidas pelo autor são as medidas de segurança que exigem a verificação da perigosidade do agente. As medidas de segurança são aplicadas perante um comportamento perigoso e não culposos.

O Direito Penal tem sido designado por Direito Criminal e alguns autores como Jorge de Figueiredo Dias preferem a designação “Direito Penal” com o argumento de que se chama Código Penal o diploma legislativo em que o respectivo direito se contém, quer porque Direito Penal “é o nome escolar oficial da nossa disciplina”.¹⁴⁷ Parece-nos defensável esta posição e assim é que adoptamos neste trabalho a designação de Direito Penal.

Foi a partir do século XIX, com o processo de codificação que em Portugal, França e Alemanha se dá preferência a designação Penal ao invés do criminal.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, esta tendência foi reforçada a partir da instituição da Reforma Prisional através do Decreto-lei nº26643, de 28 de Maio de 1936.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág.6,7.

¹⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2.edição, pág.3.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pág.4.

Não obstante a Reforma da Faculdade de Direito de 1945 ter adoptado para a disciplina a designação de Direito Criminal, através do Decreto-lei nº 38 450, artigo 3º, a anterior designação veio a ser retomada com a reforma da Faculdade de Direito de 1972 através do Decreto-lei nº 364/72 de 28 de Setembro.

E esta preferência pela designação de Direito Penal estaria relacionada com o carácter monista do sistema legal português que, segundo Jorge de Figueiredo Dias, constitui “uma via única, em que verdadeiras medidas de segurança só seriam aplicáveis a agentes incapazes de culpa e inimputáveis”.¹⁴⁸

E o autor não comunga a posição de se retirar da disciplina do Direito Penal as matérias relativas as medidas de segurança. Ainda opondo-se a designação de Direito Criminal, Jorge de Figueiredo Dias, referindo-se a doutrina alemã que considera a designação Direito Criminal tendente a “pré determinação extralegal das valorações da ilicitude e da culpa do facto criminoso, enquanto que a expressão direito penal daria prevalência ao princípio da legalidade, próprio do Estado de Direito, no processo de criminalização”.¹⁴⁹

O autor considera tal posicionamento não devidamente fundamentado e argumenta que “É certo que crimes há cuja valoração da ilicitude e da culpa pode ser reconduzida a uma mais ampla-e, em certo sentido, prévia-valorização moral, social e/ou cultural (delicta in se, delicta naturaliter proba); enquanto noutros aquela valoração surge como consequência da proibição legal (delicta mere prohibita).”¹⁵⁰

E defende o referido autor que para falar-se de crime e pena exige-se uma actividade legislativa, criando uma lei que preveja o crime e a respectiva sanção. Estando assim cumprida e concretizada a função inerente ao princípio da reserva da lei, típica de um Estado de Direito.

Para Jorge de Figueiredo Dias, “todo o Direito Penal e a sua ciência devem ser perspectivados a partir das valorações político-criminais imanentes ao sistema, as quais por seu turno, se exprimem por excelência, nas consequências jurídicas deste ramo de direito”.¹⁵¹

¹⁴⁸ *Ibidem*, pág.4.

¹⁴⁹DIAS, Jorge de, ob.,cit., pág. 4,5.

¹⁵⁰*Ibidem*, pág.5.

¹⁵¹ *Ibidem*, pág.5.

Na verdade, para perspectivar-se o Direito Penal é imprescindível a avaliação político criminal do sistema existente para adoptar-se as consequências jurídicas que respondam aos anseios da sociedade.

Jorge de Figueiredo Dias distingue o Direito Penal em sentido objectivo e subjectivo. Nesse sentido, considera “o direito penal em sentido subjectivo (*ius puniendi*), como poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas”.¹⁵² É que resulta da vontade do Estado após a ponderação dos fenómenos sociais, considerar determinada conduta como crime e sancioná-la.

Para o mesmo autor, o Direito Penal objectivo é a “expressão ou emanção do poder punitivo do Estado”.¹⁵³ Entretanto, o autor reconhece haver limites impostos ao legislador no poder para legislar criminalmente, não obstante estar legitimado para o efeito. E que “de outra parte, não devem em princípio ser reconhecidas obrigações ou imposições implícitas de criminalização, derivadas de forma imediata valorações jurídico constitucionais ou mesmo extra-jurídicas e, assim transcendentemente relativamente à política criminal (infra, 6. capítulo. &&21 e ss., 39 e s.)”¹⁵⁴

Em sentido mais amplo, o Direito Penal integra o Direito Penal substantivo, o Direito Processual Penal ou direito adjectivo e o Direito de Execução de penas e medidas de segurança ou direito executivo ou também designado por alguma doutrina por Direito penitenciário.

Não obstante a relação de complementaridade entre os três ramos do direito eles são distintos. Para Jorge de Figueiredo Dias:

o direito penal substantivo visa, como vimos, a definição dos pressupostos do crime e das suas concretas formas de aparecimento, e a determinação tanto em geral, como em espécie das consequências ou efeitos que à verificação de tais pressupostos se ligam (penas e medidas de segurança), bem como das formas de conexão entre aqueles pressupostos e estas consequências.¹⁵⁵

¹⁵²*Ibidem*, pág.6.

¹⁵³*Ibidem*, pág.6.

¹⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob., cit., pág.6.

¹⁵⁵*Ibidem*, pág.7.

O Direito Penal substantivo define os crimes e as respectivas sanções, as penas e as medidas de segurança. O Direito Processual concretiza o Direito Penal substantivo, investigando o crime e valorando-o. O Direito de execução de penas visa a execução da pena e das medidas de segurança.

Em termos práticos, não tem sido fácil distinguir a natureza processual de algumas normas e figuras jurídicas, concretamente, a prescrição do procedimento criminal e da pena, o indulto, a amnistia, a queixa, as quais apresentam uma natureza substantiva e processual.

Entretanto, a distinção entre os dois ramos de direito é pertinente e segundo Jorge de Figueiredo Dias “sejam porém quais forem as dificuldades de determinação do carácter substantivo, processual ou executivo de certas normas jurídico-penais, uma tal determinação é relevante para muitos efeitos e não deve ser escamoteada”.¹⁵⁶

A catalogação de uma determinada norma como pertencente a um dos três ramos de direito deve ser a partir de uma análise global do sistema penal existente e com base em estudos teleológicos e político criminal.

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias defende que “a atribuição da norma ou instituto ao direito penal ou direito processual penal ou ao direito penal executivo não seja levado a cabo numa base puramente lógico-formal e conceitualista, mas por apelo a considerações teleológicas, axiológico-normativas e político-criminais decisivas no contexto de um sistema funcional e racional”.¹⁵⁷

Há, por exemplo, que efectuar comparações entre as normas constantes no direito penal substantivo, no direito processual penal e no direito de execução de penas tomando em consideração os aspectos teleológicos e de política criminal num sistema penal que se mostre funcional.

O Direito Penal, segundo Jorge de Figueiredo Dias compreende uma parte geral que contém os crimes e suas consequências jurídicas e a parte especial com crimes ditos

¹⁵⁶*Ibidem*, pág.7.

¹⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob.,cit., pág.8.

singulares, por exemplo, o homicídio, raptos, a violação, ofensas corporais voluntárias e involuntárias, o furto, o roubo, danos, a corrupção.

E a parte geral, em termos doutrinários abrange:

os fundamentos gerais de todo o direito penal, considerando sucessivamente a determinação do lugar do direito penal no sistema jurídico, a função do direito penal no sistema social e os seus limites, as fontes e o âmbito de vigência, temporal e espacial, da lei penal. E estuda em seguida a construção dogmática do conceito do facto (punível), ou da doutrina geral do crime, considerando sucessivamente os elementos constitutivos daquele conceito, em relação seja a forma básica ou geral, seja as formas particulares ou especiais de aparecimento do crime.¹⁵⁸

A outra parte complementar refere-se a análise da pena e medidas de segurança.

A doutrina tem-se debruçado sobre o estudo do chamado direito penal primário, de justiça ou clássico que geralmente consta dos códigos penais e do designado direito penal acessório, secundário ou económico social que aparece em legislação avulsa e este último, no dizer de Jorge de Figueiredo Dias “tanto mais que frequentemente, por mor da sua particular teleologia, ele assume altíssimo valor pedagógico e de contraprova das soluções preconizadas para o direito penal de justiça”.¹⁵⁹

Efectivamente a legislação avulsa tem sido o suporte do direito na medida em que algumas situações não previstas no código têm sido aí contempladas.

Dentro do sistema jurídico, em geral, de grande importância para além do direito penal intraestadual é o direito internacional penal. O Direito Penal intraestadual, segundo Jorge de Figueiredo Dias, “encontra a sua fonte formal e orgânica na produção legislativa estadual e é aplicado por órgãos nacionais”.¹⁶⁰

Tem sido os tribunais nacionais, as procuradorias, a polícia e os serviços penitenciários que aplicam as leis promulgadas pelo Estado. E são normas que vigoram dentro do Estado. O Direito Internacional Penal tem validade ao nível internacional. As normas de carácter internacional podem ser encontradas por exemplo, “ na Declaração Universal dos

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág.9.

¹⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob., cit., pág.9.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pág.10.

Direitos do Homem, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos”.¹⁶¹

Há outros diplomas do Direito Internacional Penal, concretamente a “Convenção para a prevenção e para a sanção do delito de genocídio, a Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a Convenção contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, a Convenção relativa a extradição entre os Estados membros da união europeia”.¹⁶²

O Direito Internacional Penal teve maior impacto com a criação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* da Jugoslávia e do Ruanda através da Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas 827 (1993) e 955 (1994) para punir os crimes de genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade e ainda com a adopção do Estatuto de Roma que criou o Tribunal penal Internacional de que nos referimos anteriormente.

O Direito Penal relativamente a outros ramos de Direito concretamente o Direito Constitucional tem uma relação de dependência. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias refere que “relativamente ao Direito Constitucional o direito penal assume um carácter de dependência análogo ao de qualquer outro ramo de direito ordinário”.¹⁶³

Relativamente a outros ramos de direito, concretamente, o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Processual, o Direito Penal funciona como um direito *subsidiário, acessório, subordinado ou secundário*. E os outros ramos de Direito referidos:

Seriam criadores de verdadeira ilicitude, ao contrário do Direito Penal, a quem pertenceria uma função puramente sancionatória: a de intervir com o arsenal dos seus meios e instrumentos próprios para sancionar certos ilícitos criados pelos outros ramos de direito se revelassem ineficazes ou insuficientes.¹⁶⁴

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, este posicionamento doutrinário tem por base a teoria das normas defendida por Binding e que faz uma diferenciação entre a norma e a lei penal. “A primeira antecede conceitualmente e, em regra, também cronologicamente a segunda

¹⁶¹*Ibidem*, pág.10.

¹⁶²*Ibidem*, pág.10.

¹⁶³*Ibidem*, pág.14.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pág.15.

e contém um mandato imperativo de fazer ou não fazer, o qual, se fôr violado, dá origem a ilicitude da acção ou omissão”.¹⁶⁵ E a lei penal caberia punir a ilicitude.

A partir deste pensamento, Beling desenvolveu a tese da unidade da ilicitude e posteriormente Thon veio a defender o princípio da unidade da ordem jurídica.¹⁶⁶

Uma posição contrária foi defendida por Jorge de Figueiredo Dias no sentido de que:

o direito penal é autónomo e criador de uma específica ilicitude penal, correspondente a especificidade e a qualificação das consequências jurídicas que a um tal ilícito se ligam: à especificidade da consequência tem de corresponder senão logicamente, ao menos teleologicamente a especificidade dos pressupostos (do Tatbestand, no sentido da teoria geral do direito) de que aquela depende, e antes de tudo a especificidade do ilícito (mas não só dele, como também da culpa e dos restantes pressupostos de punibilidade).¹⁶⁷

O mesmo autor reitera que, o direito penal visa garantir o bem-estar da comunidade, sendo esta função efectivamente acessória. Entretanto, dentro dos comportamentos são seleccionados os que carecem de uma sanção criminal e para o efeito há que efectuar-se uma “valoração ético social do comportamento”.¹⁶⁸

E esta valoração independe daquela que é efectuada por outros ramos de direito, daí a natureza autónoma do direito penal. O processo de criminalização e descriminalização está associado ao desenvolvimento sócio cultural da sociedade e dos fins do direito penal.

Efectivamente que o direito penal é autónomo e assim é que cria ilicitudes específicas e as correspondentes consequências jurídicas. E como consequência da autonomização, o Direito Penal tem conteúdos e conceitos técnicos distintos dos demais ramos de direito.

Para a compreensão dos fins do direito penal é relevante o conhecimento das normas legais existentes e também há que contar com o contributo das ciências auxiliares que surgiram a partir do século XIX, concretamente a sociologia criminal, a antropologia criminal,

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág.15.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pág.15.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pág.16.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pág.16.

a psicologia criminal, a psiquiatria criminal, a caracterologia criminal, a genética criminal, o que foi designado por Von Liszt por “a enciclopédia das ciências criminais”.¹⁶⁹

O estudo do crime, as suas causas e formas eficazes do seu combate só é possível através do contributo de outras ciências auxiliares, nomeadamente a política criminal e a criminologia. Como no dizer de Jorge de Figueiredo Dias:

Uma ciência conjunta, esta, que compreenderia como ciências autónomas: a ciência estrita do direito penal(ou dogmática jurídico -penal)concebida, ao sabor do tempo, como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente, a criminologia, como ciência das causas do crime e da criminalidade, e a política criminal, como “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas.¹⁷⁰

E estas três áreas do saber científico cumprem a função concretizadora do Direito Penal e do controlo sociopolítico do fenómeno criminal. É que o sistema penal moçambicano ainda apresenta algumas deficiências. E acerca dos sistemas penais em geral, Figueiredo Dias, refere que:

Verdade é que o sistema de justiça penal, nacional e internacional, não conseguiu até hoje perseguir eficazmente e muito menos punir os responsáveis, individuais e colectivos, das catástrofes monstruosas referidas, algumas das quais podem mesmo vir a afetar a subsistência da humanidade como tal. E não conseguiu, há quem acrescente, desde logo porque o sistema da justiça penal, fundado no paradigma iluminista, liberal e democrático que comecei por enunciar, não está preparado ou não é mesmo adequado a prover aos grandes e novos riscos que ameaçam a humanidade no seu todo, sequer a adequar-se à realidade socio criminológica atual: à sua expansão, à sua massificação, à sua organização, à sua internacionalização.¹⁷¹

Figueiredo Dias entende que o Direito Penal moderno, democrático sofreu um abalo devido a globalização. Há como que uma falta de responsabilidade por parte dos Estados para fazer face a criminalidade nacional e internacional.

A questão que se discute é como conter os riscos globais da sociedade actual e futura. Será que o modelo de imputação objectiva e subjectiva responde a essa indagação? Figueiredo Dias entende que o modelo de imputação objectiva e subjectiva ainda é válido só que perdeu muito da sua eficácia chegando a revelar-se de certa maneira inadequado. E que a

¹⁶⁹ *Ibidem*, pág.19.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág.20.

¹⁷¹ DIAS, Jorge Figueiredo, *Para uma nova justiça penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1966, págs.39, 40.

ciência do Direito Penal é chamada a intervir antes da ocorrência de lesões que podem afectar a humanidade, através da ocorrência de um “risco global”. E são dados como exemplos as lesões ecológicas, genéticas e o terrorismo.¹⁷²

A grande dificuldade para a intervenção do Direito Penal é quando a lesão ocorre no meio das empresas, grupos e os responsáveis são grupos de pessoas. Como responsabilizar?

É que através da introdução de novos princípios que contrariem os iluministas ou democráticos são postos em causa valores e princípios da humanidade conquistados ao longo dos séculos. Então que rumos para o sistema penal face a esta problemática?

Jorge de Figueiredo Dias contesta o recurso a tutela jurídico-civil ou administrativa e defende que algumas condutas lesivas põem em causa a “vida planetária” e a dignidade das pessoas, como o caso da danificação da camada do ozono, o lixo tóxico, a clonagem reprodutiva de seres humanos, a disseminação do HIV, das associações criminosas e terroristas. E a recorrer a tutela jurídica civil ou administrativa “significaria pôr a máxima do Direito Penal como ultima ratio da política social de pernas para o ar.”¹⁷³

O mesmo autor contesta a doutrina que defende a retirada da exclusividade da competência penal dos parlamentares para atribuí-la igualmente ao executivo e abandonar-se alguns dos princípios básicos clássicos, nomeadamente os de “construção das incriminações” e da “imputação da responsabilidade” e defende que:

Mesmo para a questão mais fundamental-que suscita a questão da legitimação, a cujo entendimento democrático moderno importa guardar, no essencial, fidelidade-, o que nela avulta é a verdadeira inimizade pelo axioma onto-antropológico do direito penal e por uma ordem axiológica (mínima, mas nem por isso menos essencial) que daí deve resultar.¹⁷⁴

E aderir tal tese seria aceitar-se um Direito Penal assente na “expansão da criminalização” e “o direito penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual”.¹⁷⁵

¹⁷² *Ibidem*, pág.42.

¹⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema do Direito Penal no Dealbar do terceiro milénio*, revista brasileira de ciências criminais, 2012, RBCCRM 99, pág.42.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pág.43.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pág.43.

Segundo Figueiredo Dias, o que se deve discutir na actualidade não é pôr termo ao “paradigma iluminista do sistema de justiça penal” e nem pensar em substituí-lo mas sim pretende-se a sua superação face a nova criminologia e a futura evolução. Há conquistas essenciais que foram alcançadas com o sistema penal democrático, o que não pode ser posto de lado, mas procurar-se a aceitação a nível global de um mínimo de valores individuais e colectivos baseados na concepção do homem dotado de direitos, liberdades e garantias. Figueiredo Dias acrescenta que:

Um quadro axiológico, este, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos globais que sobre eles pesam, têm de lograr um consenso alargado, que haverá de ser transposto e concretizado nas leis fundamentais nacionais, regionais e internacionais e de constituir o fundamento de um renovado sistema de justiça penal, baseado naquilo que poderei chamar (perdoe-se o meu atrevimento), um novo contrato social.¹⁷⁶

Então que caminhos devem ser trilhados?

Deve assumir-se uma nova concepção de relações entre os homens, o homem e a natureza com um significado prático e normativo nos mais diferentes níveis. O penalista da actualidade deve pensar não só nos “crimes de interesses individuais” mas “nos bens jurídicos colectivos”, como por exemplo, a defesa do ecossistema, a paz social e do público em geral, a “genuinidade do produto”, a “autonomia intencional dos Estados”.¹⁷⁷

Há que abandonar-se o dogma da responsabilidade penal individual e virar-se para a responsabilidade de entidades colectivas. Sendo de rejeitar a ideia da substituição da chamada responsabilização directa penal por responsabilização administrativa tendo em conta a ascensão da criminalidade organizada transnacional e a sua sofisticação.

A forma como evolui e se especializa a criminalidade organizada, exige um aprimoramento dos sistemas penais. Os sistemas penais devem ter em conta os riscos globais que comprometem a vida planetária e prever-se na responsabilidade penal advinda da integração política, económica e jurídica dos continentes. Moçambique não fica alheio a essa realidade e com influências no seu sistema penal. Assim é que o artigo 30 do novo Código Penal prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas e para efeitos de

¹⁷⁶ *Ibidem.*, pág.44.

¹⁷⁷ *Ibidem.*, pág.44.

responsabilidade penal são entidades equiparadas a pessoas colectivas, associações de facto e as sociedades civis e comerciais.

Figueiredo Dias fala da proximidade geográfica e virtual que tem o seu culminar na criação de tribunais internacionais pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para a ex-Jugoslávia, Ruanda e o Tribunal Penal Internacional para o julgamento de crimes contra o Direito Penal Internacional.

E mais, sobre a proximidade geográfica e virtual, Figueiredo Dias aconselha e bem, a “experimentação” e “invenção”, o que deve ser desenvolvido dentro dos Estados para o incremento de valores e garantias, naquilo que ele designa de culturas jurídico penais dos Estados de Direito democráticos.

Sobre a adopção de experimentação, Figueiredo Dias explica que:

Experimentação, porque a procura de uma solução para os problemas que aponte está obrigada a um texto contínuo de legitimação, validade e eficácia do uso do *ius puniendi*, não podendo ignorar por exemplo, o carácter de última ratio da lei criminal, nem a existência de meios alternativos de solução dos conflitos que devem, em certas situações, ter a primazia.¹⁷⁸

Há necessidade de testar a eficácia de qualquer medida legal adoptada em cada Estado e sempre procurando a legitimação e a ponderação da eficácia das referidas medidas. Por exemplo, em Moçambique com a aprovação da lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro que aprovou o novo Código Penal em substituição do Código de 1886, foram introduzidas inovações como, como por exemplo as medidas educativas e socialmente úteis previstas no artigo 85; as medidas alternativas a pena de prisão, artigo 89, nomeadamente a prestação de trabalho socialmente útil, a prestação pecuniária ou em espécie, a perda de bens ou valores, a multa e a interdição temporária de direitos.

Na parte especial foram introduzidos os crimes de linchamento, artigo 159; os crimes hediondos, artigo 160; posse, transporte e tráfico de órgãos humanos, artigo 161; o aborto não punível, artigo 168; maus tratos contra pessoas idosas; a escravidão, artigo 196; a violência doméstica, artigos 245 a 248; coito com transmissão de doenças, artigo 249.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pág.47.

Decorridos cinco anos, com a aprovação do Código de 2019, algumas figuras deixaram de existir, com destaque para as medidas alternativas à pena de prisão, nomeadamente a transacção penal e a suspensão provisória do processo, o crime de linchamento, os crimes hediondos, sem que tivesse havido um teste sobre a validade e eficácia de tais medidas.

E sobre a invenção, Figueiredo Dias refere e bem que:

Invenção, porque, partindo dos princípios e das categorias cristalizadas nos ordenamentos nacionais, bem como de cada vez mais densa rede de direitos e garantias individuais tecida pelos instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos, requer-se certamente um novo discurso e um novo instrumentário, atentos à especificidade dos problemas que as comunidades regionais e, noutro plano, a comunidade internacional pretende resolver através do direito penal.¹⁷⁹

Há necessidade de um estudo permanente da realidade de cada país e conseqüentemente a introdução de inovações não só no âmbito teórico mas através de introdução de leis que se conformem com a realidade vivenciada nessas comunidades regionais.

Há necessidade de se adoptar políticas criminais actualizadas tendo em vista a reforma dos sistemas penais nacionais, regionais e internacionais. E sempre, com os olhos no futuro, é de se projectar um Direito Penal protector das garantias individuais e dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas.

A ideia é de não se perder os ganhos adquiridos ao longo dos séculos e com a tendência crescente da tutela de interesses colectivos. Devido ao aumento da criminalidade a sociedade em geral exige um aperto as medidas punitivas o que tem sido censurado por alguma doutrina dado o perigo de violação dos direitos fundamentais da pessoa humana, sugerindo porém, o modelo reabilitativo. Nesse sentido, Figueiredo Dias defende que:

E não julgo que a necessidade de superação, a que atrás aludi, do paradigma penal ponha em causa este modelo, antes penso pelo contrário, que renovando-o, o reforça de modo decisivo. Esta renovação deve continuar a assumir a plena consciência da ilegitimidade de quaisquer terapias coativas, autoritariamente impostas na base daquilo que se suponha ser o verdadeiro bem do delincente. E assumi-la, em todo o caso, sem tergiversar no seu suposto fundamental: a crença no ideal reabilitativo como forma ótima(e porventura a única eficaz) de prevenir a reincidência, afastando-se em consequência, de uma vez por todas, de pretensões de vingança ou de defesa social a qualquer preço, para se basear em valores centrados no humanismo e na liberdade.¹⁸⁰

¹⁷⁹*Ibidem*, pág.47, 48.

¹⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob.,cit., pág.49

O paradigma iluminista mantém-se válido, há que renová-lo sem ignorar porém a protecção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Para a reforma do sistema de justiça penal exige-se uma nova política criminal que, entretanto preserve as conquistas anteriores, como: a tutela penal dos bens jurídicos penais, não só os individuais mas também os colectivos; a adopção de penas e medidas de segurança com fins preventivos; a intervenção penal baseada no princípio da legalidade; uma imputação criminal baseada na culpa e no facto proibido.

A política criminal deve ser concebida atendendo ao contexto internacional, e como Figueiredo Dias bem refere:

Num contexto social onde não haverá mais lugar para uma justiça penal cegamente punitiva, que se revê na privação da liberdade como sua expressão paradigmática, que assenta numa legalidade e numa igualdade puramente formais, que recusa toda e qualquer ideia irritativa do dogma da coacção em que julga repousar a dignidade devida ao exercício do poder soberano de punir.¹⁸¹

O que o professor Figueiredo Dias defende e bem é a necessidade da substituição de um sistema de justiça punitiva por um sistema de justiça restaurativa onde esteja garantido o “restabelecimento da paz jurídica”:

e a renovação da expectativa da comunidade comprometida pelo crime. E a substituição do paradigma penal não deve ser automática, feita de ânimo leve mas sim com respeito as conquistas democráticas no âmbito penal ocorridas ao logo dos três séculos, observando-se se o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo sempre presente a ideia da responsabilidade de todos pela vida planetária.¹⁸²

A paz e a segurança da comunidade planetária deve ser a expectativa e a base de toda e qualquer reforma do sistema penal. E Figueiredo Dias adianta a ideia de ser “indispensável pensar com decisão a ideia dos novos contratos sociais.”¹⁸³

É que a teoria do contrato social de Rousseau parece necessitar de alterações pois dela é possível encontrar similitudes com a teoria do Direito Penal do inimigo. E aceitar tal teoria seria sacrificar o Direito Penal garantista e humanista, conquista de séculos, o que não é viável.

¹⁸¹ *Ibidem*, pág.50.

¹⁸² *Ibidem*, pág.50.

¹⁸³ *Ibidem*, pág.50.

3.1.A teoria do delito.

Germano Marques da Silva, considera a teoria do crime, como parte da ciência do Direito Penal que ocupa de explicar o que é o crime, ou seja o que é o facto humano relevante para o Direito Penal e quais as características que o facto deve ter para poder ser qualificado como crime.

Para este autor, a teoria do crime é a base em que assenta o Direito Penal. A partir da teoria do crime melhor entendimento se alcança sobre os elementos do crime, os principais conceitos de Direito Penal. A teoria do crime permite dar uma classificação de um facto humano, no sentido de entender quando um determinado facto deve ser considerado criminoso.

Manuel Cavaleiro de Ferreira entende que:

a teoria do crime facilita a inteligibilidade dos factos criminosos, como a teorização do Direito facilita o entendimento do Direito, mas não é um fim em si mesmo (...) os conceitos da teoria do crime tem de ser vivificados e enriquecidos a medida que mais nos aproximamos da realidade, quer pela reflexão dos crimes em especial.¹⁸⁴

Uma das questões em debate na actualidade é o conceito de crime, o que deve ser considerado conduta criminosa. O que se pretende através da teoria do delito é conhecer os vários elementos que integram o delito, a sua composição para chegar-se a conclusão do que deve ser qualificado como delito, quais as características, o que num determinado facto permite-nos qualificá-lo como delituoso.

A teoria do delito não visa conhecer, analisar os elementos integrantes de cada tipo legal do crime previsto na parte especial do Código Penal. Analisa-se o facto, as suas características para chegar-se a uma conclusão. É delito ou não.

Os vários debates a volta da matéria contribuem para a consolidação do Direito Penal entanto que uma ciência jurídica e em que base filosófica assenta o Direito Penal moçambicano.

¹⁸⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português, Parte Geral I*, 2ª Edição, Editorial Verbo, Viseu, 1982, pág.195.

3.1.1 A teoria geral do crime clássica

Os principais doutrinadores sobre o crime foram Franz Von Liszt e Ernst Von Beling nos finais do século XIX e princípios do século XX. Esta teoria foi a raiz de todo o desenvolvimento teórico que se seguiu ao longo dos séculos sobre a infracção criminal.

A teoria do crime surge durante o positivismo daí ser também conhecida por teoria geral do crime positiva-naturalística ou clássica.

Segundo esta teoria o crime é constituído pela acção, tipicidade, ilicitude e a culpa. A acção era considerada a base de qualquer crime, por exemplo, o crime de homicídio, o furto, a injúria, as ofensas corporais e outros.

A acção, segundo Américo Taipa de Carvalho “era definida como movimento corporal, dependente da vontade e causador de uma modificação do mundo exterior, perceptível pelos sentidos.”¹⁸⁵

Assim, para Franz Liszt “crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena e o injusto, quer se trate de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a acção culposa e contrária ao direito”.¹⁸⁶ Franz já concebia o crime como facto culposo, ilícito e sancionado pelo Estado.

Américo Taipa de Carvalho critica este entendimento porque não toma em consideração a omissão, não sendo portanto, aplicável aos crimes de omissão.

E segundo a teoria positiva ou clássica “acção típica era aquela cuja conformação objectiva naturalística coincidia com a descrição formal-objectiva contida no tipo legal”¹⁸⁷

Américo Taipa de Carvalho critica igualmente esta teoria e posiciona-se no sentido de não ser aceitável por ter “ uma natureza formal objectiva e neutralidade axiológica.” Para a teoria positiva ou clássica, segundo Américo Taipa de Carvalho:

¹⁸⁵ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ª Edição, Universidade Católica, Editora Porto, 2016, pág.255.

¹⁸⁶ LISZT, Franz Von, *Tratado de Direito penal Alemão*, Traduzido por Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro, Editora F. Briguret e C. 1899, pág.183.

¹⁸⁷ CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., pág.256.

a ilicitude reduzia-se a um mero juízo formal de contrariedade a ordem jurídica positiva, pois que se resumia à inexistência de uma qualquer causa de justificação, ou seja, de uma norma jurídica que autorizasse a realização de acção típica (junção da perspectiva juspositivista à perspectiva naturalista.)¹⁸⁸.

Este pensamento é igualmente criticado por Américo Taipa de Carvalho por conduzir a um “conceito objectivista do ilícito”¹⁸⁹

O conceito de culpa, segundo a teoria clássica que no entender de Américo Taipa de Carvalho “consistia na mera relação psicológica existente entre o agente e o seu fato objectivo (concepção psicológica da culpa) ”.¹⁹⁰

Américo Taipa de Carvalho critica este posicionamento por entender que tal ideia levaria a responsabilização de inimputáveis, considerando-os culpados e não só é que deixaria de fora a negligência inconsciente.

3.1.2 A Teoria geral do crime normativista ou neoclássica

Baseada na filosofia neokantiana do século XX, pela escola de Baden (Rickert, Lask e outros), a concepção normativista ou neoclássica reagiu contra a teoria clássica do crime, não produzindo alterações profundas mas normatizando-a, atribuindo, segundo Américo Taipa de Carvalho “um sentido ou conteúdo valorativo às categorias de crime consagradas pela escola positivista-naturalista.”¹⁹¹

No que se refere ao conceito de acção os normativistas não introduziram alterações de vulto a teoria clássica e autores como Radbruch propuseram a alteração do conceito de acção para o de, segundo Américo Taipa de Carvalho de “realização do tipo legal.”¹⁹²

Quanto ao conceito de tipicidade e ilicitude, os normativistas introduziram junto dos elementos objectivos, os elementos subjectivos, por exemplo, no crime de furto, a intenção.

¹⁸⁸ *ibidem*, pág.256.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pág.256.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pág.256.

¹⁹¹ *Ibidem*, pág.257.

¹⁹² *Ibidem*, pág.257.

É o que alguns autores, dentre eles Américo Taipa de Carvalho considerou ser o início de um “processo de subjectivização e normativização do tipo legal e do ilícito”.¹⁹³

E a ilicitude para os normativistas passa a ser a lesão de bens jurídicos, deixando de ser uma mera “antijuricidade formal”. E a culpa deixa de ser uma concepção psicológica para ser uma concepção normativa, exigindo-se a imputabilidade do agente da infração.¹⁹⁴

Américo Taipa de Carvalho, nesse sentido refere que:

o ilícito permaneceu essencial ou principalmente, definido pelo desvalor de resultado (concepção objectivista da ilicitude) e a culpa, embora passasse a ser concebida em termos normativos, misturava em si componentes psicológicos, como o dolo natural ou psicológico e a violação do dever objectivo de cuidado, com componentes normativas, como a imputabilidade e a exigibilidade.¹⁹⁵

O autor reconhece os avanços da teoria normativista, tecendo críticas a concepção da culpa misturada com o dolo natural, a violação do dever de cuidado com a imputabilidade e exigibilidade.

3.1.3.A Teoria Geral do Crime Finalista

Criada por Welzel, após a segunda guerra mundial, esta teoria veio a rejeitar toda a construção naturalística ou clássica. Segundo Américo Taipa de Carvalho “o objectivo de Welzel foi o de encontrar um fundamento ontológico, e, portanto, pré-jurídico e mesmo pré-social, que vinculasse o direito e o legislador nas suas próprias decisões.”¹⁹⁶

Para welzel, toda a conduta humana visa um fim. Toda a acção humana tem intrínseco um fim. E conseqüentemente passou-se a considerar o dolo como elemento fundamental do tipo legal, contrariando a teoria clássica e normativista que consideravam o dolo como integrante da culpa.

Na sequencia deste pensamento, Américo Taipa de Carvalho defende que:

Relativamente à ilicitude, esta passou logicamente, a ser definida apenas pelo desvalor de acção. Também em matéria de autoria, esta concepção finalista teve influência, pois que, segundo ela, é autor quem tem domínio final do facto, e não apenas o que execute materialmente o facto.¹⁹⁷

¹⁹³*Ibidem*, pág.257.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pág.258.

¹⁹⁵*Ibidem*, pág.258.

¹⁹⁶*Ibidem*, pág.258.

¹⁹⁷*Ibidem*, pág.259.

Não obstante o reconhecimento geral doutrinário do grande contributo dado pela teoria finalista no desenvolvimento da teoria geral do crime, concretamente ao admitir que condutas negligentes fossem consideradas ilícitas, por omissão do dever de cuidado e o dolo, há entretanto críticas no sentido de que tal teoria deixa por esclarecer os crimes negligentes e os de omissão.¹⁹⁸

3.1.4.Noção legal do crime

O Código Penal de Moçambique de 2019, contrariamente ao de 2014 e 1886 não define o crime. Entretanto, a partir de uma análise dos artigos 10, 11, 12, 13 e 14 é possível subentender-se uma definição do crime como um facto humano, voluntário, ilícito, culpável e punível por lei. Assim, temos como elementos do crime, o facto humano, a tipicidade, a ilicitude, culpabilidade e punibilidade.

O crime deve ser visto como uma totalidade e não decomposto nos seus elementos integrantes. Nesse sentido Manuel Cavaleiro de Ferreira refere que:

o crime não é o conjunto ou soma de elementos que o integram, mas uma totalidade, que se cinde certamente em elementos, mas em que estes são funcionais uns relativamente aos outros e não parcelas de uma simples soma. E é essa unidade que forma o objecto sobre que incide a norma penal. A ilicitude penal é a contrariedade do facto voluntário à lei penal.¹⁹⁹

Há uma divisão dos elementos integrantes que só funciona para questões analíticas e que entretanto não devem comprometer a compreensão uma do crime.

A acção ou omissão prevista no artigo 10 do Código Penal moçambicano é o comportamento humano, que resulta de uma vontade do autor e que corresponde ao facto humano. A acção humana pode ser positiva ou negativa, o correspondente a acção ou omissão.

O tipo é a descrição do facto proibido por lei. O legislador moçambicano refere-se ao tipo no nº1 do artigo 10 e explicitamente no artigo 12 ao referir-se ao dolo.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pág. 259.

¹⁹⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português, Parte Geral I, 2.Edição, Editorial Verbo, 1982, pág.210.*

A ilicitude traduz-se na contrariedade do facto humano ao ordenamento jurídico penal. Esta ideia encontramos-na no artigo 10 n.º1 ao prever a punição da acção adequada a produzir o resultado típico.

A culpabilidade ou censurabilidade é o “juízo” de reprovação jurídica ao agente por ter praticado o facto ilícito. A censurabilidade está prevista na segunda parte do artigo 10, n.º1, ao punir a omissão da acção adequada a evitar a produção do resultado típico.

A punibilidade é o que resulta do cometimento de um de um facto típico, ilícito e culposo. O Código Penal de Moçambique prevê a punibilidade nos artigos 10, 11, 13, n.º2, 14.

Há situações em que há a ocorrência de um crime e entretanto o legislador afasta a punição, é figura da dispensa da pena, prevista no artigo 243 referente aos crimes contra a dignidade das pessoas, o artigo 340, n.º2 referente aos crimes de falsidade, artigo 449, alínea b), referente aos crimes de corrupção e crimes conexos; o artigo 47 da lei n.º3/97 de 13 de Março, lei que pune o tráfico e consumo de drogas, em Moçambique.

3.2 Das Penas e medidas de segurança

A lei penal é instituída pelo poder legislativo que define quais as condutas consideradas ilícitas e o que deve ser punido. E o poder legislativo visa fundamentalmente proteger os interesses da classe no poder que é a classe dominante.

Daí que Kelly Ribeiro Félix de Sousa, citando Santos, refere que “a lei penal é definida como instrumento da classe, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores.”²⁰⁰

Em regra, o sistema penal preconiza-se justo, igual, instituído para garantir a dignidade da pessoa humana. E ainda, segundo a referida autora:

a justiça penal seria mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela gestão diferencial das ilegalidades, a prisão seria o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade, marcada pela repressão da criminalidade das classes inferiores, que constitui a delinquência convencional como ilegalidade fechada, separadas e útil, e o delinquentes comum como

²⁰⁰ SOUSA, Kelly Ribeiro Félix de, *O sistema penal como instrumento de controle social: o papel da pena privativa de liberdade*, Revista de Criminologias e Políticas Criminais, e-ISSN:2526-0065, Minas Gerais, v.1, n.2, p.164-180, Julho/Dez.2015, pág.171.

sujeito patologizado, por um lado, e pela imunização da criminalidade das elites de poder económico e político, por outro lado.²⁰¹

Um dos elementos centrais do poder punitivo na actualidade é a pena privativa da liberdade que merece referência dada a sua relevância e consequências resultantes da sua aplicação. Antes porém importa abordar a questão das penas e medidas de segurança no sistema penal moçambicano. É que após a prática de um facto criminalmente censurável aplica-se uma pena cujos efeitos se repercutem tanto para o futuro como para o passado.

Segundo Manuel Simas Santos e Manuel Real Henriques “a pena traduz a reacção à culpabilidade do delinquente pelo mal do crime, partindo de uma concepção do homem, como ser racional e livre, ao qual se dirige também o imperativo da lei.”²⁰² Portanto, há princípios com os quais a pena se deve conformar, o da legalidade, igualdade, pessoalidade, por forma a evitar-se o arbítrio, devendo estar a pena a medida da culpa.

A Constituição da República proíbe no artigo 61, nº1, a existência de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade de carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida. A Constituição prevê ainda a intransmissibilidade das penas no artigo 61, nº2 e no artigo 61, nº3 estabelece que “nenhuma pena implica a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, nem priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvo as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências específicas da respectiva execução”.

E o Código Penal em vigor prevê os limites das penas de prisão como mais adiante iremos demonstrar.

Quais os fins das penas e das medidas de segurança? As penas e medidas de segurança visam a tutela de bens jurídicos e a reinserção do réu na sociedade.

O Código Penal de 2014, sobre a finalidade da pena, previa no artigo 58 que “a aplicação de qualquer medida ou pena criminal visa garantir a protecção dos bens jurídicos, a reparação dos danos causados com a infracção praticada, a reinserção do agente na sociedade e prevenir a reincidência.”

²⁰¹ *Ibidem*, pág.171.

²⁰² SANTOS, Manuel Simas, Manuel Leal Henriques, *Noções de Direito Penal*, 6ªEdição, Rei Livros, 2018, pág.168, 169.

O Artigo 59 do Código de 2019 sobre a finalidade das penas e medidas de segurança estabelece que “1.sem prejuízo da sua natureza repressiva, a aplicação das penas e medidas de segurança tem em vista a protecção de bens jurídicos, a reparação dos danos causados, a ressocialização do agente e a prevenção da reincidência.”

Segundo o referido preceito legal, a pena não pode ser superior a medida da culpa e a medida de segurança só é aplicada se for proporcional à gravidade do facto praticado e à perigosidade do agente da infracção (artigo 59, nº3).

A aplicação da pena visa a prevenção geral que consiste na protecção de bens jurídicos e a prevenção especial que é a ressocialização do agente na sociedade. Foi uma inovação do legislador pois preceito idêntico não constava no código de 1886.

A aplicação da pena está limitada pela culpa, a qual não deve ser ultrapassada, em conformidade com o disposto no nº2, do artigo 59, citado. O princípio da culpa consagrado neste preceito legal é típico de Estados de Direito Democráticos e visa garantir a dignidade da pessoa humana.

Manuel Simas Santos e Manuel Leal Henriques, sobre os fins das penas, referem-se as teorias resumidas pelo professor Jorge Figueiredo Dias, em absolutas, relativas e mistas, o qual chega a conclusão aceitável que:

Toda a pena serve finalidades de natureza preventiva-seja de presunção geral positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa-, não de natureza retributiva, todavia, a finalidade primária da pena é o restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime (prevenção geral positiva de integração-a pena aplicada ao agente mantém e reforça a confiança da comunidade na validade e eficácia das normas jurídico-penais como instrumentos de tutela de bens jurídicos). Esta finalidade primária não impede o efeito, meramente lateral, causado pela pena em termos de prevenção geral negativa ou de intimidação geral. A culpa que não é fundamento da pena, mas apenas o seu limite inultrapassável, tem como função proibir o excesso (estabelecimento do máximo da pena, ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e da garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito Democrático, independentemente de finalidades preventivas gerais ou especiais. Dentro do limite máximo consentido pela culpa a pena concreta é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela de bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico.No interior desta moldura de prevenção geral positiva ou de integração, encontrar-se-á a medida concreta, em função

de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais.²⁰³

É que algumas teorias sobre os fins das penas negam-lhe o carácter retributivo. As penas não têm por finalidade a retribuição do mal causado pelo agente do crime pois se assim fosse significaria um retrocesso perante as conquistas significativas alcançadas pela humanidade ao longo dos séculos. O fim primário das penas é o restabelecimento da paz social comprometida pelo criminoso, a prevenção geral e especial, garantindo-se não somente a tutela de bens jurídicos mas a reintegração do delinquente na sociedade.

O código penal de 2014 e o código penal de 2019 seguem a filosofia assente em princípios que garantem o respeito a dignidade da pessoa humana.

No Direito Penal moçambicano existem as penas privativas da liberdade (pena de prisão) e as não privativas da liberdade. O capítulo II, secção I do Código Penal de 2019 prevê as penas principais, a de prisão que em regra tem a duração mínima de 3 dias e a duração máxima de 24 anos (artigo 61, nº1).

Comparado com os códigos anteriores, constata-se a ocorrência de uma diminuição nos seus limites mínimos e máximo, e isso é uma forma de reduzir os efeitos danosos de penas privativas da liberdade. E porque o legislador penal não podia reduzir todas as penas optou pela adopção de penas não privativas de liberdade, como a multa (artigo 71, alínea a), a prestação de trabalho socialmente útil (artigo 71, alínea b), a substituição da pena de prisão por multa (artigo 72), a substituição da multa por trabalho (artigo 73). Para não se aplicar a pena de prisão, o legislador dá ao tribunal a possibilidade da escolha da pena não privativa de liberdade (artigo 70).

O legislador fez desaparecer um dos efeitos das penas que constava no Código de 1886 vedando no artigo 70 o efeito necessário da condenação da perda de direitos civis, profissionais ou políticos e prevendo a possibilidade de aplicação de penas acessórias. O artigo 80, prevê como penas acessórias, a regra de conduta, a perda de mandato ou proibição temporária do exercício de funções públicas, a proibição de condução, a inibição do exercício de poder parental, tutela ou curatela.

²⁰³ SANTOS, Manuel Simas, Manuel Leal-Henriques, ob., cit., pág.168, 169.

O artigo 78 do Código Penal de 2019 prevê a dispensa da pena. Sempre que o crime for punido com pena de prisão não superior a 3 meses, o tribunal declara o réu culpado mas não aplica a pena, desde que a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado, a dispensa da pena se não opuserem razões de prevenção.

A regra prevista no artigo 78 do Código Penal que visa reduzir as penas de prisão o que consequentemente provoca a redução da população prisional. A subsecção II do citado código prevê a substituição das penas. O artigo 66 estabelece o princípio da legalidade, segundo o qual, as penas só são substituídas quando permitido por lei.

O artigo 67 do Código Penal de 2019, prevê a prevalência das penas e medidas não privativas da liberdade. Em conformidade com o referido preceito legal, na fixação da pena, privilegiam-se as medidas substitutivas à pena de prisão, pondo o agente em liberdade controlada pelo Estado e pela comunidade visando a ressocialização ou reinserção social do agente da infracção.

A privação da liberdade, segundo o referido artigo 67, nº2, apenas ocorre ou se mantem quando não seja possível através da aplicação de medidas ou penas não privativas da liberdade, prevenir a prática futura de crimes pelo agente da infracção ou garantir a protecção de bens jurídicos.

E, como no dizer de Eduardo Correia:

é seguramente uma intervenção do Estado que não põe o problema de fazer do réu um sábio, um santo ou um herói, que não lhe tira o direito de ser diferente, que não o quer obrigar a aderir às concepções do Estado, mas tão só que vem reforçar o seu modo de ser, para fugir a tentação de reiterar o crime no futuro.²⁰⁴

Procura-se em última análise a recuperação e reinserção do delincente para evitar-se a reincidência, chegando-se ao ponto de vê-lo como um eventual “colaborador” no processo de “reinserção social”.

A reinserção social do recluso é uma das finalidades das penas e medidas de segurança. Ao nível do Código Penal de Moçambique esta finalidade está garantida no artigo 59, nº1. Um dos elementos da integração social do recluso é o trabalho. Assim é que mesmo na

²⁰⁴ CORREIA, Eduardo, *Para uma nova justiça penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pág.21.

fase de cumprimento das penas, os estabelecimentos prisionais integram os reclusos em actividades laborais e alguns tem contratos de trabalho dentro de empresas, segundo as especialidades.

Através do trabalho, o recluso não só adquire conhecimentos técnicos mas envolve-se na terapia penitenciária. Pretende-se que o recluso aprenda um ofício que no futuro, já em liberdade lhe sirva para o sustento. O trabalho nos estabelecimentos penitenciários é um dos direitos do recluso, cabendo ao Estado garantir a efectivação de tal direito.

A reinserção do recluso é um processo integrativo dos responsáveis pelo estabelecimento prisional, os guardas prisionais, a família, as equipas de reinserção social, os professores e o Estado. O Estado tem a responsabilidade de sensibilizar as empresas públicas e privadas visando o emprego futuro dos reclusos e através do aumento da frequência das saídas precárias permitir que o recluso por si contacte as entidades empregadoras e a família fique sensibilizada para o retorno do recluso a sociedade.

E assim os estabelecimentos prisionais terão um papel diferente, deixando de ser o centro da proliferação do tráfico de drogas, do aumento da criminalidade, da reincidência, e do aumento das despesas para o Estado, sem natureza educativa e em nada contribuindo para os fins preconizados para as penas e medidas de segurança.

Eduardo Correia dando ênfase a reinserção e o papel do delinquente refere que:

A reinserção é um princípio de adesão voluntária, e quando assim não suceda, mal vai ao delinquente, porque então a prisão terá mero efeito preventivo, baseado na intimidação desses estúpidos monumentos de pedra que são as prisões sobretudo fechadas. A ressocialização é, por sua vez, tonificada por uma assistência de trabalhadores sociais, que se procura organizar (Decreto-Lei n. 319/82, de 11 de Agosto), descentralizada e desligada dos serviços prisionais, com uma orientação tanto quanto possível controlada jurisdicionalmente.²⁰⁵

Em termos históricos importa referir que a partir do século XIX a prisão passa a ter funções terapêuticas, de cura, readaptação, reeducação. As regras mínimas para o tratamento de reclusos, aprovadas pelo Conselho de Defesa Social e Económico da Organização das Nações Unidas em 1955, preconizam os estabelecimentos prisionais como instituições que dão

²⁰⁵ CORREIA, Eduardo, ob.,cit., pág.21, 22.

assistência educacional, moral e espiritual ao recluso para garantir que ao retornar a sociedade esteja apto para o cumprimento das leis.

Analisado o artigo 59, nº1 do Código Penal, já citado o qual prevê a ressocialização do agente da infracção, constata-se na prática a desconformidade entre o que consta na lei e nos estabelecimentos prisionais. E conseqüentemente, Moçambique apresenta uma taxa elevada de reclusos em cumprimento de pena de prisão, contrariando as normas previstas em convenções internacionais ratificadas.

3.3 O Sistema do Direito Penal Moçambicano

O sistema penal pode ser entendido como um grupo de instituições que tem a responsabilidade de concretizar as normas penais, tendo como objectivos principais a repressão da criminalidade e a protecção dos interesses da colectividade.

O sistema penal funcional integra o conjunto de instituições, a polícia, o Ministério Público, os juizes e os serviços penitenciários, todos com a responsabilidade de concretizar o Direito Penal, isto é, o cumprimento da lei penal, a realização da justiça penal e o encarceramento ou a prisão.

3.3.1 A Polícia em Moçambique

A Constituição da República de Moçambique prevê no artigo 253 e 254 a definição, comando e organização da polícia. Nos termos do artigo 253 “ A Policia da República de Moçambique, em colaboração com outras instituições do Estado, tem como função garantir a lei e ordem, a salvaguarda da segurança das pessoas e bens, a tranquilidade pública, o respeito pelo Estado de Direito Democrático e a observância estrita dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.”

A Polícia da República de Moçambique foi criada pela lei nº 19/92 de 31 de Dezembro na sequência da aprovação da Constituição da República de 1990. E o Decreto nº 22/93, de 16 de Setembro veio aprovar a estrutura orgânica, tendo no topo o Comando Geral e três Direcções, a Direcção Nacional de Protecção, a Direcção Nacional de Investigação Criminal e a Direcção Nacional de Administração.

Segundo o plano estratégico da Polícia da República de Moçambique, aprovado na 8ª sessão ordinária do Conselho de Ministros de 31 de Maio de 2004, o total de efectivos da polícia, na altura, em todo o território nacional era de 20 782 membros, sendo o rácio de 1 polícia para 1,089 habitantes.²⁰⁶

A Direcção de Investigação Criminal com a missão de investigar crimes e instruir os processos crimes veio a ser transformada em serviço Nacional da Investigação Criminal. Como princípios orientadores da actividade da polícia de investigação criminal salientam-se os princípios da legalidade, a imparcialidade, a proporcionalidade e o de cooperação com as polícias regionais e internacionais.

Para a prevenção e combate ao crime, a polícia definiu estratégias, concretamente a instalação de laboratórios de criminalística, o combate as detenções e actuações arbitrárias e o envolvimento da comunidade na prevenção e combate ao crime. Preconiza-se a funcionalização da unidade de coordenação do policiamento comunitário e a criação de um modelo a ser implantado nos diferentes municípios do País.

3.3.2. O Ministério Público em Moçambique

O Ministério Público tem as suas origens no século XIV, durante o período do absolutismo francês. Com a necessidade da separação de poderes durante o Estado moderno foram criados os “advocats” com funções cíveis e “procureurs du roi” com atribuições de natureza criminal e fiscal.

Os “advocats” e “procureurs” surgiram para defender os interesses do monarca que era, entretanto, o representante do Estado. O Código Napoleónico e o Código de Instrução Criminal e a lei de 20 de Abril de 1810 vieram a conferir ao Ministério Público a competência para exercer a acção penal. Ronaldo Porto Macedo Júnior, citando Tornaghi, refere que:

A fim de conceder prestígio e força a seus procuradores, os reis deixaram sempre clara a independência desses em relação aos juizes. O Ministério Público constitui-se em verdadeira magistratura, diversa da dos julgadores. Até os sinais exteriores desta proeminência foram resguardados, membro do Ministério Público não se dirigia aos juizes no chão, mas de cima do mesmo estrado (parquet) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se

²⁰⁶ Plano Estratégico da Polícia da República Popular de Moçambique, PEPRM, 2003-2012, volume I, Maio, 2003.

descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé (sendo por isso chamados de magistratura debout, magistratura de pé).²⁰⁷

A figura do Ministério Público em Moçambique, devidamente estruturada está ligada ao período colonial com a publicação em 1832, em Portugal, do Decreto nº 24 de 16 de Maio. A partir de 1835 são promulgadas leis que fixam normas procedimentais incluindo o dever de unidade.

E a partir da reforma judiciária de Maio de 1841 o Ministério Público passa a ter competência para promover a legalidade e independência dos tribunais, o exercício da acção penal, a fiscalização da actividade dos funcionários de justiça, atribuições consultivas, a defesa de pessoas a quem o Estado deve proteger e o controle de estabelecimentos penitenciários.

As reformas do século XX afectam o Ministério Público pois passa a ter garantias de não serem suspensos ou demitidos sem audição prévia do Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público, criado na sequência da publicação dos respectivos estatutos em 1927 e em 1944 através do Decreto-lei nº 33 547 de 23 de Fevereiro é esclarecido o âmbito de intervenção do Ministério Público nos processos em representação de incapazes.

O Decreto nº 44278, de 14 de Abril de 1962 aumentou as competências do Ministério Público em termos consultivos.

O Ministério Público tinha uma estrutura hierarquizada e subordinada ao Ministério da Justiça e manteve-se vestibular da magistratura judicial em Portugal até 1976, altura em que foi aprovada a Constituição da República. Em Moçambique com a independência nacional de 1975, é aprovada a Constituição da República Popular de Moçambique que faz referência ao Ministério Público e ao Procurador-Geral da República, no artigo 66, nos seguintes termos, “junto dos tribunais existirão magistrados do Ministério Público a quem caberá a representação do Estado. O Procurador-Geral da República será responsável perante a Assembleia Popular.”

²⁰⁷ JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo, *A evolução institucional do Ministério Público Brasileiro*, SADEK, MT, org. in Uma introdução ao estudo da justiça, online, Rio de Janeiro: centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, pp. 65-94. ISBN:978-85-7982-032-8, <http://books.scielo.org>.

Na prática, o Procurador-geral da República não respondia perante a Assembleia Popular, aliás, nos termos do artigo 48, alínea e), o Procurador-geral da República era nomeado pelo Presidente da República.

Portanto, continuou a vigorar em Moçambique a legislação colonial portuguesa que regia o funcionamento e competências do Ministério Público.

As mudanças iniciaram-se em 1989 com a aprovação da lei nº 6/89 de 19 de Setembro que extinguiu a Procuradoria da República e criou a Procuradoria-Geral da República como órgão superior do Ministério Público e definindo-a como uma instituição autónoma de outros órgãos do Estado.

A Constituição da República de 1990, no artigo 178 define o Ministério Público como uma magistratura hierarquicamente organizada e subordinada ao Procurador-Geral da República. E no exercício das suas funções, o Ministério Público está sujeito aos princípios da legalidade, objectividade, isenção e exclusiva sujeição as directivas e ordens previstas na lei (nº2, artigo 178).

Em termos de atribuições, a Constituição de 1990, previa no artigo 179, a representação do Estado junto dos tribunais, o controle da legalidade e os prazos das detenções, a direcção da instrução dos processos-crime, o exercício da acção penal e a defesa jurídica dos menores, ausentes e incapazes.

A Constituição da República de 2004 manteve a filosofia da Constituição de 1990, continuando o Ministério Público com a natureza e funções aí definidas (artigos 234,235,236).

A Constituição de 2004 inovou ao prever no artigo 234, nº3 que “O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia nos termos da lei.” Na concretização do referido preceito constitucional é aprovada a lei nº 22/2007 de 1 de Agosto que cria o Estatuto dos Magistrados do Ministério Público e o Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público.

São aprovadas sucessivamente a lei nº 14/2012 de 8 de Fevereiro e a lei nº4/2017 de 18 de Fevereiro que clarifica as competências do Ministério Público e do Gabinete Central de Combate a corrupção.

No que se refere a concretização do Direito Penal importa referir que o Ministério Público em geral tem competências que resultam não só da Constituição da República mas da lei nº22/2007 de 1 de Agosto, concretamente do artigo 4, nomeadamente o exercício da acção penal, a fiscalização da legalidade e do cumprimento das leis, de demais normas legais e a direcção da instrução preparatória.

Como titular da acção penal, o Ministério Público em representação do Estado acciona os tribunais, através da acusação para a aplicação da pena prevista na lei.

Os privados podem auxiliar o Ministério Público mas sem o direito ao exercício da acção penal. Nos termos do Código de Processo Penal em vigor em Moçambique, o exercício da acção penal pode sofrer limitações, nos casos de crimes de natureza particular em que o procedimento criminal depende da queixa da vítima.

Assim, nos termos do artigo 55, nº1 do Código de Processo Penal “nos casos em que a lei exige queixa, denúncia ou participação do ofendido, ou de outras pessoas, para haver procedimento penal, é necessário que essas pessoas dêem conhecimento do facto ao Ministério Público para que este promova o processo.”

O Ministério Público tem a competência para participar nas audiências de discussão e julgamento, colaborando no esclarecimento da verdade e enquadramento legal dos factos, fazendo perguntas e promovendo a realização de diligências necessárias, visando a descoberta da verdade material (artigo 4, alínea e, da lei nº22/2007, de 1 de Agosto).

O Ministério Público tem a competência para recorrer por imposição legal e superior e quando entenda ser necessário nos termos da lei.

O Ministério Público controla a legalidade das detenções e a observância dos respectivos prazos. Esta actividade é efectuada dentro das esquadras da polícia e nos estabelecimentos prisionais.

Na fase de investigação criminal e durante a instrução preparatória o Ministério Público fiscaliza os actos processuais dos órgãos da polícia criminal, nos termos da alínea j), nº1, artigo 4 da lei nº 22/2007 de 1 de Agosto.

O Ministério Público tem a competência de fiscalizar a execução dos contratos de trabalho dos reclusos, pronunciar-se sobre a legalidade dos pedidos de concessão da liberdade condicional, promover a execução das decisões dos tribunais, promover e fiscalizar a legalidade na aplicação das medidas e penas alternativas à pena de prisão (alíneas o, p, r, s, nº1, artigo 4, da lei nº 22/2007 de 1 de Agosto).

O Ministério Público exerce funções na Procuradoria-Geral da República, na Sub Procuradoria-Geral da República, nas Procuradorias Provinciais e Distritais.

Na Procuradoria-Geral da República, os magistrados do Ministério Público tem a competência para instruir os processos crimes de complexidade e sofisticação de meios e conexões nacionais e internacionais assim como os processos em que sejam arguidos entidades de nomeação presidencial, deputados da Assembleia da República, Juízes Conselheiros, Juízes desembargadores, Procurador-Geral da República, Procuradores Gerais adjuntos, Sub Procuradores- Gerais Adjuntos, membros do Conselho do Estado, Provedor de Justiça, juízes eleitos do Tribunal Supremo e dos tribunais superiores de recurso (artigo 4, nº1, lei nº 22/2007, de 1 de Agosto).

O novo código de processo penal aprovado através da lei nº25/2019 de 26 de Dezembro deu novas competências ao Ministério Público, concretamente, a participação no debate preliminar, artigo 343 e 348; a competência para arquivar processos em caso de dispensa da pena (artigo 327); a competência para decidir sobre a suspensão provisória do processo (artigo 328).

São magistrados do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral Adjunto, o Procurador Provincial e Distrital, e os Procuradores da República afectos ao Gabinete Central de Combate à corrupção e aos Gabinetes Provinciais de combate à corrupção (artigo 9, Lei nº 22/2007, de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pela lei nº 14/2012 de 8 de Fevereiro).

O que procuramos demonstrar é que, o Ministério Público, em Moçambique, a semelhança de outros países, dentre as várias competências, as principais funções estiveram ligadas a acusação pública e com o decorrer dos tempos, passou a ter outras atribuições.

Segundo Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro:

Para Gershman(1992), a ênfase na prevenção do direito fez com que as funções dos promotores norte americano fossem substancialmente alteradas, aumentando o prestígio e poder da categoria vis-à-vis a ausência de mecanismos de controle interno e externo. Todavia, mesmo nesta localidade, a atuação do promotor se concentra na área penal.²⁰⁸

A realidade brasileira é de certa forma parecida no que se refere as competências do Ministério Público para exercer a acção penal, alargando-se para a supervisão das actividades da polícia, da pena privativa da liberdade e outras atribuições nas áreas de direito difuso, colectivo.

Para o correcto e eficaz desempenho das suas actividades e tendo sempre em vista o Direito Penal, o Ministério Público deve encontrar as garantias necessárias para fazer face aos “poderes sociais”. E como Ronaldo Porto Macedo Júnior refere “Afinal este é o sentido do lema tocquevilliano de que somente o poder controla o poder.”²⁰⁹

O Ministério Público em Moçambique tem várias competências e suficientes para o desempenho das suas funções. E está legitimado e assim é que o seu trabalho é procurado e reconhecido pela sociedade.

Para evitar os riscos de corporativismo face a excessiva competência do Ministério Público impõe-se a existência de um sistema de fiscalização por parte da sociedade e publicidade dos seus actos.

3.3.3. Os tribunais em Moçambique

Os tribunais devidamente estruturados existem em Moçambique desde o período colonial.

Os tribunais são órgãos de soberania que tem como objectivos garantir e reforçar a legalidade, assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência (artigo 212 da Constituição da República de Moçambique).

²⁰⁸ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes, *Ministério Público: Velha instituição com novas funções*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 113, Setembro 2017:51-82, pág.52.

²⁰⁹ JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo, ob.,cit., pp.65-94.

Os tribunais administram a justiça e aplicam a lei a casos concretos. A função jurisdicional é exercida por juízes com competências definidas por lei.

Após a independência nacional foi aprovada a lei nº 12/78 de 2 de Dezembro, lei da organização judiciária, a qual no seu preâmbulo definia as linhas mestras de organização e funcionamento dos tribunais populares.

Os tribunais populares surgem como um instrumento para a solução dos problemas ocorridos na sociedade moçambicana através de aplicação de medidas justas para todos os moçambicanos.

Como princípios norteadores da actuação dos tribunais, constavam da lei os princípios da legalidade, igualdade. Os juízes eram nomeados pelo Ministro da Justiça e exerciam funções no Tribunal Popular Supremo, nos Tribunais Populares Provinciais, Tribunais Populares de Distrito e Tribunais Populares de Localidade (artigo 10).

O Tribunal Popular Supremo funcionando em Plenário tinha competências para julgar os processos crimes em que fossem arguidos membros do Comité Central da Frelimo, deputados da Assembleia Popular, entidades nomeadas pelo Presidente da República nos termos do artigo 54º da Constituição da República de 1975, juízes do Tribunal Popular Supremo e os magistrados do Ministério Público junto do mesmo tribunal.

Os tribunais populares provinciais, em matéria criminal, tinham a competência de julgar as infracções criminais que não fossem da competência de outros tribunais e conhecer as infracções cometidas pelos juízes nomeados e representantes do Ministério Público junto dos tribunais populares distritais e as cometidas pelos juízes eleitos junto dos mesmos tribunais por factos relacionados com o exercício das suas funções (artigo 23º, nº1, alínea a, e c).

Os tribunais populares distritais, em matéria criminal tinham a competência para julgar as infracções criminais cujo conhecimento não fosse atribuído a outros tribunais, nem a pena aplicada fosse superior a dois anos de prisão (alínea a, nº2, artigo 32º).

Os tribunais distritais tinham igualmente a competência para conhecer das infracções cometidas pelos juízes dos tribunais populares de localidade por factos relacionados com o exercício das suas funções (alínea b, nº2, artigo 32).

Os tribunais de bairro e de localidade tinham a competência para conhecer infracções de pequena gravidade (artigo 38º, nº2, alíneas a, b, c, d, e, artigo 40).

A Constituição de 1990 foi um passo importante na organização judiciária pois os tribunais passaram a ter autonomia financeira e desligam-se do poder executivo. A lei nº 10/92 de 6 de Maio veio revogar a lei nº 12/78 de 2 de Dezembro, com o fundamento da necessidade de uma reforma na organização judiciária do País.

A inovação relevante, em termos criminais é que os tribunais distritais passaram a ter a classificação de primeira e segunda classe, tendo os tribunais de primeira classe competências para julgar infracções criminais a que correspondia a pena não superior a moldura penal de dois a oito anos de prisão maior.

A lei nº 24/2007 de 20 de Agosto, revogou a lei nº 10/92 de 6 de Maio e como importante inovação veio a criar os Tribunais Superiores de Recurso, funcionando em primeira e segunda instância (artigo 62, 63).

Como tribunal de primeira instância, o Tribunal Superior de Recurso, nos termos do artigo 63, julga os processos-crime em que sejam arguidos juízes profissionais dos tribunais judiciais de província e magistrados do Ministério Público junto dos mesmos e julgam ainda processos-crime em que sejam arguidos juízes eleitos dos tribunais judiciais de província, por actos relacionados com o exercício das suas funções (alínea b, artigo 63 da lei nº 24/2007, de 20 de Agosto).

E os tribunais judiciais distritais de primeira classe passaram a ter a competência criminal alargada, julgando infracções criminais puníveis com pena não superior a doze anos de prisão maior (artigo 84, nº2, alínea b).

Os tribunais distritais de segunda classe passaram a conhecer infracções criminais que correspondem a pena não superior a oito anos de prisão maior (artigo 85, nº2, alínea b).

Outras alterações ocorreram posteriormente com a entrada em vigor das leis nº 24/2014 de 23 de Setembro e lei nº 11/2018 de 3 de Outubro sem grande relevância para a área criminal.

Na vigência da lei de organização judiciária os tribunais criminais funcionavam como tribunais colectivos integrando os juízes eleitos. Os juízes eleitos em Moçambique auxiliam na viabilidade do sistema de justiça penal.

Vejamos então em que contexto surgem os juízes eleitos.

Em 25 de Junho de 1975, com a proclamação da independência nacional, havendo a necessidade imperiosa de edificar uma nova sociedade, livre das influências do colonialismo português, alicerçada nos princípios do socialismo do Estado, onde estivessem criadas as condições para a formação de modelos institucionais novos, o sistema judiciário haveria de estar na alçada dessas transformações.

Os problemas da administração da justiça passaram a estar no centro das discussões, pois o projecto socialista previa a construção de uma sociedade justa, igualitária, sem preconceitos ao serviço do povo e não de uma classe.

Importa recordar que o sistema jurídico anterior, considerado fascista, colonial, anacrónico e distanciado do povo tinha que ser transformado num sistema diferente, popular, moçambicano e democrático.

A concretização desse desiderato passava pela valorização das conquistas e experiências bem sucedidas das zonas libertadas, onde procurava-se promover e incentivar a implementação de uma organização judiciária que privilegiasse a participação popular na efectivação da justiça, um modelo de moçambicanos para moçambicanos.

Dessa forma e com base nesse projecto, na esteira de um conjunto alargado de reformas estruturantes que vinham sendo levadas a cabo no País em distintos sectores da vida social, económica, política e cultural foi aprovada a citada lei nº 12/78, de 12 de Dezembro que previa ao nível de todos os tribunais judiciais, a participação dos juízes eleitos em todos os julgamentos em matéria de facto e em primeira instância, com a excepção do Tribunal Popular Supremo que permitia a intervenção em segunda instância.

O Tribunal Popular Supremo, nos termos do artigo 13, da lei nº 12/78, citada, era constituído por um mínimo de seis juízes profissionais, nomeados pelo Ministro da Justiça e por um mínimo de 18 juízes eleitos, sendo 9 suplentes.

O Tribunal Popular Supremo, como Tribunal de segunda instância, funcionava em secções, com dois juízes profissionais, nomeados pelo Ministro da Justiça e três juízes eleitos. As secções não podiam deliberar sem a presença de pelo menos, dois juízes eleitos (artigo 15, nº4).

Os tribunais populares provinciais eram constituídos por um juiz nomeado pelo Ministro da Justiça e por quatro juízes eleitos. O Tribunal não podia deliberar sem que estivessem presentes, pelo menos dois juízes eleitos, para além do juiz nomeado. Cada juiz eleito exercia funções durante o período de dois meses em cada ano.

Os tribunais populares distritais funcionavam com um juiz nomeado pelo Ministro da justiça e quatro juízes eleitos, não podendo deliberar sem que estivessem presentes, pelo menos, dois juízes eleitos e um juiz nomeado.

Em cada localidade havia um tribunal popular que era constituído exclusivamente por juízes eleitos, funcionando no mínimo com três juízes eleitos e nunca superior a cinco juízes eleitos.

Os tribunais populares da localidade julgavam de acordo com o bom senso e com a justiça e tendo em conta os princípios que presidiam a construção da sociedade socialista. Eles conheciam infracções de pequena gravidade a que cabiam as seguintes penas: a crítica pública, a privação por um período certo de dias, não superior a trinta, do exercício do direito cujo uso imoderado originou a infracção, prestação de serviços ao povo por um período certo de dias, não superior a trinta, multa no valor máximo de mil escudos, indemnização de prejuízos causados pela infracção, podendo esta medida ser aplicada automaticamente ou acompanhada por qualquer das outras (artigo 38º, nº2, alíneas a, b, c, d,e, da lei nº 12/78, de 2 de Dezembro).

As leis de organização judiciárias sucessivamente aprovadas não alteraram a forma de intervenção e o papel dos juízes eleitos nos tribunais de diferentes escalões.

No que se refere a selecção dos candidatos a juízes eleitos nos termos da lei de organização judiciária eles são propostos por associações ou organizações sociais, culturais, cívicas e profissionais. Para os juízes eleitos do Tribunal Supremo, a fixação de mecanismos e prazos para a sua eleição era da responsabilidade da Assembleia da República, ouvido o Conselho Superior da Magistratura Judicial.

A lei nº 11/2018 de 3 de Outubro, em alteração a lei nº 24/2007 de 20 de Agosto veio introduzir uma inovação de relevo, ao tornar obrigatória a presença de juízes eleitos unicamente nos processos de homicídio voluntário, de violação de menores e da jurisdição de menores, com a exceção dos de alimentos. E nesses termos tornou obrigatória a intervenção de dois juízes eleitos, para além do juiz profissional e a participação sendo restrita a discussão e decisão sobre a matéria de facto.

Nos demais casos, os juízes eleitos podem participar nos julgamentos em primeira instância e a intervenção é determinada pelo juiz da causa promovida pelo Ministério Público ou por um dos sujeitos processuais.

A lei prevê ainda, a possibilidade de audição dos juízes eleitos sempre que o tribunal judicial de distrito aprecie, em recurso, as decisões do tribunal comunitário.

O juiz eleito intervém nos julgamentos na qualidade de um agente auxiliar na administração da justiça sem qualquer vínculo funcional com o Estado. Aliás o artigo 7 da lei nº 15/2013 de 12 de Agosto, lei que define o Estatuto dos juízes eleitos, refere que, “a função de juiz eleito não confere ao seu titular a qualidade de funcionário do Estado.” E segundo a referida lei, o juiz eleito desempenha as suas funções em regime de tempo parcial.

Esta ideia é reforçada pelos artigos 23, alínea c); 24, nº1, da referida lei, pois os juízes eleitos, em princípio estão vinculados a outros serviços, não podendo ser prejudicados por virtude das funções desempenhadas junto dos tribunais judiciais.

Pelo exercício das suas funções, o juiz eleito recebe honorários e participação emolumentar de cada processo em que intervém, nos termos determinados pelo Conselho de Ministros.

Toda a evolução do sistema judiciário, em Moçambique, mostra que a intenção do legislador nunca foi a de vincular profissionalmente o juiz eleito ao Estado. A figura do juiz eleito surge para tornar a justiça mais democrática, acessível e popular.

No seio dos aplicadores da lei, a participação dos juízes eleitos em todos os julgamentos, em matéria de facto e em primeira instância não tem sido pacífica. Para alguns, a participação dos juízes eleitos deve ser excluída por desnecessária e outros entendem que deve ser admitida com restrições.

E é nesse contexto que surge o artigo 17 da lei nº 11/2018 de 3 de Outubro, o qual só torna obrigatória a participação dos juízes eleitos nos processos de homicídio voluntário, de violação de menores, sendo a participação restrita a discussão e decisão sobre a matéria de facto.

A figura do juiz eleito parece-nos inspirada no tribunal de júri, instituída pela Magna Carta Inglesa de 1215 e com o decorrer da história e nos diversos países sofreu variações.

E para o caso de Moçambique adquiriu contornos típicos, legitimação específica, atravessando diferentes modelos políticos de Estado (socialista e democrático) e se preservou.

No actual contexto, onde assistimos a complexificação das sociedades, a globalização dos sistemas económicos, culturais e políticos, bem como o aliviar de fronteiras físicas, impõe-se a revista da figura e não propriamente a sua total erradicação, pois afigurar-se-ia como um retrocesso na construção histórica de um sistema de justiça moçambicano genuíno.

3.4.4. Os Serviços Penitenciários

O Serviço Nacional Penitenciário foi criado através da lei nº 3/2013 de 16 de Janeiro, o Estatuto orgânico foi aprovado pelo Decreto nº 63/2013 de 6 de Dezembro e o Código de Execução de Penas veio a completar o quadro legal.

Segundo o Estatuto Orgânico, o Serviço Nacional Penitenciário, “é uma força de segurança interna, com natureza de serviço público, que garante a execução das decisões judiciais em matéria de privação da liberdade e das penas alternativas, assegurando as condições de reabilitação e reinserção social do cidadão condenado”.

O Serviço Nacional Penitenciário nos termos do Decreto nº 63/2013, citado, tem como competências gerais, dirigir, gerir e coordenar os serviços penitenciários, garantir e velar pelo respeito dos direitos humanos para além de outras competências previstas na lei.

O Decreto nº 64/2013 de 6 de Dezembro aprovou o Estatuto do pessoal de Serviço Nacional Penitenciário, com as funções de guarda penitenciário.

Não obstante a existência de um quadro legal que rege o funcionamento dos serviços penitenciários existem vários problemas organizacionais e de funcionamento. Um estudo de 2012 dirigido por Tina Lorizzo e publicado pelo Centro de Integridade Pública de Moçambique, na sua edição nº15/2015 de Maio, sobre o sistema penitenciário apresentou os principais problemas que comprometem os direitos dos reclusos em prisão preventiva.

O estudo versou sobre o estado de reclusão, o acesso a assistência jurídica nas prisões e esquadras da polícia. Segundo o estudo, os reclusos que aguardam a realização de julgamentos enfrentam problemas relacionados com a tortura, violência e compartilham as celas com os reclusos que se encontram em cumprimento de penas.

Os reclusos estão expostos a doenças devido a falta de alimentação e água e o sistema de saneamento é deficiente. Antes da audiência de julgamento, os detidos não tem acesso a um advogado e não conhecem quais são os seus direitos.

As condições de reclusão são incompatíveis com as regras mínimas para o tratamento de prisioneiros, concretamente no que se refere a superlotação, infraestruturas degradadas, a ausência de condições sanitárias e de cuidados básicos de saúde.

O quadro que se segue demonstra o grande problema de superlotação das cadeias, segundo as estatísticas publicadas pelo Serviço Nacional Penitenciário.

Importa antes, destacar que existem em Moçambique 184 centros penitenciários dirigidos pelo Ministério da Justiça e dentre os quais, os estabelecimentos preventivos, provinciais, de distrito e centros abertos.

Na cidade de Maputo estão concentrados cinco centros penitenciários, o provincial, o de máxima segurança, preventivo, o estabelecimento especial para mulheres de Ndlavela e o Centro de Reabilitação Juvenil.

Segundo a referida pesquisa, Moçambique teve em Junho de 2012, 16 881 reclusos, uma população prisional em prisão preventiva de 38% e em Setembro de 2013 era de 15 663, com reclusos em prisão preventiva na ordem de 32,6%, mostrando uma redução de população prisional em prisão preventiva.

Tabela 4. População prisional

População prisional total	16 881(Junho 2012)	15 663(Setembro 2013)
Reclusos que aguardam julgamentos.	6415(Junho 2012) 38% da população prisional total	32,6%(Setembro 2013)
Taxa da população prisional (por 100 000 habitantes)	69 numa estimativa da população nacional de 24,43 milhões em Junho de 2012	62 numa estimativa de população nacional de 25,1 milhões em Setembro 2013
População feminina	2,2%(2009)	3,9%(Setembro 2013)
População estrangeira	0,9%(Junho 2012)	0,9%(Junho 2012)

Fonte: Centro Internacional de Estudos Prisionais.

O Quadro que a seguir apresentamos mostra um aumento em dobro da população prisional na última década, sendo estável o número de detidos que aguardam a realização de julgamentos.

Tabela 5: População prisional 2000-2014

Ano	2000	2006	2012	2014
População prisional	8 812	15 000 ca	16 881	15 663
Detidos que aguardavam julgamento	6 422	7950	6 415	5 106

Fonte: Dados 2000-O sistema prisional em Moçambique.

Dados 2006-AFRIMAP, Moçambique: Sector da Justiça e do Estado de Direito: Uma revisão.

Dados 2012 e 2014-Centro Internacional de Estudos e Prisões.

O quadro que se segue permite ilustrar a população prisional nas cadeias central e civil.

Tabela 6: População prisional nas cadeias central e civil

	Cadeia civil	Cadeia central
--	--------------	----------------

Homens	125	2120
Mulheres	12	-
Preventivos nacionais	131	911
Preventivos estrangeiros	6	6
Condenados nacionais	-	1196
Condenados estrangeiros		7

Fonte: Centro Internacional de Estudos prisionais.

Segundo o estudo, na cadeia central, 167 reclusos condenados tinham a idade compreendida entre 16 e 21 anos; 128 reclusos estavam a cumprir penas de prisão correcional e 30 reclusos cumpriam penas de prisão superior a 2 anos.

Dos reclusos em prisão preventiva, 499 tinham os prazos de prisão preventiva expirados.

Outros problemas que reflectem as deficiências do sistema tais como, a existência nas cadeias femininas de reclusas acompanhadas pelas filhas menores e com alimentação deficiente, a mistura entre os reclusos jovens e adultos e a existência de estrangeiros com dificuldades de comunicação devido ao desconhecimento da língua portuguesa.

A tabela que se segue mostra os casos assistidos pelo Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica de Moçambique entre 2007 e 2011.

Tabela 7: Casos assistidos pelo Instituto de patrocínio e assistência jurídica

	Casos assistidos	Número de advogados	Número de para legais
2007	7 320	17	71
2011	53 184	38	85

Fonte: O sistema prisional de Moçambique

O estudo apresenta como principais problemas nos serviços penitenciários, a falta de assistência médica, a falta de assistência jurídica eficaz, a falta de água e saneamento, o incumprimento dos prazos de prisão preventiva e a falta de uma alimentação condigna. O direito de ser informado sobre as causas da detenção não tem sido respeitado.

As constatações do estudo revelam a violação de princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e as regras mínimas para o tratamento de prisioneiros.

O debate teórico ao redor da conceptualização do Direito Penal e seus fins, a teoria do delito, a teoria geral do crime, a noção legal de crime, penas e medidas de segurança, o sistema do Direito Penal moçambicano contribui para a compreensão da base filosófica em que assenta o Direito Penal moçambicano e equacionar a validade de tais conceitos e reflectir sobre a possibilidade de eventuais inovações numa perspectiva moçambicana.

O conceito de Direito Penal apresentado por Galdino Sequeira reforça a ideia da existência do Direito Penal no período pré-colonial em Moçambique. É uma posição contrária a de Vera Regina Pereira de Andrade (2008,pág.250) que considera o Direito Penal uma ciência normativa, cujo objecto é o estudo da lei, da norma, do direito positivo, como dado fundamental e indiscutível na sua observação obrigatória. É que partindo desta análise é de rejeitar a existência de um Direito Penal nas sociedades moçambicanas que se baseavam nos usos, costumes e no direito oral. O mesmo comentário fizemos relativamente ao conceito apresentado por José de Faria Costa no sentido do Direito Penal constituir uma área jurídica normativa que se caracteriza primacialmente, pela existência de normas incriminadoras, isto é, pela positivação de normas que consagram a proibição penal de condutas ou de comportamentos, ou seja que definem crimes.²¹⁰

Da experiência decorrente das actividades do sistema penal moçambicano resultou na criação dos Tribunais Superiores do Recurso e Sub-Procuradorias, a criação de uma Direcção especializada para a investigação criminal e do Serviço Nacional das Prisões, um contributo relevante para o processo de construção do Direito Penal moçambicano.

A participação dos juízes eleitos nas audiências de julgamento adquiriu contornos típicos, legitimação específica, atravessando diferentes modelos políticos de Estado e se preservou. No actual contexto, onde assistimos a complexificação das sociedades, a globalização, o aliviar de fronteiras físicas, impõe-se a revisão da figura e não propriamente a

²¹⁰ COSTA, José de Faria, ob.,cit.,pág.5.

sua total erradicação, pois afigurar-se-ia como um retrocesso na construção histórica de um sistema de justiça moçambicano genuíno.

A experiência ao longo dos anos do funcionamento dos serviços penitenciários ditou a aprovação da lei de execução de penas, lei nº 26/2019 de 27 de Dezembro que está em conformidade com o disposto nas regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos e a Resolução nº 65/2002 de 27 de Agosto que aprovou a Política prisional e estratégia da sua implementação.

CAPÍTULO 4. UM DIREITO PENAL MOÇAMBICANO OU DIREITO PENAL IMPORTADO?

4.1. As influências exteriores.

Há vários problemas penais que se colocam na actualidade. A primeira grande questão coloca-se em termos de saber como fazer face à criminalidade organizada, ao terrorismo, ao tráfico de órgãos e de seres humanos, ao tráfico de drogas e actualmente em África, ao tráfico de armas, de cornos de rinoceronte e ao contrabando.

Como combater este tipo de criminalidade (ao nível nacional, regional e internacional) sem pôr em causa os direitos humanos e tomando em consideração a dignidade da pessoa humana? Como punir, por exemplo, alguém acusado de terrorismo, sem violar os direitos fundamentais da pessoa humana, o princípio da presunção da inocência, a responsabilidade individual do indivíduo, a liberdade e a culpa?

O Direito Penal moçambicano, em termos gerais e parcialmente, através da legislação penal, processual penal e de execução de penas aprovada em 2019 apresenta soluções aos problemas colocados na actualidade, preservando os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Conforme desenvolveremos mais adiante, o Código de Processo Penal, através da lei nº 25/2019 de 26 de Dezembro, consagra no artigo 3, o princípio da presunção da inocência. Segundo este princípio, o arguido é presuntivamente inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Antes da aprovação do referido código, e na vigência do código de processo penal de 1929, com vista a concretização do princípio da presunção da inocência, o Conselho Constitucional de Moçambique (CCM), através do Acórdão nº 4/CC/2013, de 17 de Setembro e do processo nº 03/CC/2013 declarou inconstitucional a norma do artigo 291º, §2º do C.P.P, sob fundamento “ na violação do princípio constitucional da proibição do excesso, inerente ao Estado de Direito consagrado no artigo 3 da Constituição, nas suas dimensões da necessidade e adequação.”²¹¹

²¹¹ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, CONSELHO CONSTITUCIONAL, Acórdão nº 04/CC/2013, Maputo, pág.31.

O fundamento directo da decisão do CCM devia ser a violação do princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 59, nº 2 da Constituição moçambicana. O Conselho Constitucional recorreu a norma do artigo 3 da Constituição da República, abrangente, a qual prevê o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem.

Antes da aprovação do novo Código de Processo Penal, as autoridades judiciárias, o Ministério Público e a polícia deixaram de aplicar o § 2º do artigo 291º do CPP de 1929. Segundo o referido preceito legal “ é inadmissível a liberdade provisória, devendo efectuar-se a captura, nos crimes puníveis com as penas dos nºs 1,2,3 e 4 do artigo 55 do Código Penal e nos crimes dolosos puníveis com pena de prisão superior a um ano cometidos por reincidentes, vadios ou equiparados.”

A prática jurisdicional nesse sentido visa o combate à novas manifestações da criminalidade, preservando os princípios fundamentais e a dignidade da pessoa humana. A actividade jurisdicional é uma das fontes do Direito Penal moçambicano, o que traduz, em termos práticos, a originalidade do processo de construção do Direito Penal moçambicano.

Uma das soluções adoptadas para fazer face à novas manifestações de criminalidade tem sido o recurso a métodos de investigação, outrora ilícitos, como a figura do arrependido, o agente infiltrado. Essas medidas são doseadas com princípios fundamentais do Direito Penal que não comprometem os direitos humanos, e em particular os direitos fundamentais do indivíduo. Nesse sentido Américo Taipa de Carvalho defende que:

Assim, e a título de exemplo, não pode aceitar-se a figura do *agente provocador* e deve a figura do *arrependido* ser objecto de um tratamento jurídico-processual e penal cuidadoso, sob pena de correr riscos insuportáveis, o princípio da investigação da verdade material processual, e a justiça da decisão judicial condenatória.²¹²

Alguns dos exemplos censuráveis é o tratamento jurídico-penal dado aos membros da Al-Qaeda, pelo sistema penal americano. Esse tipo de tratamento constitui uma influência externa, de teorias defendidas por Jakobs, que, segundo Américo Taipa de Carvalho “ secundarizam e sacrificam, as garantias individuais, conquistadas pelo iluminismo criminal, chegando a considerar o individuo como um subsistema físico e psíquico.”²¹³

²¹² CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., pág.56.

²¹³ *Ibidem*, pág. 58,59.

Não obstante as influências externas, Moçambique constrói um Direito Penal ancorado à história do povo moçambicano e a Constituição da República. Aliás o pedido de inconstitucionalidade da norma do § 2 do artigo 291 do Código de Processo Penal foi formulado por 2000 cidadãos em exercício de um direito previsto na alínea g) nº2 do artigo 245 da Constituição da República. Esse facto é um caso concreto de participação das comunidades no processo de construção do Direito Penal em Moçambique.

Em Moçambique, por exemplo existe a figura do agente encoberto, prevista nos artigos 226 a 231 do CPP de 2019 cuja aplicação deve respeitar a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo culpado. A lei que previne e pune o tráfico de estupefacientes (lei nº3/97 de 13 de Março), também prevê esta figura, no artigo 79, embora não tenha aplicação prática.

Através da análise dos processos julgados em recurso pelo Tribunal Supremo entre 1990 a 2015 é evidente que é nula a utilização de acções encobertas. Entre 1990 a 2003 o Tribunal Supremo apreciou, em recurso um único processo, o processo nº 114/97-C, em que o réu foi condenado pela prática do crime de transporte de estupefacientes, crime previsto e punido pelo nº1 do artigo 2, do Decreto-Lei nº 420/70, de 3 de Setembro. No referido processo não foi utilizado, como meio de recolha de provas, a acção encoberta.²¹⁴

Portanto, independentemente das influências externas no sentido de introduzir a figura do agente encoberto dentro do ordenamento jurídico moçambicano, a prática mostra a inoperância de tal medida como meio de obtenção de prova.

Outra questão que tem merecido a reflexão dos penalistas é a definição dos bens jurídicos penais e o conceito material do crime.

A definição dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal permite uma melhor análise e compreensão do Direito Penal em construção em Moçambique.

²¹⁴ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Tribunal Supremo, Acórdãos do Tribunal Supremo, Jurisdição Criminal, 1990-2003, volume I, 2008, Maputo.

O conceito de bem jurídico tem sofrido variações ao longo dos anos e pode depender “ de um sistema concreto de relações sociais em determinado período.”²¹⁵

Para Ivan Luiz da Silva, o conceito de bem jurídico pode derivar “das limitações impostas ao Direito Penal e deve ser compreendido a partir dos princípios e valores que determinam este tipo de estrutura política.”²¹⁶

São vários os conceitos doutrinários de bem jurídico e parece-nos defensável o apresentado por Figueiredo Dias. Segundo o conceito, o bem jurídico é “ a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”²¹⁷

O conceito torna-se válido para qualquer fase histórica do processo de construção do Direito Penal moçambicano por não estar conectado com a intervenção do poder punitivo do Estado. O conceito de bem jurídico deve ser minimamente válido para qualquer contexto histórico e social por isso rejeitamos o conceito anexado ao poder coercitivo do Estado.

É parcialmente aceitável a teoria apresentada por Welzel (1997, pág.5), segundo o qual, o “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente (...) é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões.”²¹⁸

Esta teoria só é aceitável se partirmos da concepção de um Direito natural reconhecido independentemente da sua positivação.

Américo Taipa de Carvalho analisando a doutrina positivista legalista do bem jurídico refere que:

Aqui, numa tal perspectiva, o bem jurídico não possuía qualquer conteúdo material próprio, e seria não um *prius* condicionante da decisão criminalizadora, mas um mero *posterius* ou resultado desta autocrítica e, portanto insindicável decisão legislativa. Uma tal concepção de bem jurídico-penal conduzia a afirmação de um conceito formal e positivista-legalista do

²¹⁵ SILVA, Ivan Luiz da, *O bem jurídico-penal como limite material a intervenção criminal*, Revista de Informação Legislativa, Ano 50, Número 197, Jan/Mar.2013, pág. 71.

²¹⁶ *Ibidem*, pág.71.

²¹⁷ *Ibidem*, pág. 71

²¹⁸ *Ibidem*, pág.71.

crime. Só seriam compatíveis com um Estado de Direito formalista, que mais não seria que uma ditadura de uma qualquer conjuntural maioria.²¹⁹

Américo Taipa de Carvalho considerou não defensável a teoria moralista do bem jurídico, que preconiza que, uma determinada religião imporia os valores morais a serem tutelados penalmente pelo Estado e parece correcto pois a maioria dos Estados da actualidade consagram nas constituições a laicidade do Estado.²²⁰

No caso de Moçambique, por exemplo, há uma multiplicidade de religiões. Como eleger aquela que ditaria os valores morais a serem tutelados penalmente? Nesse sentido Américo Taipa de Carvalho defende que:

A partir do momento histórico em que se autonomizaram e separaram a *cidade de Deus* e a *cidade do homem* mal irá a religião que pretenda servir-se do braço secular do Estado para se impor aos membros da sociedade e a partir do momento histórico da consagração do Estado de Direito Democrático e Plural, mal irá o Estado que pretenda impor aos seus cidadãos um quadro de valores inspirados numa determinada confissão religiosa. Se tal acontecesse, infelizmente em muitos países de *religião oficial*, ainda acontece, nomeadamente países islâmicos, a religião negaria a sua dimensão espiritual e o seu verdadeiro meio de difusão que é o da mensagem persuasiva das consciências, o Estado de Direito negar-se-ia na sua essencial característica de democraticidade e do respeito pelo pluralismo moral-religioso.²²¹

A Constituição moçambicana ainda prevê a laicidade do Estado e garante a liberdade de religião. Os artigos 12 e 35 consagram o princípio da universalidade e igualdade de todos os cidadãos.

Jakobs, considera que a função do Direito Penal é a garantia da convivência social entre as pessoas, entre as quais as organizações sociais ou grupos de pessoas devidamente organizadas e entre estes e o Estado. E o bem jurídico-penal teria uma concepção sociológica sistémico funcionalista.²²²

Esta posição tem sido criticada. E Américo Taipa de Carvalho, um dos críticos, defende que:

o que é de criticar, e recusar, nesta concepção do direito penal e dos bens jurídicos penais, é a negação (ou pelo menos, não afirmação) da autonomia do Direito Penal para definir e decidir quais são os valores e bens jurídicos a qualificar como bens jurídico-penais, isto é, quais os valores cuja lesão pode

²¹⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., 2016, pág.58.

²²⁰ *Ibidem*, pág.58,59.

²²¹ *Ibidem*, pág.58 e 59.

²²² *Ibidem*, pág.59.

desencadear a aplicação de sanções que vão até a privação da liberdade. Isto é, critica-se o *esvaziamento ético-axiológico do bem jurídico-penal, e a acentuação quase exclusiva da dimensão eficácia ou funcionalidade do sistema social*. E é esta redução como que mecanicista do direito penal e do bem jurídico, que leva alguns autores (por exemplo Zaffaroni) a criticar severa e asperamente, esta perspectiva sociológica funcionalista do direito penal e do bem jurídico.²²³

Um dos críticos da teoria apresentada por Jakobs é Zaffaroni. Este entende que Jakobs inspirou-se na teoria de Luhman, que tem o inconveniente de segundo Américo Taipa de Carvalho:

Transformar a funcionalidade do sistema social (axiologicamente asséptico) em critério de legitimação do direito penal e de definição-determinação dos bens jurídico-penais, subordina as decisões individuais as necessidades sociais do funcionamento eficaz do sistema, com o risco da transformação da pessoa individual em *autómato humano*, secundariza e sacrifica, tal como o positivismo jurídico-penal dos fins do século XIX, as garantias individuais, conquistadas pelo pensamento liberal (o iluminismo criminal), no altar da funcionalidade sistémico social, chegando ao ponto de considerar o indivíduo como um *subsistema físico e psíquico*, presta-se a sua utilização pelas perigosas *doutrinas da segurança nacional*.²²⁴

O critério ético-social é o defendido por Américo Taipa, e bem, a nosso ver, para a definição do bem jurídico-penal, o crime e do que deve ser considerado censurável numa determinada sociedade. Américo Taipa de Carvalho defende que:

Assim, só deverão ser assumidos e qualificados como bens jurídicos-penais, os valores considerados pelo *ethos* social comunitário, como essenciais e indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade. Esta realização pessoal implica, não só a protecção dos direitos intrinsecamente inerentes a pessoa humana individual (os chamados direitos humanos protegidos pelo tradicional direito penal clássico, mas também a garantia tutelada das condições sociais indispensáveis aquela realização humana pessoal individual, condições sociais essas que são protegidas pelo chamado direito penal secundário, administrativo ou económico social).²²⁵

Para que o bem jurídico seja considerado penal exige-se que o valor eleito para a tutela penal seja fundamental ou essencial. É o mínimo que se exige para tal qualificação. É um pressuposto considerado irrenunciável e tem a ver com a gravidade das penas aplicadas e as medidas de segurança que vão privar o indivíduo da sua liberdade, e tais medidas graves são aplicadas quando tenha sido comprometida a paz social.

²²³CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., pág.59.

²²⁴*Ibidem*, pág.59 e 60.

²²⁵ *Ibidem*, pág.60.

Américo Taipa de Carvalho refere que:

Esta componente básica e irrenunciável do bem jurídico-penal, constitui a dimensão axiológica e fundamental do bem jurídico-penal, dimensão esta que, na actualidade é frequentemente vertida pela designação *dignidade penal* do bem jurídico.²²⁶

Para estar-se perante um bem jurídico deve haver a dignidade penal. Ainda, exige-se a adequação das penas e das medidas de segurança à infracção praticada. Exige-se o requisito da indispensabilidade das penas e medidas de segurança. Não é qualquer pena que deve ser aplicada e não uma sanção civil, administrativa mas sim penal e adequada ao crime praticado.

Tal exigência necessária para a qualificação de um bem jurídico-penal é designada por *necessidade penal* e na perspectiva de Américo Taipa de Carvalho:

Este pressuposto da *necessidade penal* resulta e fundamenta-se no princípio político-criminal da pena como ultima *ratio* da política social e da política jurídica, princípio que é designado na linguagem jurídico-penal, por princípio da intervenção mínima do direito penal ou da máxima restrição do direito penal, ou, por outras palavras, princípio da subsidiariedade do direito penal.²²⁷

O autor defende ainda que o critério ético-social é de certo modo vago, necessitando de concretização com recurso a Constituição da República que vai fornecer os fundamentos jurídicos para a definição do bem jurídico, o conceito do crime e os critérios jurídicos para a definição de condutas censuráveis a serem qualificadas como criminosas pelo legislador.

Algumas constituições sociais, com cariz democrático contêm preceitos que exaltam a dignidade da pessoa humana. A Constituição Portuguesa, por exemplo, estabelece no artigo 1º que, “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”²²⁸

Todo o sistema jurídico, segundo o referido preceito, tem como questão fundamental a pessoa humana, dotada de direitos fundamentais relativos a sua dignidade. Da análise deste artigo pode-se concluir que o mesmo serve de base para a definição do bem jurídico-penal. No entender de Américo Taipa de Carvalho:

²²⁶ *Ibidem*, pág.61.

²²⁷ *Ibidem*, pág.61.

²²⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *As Constituições dos Estados lusófonos*, Notícias Editorial, 2ªEd.Revista, 2000, pág.21.

Assim, só poderão ser considerados bens jurídicos penais os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e os deveres essenciais à funcionalidade e justiça do sistema social. Eis o critério jurídico-constitucional a respeitar pelo legislador ordinário na concretização legal dos bens susceptíveis de tutela penal. Estes dois pilares fundamentais da constituição, a pessoa humana e o sistema social, desenvolvem-se e concretizam-se nos direitos-deveres individuais consagrados no título II da 1ª parte, e nos direitos-deveres sociais, explícita ou implicitamente previstos no Título III da 1ª parte e na 2ª parte da CRP.²²⁹

E Américo Taipa de Carvalho entende, em concordância com Figueiredo Dias, que para o legislador é suficiente o quadro de valores constitucionais para servirem de ponto de partida para aqueles valores que terão a tutela penal.

A CRM diferentemente da Constituição portuguesa não se refere a dignidade da pessoa humana, preceituando no artigo 1, somente que, “A República de Moçambique é um Estado independente, soberano, democrático e de justiça social.”²³⁰

O artigo 3 da Constituição moçambicana refere-se ao respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem, nos seguintes termos: “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.”²³¹

Como se pode depreender, explicitamente, não existe uma referência expressa da dignidade humana, conquanto que, o artigo 3 refira de forma implícita a dignidade do homem que deve ser respeitada.

O Título III contém princípios que garantem direitos, deveres e liberdades fundamentais e o Título IV contém princípios gerais sobre a organização económica, social, financeira e fiscal, fundamentos essenciais para a definição do bem jurídico-penal a tutelar. É efectivamente um ponto de partida, como bem refere Américo Taipa de Carvalho para a eleição de valores que merecem a tutela do Direito Penal não ficando a mercê da vontade do legislador definir sobre os valores a tutelar penalmente.

²²⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., pág.63.

²³⁰ MACUACUA, Edson da Graça, *Constituição da República de Moçambique*, Escolar Editora, 2018, pag.10.

²³¹ *Ibidem*, pág.10.

O legislador constituinte moçambicano inspirou-se de certo modo na Constituição portuguesa, o que nos permite concluir pela influência exterior no sistema constitucional moçambicano.

A Constituição portuguesa nos artigos 17 e 18 n.º2 estabelece os critérios para a qualificação de um bem como jurídico-penal. Assim, o artigo 17 que prevê o regime de direitos, liberdades e garantias da referida Constituição, estabelece que “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no Título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”

O Título II sobre os direitos, liberdades e garantias, prevê no artigo 24, o direito a vida, o artigo 25, o direito a integridade pessoal, o artigo 26 outros direitos pessoais, o artigo 27, o direito a liberdade e segurança, o artigo 28, a prisão preventiva, o artigo 29 sobre a aplicação da lei criminal, o artigo 30, os limites das penas e das medidas de segurança, o artigo 31 *o habeas corpus*, o artigo 32 sobre as garantias do processo criminal, o artigo 33 a expulsão, extradição e direito de asilo, o artigo 34 sobre a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o artigo 35 sobre a utilização da informática, o artigo 37 sobre a liberdade de expressão e informação.

Os restantes artigos são de natureza social, nomeadamente sobre a família, a participação política e garantias do trabalhador, artigos 36 a 57.

Portanto, o legislador possui um quadro legal orientador sobre os valores que merecem a tutela penal.

A CRM não tem um preceito similar ao artigo 17 da Constituição portuguesa. Enquanto que o legislador constituinte português manda aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II, e ainda aos direitos fundamentais de natureza análoga, já o constituinte moçambicano os omite ficando a ideia dúbia de que fica ao critério do legislador decidir sobre os valores que merecem a tutela penal. Este facto só pode levar-nos a recomendar uma norma idêntica ao legislador constituinte moçambicano para evitar situações de arbítrio, ficando a decisão ao critério do legislador.

No que se refere ao artigo 18 da Constituição portuguesa encontramos ideias similares na Constituição moçambicana, os números 2 e 3 do artigo 56.

É que o artigo 17 da Constituição portuguesa permite-nos chegar a conclusão de que não existe diferença entre os bens jurídicos protegidos pelo direito penal clássico e dos tutelados pelo direito penal secundário ou também designado por direito penal ou administrativo, por exemplo, o direito fiscal, do ambiente, que muitas vezes aparece em leis extravagantes.

São duas categorias de valores distintos e dignos de tutela penal, existindo, porém a consciência de existir maior gravidade na lesão de bens jurídicos pessoais, por exemplo a vida, a integridade física, relativamente aos bens jurídicos sociais.

Américo Taipa de Carvalho refere-se as consequências desta diferença, afirmando que “ acrescente-se que esta diferença, quanto ao grau de consciencialização, pode ter consequências no plano da dogmática jurídico-penal, por exemplo, em matéria de erro sobre a ilicitude.”²³²

Anote-se ainda que, o artigo 18, nº2 da Constituição portuguesa, correspondente ao artigo 56, nºs 2, 3, 4 da Constituição moçambicana consagra o requisito da dignidade penal do bem jurídico, ao prever a restrição de direitos e liberdades fundamentais quando se tenha por objecto a salvaguarda de interesses tutelados pela Constituição.

As limitações constitucionais devem ser essenciais, proporcionais e adequadas, como no dizer de Taipa:

Esta exigência pragmática da *necessidade penal* desdobra-se em três dimensões: são elas: inexistência ou insuficiência de outros meios sociais ou jurídicos (por exemplo, civis, disciplinares ou contraordenacionais) para uma protecção eficaz destes bens jurídicos com dignidade penal, adequação das sanções criminais-penais a uma tutela relativamente eficaz desses bens, proporcionalidade entre a gravidade das sanções penais e a relevância pessoal e/ou social dos bens jurídicos lesados (ou postos em perigo) pelas condutas ilícitas o que significa, por outras palavras, proibição de excesso punitivo.²³³

A necessidade penal deve ser entendida no sentido de o Direito Penal ser o único recurso para a protecção dos bens jurídicos penais. Por exemplo, alguns países deixaram de

²³² CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., pág.64.

²³³ *Ibidem*, pág.65.

sancionar através de aplicação de penas o consumo de estupefacientes por se entender que medidas de carácter sociais e não jurídicos penais seriam mais eficazes.

Em Moçambique, por exemplo, seria prática a não criminalização do consumo de estupefacientes? Qual seria a aplicabilidade prática da teoria da intervenção mínima do Direito Penal em Moçambique?

Devido a ausência de uma Política Criminal em Moçambique, a aplicabilidade deste princípio pode colocar em perigo bens jurídicos relevantes consagrados na Constituição da República, como o direito à vida (artigo 40), o direito a saúde (artigo 89), o direito ao ambiente (artigo 90).

É que a Política Criminal analisa o Direito vigente e recomenda as reformas necessárias para prevenir o crime com a observância de valores e princípios que garantam a paz social e a dignidade da pessoa humana.²³⁴

Em Moçambique e nos termos da Resolução nº 7/2021 de 18 de Fevereiro que aprova o Estatuto Orgânico do Ministério da Justiça compete ao Ministério da justiça propor políticas e estratégias de desenvolvimento do sector da justiça, subentende-se que o governo define a política criminal a qual é aplicada pela polícia, pelo Ministério Público, os tribunais e serviços penitenciários.

Para o efeito, a Política Criminal devia prever o papel das comunidades na vigilância do consumidor de estupefacientes e o cumprimento dos deveres do Estado na garantia de condições essenciais, concretamente a habitação, trabalho, educação, em resumo, a reinserção do consumidor.

A adopção de medidas administrativas, disciplinares ou sociais só pode surtir efeito prático na sociedade moçambicana se resultarem de uma reflexão prévia, anterior a definição da política criminal.

²³⁴ RUIA, Isabel, Paulo Sandro de Sousa, *Política Criminal em Moçambique, Análise sobre um prisma crítico*, Revista Síntese, Nº17, ISSN: 2518-4032, 2020, pág.82.

A aplicação automática do princípio da necessidade penal pode originar consequências graves na sociedade, concretamente o recurso a justiça privada, o caso de linchamentos.

Na vigência do Código Penal de 1886, nos crimes de fogo posto a palhotas, previsto no artigo 463, nº2, cuja pena aplicável era de prisão maior de 16 a 20 anos, os tribunais evitavam a aplicação desta pena, atenuando-a extraordinariamente até o mínimo de 2 anos de prisão. A consequência foi o recurso, por parte das vítimas, a justiça privada.

Já no que se refere ao crime de aborto previsto e punido pelo artigo 358º do referido código cuja pena aplicável variava entre 2 a 8 anos, o Estado moçambicano ignorou a norma e permitiu o aborto nos hospitais públicos provocando problemas de ordem social.

O artigo 401º e 372º do mesmo código previam o crime de adultério da mulher e do homem e sem qualquer aplicação prática.

Estes exemplos elucidam que independentemente das influências exteriores, o Direito Penal moçambicano obedece a um processo de construção próprio e radicado na realidade moçambicana.

Outra questão que tem sido debatida, na actualidade, é a relação entre a culpa e a prevenção na determinação da pena.

A relevância desta questão para o tema em estudo é que não se concebe o Direito Penal sem a pena. Segundo Cezar Roberto Bitencourt “ Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo sócio económico e a forma de Estado em que desenvolve esse sistema sancionador.”²³⁵

Não obstante não concordarmos totalmente com a teoria deste autor quando considera que o desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena pois defendemos a ideia da existência da pena em comunidades africanas, particularmente o caso de

²³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1*, 17ª Edição, Revista, Ampliada e Actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pág.54.

Moçambique onde já existiam penas antes da existência de um Estado formalmente constituído. Já concordamos com a necessidade de análise do modelo sócio económico e a forma do Estado para a compreensão da sanção penal. Daí a importância na actualidade do debate sobre a relação entre a culpa e a prevenção na determinação da pena. É que a determinação da pena deve obedecer a princípios pré estabelecidos na lei que prevê o crime e a sanção.

O conceito da pena difere do conceito do fim da pena. Cezar Roberto Bitencourt citando Ferrajoli e Feijoo Sánchez defende que “...o fim ou finalidade da pena está relacionado com os efeitos sociais buscados desde a perspectiva jurídico-normativa de tipo axiológico, enquanto a função da pena está relacionada com a análise descritiva dos efeitos sociais produzidos inclusive quando estes se distanciam das finalidades previamente postuladas para a pena.”²³⁶

Quais os fins da pena? Breve história.

Nos tempos mais remotos da história do homem, com referência ao novo testamento e numa abordagem religiosa, existiu a lei do talião. Olho por olho, dente por dente. A expressão talião vem do latim, da expressão *talis* com o significado de tal, para dizer tal crime, tal castigo.²³⁷

Na Grécia antiga ou na Roma clássica também houve indagações sobre os fins das penas. Porque se pune afinal? Para fins preventivos? Havia uma preocupação com o futuro, o de evitar a prática de novos crimes pelo infractor ou por outros. Outros atribuíam à pena os fins retributivos. Procura-se pagar o mal do crime através do mal da pena. Na Alta Idade Média, a pena tinha fins retributivos. Quem praticasse o crime de homicídio, por exemplo, devia ser morto.²³⁸

Nesse sentido Américo Taipa de Carvalho refere que:

verificamos que a pena assumiu uma finalidade acentuadamente retributivo objectiva, embora, evidente e inevitavelmente, tivesse um efeito dissuasor ou intimidatório. Basta recordar e pensar nas penas da perda absoluta da paz e da perda relativa: aquele que infringisse, por atos objectivamente muito graves

²³⁶ *Ibidem*, pág. 54.

²³⁷ *Ibidem*, pág.67

²³⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, ob.,cit., pág.67

(por exemplo, homicídio), os valores de paz e de solidariedade ficava, *ipso facto*, privado dessa paz e da solidariedade logo, poderia ser morto.²³⁹

A composição corporal ou entrar em varas é típico do retribucionismo.²⁴⁰ Se A, por exemplo, cortasse um braço a B, logo, como castigo, B tinha que ver o seu braço cortado.

Na Baixa Idade Média e na Idade Moderna a pena tinha fins de prevenção geral de intimidação. O condenado era humilhado publicamente e antes de sofrer uma condenação a morte, esta pena era antecedida de humilhação pública. O condenado sofria vexames e era aterrorizado.

Nos finais do século XVIII é implantado o Estado de Direito. A fundamentação e legitimação do Direito Penal visa garantir a paz social e os direitos do indivíduo. A aplicação da pena obedecia aos princípios da legalidade e da proporcionalidade. A pena é tida como um mal essencial com fins de prevenção geral de intimidação.

Nos princípios do século XIV e finais do século XVIII, a Escola Clássica introduz a teoria da finalidade ético-retributiva da pena em oposição à teoria da prevenção da intimidação.

Para Kant, na sua obra *Metafísica dos costumes*, a pena tinha como fins a retribuição ética do crime, no sentido de que a pena a aplicar deve corresponder a culpa do agente e a gravidade do crime cometido.

Para Hegel a pena tem fins retributivos e segundo Américo Taipa de Carvalho, “a pena visava assim, repor a vigência da norma jurídica violada, visava por outras palavras, a reafirmação da intangibilidade do Direito.”²⁴¹

A Escola correccionalista surge no século XIX e veio contrapor-se a Escola Clássica que defendia a teoria ético-retributiva da pena. Para a Escola correccionalista a pena visava a recuperação e integração do criminoso. Defendiam, assim, uma teoria de prevenção especial positiva da pena.²⁴²

²³⁹ *Ibidem*, pág.67.

²⁴⁰ *Ibidem*, pág.68

²⁴¹ *Ibidem*, pág.69.

²⁴² *Ibidem*, pág.69.

A Escola positiva que surge no século XIX veio propor a substituição das penas por medidas de segurança para o agente da infracção. Para a Escola positiva, a pena tinha fins de prevenção especial de neutralização do criminoso.²⁴³

A essas correntes, seguiram-se as correntes neoclássicas e neopositivas. As duas correntes tomavam em consideração as teorias retributivas e preventivas. A neoclássica dava maior ênfase ao fim retributivo da pena e a corrente neopositiva dava ênfase a teoria preventiva da pena.

Outra questão em debate é sobre as teorias da pena exacta, do valor do emprego e da margem de liberdade. A questão que se coloca é a de saber qual a pena a escolher e qual a sua medida concreta, isto é, qual a relação entre a culpa e a prevenção geral e especial.²⁴⁴

Este debate remonta desde meados do século XIX e é um tema relevante relacionado com a preocupação dos Estados no combate a criminalidade sem violar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Américo Taipa de Carvalho opondo-se à teoria da pena exacta, segundo a qual a determinação da pena depende da culpa do autor da infracção, das questões de prevenção geral e especial e se tais questões colocar-se-iam no momento da execução da pena ou na ocorrência da substituição da pena de prisão por multa ou nos casos de suspensão condicional da pena, defende que:

Tal posição é seguramente de rejeitar: é que não só as exigências ou critérios preventivos não devem deixar de intervir na própria determinação judicial da pena, como, além disto, a culpa não é uma grandeza matemática.²⁴⁵

Américo Taipa de Carvalho refere-se aos autores que defendem a teoria do valor do emprego, onde a culpa e a prevenção interferem na determinação da pena em ocasiões distintas. A prevenção concretiza-se através da ameaça penal que consta da lei e unicamente a culpa é que influencia a determinação da pena e a prevenção especial é que provoca a

²⁴³ *Ibidem*, pág.69.

²⁴⁴ *Ibidem*, pág.70, 71.

²⁴⁵ *Ibidem*, pág.70.

substituição da pena de prisão por outra e a forma de cumprimento da pena de prisão. Esta teoria também não tem colhido consenso.²⁴⁶

A teoria da margem de liberdade destaca-se por defender que em função do grau de culpa do agente da infracção, o juiz fixa a pena, dentro dos limites mínimos e máximos estabelecidos por lei e a medida exacta da pena será, em função da necessidade da prevenção geral e especial.²⁴⁷

Esta teoria e outras tem sido igualmente rejeitadas e são contestadas por atribuírem relevância à culpa para a determinação da pena, deixando para um plano secundário a prevenção. Alguns autores salientam, entretanto, a relevância da culpa para a determinação da pena.²⁴⁸

Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho defende que:

Isto não significa de forma alguma, esquecer ou menosprezar o papel da culpa nesta questão, é evidente e irrenunciável que ela há-de constituir sempre por exigência imperativo constitucional da dignidade da pessoa humana, um limite, quer para o legislador quer para o juiz na determinação (legal e judicial) da pena.²⁴⁹

Jakobs, segundo Américo Taipa de Carvalho, é criticado por recusar qualquer relevância da culpa na determinação da pena. Também são contestadas as teorias apresentadas por Roxin, nesse debate da relação entre a culpa e a prevenção na determinação da pena.

Américo Taipa de Carvalho, em oposição a essas teorias refere que:

Esta construção de Jakobs, que parece não ser mais do que neo-hegeliana, consideração da pena como reafirmação da norma jurídica quebrantada pela infracção, deixaria a sorte da pessoa do delincente inteiramente dependente das necessidades funcionais do sistema social, o que é liminarmente de recusar. Mas também é de rejeitar posições como a de Roxin, que diluem o princípio da culpa na categoria mais ampla da responsabilidade penal²⁵⁰

O Código Penal de 1886 tinha patente a teoria ético-retributiva da pena, pois a determinação da pena dependia da gravidade da culpa do infractor. O artigo 54 estabelecia que

²⁴⁶*Ibidem*, pág.70.

²⁴⁷*Ibidem*, pág.70.

²⁴⁸ *Ibidem*, pág.70.

²⁴⁹ *Ibidem*, pág.71.

²⁵⁰*Ibidem*, pág.71.

“para a prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança. Não poderão ser aplicadas penas ou medidas de segurança, que não estejam decretadas na lei” e o artigo 84 que previa a medida da pena, estabelecia que:

A aplicação das penas, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da culpabilidade do delinquente, tendo-se em atenção a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, a intensidade do dolo ou grau da culpa, ou motivos do crime e a personalidade do delinquente.

E o § único deste artigo previa que “na fixação da pena de multa, atender-se-á sempre à situação económica do condenado, de maneira que o seu quantitativo, dentro dos limites legais, constitua pena correspondente à culpabilidade do delinquente.”

O Código Penal de 2014 manteve os conteúdos dos artigos 54º e 84º do Código Penal de 1886.

O Código Penal de 2019 privilegiou a culpa do agente e as exigências de prevenção criminal. Nesse sentido o artigo 112 dispõe que “1.A determinação da medida de pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal.”

Qual a relevância destas matérias para o tema em estudo? É que as questões e teorias em debate e enunciadas neste capítulo foram incorporadas no Código Penal de 2014 e 2019 sem a existência de um debate preliminar no seio da comunidade jurídica moçambicana o que reforça a ideia de existência de influências exteriores e tem colocado em risco a eficácia de certas figuras jurídicas. Entretanto, tais influências não comprometem a genuinidade do processo de construção do Direito Penal moçambicano conforme demonstramos anteriormente.

Como mais adiante mencionaremos, a Constituição da República de Moçambique estabelece os limites de intervenção do Estado na sua actividade punitiva. O Estado intervém em função de um contrato social limitando a liberdade dos indivíduos dentro dos limites estabelecidos pela Constituição da República para a salvaguarda dos interesses do indivíduo e da colectividade.

O Direito Penal moçambicano é baseado em paradigmas iluministas, no princípio da legalidade e do respeito da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal moçambicano

preenche este modelo desde 1990, o qual mantém-se actual e genuíno não obstante a influencia da globalização.

O Direito Penal moçambicano procura dar respostas a criminalidade organizada, o tráfico de drogas, de órgãos, de seres humanos, o terrorismo.

O penalista e legislador moçambicano devem, entretanto envolver-se no debate e na reflexão de como fazer face aos grandes riscos globais que parecem distantes em termos temporais e espaciais e que entretanto podem comprometer a paz das comunidades moçambicanas. A reflexão deve conduzir ao encontro de soluções típicas e originais observadas as especificidades próprias de Moçambique e de África em geral, na perspectiva da construção de uma ciência penal moçambicana.

A construção de uma ciência penal moçambicana, original e adequada exige a perspectivação do futuro em termos de reformas penais, o estudo permanente dos efeitos e da viabilidade prática das medidas legais aplicadas.

4.2.A construção penal moçambicana.

Discutir a construção penal moçambicana passa por enunciar disposições e princípios constitucionais a partir dos quais o Direito Penal moçambicano se efectiva. E nesse sentido, Maria João Antunes, citando Faria Costa, refere que “o entendimento de que o Direito Penal é antes de tudo Direito Público de pórtico constitucional.”²⁵¹

A compreensão da dinâmica de construção e evolução do Direito Penal moçambicano, particularmente o modelo de Direito Penal existente em Moçambique passa pelo estudo detalhado das constituições aprovadas em Moçambique e nesse âmbito das matérias relacionadas com os princípios inerentes a dignidade da pessoa humana, indicação dos bens jurídicos penais, os critérios para a determinação da culpa e a relação entre a culpa e a prevenção na determinação da pena.

A Constituição da República fornece os fundamentos jurídicos para o efeito, conforme referimos no capítulo anterior e as leis aprovadas a partir da independência nacional,

²⁵¹ ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2019, pág.10.

como iremos demonstrar, aprofundam a ideia de que o Direito penal moçambicano em construção garante a protecção do indivíduo e dos interesses da colectividade.

A análise detalhada e exaustiva da legislação aprovada em Moçambique propiciará a reflexão sobre a adequação da tipificação dos crimes e das sanções penais. Como no dizer de Arcénio Cuco “ a dinâmica social pode obrigar a necessidade de repensarmos determinadas categorias criminais.”²⁵²

Daí que consideremos que o ponto de partida para a compreensão do Direito Penal moçambicano é a análise da Constituição da República.

A Constituição da República de Moçambique estabelece os limites de intervenção do Estado na sua actividade punitiva. A intervenção do Estado é feita tendo em atenção as disposições e princípios constitucionais, o bem jurídico, os direitos fundamentais e os interesses tutelados.

A forma como a Constituição da República protege os direitos fundamentais reflecte as relações existentes entre a Constituição e o Direito Penal. Assim, a Constituição pode limitar de forma positiva ou negativa. A Constituição dependendo da sua categoria pode limitar ao legislador tendo em consideração os bens jurídicos penais ou deixar a mercê do Estado os mecanismos de punição.

A relação que se estabelece entre o Direito Penal e a Constituição passa pela análise dos princípios fundamentais e dos bens jurídicos tutelados e enunciados na Constituição. E os princípios que constam da Constituição devem estar relacionados com os direitos humanos e segundo Álvaro Oxley da Rocha são:

uma base mínima de direitos que necessitam ser estabelecidos e protegidos pelo Estado, estes devendo orientar as acções do mesmo para a realização de garantias fundamentais. Historicamente falando, os direitos humanos são afirmados como inalienáveis, imprescritíveis e inerentes ao ser humano.²⁵³

Dependendo do tipo de Estado, da titularidade e da forma de exercer os direitos humanos, os direitos têm sido classificados em gerações. Assim, há direitos humanos da

²⁵² CUCO, Arcenio Francisco, *(In) Justiça: terceiro grande consenso moçambicano*, Real Design, Maputo, 2019, pág. 29.

²⁵³ ANTUNES, Maria João, Cláudia Santos, Fábio Roberto D’Avila, Nereu Giacomolli (org.), *Direito Penal e Constituição, Diálogos entre Brasil e Portugal*, Boutique Jurídica, Porto Alegre, 2018, pág.32.

primeira geração, os que estão relacionados com as liberdades individuais, como o direito a liberdade, o direito a propriedade, o direito a privacidade, os quais não carecem da intervenção do Estado para que sejam concretizados.

A segunda geração dos direitos humanos são os direitos sociais, os quais para a sua concretização exigem a intervenção do Estado através de políticas de natureza pública e estão relacionados com o bem-estar social. Os direitos de terceira geração são os que pertencem a toda a sociedade, por exemplo o direito ao ambiente.

A partir do século XIX a maior parte das Constituições passam a limitar o poder punitivo do Estado para evitar abusos. Assim, constata-se uma tendência generalizada de garantir os direitos humanos da primeira geração ligados ao Direito Penal. E tal desiderato concretizou-se através da promulgação de leis para o efeito.

No século XX surge a necessidade de ir-se para além da garantia dos direitos do individuo e limitação do poder punitivo do Estado passando os direitos fundamentais penais a constar das constituições, estabelecendo-se obrigações de natureza política para os Estados.

Segundo Álvaro Oxley da Rocha “as constituições, a partir dessa nova concepção, se estabelecem como mecanismos efectivos de regulação do agir do Estado, caracterizando a terceira geração de direitos humanos.”²⁵⁴

As constituições passam a ter um conjunto de princípios penais os quais são tomados em consideração nas penalizações, sendo os de grande relevância, o princípio da dignidade humana e o princípio da legalidade.

Este último princípio é uma garantia das liberdades individuais e, em conformidade com o referido princípio, só há crime quando ocorrer uma conduta que lese um bem jurídico tutelado legalmente. Para o efeito, a lei penal deve ser clara, precisa, para que seja entendida por toda a comunidade sem que ocorram influências culturais e sociais na sua interpretação.

Álvaro Oxley da Rocha, citando Hungria refere que “o princípio da legalidade no Direito Penal é a premissa da teoria dogmático-jurídica da tipicidade, de Ernest Beling: antes

²⁵⁴ ANTUNES, Maria João, cláudia Santos, Fábio Roberto D’Avila, Nereu Giacomolli(org.), ob.,cit., pág.34,35.

de ser antijurídica e imputável a título de culpa *lato sensu*, uma acção reconhecível como punível deve ser típica, isto é, corresponder a um dos esquemas ou delitos tipos objectivamente descritos pela lei penal.”²⁵⁵

Este princípio pode ser dividido em três axiomas, o primeiro refere-se as fontes das normas penais, o segundo sobre a determinação taxativa e o terceiro é sobre a irretroatividade da lei penal.

O designado princípio da reserva penal ou o das fontes das normas penais devia constar da CRM o que não acontece, mas constava do artigo 7 do Código Penal de 2014 e actualmente do artigo 1 do Código Penal de 2019, segundo o qual, “1.Nenhum facto, consista em acção ou omissão, pode julgar-se crime, sem que uma lei no momento da sua prática o qualifique como tal.2.Não podem ser aplicadas medidas ou penas criminais que não estejam previstas na lei.”

A lei deve definir de forma clara e precisa as condutas consideradas lesivas a determinados bens jurídicos e a respectiva consequência legal. Deve fazê-lo de forma clara. Nesse sentido, Álvaro Oxley da Rocha refere que:

A lei penal que comina pena e descreve conduta punível não deve ser generalista, mas sim precisa, taxativa e determinada, sem qualquer indeterminação com a prefixação a respeito dos dados que permitem a qualificação e a assimilação das figuras típicas.O legislador deve descrever o facto típico de modo determinado para evitar o arbítrio do judiciário. O juiz fica vinculado a uma lei determinada, taxativa, permitindo a auto limitação do poder punitivo do judiciário.²⁵⁶

A observância do princípio do contraditório, a publicidade dos actos processuais, a ampla defesa, estão estreitamente ligados ao princípio da legalidade. São princípios processuais penais relevantes e que concretizam as normas penais.

Outro princípio não menos relevante é o princípio da duração razoável do processo. A CRM não tem um princípio idêntico. Entretanto o CPP de 2019 prevê no artigo 2, nº1, o princípio relativo a celeridade processual e garantias de defesa, segundo o qual, “1.Todo

²⁵⁵ *Ibidem*, pág.36.

²⁵⁶ ANTUNES, Maria João, Cláudia Santos, Fábio Roberto D’Avila, Nereu Giacomolli, ob.,cit.,pág.37.

o arguido tem o direito de ser julgado no mais curto prazo, compatível com as garantias de defesa.”

O legislador não indica o sentido a dar ao “curto prazo”. É o aplicador da lei que com base na experiência e o bom senso deve garantir o julgamento do acusado dentro do curto prazo de tempo ou dentro de um tempo razoável, segundo a opção de algumas constituições, por exemplo a Constituição brasileira.

Álvaro Oxley da Rocha refere que “Delmanto escreve, nesse sentido, que sobreleva ressaltar que o denominado critério da razoabilidade é um método de interpretação inerente ao devido processo legal, e também ao direito a um julgamento sem dilações indevidas, não se confundindo com a exigência de que lei deve ser razoável e proporcional.”²⁵⁷

A CRM prevê no artigo 57, o princípio da irretroatividade da lei penal. O referido princípio consta do artigo 8, nº1 do Código Penal e é aplicável as normas do Direito Penal, a parte geral e especial.

Há outros princípios relacionados com o princípio da legalidade e que devem ser referidos dada a sua relevância. É o princípio do direito da acção, segundo o qual a lei deve estabelecer o dever do poder judicial apreciar qualquer pedido que lhe seja submetido referente a lesão de um direito devidamente tutelado.

Este princípio consta do artigo 69 da CRM (direito de impugnação), e artigo 70 (direito de recorrer aos tribunais), consiste numa garantia por parte do Estado de acesso aos serviços dos tribunais perante a lesão ou iminente lesão de um direito de qualquer cidadão. Álvaro Oxley da Rocha, citando José Roberto Bedaque, refere que, “...representa a possibilidade, conferida a todos, de provocar a atividade jurisdicional, com as garantias a eles inerentes, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos, etc.”²⁵⁸

Outro princípio relacionado com o da legalidade é o do devido processo legal. Segundo este princípio, ninguém pode ser detido e punido fora de um processo legal. Como consequência desta exigência que em regra consta das Constituições resulta o princípio da

²⁵⁷ *Ibidem*, pág.40.

²⁵⁸ ANTUNES, Maria João, Cláudia Santos, Fábio Roberto D’Avila, Nereu Giacomolli(org.)ob.,cit.,pág.38.

igualdade entre as partes e a necessidade da fundamentação das decisões. A Constituição da República não se refere a tais princípios de forma explícita.

O CPP aprovado através da lei nº 25/2019, lei de revisão do CPP, prevê no artigo 1 que “nenhuma pena ou medida de segurança pode ser aplicada sem haver um processo em que se prove a existência da infracção e a responsabilidade criminal do acusado, em conformidade com as regras definidas no presente Código.”

O referido Código prevê no artigo 8, o dever de fundamentação, estabelecendo o seguinte “ toda a decisão de autoridade judiciária, seja ela juiz ou Ministério Público, proferida no âmbito de processo penal, deve ser fundamentada com precisão e clareza, no que se refere a questões de facto, quanto no que diz respeito à argumentação jurídica.”A consequência da falta de fundamentação é a nulidade da decisão proferida.

O princípio do contraditório não consta da Constituição da República, mas consta do artigo 5 do CPP de 2019, segundo o qual, “o processo penal subordina-se ao princípio do contraditório.”Como corolário do referido princípio, as partes intervenientes no processo, o acusado e o acusador são iguais e tem a mesma liberdade e direitos iguais.

O princípio do devido processo legal exige a ampla defesa que se traduz no conhecimento do conteúdo da acusação, da prova produzida, uma defesa condigna e a possibilidade de recorrer de qualquer decisão com a qual não se conforme.

O princípio da ampla defesa consta do artigo 65, nº1 da Constituição da República, segundo o qual, “1.O direito à defesa e a julgamento em processo criminal é inviolável e é garantido a todo o arguido.”

O CPP de 2019, consagra o princípio de ampla defesa no artigo 6, nº1, segundo o qual, “1. Toda a pessoa detida ou presa deve ser imediatamente informada, de forma clara e compreensível, das razões da sua detenção ou prisão e dos seus direitos constitucionais e legais e autorizada a contactar defensor, directamente ou por intermédio da sua família ou de pessoa da sua confiança.”

A imparcialidade do juiz é uma consequência do princípio da legalidade. Entretanto, a Constituição da República não prevê o referido princípio, o qual consta do artigo 10, da lei nº24/2007 de 20 de Agosto, lei de organização judiciária, o qual prevê que “1.No

exercício das suas funções os juízes são independentes e imparciais e apenas devem obediência à Constituição e a lei.”

Outro princípio relevante e que não consta da CRM é o da intervenção mínima. Segundo este princípio, o Direito Penal é chamado a intervir em casos de necessidade, quando a sanção criminal seja o único recurso para proteger os bens jurídicos, evitando que sejam lesionados.

Álvaro Oxley da Rocha refere que “nesse sentido, este princípio traz a noção de que o Direito Penal deve ser encarado como última ratio. Desse modo, este somente deve ser aplicado quando os outros meios de garantia de paz social porventura disponíveis se revelem ineficazes ou insuficientes.”²⁵⁹

Sempre que existam outros meios suficientes para sancionar a infracção, o Direito Penal é dispensado. O Direito penal pode ter uma natureza subsidiária.

Todos os princípios enunciados têm como base a dignidade da pessoa humana. O acusado deve ser tratado com humanismo e o Direito Penal não deve funcionar como um “instrumento de castigo” ou de “vingança.”

Álvaro Oxley da Rocha citando Gomes (2006) refere que:

O valor normativo do princípio da dignidade humana (Cf, artigo 1,III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contraria-lo. A dignidade humana sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem não é coisa, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, sobretudo, perante o poder punitivo do Estado.²⁶⁰

A CRM não refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas do conteúdo do artigo 40 da Constituição pode-se fazer inferência sobre o direito a vida. O preceito legal refere que, “ 1. Todo o cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos. 2. Na República de Moçambique não há pena de morte”.

²⁵⁹ANTUNES, Maria João, Cláudia Santos, Fábio Roberto D’Avila, Nereu Giacomolli, ob.,cit.,pág.40.

²⁶⁰*Ibidem*, pág.40.

O artigo 41 preve que “todo o cidadão tem direito a honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da sua vida privada”.

Outro princípio é o da individualização da pena constante do artigo 61, nº2, nos termos seguintes: “2.As penas não são transmissíveis.” O que equivale dizer que o agente da prática de uma infracção criminal pode se penalizado. A lei não admite a transferência da pena para uma pessoa diferente do condenado. Este princípio está ligado ao princípio da presunção de inocência. É um princípio básico dos Estados de Direito Democrático e que promove a garantia dos direitos e liberdades individuais do cidadão.

Na Constituição da República de Moçambique o princípio está consagrado no artigo 59, nº2, segundo o qual “os arguidos gozam da presunção da inocência até decisão judicial definitiva.”

Este princípio difere do princípio *in dubio pro reo*, no sentido de que se durante a instrução preparatória não for reunida prova suficiente sobre a culpabilidade do arguido, a decisão deve favorecê-lo. E sempre dentro do devido processo legal conduzido por um magistrado competente.

Pode-se constatar que há relações estreitas entre a Constituição e o Direito Penal. O Direito Penal moçambicano concretiza os princípios constitucionais visando a garantia dos direitos fundamentais e a tutela de bens jurídicos. Os princípios constitucionais enunciados permitem demonstrar a opção do legislador que por essa via limitou o poder punitivo do Estado, através das garantias individuais e tutela dos direitos sociais.

A tipificação dos crimes deve ser de acordo com os princípios constitucionais relacionados com os direitos fundamentais. Essa é a tendência da Constituição da República de Moçambique. Ao estabelecer-se a relação entre o Direito Penal e a Constituição pretende-se não só demonstrar os limites impostos ao poder punitivo do Estado e os bens jurídicos que o Direito Penal deve tutelar.

É como no dizer de Álvaro Oxley da Rocha:

Registra-se a necessidade de evitar, ainda que indirectamente, a adoção de um Direito Penal do inimigo, pois as justificativas de ação nesse sentido levam a se tornar simbólico o Direito Penal. Os direitos fundamentais, desse modo, devem ser destacados como instrumentos de garantia, como referências

limitadoras ao poder punitivo do Estado, o que estabelece a Constituição como limite positivo ao Direito Penal.²⁶¹

O que torna genuíno o processo de construção do Direito penal moçambicano é o facto de ter por fundamento a Constituição da República que impõe obrigações, fixa os limites e estabelece as proibições em matéria penal.

A forma como é produzida a Constituição através de ampla participação dos cidadãos e o carácter soberano do Estado que a aprova confirma a tese defendida de estar-se perante um Direito Penal típico de moçambicanos.

A Constituição da República de Moçambique no artigo 4 refere-se a valores e princípios fundamentais da Constituição a que nos referiremos mais adiante. A importância da matéria penal torna-se evidente ao constar da Constituição da República vários princípios a ela inerentes. Vejamos então quais as disposições e princípios constitucionais que se referem a matéria criminal:

- A proibição da tortura, tratamentos cruéis e desumanos (artigo 40, nº1 da Constituição da República de Moçambique).

A Convenção contra a tortura e outro tratamento ou penas cruéis desumanos ou degradantes adoptada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1984, de que Moçambique é parte, no seu artigo 1, considera tortura “qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão, de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido, de intimidar ou coagir a ela ou uma terceira pessoa, ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequências, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas”.

Moçambique ratificou a Convenção através da Resolução nº 4/93, de 2 de Junho e o seu Protocolo opcional. Esta norma internacional prevalece no território nacional moçambicano por força do previsto no artigo 18, nº1 da Constituição da República, o qual

²⁶¹ ANTUNES, Maria João, Cláudia Santos, Fábio Roberto D' Avila, Nereu Giacomolli(org.), ob.,cit., pág.44.

estabelece que os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique.

Moçambique, como Estado signatário, deve cumprir tal norma. Aliás, o seu incumprimento, traz como consequência o desprestígio internacional.

Antes da Constituição de 1990 e até recentemente as organizações da sociedade civil denunciaram casos de torturas nas esquadras da polícia, visando arrancar a todo o custo as confissões de arguidos indiciados da prática de crimes.

O Relatório da Liga dos Direitos Humanos de 2004 reportou torturas e tratamentos degradantes na polícia no decurso do interrogatório de arguidos presos.

O Relatório por País das práticas dos Direitos Humanos em 2014 relatou a ocorrência de uso da força excessiva e abusos físicos no decurso de apreensões, interrogatórios e detenções de suspeitos e arguidos.

Moçambique apresentou um relatório periódico ao Comité contra a tortura, 13 anos após a ratificação da Convenção e do referido relatório pode-se concluir que a tortura e maus tratos ainda são praticados por funcionários públicos, membros das forças de segurança, casos que não são investigados.

Relacionado com o artigo 40 da Constituição da República merece referência o artigo 67 da referida Constituição que proíbe a extradição de qualquer cidadão sempre que haja fundado receio que venha a ser sujeito a tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel.

Ao nível processual e no que se refere as provas obtidas por meio de torturas merece referência o artigo 15 da Convenção sobre a tortura e o artigo 65, nº3 da Constituição da República, que torna inválida qualquer prova obtida por meio de tortura e tratamentos desumanos.

O Código Penal de 2014 previa e punia, no artigo 160, nº2, alínea i), a tortura com uma pena de 20 a 24 anos de prisão e integrava a categoria de crime hediondo. A particularidade do referido preceito legal é que para além do funcionário público, podia ser agente da referida

infracção, o segurança privado que não entra na categoria de funcionário público, diferentemente do previsto na Convenção das Nações Unidas contra a tortura.

A consagração do referido preceito no Código Penal significa um compromisso do Estado moçambicano em prevenir e erradicar qualquer forma de tortura, tratamentos desumanos e degradantes e reflecte a natureza humanista do Direito Penal moçambicano.

Segundo Tina Lorizzo e Vanja Petrovic, relacionado com torturas, há evidências de um único caso cível julgado em Moçambique, em 2008 e ocorrido em Maputo, em que os agentes policiais foram julgados e condenados por homicídio e o Estado moçambicano foi condenado no pagamento de 1.8 milhões de meticais, o correspondente a aproximadamente USD 75 000 (setenta e cinco mil dólares americanos).²⁶²

Citando a Liga Moçambicana de Direitos Humanos, Tina Lorizzo refere que:

como regra, os tribunais adoptam atitudes protecionistas em relação ao Estado em casos de torturas ou detenção ilegal, particularmente em casos que não são mediados, muitas vezes o Tribunal Administrativo recusou em tratar casos de alegada tortura como tal, alegando que questões criminais devem ser tratados na jurisdição ordinária. Por sua vez, os tribunais tem tido uma prática de evitar condenar a responsabilidade do Estado, onde os agentes são condenados por crimes ligados a tortura, detenções ilegais e outros actos que violem direitos e liberdade fundamentais.²⁶³

O Código Penal de Dezembro de 2019 veio a prever no artigo 194 o crime de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos. E está prevista a pena de 2 a 8 anos de prisão para aquele que tiver por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para obter confissão, depoimento, declaração ou informação, castigar por acto cometido por ele ou outra pessoa ou a intimidar ou para intimidar outra pessoa.

O referido Código define a tortura no nº 3 do referido artigo 194 como acto que consiste em espancamento, electrochoques, simulacros de execução ou de substâncias alucinatórias ou em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou

²⁶² LORIZZO, Tina, Vanja Petrovic, *Desenvolvimento na abordagem da tortura em Moçambique, Um Relatório Situacional*, in acfr.org.za-resource-centre-desenvolvimentos, acess.aos 22-6-2020, pág.20.

²⁶³ *Ibidem*, pág.20

psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com a intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima. Se de tais factos resultar a morte, o agente é punido com uma pena de prisão de 16 a 20 anos.

O Código de Processo Penal de 2019 prevê no artigo 4, que são nulas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa.

- A proibição da pena de morte (artigo 40, nº2 da Constituição da República de Moçambique).

Em Moçambique não existe a pena de morte legalizada. A Constituição da República, no artigo 40, nº2, proíbe-a. Entretanto, há uma figura ou comportamento de certa maneira similar com a pena de morte que é o linchamento.

O linchamento, segundo Lídio de Sousa, é “qualquer acção colectiva pública com o objectivo de executar sumariamente indivíduos acusados (ou suspeitos) da prática de um crime, sem qualquer espécie de julgamento legal.”²⁶⁴

Em Moçambique os linchamentos com recurso a pneus e fogo, foram noticiados pelos meios de comunicação social em 2006, 2007, 2008 e neste último ano, um total de 40 indivíduos foram vítimas. Estes eram autores reincidentes de crimes de roubo, homicídios e tratava-se de uma situação de transferência do poder de punir para as mãos de uma multidão.

Os linchamentos são o resultado da situação de pobreza extrema, descrédito e desconfiança quanto ao exercício de funções por parte da polícia, procuradores e juízes. É como que pôr em prática a já ultrapassada lei de olho por olho e dente por dente.

Segundo Carlos Serra, “em 2008, contudo, parecia ter-se declarado uma epidemia nas áreas urbanas. Até ao momento em que comecei a escrever este artigo, o blog Diário de um Sociólogo tinha contabilizado cerca de 40 linchamentos consumados, para além de dois outros

²⁶⁴ SOUSA, Lídio de, *Judiciário e exclusão: o linchamento como mecanismo de reafirmação de poder, Análise psicológica (1999), 2 (XVII): 327-338, pág.328, in core.ac.uk/download/pdf/129515834, acess.aos 22/6/2020.*

que foram evitados in extremis-um por intervenção da polícia e outro por um grupo de idosos que aproveitou a indecisão sobre quem pegaria fogo ao pneu para dissuadir os punidores.”²⁶⁵

As similitudes entre o linchamento e a pena de morte residem no facto de que no linchamento o acto de matar é aplaudido pelo grupo que assiste e incita. Há uma aprovação da comunidade ao acto de matar e o poder de manter a ordem. E na pena de morte existe a mesma aprovação pelas comunidades em geral, transformada em lei.

O linchamento põe em causa o poder do Estado, desafiando-o. Assim é que os seus autores raramente são denunciados, julgados e condenados. E segundo Carlos Serra, “a par da experiência directa de matar, existe também, à disposição da população urbana moçambicana, uma reafirmada estética da morte e do castigo físicos públicos, cuja relevância não deverá ser subestimada.”²⁶⁶

O não subestimar consiste numa actuação activa do Estado, cumprindo com as suas responsabilidades, garantindo o bem estar do povo, aprovando leis que previnem e punem o linchamento sob pena de não o fazendo, o linchamento ser uma forma de pena capital legitimada pelas comunidades e pelo próprio Estado.

O Código Penal de 2014 previa e punia o linchamento no artigo 159 e já o novo Código Penal de Dezembro de 2019 não prevê o crime de linchamento o que constitui um retrocesso. Os linchadores não matam pelo prazer de matar. É uma forma de substituição ao poder do Estado, impotente e incapaz de honrar o contrato social.

- A proibição da difamação, e violação ao bom nome, à reputação, a defesa da imagem pública e da reserva da vida privada (artigo 41 da Constituição da República de Moçambique).

A difamação nos termos do Código Penal de 2019 vem prevista no artigo 233 e consiste na imputação de um facto ofensivo de honra e consideração alheios. O legislador teve em vista proteger a honra objectiva que é a reputação, a boa fama. Qualquer pessoa pode ser

²⁶⁵ SERRA, Carlos, *Linchamentos em Moçambique*, 2.edição, Imprensa Universitária, 2015, pág.96.

²⁶⁶ *Ibidem*, pág. 102

sujeito activo da infracção e qualquer pessoa pode ser vítima por estar dotada do atributo da honra.

O que constituiu grande inovação no Código Penal de 2019 foi a previsão dos crimes contra a reserva da vida privada no capítulo X, artigo 250 a 255. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada está no rol dos direitos e liberdades e garantias previstos na Constituição da República. O referido direito está relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Qualquer ser humano tem o direito a privacidade na sua vida pessoal, familiar e sexual. E traduz-se no direito de vedar o acesso a vida privada e familiar, vedar a divulgação de informações sobre terceiros. O direito tem sido analisado em três esferas, a vida íntima, a vida privada e a pública. Alguns questionamentos têm surgido sobre a vida íntima, concretamente sobre a divulgação de certos exames médicos e sobre a identidade dos examinados.

No caso concreto de Moçambique foram levantados problemas relacionados com o sigilo de exames médicos e havia lacuna legal no Código Penal de 2014. O Código Penal de 2019 veio a resolver o problema ao introduzir a figura da devassa da vida privada no artigo 252, alínea d), sancionando com uma pena de prisão até 1 ano e multa correspondente a todo aquele que divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa.

- A proibição da retroactividade da lei penal (artigo 57 da Constituição da República de Moçambique).

As leis, em regra, têm no que se refere a sua vigência um limite de aplicação. Elas têm o seu início e o seu término. A norma só é aplicável quando esteja em vigor. E como Manuel Cavaleiro de Ferreira refere “dizer que uma lei ou norma está em vigor significa que dela se hão-de derivar as consequências jurídicas a atribuir ao facto previsto, uma vez que este se verifique”.²⁶⁷

Ocorrendo um facto proibido por lei, esta é aplicável desde que esteja em vigor. Se um facto ocorre após a lei terminar a sua validade então tal lei não é aplicável. Se o facto é

²⁶⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Verbo, 1982, pág.114.*

praticado antes da entrada em vigor da lei, esta não se aplica com base no princípio da não retroactividade da lei. A regra geral é que a lei rege para o futuro.

Se o facto é praticado após a lei ter cessado a sua vigência, a mesma não se aplica, segundo o princípio do não ultra actividade. A lei não é aplicável após o seu término.

No artigo 8, nº1 do Código Penal de 2014 e artigo 3, nº1 do Código de 2019 está previsto o princípio da não retroactividade da lei penal. Salvas as excepções que consistem na admissibilidade do princípio da retroactividade da lei quando beneficie o arguido.

A excepção significa uma garantia para o arguido e restrição do poder do Estado. O Estado vê o seu poder de sancionar limitado em resultado do princípio da irretroactividade assim como o que o excepçiona.

Quais as consequências do princípio da retroactividade da lei mais favorável ao arguido? Como consequência, tanto o artigo 8 do Código Penal de 2014 como o artigo 3 do Código Penal de 2019, prevê o que Manuel Cavaleiro de Ferreira designa por eliminação de incriminações.²⁶⁸

Segundo a norma do artigo 3, nº2, “a infracção punível por lei vigente, ao tempo em que foi cometida, deixa de o ser se uma lei nova a eliminar do numero das infracções.” Já que o facto não mais constitui crime não se justifica acusar e sancionar o agente por tal facto, por não constituir uma ameaça a sociedade e não relevar para efeitos de prevenção criminal.

Entretanto é importante referir que as leis de emergência e as leis temporárias obedecem uma disciplina diferenciada. As leis temporárias surgem com uma vigência limitada e um tempo específico para a sua aplicação. A vigência de tais leis é a partir da sua publicação ou dentro do prazo previsto pela própria lei. E o seu termo ocorre com a revogação ou alteração por outra lei.

As leis temporárias são aprovadas em momento e por factos excepcionais como as calamidades, crises, pandemias. A vigência das leis temporárias pode findar sem que tenha entrado em vigor uma nova lei.

²⁶⁸*Ibidem*, pág.115.

Outra consequência do princípio da retroactividade da lei penal mais favorável é a modificação da penalidade e a aplicação da pena mais branda.

A prática de um crime traz como consequência a pena e da condenação podem ocorrer efeitos penais, os quais estão taxativamente previstos nos artigos 134 a 141 do Código Penal de 2019 e no Código Penal de 2014 constavam dos artigos 105 a 109.

Portanto, nos termos do nº4 do artigo 3, a lei retroage, aplicando-se a pena que for mais favorável ao agente, mesmo que esteja em curso o seu julgamento.

A última parte do nº4, artigo 3 do Código de 2019 abre outra excepção quanto a retroactividade da lei mais favorável, ao estabelecer que “se, porém, tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior, sendo esta favorável.”

Portanto, não se aplica a pena mais branda da lei nova desde que o agente tenha sido condenado e a decisão transitado em julgado. Há várias críticas doutrinárias sobre esta opção do legislador, pelo menos dentro da doutrina portuguesa e o legislador fundamenta a opção com o facto de procurar evitar desigualdades entre os delinquentes se não for respeitado o caso julgado.

Manuel Cavaleiro de Ferreira defende que:

ora essa desigualdade existe necessariamente sempre que se verifique uma sucessão de leis. Com respeito ou sem respeito pelo caso julgado, é sempre possível apresentar hipóteses em que os diferentes indivíduos por circunstâncias meramente fortuitas vêm a ser tratados de maneira desigual pela lei. E se é impossível afastar inteiramente a desigualdade e se ela é irremediável em certos casos ou quando a pena já foi completamente executada, é preferível que se atenuem os rigores das penas na medida do possível a que se renuncie a obter esse resultado rejeitando a aplicação da lei nova só para respeitar uma igualdade ilusória.²⁶⁹

O legislador moçambicano esteve alheio a esses debates e adoptou a posição que constava no Código Penal Português, não sendo aplicável a pena mais branda da nova lei sempre que existir uma decisão condenatória transitada em julgado. A posição do legislador moçambicano reforça a ideia das influências externas no Direito Penal moçambicano.

²⁶⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, ob.,cit., pág.119.

Outra consequência do princípio da retroactividade da lei penal mais favorável é a alteração dos efeitos penais. Segundo o nº5 do artigo 3 do Código Penal de 2019, “as disposições da lei sobre os efeitos da pena têm efeito retroactivo em tudo quanto seja favorável ao agente do crime, ainda que este esteja condenado por sentença transitada em julgado, ao tempo da promulgação da mesma lei, salvo os direitos de terceiros”.

Já nos referimos anteriormente que os efeitos da pena resultam da lei, concretamente dos artigos 134 a 141 do Código de 2019 ou da decisão condenatória.

A excepção dos direitos de terceiros que devem ser respeitados, por exemplo no que se refere a indemnização e devolução dos objectos da infracção, o princípio da retroactividade da lei penal mais favorável ao agente é aplicável aos efeitos da pena, independentemente da existência de uma decisão transitada em julgado.

- A proibição de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (artigo 61, nº1).

A partir da segunda guerra mundial registou-se ao nível internacional um movimento de reforma penal. Ao nível internacional surgiram novas ideias que deram lugar a alterações legislativas profundas nalguns países e parciais noutros.

As alterações legislativas eram orientadas para as reacções criminais dando lugar a normas específicas sobre a execução das penas e medidas de segurança. Segundo Jorge de Figueiredo Dias:

Na Alemanha e na Áustria entraram em vigor novos códigos penais, produto de extensos, cuidadosos e demorados trabalhos de reforma legislativa, que modificaram profundamente a matéria relativa às consequências jurídicas do crime à luz de novas concepções de política criminal. Na Suíça, H.Schultz apresentou em 1986 um anteprojecto de revisão da PG do CP que erige, em matéria de reacções criminais, um sistema de grande precisão e rigor, orientado por uma esclarecida consciência político-criminal. Igualmente na Bélgica foi apresentado, em recente data, um anteprojecto da PG do CP por R.Legros, no qual se formula em novos termos todo o direito das reacções criminais. No Brasil, leis de 1984 alteraram a PG do CP e instituíram uma regulamentação específica da execução das penas e das medidas de segurança. Em Espanha, por seu turno, surgiu em 1980 um projecto do C.P, depois substituído por uma proposta de anteprojecto em 1983, cuja passagem a lei julgou poder esperar-se para breve, mas que só em 1992 foi retomada. Também em França se encontra neste momento terminada uma reforma global do CP, cuja entrada em vigor se encontrava aprazada para 93 MAR, mau grado a contestação que sofreu o anteprojecto de 1988, elaborado na linha de seis de 1975 a 1983, que haviam já reformulado pontos importantes da matéria

relativa às penas e às medidas de segurança. Em Itália foi publicada em 1981, uma lei de modificações do sistema penal, com relevantes implicações no sistema das penas e das sanções penais administrativas, em 1986, a lei nº 613, com significativas reformas a nível penitenciário e, em geral, de execução das penas e das medidas de segurança, e está agora a terminar os seus trabalhos uma comissão encarregada da redacção de um novo Código Penal. De igual modo na Grã-bretanha, nos EUA, na Polónia e em quase todos os restantes países que integravam o espaço socialista encontram-se em preparação leis destinadas a actuar novos princípios político-criminais sobre as reacções criminais.²⁷⁰

Este movimento internacional tinha de comum princípios como a limitação da aplicação de penas privativas da liberdade, a tendência para a eliminação de penas de curta duração ou a sua substituição por penas não privativas da liberdade, a aplicação de penas de multa, a eliminação do “efeito estigmatizante” das medidas criminais, a aplicação de medidas e garantias que se conformem com um Estado de Direito.

Este movimento atingiu Portugal através da entrada em vigor de um novo Código Penal de Janeiro de 1983, o que influenciou Moçambique. É neste contexto que surgem princípios constitucionais e legislação penal avulsa em Moçambique que proíbe as penas de morte a que nos referimos anteriormente e da pena de prisão perpétua.

Em conexão com a proibição da pena de morte e da prisão perpétua está o princípio da humanidade, o qual, segundo Figueiredo Dias, citando Jesc Heck refere que:

todas as relações humanas, abarcadas pelo Direito Penal na sua mais lata acepção, devem ser ordenadas na base da recíproca comunicação, da responsabilidade comunitária pelo homem que foi punido, da livre disponibilidade para o auxílio e o cuidado sociais e da vontade decidida de recuperar o criminoso condenado.²⁷¹

Há vários debates favoráveis e contra as penas de morte e de prisão perpétua mas Moçambique adoptou a posição humanista de recusar este tipo de penas desumanas, considerando-as proibidas por força constitucional.

- A intransmissibilidade das penas (artigo 61, nº2).

A pena só pode ser assumida pela pessoa condenada não podendo passar a responsabilidade para uma outra pessoa. É nisto que consiste a intransmissibilidade,

²⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2009, pág.49, 50.

²⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob.,cit. pág.52.

peçoalidade ou personalidade da pena. O referido princípio consta do artigo 29 do Código Penal de 2014, segundo o qual, “a responsabilidade criminal recai, única e individualmente, no agente do crime ou da contravenção.” Não existe um preceito similar no Código Penal de 2019. É um princípio absoluto que não admite excepções. O Código de 2019 prevê no artigo 29 o carácter pessoal da responsabilidade, não estando bem claro se refere-se a intransmissibilidade da pena.

- A proibição da perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, como efeito da pena (artigo 61, nº3).

Na concretização deste princípio, o Código Penal de 2019 prevê no artigo 79 que “Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos, nem priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvo as limitações impostas por lei inerentes ao sentido da condenação e as exigências específicas da respectiva execução.” E no artigo 136, no que se refere aos efeitos das penas, renova o princípio.

Então como interpretar o artigo 80 do referido código o qual prevê como uma das penas acessórias, a proibição temporária do exercício de funções públicas, na alínea b), e a suspensão de funções públicas, na alínea c). É que o réu fica impedido de exercer as funções públicas no período da duração da pena em que foi condenado. Não se está numa situação em que o réu perde definitivamente o direito do exercício de funções públicas. O que se pode questionar e bem o faz Jorge de Figueiredo Dias é relativamente “as profissões ou actividades que o preceito abrange.”²⁷²

Parece ser consensual que refere-se aquelas actividades que se exige a dignidade, a confiança que não fiquem comprometidas pelo cometimento do crime.

Não entraremos na discussão sobre as penas acessórias e efeitos penais da condenação, por inoportuno, isto é, a questão de saber se o artigo 80 prevê as penas acessórias ou estamos perante a situação de efeitos penais automáticos da condenação.

É que Figueiredo Dias defende e bem que:

mas ao dizer-se isto, está já a pôr-se à luz, do mesmo passo, a maior dificuldade e ambiguidade que inquina todo o sistema: tal com está

²⁷²*Ibidem*, pág.173.

arquitectado e regulado, este sistema não é verdadeiramente um sistema de penas acessórias-que não existem pura e simplesmente, como tais, no ordenamento jurídico-penal português vigente-, se não que um sistema de efeitos penais não automáticos da condenação.²⁷³

O que é relevante demonstrar é que não existem problemas de inconstitucionalidade no referido artigo 80 do Código Penal de 2019.

- O princípio da presunção de inocência até decisão judicial definitiva (artigo 59, nº2).

É a base do Estado de Direito Democrático pois consagra uma garantia processual com o objectivo de tutelar a liberdade do indivíduo.

A Constituição da República de Moçambique prevê no artigo 59 nº2, o princípio da presunção de inocência até decisão judicial definitiva. Este princípio foi adoptado inicialmente na Constituição de 1990 e posteriormente na de 2004.

Ligado a este princípio está a questão das penas privativas de liberdade. Coloca-se a questão de saber quando é que o réu pode iniciar ao cumprimento da pena privativa da liberdade sem comprometer o princípio da presunção da inocência e o princípio do contraditório. Será que após a condenação, interposto o recurso, pode o réu ficar detido? Para o caso de Moçambique, o Acórdão nº4 do Conselho Constitucional impôs limites a prisão preventiva, passando esta a ocorrer por decisão do juiz, como uma medida de excepção e não regra.

O princípio da presunção da inocência está ligado a outros princípios, como o do juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e o contraditório. Para que alguém seja condenado deve haver um processo legal, onde esteja garantida a produção de provas e uma defesa que confronte a acusação.

Todos os princípios mencionados constam do Código de Processo Penal, concretamente o artigo 3 sobre a presunção de inocência, o artigo 1 sobre a exigência de processo legal, o artigo 2 sobre a celeridade processual e garantias de defesa, o artigo 5 sobre o princípio do contraditório e o artigo 7 sobre o direito a presença do defensor.

²⁷³*Ibidem*, pág.177.

- A proibição aos partidos políticos de recorrer à violência armada para alterar a ordem política e social do País (artigo 77).

A liberdade de associação partidária é um dos direitos consagrados na Constituição da República. Como consequência da manifestação deste direito surgem os partidos políticos. Segundo Jorge Bacelar Gouveia, os partidos políticos são “pessoas colectivas de tipo associativo, com carácter de permanência, tendo por finalidade representar o Estado-sociedade ao nível dos órgãos do poder público, assim contribuindo, como suas peças fundamentais, para o funcionamento do sistema do poder político instituído.”²⁷⁴

Os partidos políticos num Estado de Direito Democrático têm várias funções, sendo uma delas a pedagógica. Segundo Jorge Bacelar Gouveia:

a função pedagógica realça a sua excelência como canal de comunicação entre os cidadãos e os poderes públicos. São os partidos, afinal, o meio mais eficaz, para transformar as necessidades individuais dos seus membros em exigências políticas colectivas, concretizadas nos programas eleitorais elaborados.²⁷⁵

Assim, não se espera que os partidos políticos usem da força para fazerem valer as suas opiniões. Os partidos políticos desempenham um papel preponderante nas sociedades e são a alavanca para a estabilidade dos Estados de Direito Democráticos. Como no dizer de Jorge Bacelar de Gouveia:

os partidos políticos são neste momento uma realidade indispensável ao bom funcionamento do regime democrático, tanto pelo debate ideológico de que são promotores por vocação, como pela animação das campanhas eleitorais, sem esquecer ainda a titularidade e o exercício do poder político.²⁷⁶

É assim que o legislador constituinte, para garantir a estabilidade social incorporou a norma do artigo 77, proibindo os partidos políticos de recorrer a violência armada para alterar a ordem política e social do País.

O Título VI do Código Penal de 2019 prevê os crimes contra o Estado. E um dos crimes aí previstos é o do artigo 377, sob a epígrafe “Prática de actos adequados a provocar guerra”. Prevê o nº1 daquele preceito legal que “quem, sendo moçambicano, estrangeiro ou

²⁷⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLp, Lisboa/Maputo, 2015, pág.274.

²⁷⁵ *Ibidem*, pág.278.

²⁷⁶ *Ibidem*, pág.279.

apátrida, residindo ou encontrando-se em Moçambique, praticar actos não autorizados pelo Governo moçambicano e adequados a expôr o Estado moçambicano à declaração de guerra ou à acção armada é punido com pena de prisão de 8 a 12 anos.”

Moçambique teve uma guerra civil e está actualmente a sofrer ataques armados nas regiões norte e centro do País e entretanto os preceitos legais previstos no Título VI e que no nosso entender integram condutas criminosas, não tem sido aplicadas.

- A competência do Presidente da República para indultar e comutar penas (artigo 159).

O Presidente da República, segundo o artigo 146 da Constituição da República de Moçambique é o Chefe do Estado, simboliza a unidade nacional e é o garante da Constituição.

O Presidente da República tem competências gerais e específicas e uma das competências gerais previstas no artigo 159, alínea i) da Constituição da República é indultar e comutar penas. O indulto que pode ser colectivo ou individual e a comutação das penas estão dentro de um conceito mais amplo que é a graça.

A graça surge na antiguidade e está relacionada com a história do homem e ligado ao direito de punir. Foi durante a revolução francesa que a graça foi implementada como uma prerrogativa do Chefe do Estado.

Segundo Jarbas Fidelis de Sousa:

a graça, hoje, se insere como instrumento de freios e contrapesos, passando a ser usada como medida moderadora para contenção do poder judiciário, dentro do princípio dos controles recíprocos, como também medida de política criminal, individualizadora da pena. Muitos argumentam como desnecessária, face aos inúmeros institutos, como sursis, livramento condicional, revisão criminal e ainda a prisão albergue. Entendemos, entretanto, que só com a pena indeterminada ou o alargamento das hipóteses de revisões criminais é que se poderá pensar no seu desuso, ou pelo menos na sua menor utilidade.²⁷⁷

Os que são contra essa medida argumentam que já existe dentro da legislação penal e processual penal figuras como o perdão judicial, a revisão, a liberdade condicional, a suspensão da pena que tornam dispensável o indulto. Os que defendem posição contrária

²⁷⁷ SOUSA, Jarbas Fidelis de, Ver. Inf. Legisl. Brasília, a.204.80 Out-Dez.1983, pág.191.

argumentam que os motivos que levam o Chefe de Estado a conceder o indulto diferenciam-se das medidas judiciais.²⁷⁸

Em Moçambique o indulto surge no Código Penal de 2019, no artigo 156, alínea b) como uma causa de extinção da pena e medidas de segurança. E o nº2 do referido artigo atribui a competência para a concessão do indulto ao Chefe do Estado.

Assim, em Moçambique houve indulto através das leis nºs 6/87, de 30 de Janeiro de 1987, a lei nº3/89, de 19 de Julho de 1989, a lei nº 15/87 de 19 de Dezembro de 1987 sobre o indulto de crimes contra a segurança do Estado, o Decreto Presidencial nº 1/93 de 17 de Março, uma comutação dos efeitos penais da condenação individual, o Decreto Presidencial nº 4/92 de 25 de Setembro de 1992, uma comutação de pena de 20 anos de prisão a favor de um cidadão sul-africano, o Decreto Presidencial nº 35/2015 de 16 de Dezembro de 2015, o indulto colectivo, o Decreto Presidencial nº 10/2020 de 20 de Março, a favor de cidadãos que padecem de doença grave ou em fase terminal, cuja situação exige cuidados contínuos especiais fora do estabelecimento prisional (artigo 2 do Referido Decreto). Este indulto é de natureza humanitária em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O indulto permite a realocação do recluso pois, em liberdade pode restabelecer a sua vida na sociedade. É um instrumento de política criminal de que o Estado dispõe para garantir a reintegração do recluso num ambiente são. É igualmente um instrumento de natureza judiciária, pois é o juiz quem analisa se o recluso preenche os requisitos exigidos pelo Decreto Presidencial para beneficiar do indulto.

A questão que se coloca quanto a figura do indulto é no que refere a determinados tipos legais de crime, por exemplo autores do crime de corrupção, desvio de fundos do Estado ou outros crimes de grande impacto na sociedade se são abrangidos pela medida.

Para o caso de Moçambique, por exemplo o Decreto Presidencial nº 10/2020 de 20 de Março não fez restrições, beneficiando a todos aqueles que padeciam de doença grave ou em estado terminal, cuja situação exige cuidados contínuos especiais fora do estabelecimento penitenciário.

²⁷⁸ SOUSA, Jarbas Fidelis de, ob.,cit.,pág.191.

A relevância do indulto como uma medida de natureza humanitária justificou a sua consagração no Código Penal, Código de Processo Penal e Código de Execução de Penas, todos de 2019 e a sua efectivação em Moçambique reafirma o modelo de Estado de Direito moçambicano e conseqüentemente o tipo de Direito Penal em construção, baseado no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Procuramos demonstrar que a figura do indulto e comutação de penas é o resultado de influências exteriores mas a sua concretização por Decreto Presidencial, prática judiciária e fiscalização pelo Ministério Público torna o processo tipicamente moçambicano.

Há outros princípios que não constam da Constituição da República de forma explícita, mas com um cunho constitucional, por exemplo o artigo 3 da Constituição da República, sob a epígrafe de o Estado de Direito Democrático, estabelece que, 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.

Assim, como consequência do modelo do Estado de Direito, existe o princípio não escrito, que proíbe a violação da dignidade pessoal, o princípio da culpa e ainda o designado pelo professor Figueiredo Dias como o princípio do “direito penal do bem jurídico”²⁷⁹, e o da proporcionalidade das penas.

O princípio da proporcionalidade das penas pode ser visto em duas vertentes, direccionado ao legislador, resultando da necessidade de ser observado na definição dos comportamentos considerados ilícitos e das correspondentes sanções e ainda para o aplicador da lei, as entidades policiais, o Ministério Público, os juizes, serviços penitenciários, a sua observância na fixação e execução da pena.

A ideia da proporcionalidade entre o crime e a pena aplicada surge com o iluminismo, os quais criticavam o poder absoluto dos monarcas e defendiam a necessidade da existência de “freios” a perseguição criminal.

²⁷⁹ ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Almedina, 2019, pág.25.

A ideia da humanização das penas reforçou o princípio da proporcionalidade que constava do artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, segundo o qual, “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”²⁸⁰

Entretanto, alguns autores defendem o surgimento deste princípio no código de Hamurabi e já com a lei de talião se preconizava um limite a sanção penal. A sanção devia ser igual a pena. Nesse sentido, Fábio Roque da Silva Araújo defende que:

Muito embora a ideia de olho por olho, dente por dente possa trazer consigo uma carga de crueldade e desumanidade na aplicação das sanções, o fato é que, ao preconizar que a reprimenda deveria ser idêntica a lesão perpetrada, a lei de talião institucionalizou a ideia da proporcionalidade entre o delito e a pena constituindo progresso em relação ao quadro anterior.²⁸¹

É uma posição discutível pois a lei do talião não estava assente no princípio da legalidade. A arbitrariedade na aplicação da pena ainda existia. Aliás o mesmo autor defende que:

o princípio da legalidade constitui o contraponto, o limite a ser observado pelo Estado quando da cominação das sanções. A legalidade deve ser estrita. Assim, a tipificação penal há-de ser clara, precisa, certa, determinada e específica não se pode admitir tipificação indevidamente abertas como, v.g, afrontar a ordem jurídica, além de pressupor a observância de limites materiais, adiante expostos.²⁸²

Portanto devia constar da própria lei de talião o princípio de forma precisa e clara de modo a evitar os arbítrios por parte dos aplicadores da lei.

O referido autor fundamenta a sua posição pelo facto da lei de talião ter sido adoptada por outras leis da antiguidade, a lei das XII tábuas dos Romanos e Pentateuco Hebreu.

A Carta Magna de 1215 também continha o princípio da proporcionalidade ao prever que os condes e barões fossem sancionados pelos seus pares e na proporção da infracção praticada atendendo a sua gravidade.

²⁸⁰ ARAUJO, Fábio Roque da Silva, *O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: Fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*, Revista da EMERJ, v.12, nº45, 2009,pág.278.

²⁸¹ ARAUJO, Fábio Roque da Silva, ob.,cit., pág.278.

²⁸² *Ibidem*, pág.284.

Fábio Roque da Silva Araújo refere que “a despeito do seu carácter elitista, a Magna Carta representa um importantíssimo documento no sentido da consolidação de direitos, dentre os quais se inclui, como visto, a proporcionalidade da sanção penal.”²⁸³

Como consequência do modelo de Estado de Direito Democrático, cabe igualmente ao Estado garantir a reintegração do condenado, o bem-estar da sociedade em geral e a igualdade entre todos os cidadãos moçambicanos.

Do que se depreende da Constituição da República existe ainda, o princípio da humanidade das penas. Nesse sentido, Maria João Antunes defende que:

a relevância penal de disposições e de princípios constitucionais vai além de disposições e princípios específicos em matéria penal. Há princípios jurídico constitucionais gerais dos quais derivam para o legislador penal proibições de incriminação. É disso exemplo, o princípio fundamental da igualdade.²⁸⁴

Refere ainda, Maria João Antunes que:

O Tribunal Constitucional português julgou inconstitucional a norma penal que incriminava actos homossexuais com adolescentes, constante do artigo 175º do Código Penal, na redacção anterior a 2007, por violação do princípio constitucional de igualdade, por não ser constitucionalmente tolerável uma incriminação violadora da proibição constitucional da discriminação em razão da natureza homossexual dos atos sexuais de relevo. Na redacção então vigente, aquele artigo do Código Penal (atos homossexuais com adolescentes) criminalizava o comportamento de quem sendo maior, praticar atos homossexuais de relevo, com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por estes praticados com outrem, punindo o agente com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. Por seu turno, o artigo 174º do mesmo Código (atos sexuais com adolescentes) criminalizava o comportamento de quem, sendo maior, tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, punindo o agente com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. No caso, o que importou considerar foi a circunstância de o primeiro tipo legal de crime ser preenchido ainda que não houvesse abuso da inexperiência do menor entre 14 e 16 anos, diferentemente do que sucedia com o de atos sexuais com adolescentes em que o tipo legal era preenchido somente quando houvesse por parte do agente abuso da inexperiência do adolescente.²⁸⁵

Em conformidade com o referido Acórdão do Tribunal Constitucional, (nºs 247/2005 e 351/2005), a norma violava o princípio da igualdade entre os cidadãos, sendo os homossexuais injustiçados.

²⁸³ *Ibidem*, pág.277.

²⁸⁴ ANTUNES, Maria João, ob.,cit., pág.27.

²⁸⁵ *Ibidem*, pág.27.

Será que existe ao nível do Código Penal moçambicano um preceito idêntico? E que tratamento foi dado para salvaguardar o princípio da igualdade? Dentro do ordenamento jurídico moçambicano não existe norma idêntica.

Ao nível do ordenamento jurídico-penal italiano, por exemplo, tem sido declarado inconstitucional qualquer forma de tratamento desigual ao dever de fidelidade conjugal. Maria João Antunes, sobre a questão e citando Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci mencionou que “o TC italiano declarou em Dezembro de 1968 e em Dezembro de 1969 a ilegitimidade constitucional de toda a disciplina do adultério e do concubinato, constante dos artigos 559º e 560º do CP por a mesma tutelar de forma desigual o dever de fidelidade conjugal”²⁸⁶.

Assim, pode-se constatar que os princípios de igualdade, o da proporcionalidade resultam do modelo de Estado de Direito Democrático com reflexos no Direito Penal moçambicano não obstante não constarem da Constituição da República de forma explícita.

Pelo que foi descrito resulta que existem na actualidade novos tipos legais de crime resultantes não só do fenómeno da globalização mas em resultado do novo modelo de Estado adoptado em Moçambique a partir da Constituição da República de 1990 e não só mas devido a interacção entre o Direito Penal e outras áreas do Direito. Nesse sentido, Maria João Antunes defende que:

Há, de facto, novas incriminações (e agravações) determinadas pela conexão do Direito Penal com novos direitos ou com novas perspectivas sobre direitos, (por exemplo, na área da violência doméstica e da violência do género, da utilização da informática e dos crimes sexuais contra adultos e crianças), pelo aperfeiçoamento da organização política e económica do Estado (por exemplo, no âmbito de condução em estado de embriagues ou sob a influencia de estupefacientes ou substancias psicotrópicas).²⁸⁷

A posição defendida por esta autora reforça a ideia da evolução do Direito Penal em qualquer sociedade provocando “novas incriminações” e isso ocorreu em Moçambique ditando a aprovação sucessiva de leis com penas gravosas como mais adiante iremos expor. Assim, a partir da aprovação da Constituição de 1975 adoptou-se um modelo de Estado de ditadura e foram aprovadas leis contendo vários tipos legais de crimes. Assim, a lei nº 1/79, de 11 de Janeiro com penas de prisão e multa a aplicar aos funcionários do Estado, das organizações democráticas de massas, das empresas estatais e intervencionadas pelo Estado e

²⁸⁶*Ibidem*, pág.28.

²⁸⁷ *Ibidem*, pág.33.

das cooperativas que tivessem desviado do destino legal ou dissipado em proveito próprio ou alheio bens ou fundos que estiveram em seu poder ou à sua guarda.

As penas previstas na lei nº 1/79 de 11 de Janeiro variavam entre prisão até um ano e multa até seis meses se excedesse 10 000,00 e não superior a 40 000,00, nos termos da alínea a) nº1 do artigo 1º e o máximo de prisão maior de 20 a 24 anos se exceder 1500 000,00 escudos, segundo a alínea g) do nº1 do artigo 1º.

Estava previsto o confisco de bens, o procedimento criminal não dependia da queixa do ofendido, a pena de prisão e multa não podia ser suspensa na sua execução e a pena de prisão não podia ser substituída por multa (nº 2 do artigo 1º, nºs 1,2,3 do artigo 2º). Tratou-se de uma lei de certa maneira eficaz e correctiva para a época anterior a 1990, visando reduzir a onda de desvio de fundos do Estado, das empresas estatais ou intervencionadas e das organizações democráticas existentes e das cooperativas.

A lei nº 8/82 de 23 de Junho foi aprovada para combater os crimes contra a saúde pública, as fraudes alimentares. Os crimes previstos na referida lei têm molduras penais que variam entre 5000,00 a 50 000,00 meticais, prisão de 2 a 8 anos e de 8 a 12 anos. Está prevista a apreensão de bens, não admitem qualquer tipo de liberdade, a pena de prisão e multa não pode ser suspensa na sua execução e não é permitida a substituição da pena de prisão por multa (artigos 12,14 da lei nº 8/82 de 23 de Junho).

O preâmbulo da referida lei estabelece que “a luta pela defesa da economia inspira-se na luta pela defesa das zonas libertadas contra as incursões inimigas que tinham como alvo as bases da FRELIMO e a devastação das machambas da população.

No período do governo de transição já esta luta se identificava claramente com a defesa da independência que se avizinhava. O Decreto-lei nº 16/75, de 13 de Fevereiro, marcaria o início da criação dos instrumentos políticos jurídicos adequados à defesa da economia e ao seu desenvolvimento, tendo sido através dele estabelecidas as condições para a implantação de um sector económico estatal dominante e determinante.”²⁸⁸

²⁸⁸ TRINDADE, João Carlos, Lei nº 9/87 de 19 de Setembro, *Colectânea de Legislação Penal Complementar*, 3ª edição revista e aumentada, Ministério da Justiça, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Maputo, 2008, pág.33.

A lei nº 10/87, de 19 de Setembro, veio a introduzir alterações a alguns preceitos do Código Penal, agravando as penas, visando garantir a prevenção e repressão dos crimes. O índice da criminalidade tendia a subir. O preâmbulo da referida lei estabelece que:

a acção criminosa e desestabilizadora dos inimigos do povo e da sociedade vem assumindo progressivamente novas e variadas formas, com o fim último de criar a instabilidade e o terror e pôr em perigo a ordem e a tranquilidade públicas. Torna-se assim necessário, introduzir medidas punitivas mais severas para os agentes de tais crimes, de forma a cada vez mais se garantir a correcta prevenção e repressão destas condutas criminosas.²⁸⁹

Na referida lei, há um agravamento geral das penas previstas nos artigos 178, a reunião armada, punível com a pena de 2 a 8 anos de prisão maior; o artigo 219, a falsificação de outros escritos e de elementos de identificação de quaisquer veículos a motor, com pena que varia entre prisão e multa e prisão maior de 2 a 8 anos e multa até um ano (nºs 1 e 2 do artigo 219); o artigo 236, o exercício ilícito de funções públicas ou de profissão titulada punível com penas que variam entre a demissão (§1º), prisão de 6 meses a 2 anos e multa correspondente (§2º) e prisão maior de 2 a 8 anos e multa até 1 ano, sem prejuízo das penas de falsidade se houver lugar; o artigo 253, armas proibidas, com penas que variam entre prisão até 6 meses e multa correspondente e pena de prisão maior de 8 a 12 anos, se pena mais grave não couber (corpo do preceito e §3º); o artigo 263, a associação para delinquir, punível com a pena de 8 a 12 anos de prisão maior.

A maior inovação está no §3º do nº2, ao prever a figura da atenuação extraordinária da pena ou da isenção da pena, caso “qualquer dos agentes do crime previsto no presente artigo voluntariamente desistir de participar no grupo, organização ou associação, revelar a sua existência as autoridades, afastar ou fazer diminuir o perigo por ela causado, ou por qualquer forma auxiliar concretamente, na identificação ou captura dos responsáveis.”²⁹⁰Foi assim, introduzido no sistema penal moçambicano a figura do agente arrependido com a possibilidade de beneficiar-se da atenuação extraordinária da pena ou da isenção da pena.

²⁸⁹ *Ibidem*, pág.40.

²⁹⁰ *Ibidem*, pag.41.

O artigo 363, o emprego e ameaças com armas de fogo ou de arremesso, punível com penas que variam entre prisão até 2 anos (nº2) e prisão maior de 2 a 8 anos (nº1); o artigo 434, roubo concorrendo com violação, cárcere privado e ofensas corporais com penas que variam entre 8 a 12 anos de prisão maior; o artigo 435, outras formas de roubo qualificado, foi agravada a pena, passando a ser a de prisão maior de 8 a 12 anos; o artigo 436, punição de participantes com penas que variam entre prisão maior não inferior a 10 anos e 20 a 24 anos de prisão maior (nº5 e 1, respectivamente).

A lei nº 17/87 de 21 de Dezembro, lei dos crimes militares surge, em conformidade com o seu preâmbulo para elevar a ética militar e a disciplina visando o cumprimento de deveres militares. A lei tem penas principais, a prisão de 30 dias até 2 anos, prisão de 2 a 8 anos, prisão de 8 a 12 anos, prisão de 12 a 24 anos e a pena de morte, executada por fuzilamento (artigo 20). E como penas acessórias estavam previstas a expulsão, a demissão, despromoção, confisco de bens a favor do Estado e a chicotada.

A pena de morte estava prevista para os crimes de cobardia (artigo 46) e crimes contra as regras humanitárias (artigo 83 e 84) e só era executada depois de confirmada pelo Tribunal Popular Supremo (artigo 108, nº 1).

A lei nº1/89, de 23 de Março veio actualizar os valores determinativos da moldura das penas de prisão e de multa previstos no Código Penal e na legislação penal avulsa. Assim, foram elevados ao décuplo os valores determinativos das molduras das penas de prisão e de multas previstos no Código Penal, exceptuando os artigos 63º e 421º do citado Código; dos previstos no artigo 14º nº1, alíneas a) a g) da lei nº 1/79, de 11 de Janeiro; no Decreto-Lei nº 420/70, de 3 de Setembro; do Código das Estradas e as alterações previstas no Decreto nº 33/77, de 6 de Agosto e de outra legislação criminal avulsa posta em vigor antes de 1 de Janeiro de 1987. A referida lei elevou ainda ao quádruplo os valores previstos no artigo 3º nº4 da lei nº8/82, de 23 de Junho e alterou a redacção do artigo 63º e 421º do Código Penal.

Com a aprovação da Constituição da República de 1990 há transformações na sociedade moçambicana. A pena de morte e da chicotada são abolidas assim como foi extinto o Tribunal Militar Revolucionário.

Assim, é aprovada a lei nº18/91 de 10 de Agosto que define os princípios que orientam o funcionamento da imprensa, prevendo no capítulo VII a responsabilidade civil e criminal, e a pena de prisão e multa.

A lei nº 19/91 de 16 de Agosto introduziu alterações a lei nº 2/79 de 1 de Março, sobre os crimes contra a segurança do Estado, com molduras penais que variam entre 3 meses a 2 anos de prisão e multa correspondente e 20 a 24 anos de prisão maior (artigo 3).

A lei nº 3/96, de 4 de Janeiro estabelece o quadro normativo básico do comércio de câmbios, prevendo no capítulo IV, as infracções cambiais, concretamente a contração e a fraude cambial com penas de multa e de prisão (artigos 15, 16).

A lei nº 3/97 de 13 de Março prevê e pune o tráfico e consumo de estupefacientes com penas que variam entre prisão e multa e 24 a 30 anos de prisão (artigos 42 e 45).

A lei nº 5/98, de 15 de Junho aprova o regime jurídico do cheque, prevendo no capítulo IV as transgressões puníveis com multas (artigo 14).

A lei nº 5/99, de 2 de Fevereiro, altera os valores das penas de multa e de prisão e multa previstos no Código Penal, concretamente, o artigo 421º do Código Penal que previa o crime de furto e o artigo 1º nº1 do Decreto-Lei 44939, de 27 de Março de 1963.

A lei nº 15/99, de 1 de Novembro que regula o estabelecimento e o exercício da actividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras (artigo 1), prevendo na secção III, as contrações puníveis com multa (artigo 107).

A lei nº 4/2001, de 27 de Fevereiro que aprova o regime jurídico dos direitos de autor e no capítulo II prevê infracções dos direitos patrimoniais e sanções. As penas previstas são a prisão e multa (artigo 65).

A lei nº 7/2002, de 5 de Fevereiro, prevê o regime jurídico da prevenção e repressão da utilização do sistema financeiro para a prática de actos de branqueamento de capitais, bens, produtos ou direitos provenientes de actividades criminosas com penas que variam entre multa, prisão simples e 8 a 12 anos de prisão maior (artigo 4, 34).

A lei nº8/2002 de 5 de Fevereiro altera os artigos 351º que prevê o homicídio qualificado, o artigo 365º que prevê as ofensas corporais qualificadas pela pessoa do ofendido,

o artigo 367º que prevê os maus tratos ou sobrecarga de menores e incapazes, o artigo 372º prevê a provocação constituída por corrupção de filha ou filho menores, artigo 405º prevê o lenocínio, o artigo 406º prevê a corrupção de menores, artigo 421º prevê o furto simples, o artigo 425º prevê o furto qualificado, o artigo 426º prevê a subtracção de veículos, peças, acessórios e outros objectos, o artigo 427º prevê o furto de uso, artigo 430º prevê o crime semi-público de furto, artigo 431º prevê os casos em que não tem lugar a acção criminal pelos crimes de furto. As penas variam entre multa, prisão até 1 ano e multa, 20 a 24 anos de prisão maior.

A lei nº 6/2004, de 17 de Junho, introduziu mecanismos complementares do combate à corrupção, puníveis com penas de prisão e multa.

A lei nº 8/2004, de 21 de Julho, aprova a lei das telecomunicações e revoga a lei nº 14/99 de 1 de Novembro. O capítulo X, prevê o regime sancionatório com sanções que variam entre multa, prisão, prisão maior de 2 a 8 anos (artigo 57 a 65).

A lei nº 9/2004, de 21 de Julho altera os artigos previstos na lei nº 15/99, de 1 de Novembro, lei das instituições de crédito e sociedades financeiras.

O Decreto nº 37/2004, de 8 de Setembro, aprova o Regulamento da lei nº 7/2002, de 5 de Fevereiro, sobre a prevenção e repressão da utilização do sistema financeiro para a prática de actos de branqueamento de capitais, bens, produtos ou direitos provenientes de actividades criminosas.

O Decreto nº 60/2004, de 8 de Dezembro actualizou os valores das multas previstas na lei nº 18/91, de 10 de Agosto, sobre a actividade de imprensa e os direitos e deveres de seus profissionais.

O Decreto nº 22/2005 de 22 de Junho que contém o regulamento da lei nº 6/2004, de 17 de Junho introduziu os mecanismos complementares de combate à corrupção.

Após a independência nacional e na sequência das alterações constitucionais de 1990 e 2004 que reclamavam uma reforma legal pois o Código Penal aprovado pelo Decreto de 16 de Setembro de 1886 mostrava-se obsoleto é aprovado o novo Código Penal através da lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro.

O Código Penal aprovado através da lei 35/2014 de 31 de Dezembro manteve as penas maiores que variavam entre 2 a 8 anos e 20 a 24 anos de prisão maior e introduziu as seguintes inovações:

- A introdução de medidas alternativas à pena de prisão, concretamente, a transacção penal e a suspensão provisória do processo (artigo 88).
- A introdução de penas alternativas à pena de prisão, concretamente, a prestação de trabalho socialmente útil, a prestação pecuniária ou em espécie, a perda de bens ou valores, a multa e a interdição temporária de direitos (artigo 89).
- Na parte especial, a previsão do crime de linchamento com penas que variavam entre prisão até 6 meses e prisão de 2 a 8 anos (artigo 159).
- A previsão dos crimes hediondos (artigo 160) puníveis com pena de prisão de 20 a 24 anos.
- A previsão de aborto não punível no artigo 168. Este artigo despenaliza o aborto efectuado por médico ou outro profissional de saúde habilitado para o efeito, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, desde que seja praticado nas primeiras 12 semanas de gravidez (nº5).

O artigo 168 nº1, alíneas a), b), c), d), e), f) condiciona a punição do aborto. O aborto só não é punível desde que seja efectuado por médico ou outro profissional de saúde habilitado, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida quando seja o único meio de evitar um perigo de morte ou lesão grave a saúde da mulher grávida e for realizado dentro das primeiras 12 semanas de gravidez, prever-se que o nascituro virá a sofrer de maneira incurável de uma doença grave ou má formação congénita e fôr efectuado nas primeiras 24 semanas de gravidez; o feto for inviável; for recomendável no caso de doenças crónico-degenerativas; a gravidez tenha resultado de crime de violação sexual ou relações de incesto e o aborto for praticado nas primeiras 16 semanas (artigo 168 nº1 alíneas a, f).

- A penalização dos maus tratos contra pessoas idosas, com prisão de 3 dias a 2 anos e multa correspondente (artigo 180).
- A escravidão punível com pena de prisão de 8 a 12 anos (artigo 196).

- O tráfico de pessoas punível com a pena de prisão maior de 16 a 20 anos (artigo 198).
- Desleixo em relação ao menor, punível com pena de multa (artigo 217).
- Actos sexuais com menores (artigo 220).
- Utilização de menores em pornografia, punível com pena de 2 a 8 anos (artigo 226).
- Assédio sexual, punível com pena de multa (artigo 224).
- Violência doméstica (artigos 245, 246, 247, 248).
- Coito com transmissão de doenças (artigo 249).
- Violência patrimonial (artigo 250).
- Violência social (artigo 251).
- Venda de terra (artigo 269).
- Fraude nas vendas (artigo 307).
- Crimes informáticos (artigos 316 a 323).
- Crimes relativos aos instrumentos de pagamento (artigo 326).
- Crimes contra o ambiente (artigos 349 a 357)

Outros preceitos incorporados no referido Código Penal foram retirados da legislação avulsa não sendo por isso uma inovação.

O Código Penal de 24 de Dezembro aprovado pela lei nº 24/2019 de 24 de Dezembro apresenta novidades. Na parte geral não existe o conceito de crime, como referido anteriormente, contrariamente ao Código de 2014 e o de 1886. O legislador optou por não fazê-lo.

O Código de 2019 prevê como penas não privativas da liberdade, a multa, a prestação de trabalho socialmente útil, nos artigos 71, 73 e 75.

O Código prevê a punição de pessoas colectivas e entidades equiparadas em Direito Penal com penas de dissolução ou de multa. A multa é fixada entre um mínimo de 3 dias e um máximo de 2 anos a taxa diária entre 1 a 5 salários mínimos. Se a multa não for paga dentro do prazo legal, não é convertida em prisão, procedendo-se a execução do património da pessoa colectiva ou entidade equiparada (artigo 87 nº1,2,3).

A multa pode ser paga em prestações, no prazo não superior a um ano, a pedido dos condenados, desde que o valor da multa seja superior a 50 salários mínimos e a situação económica e financeira dos condenados o justificar (artigo 88).

Como penas acessórias aplicáveis, o Código Penal prevê no artigo 90, as regras de conduta, a caução de boa conduta, a interdição temporária de exercício de certa actividade ou de contratar, a privação do direito de subsídios, subvenções ou incentivos públicos ou o encerramento de estabelecimentos.

Na parte especial, livro II, Título I, prevêem-se os crimes contra as pessoas, dos artigos 159 e seguintes. O novo Código inovou no artigo 161 ao prever o homicídio privilegiado. Comete este tipo legal de crime todo aquele que dolosamente, por compaixão, desespero, compaixão ou emoção violenta mata outra pessoa. A pena aplicável é de prisão até dois anos e multa.

Outra inovação consta do artigo 164 ao prever o incitamento, ajuda e propaganda ao suicídio. A pena aplicável é de dois a oito anos de prisão, sendo agravada caso a vítima seja menor de 16 anos, sendo punida com prisão de 8 a 12 anos.

A secção II prevê os crimes contra a vida intra-uterina. Não há grandes inovações pois o código revogado previa a interrupção de gravidez não punível, o que o legislador manteve no novo código.

A interrupção da gravidez não é punível quando for efectuada por um médico ou profissional de saúde habilitado para o efeito, com o consentimento da mulher grávida desde que o feto seja inviável, e se for efectuada nas primeiras 24 semanas de gravidez e prever-se que o nascituro virá sofrer de doença grave ou de má formação congénita, a gravidez tenha resultado de violação sexual, incesto e o aborto ocorra dentro das primeiras dezasseis semanas, ou efectuada por opção expressa da mulher nas primeiras 12 semanas de gravidez.

Esta última opção que constitui a alínea e) do artigo 168 do novo código tem sido discutível por se entender que constitui um atentado ao direito a vida de que o nascituro é titular.

Deixou de haver o crime de linchamento, conforme mencionamos anteriormente o qual no Código de 2014 estava previsto no artigo 159 e era punível com pena que variava

entre prisão até 6 meses e 2 a 8 anos de prisão se o agente tivesse agido como executor e tivesse resultado a morte da vítima.

Deixou de haver igualmente os crimes hediondos, anteriormente previstos no artigo 160 do Código de 2014 e puníveis com pena de prisão de 20 a 24 anos. O Código de 2019 procurou integrar alguns dos elementos do artigo 160 do código revogado, com a mesma pena de 20 a 24 anos de prisão, só que o referido preceito, artigo 160, parece-nos insuficiente e comporta lacunas.

Outra inovação está na secção II, artigos 211 e seguintes do Código de 2019 ao prever a pornografia de menores de forma relativamente detalhada e extensiva, assim como o crime de prostituição nos artigos 214, 215 e 216.

O Código de 2019 introduziu ainda as seguintes inovações:

No título I, capítulo VIII, secção V, os crimes contra a segurança das comunicações, a partir dos artigos 228 a 232, designadamente os crimes de captura ou desvio de aeronave, navio, comboio ou veículo de transporte colectivo de passageiros, punível com prisão de 8 a 12 anos (artigo 228); o atentado a segurança de transportes, por ar, água, caminho de ferro ou terra, punível com prisão de 2 a 8 anos (artigo 229); a condução sob a influência de álcool punível com prisão até 1 ano (artigo 230); condução perigosa de meio de transporte terrestre, com penas que variam entre prisão de 18 meses até 2 anos e 2 a 8 anos de prisão e multa até 1 ano (artigo 231); condução perigosa de meio de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro, punível com penas que variam entre prisão até 2 anos, 2 a 8 anos e 5 a 10 anos. (artigo 232).

No Título IV prevê os crimes contra a fé pública e no capítulo I, o crime de falsificação. O artigo 322 prevê a falsificação de documentos. O sujeito activo é qualquer pessoa. O sujeito passivo pode ser o Estado ou qualquer pessoa. O tipo subjectivo é o dolo. O tipo objectivo são as condutas previstas das alíneas a)-k). A pena aplicável é 1 a 2 anos de prisão e multa correspondente. É um tipo penal base onde constam as falsificações de todo o tipo de documentos. O crime do artigo 322 é um crime simples, o qual é agravado e qualificado no artigo 323, o qual constitui uma inovação. O crime é agravado pelo tipo de documento (documento autentico ou autenticado) e pela qualidade do agente (servidor público no exercício de funções). O interesse jurídico tutelado é a veracidade do documento como tal.

O artigo 325 prevê o uso de documento de identificação ou de viagem alheio. É diferente do artigo 545 e 546 do código revogado porque prevê unicamente o uso dos referidos documentos.

A Secção II prevê a falsificação de moeda, título de crédito e valores selados. O código trata da falsificação da moeda, a partir do artigo 326 ao 331. Não há inovações. Os conteúdos são idênticos aos do Código revogado. A diferença está na arrumação dos preceitos.

As molduras penais são idênticas a do código revogado, variando entre prisão até 1 ano (pena mínima) e 8 a 12 anos de prisão (pena máxima). O bem jurídico tutelado é o interesse geral na segurança e a credibilidade do tráfego monetário. O sujeito activo é qualquer pessoa, o sujeito passivo é o Estado.

O artigo 331 é uma inovação. Assim, são equiparados a moeda, os títulos de crédito (artigo 331, nº1, alínea a), os cartões de débito e de crédito (artigo 331, nº1, alínea b).

A Secção IV prevê a falsidade informática e crimes conexos. O artigo 336 prevê a falsidade informática. O sujeito activo é qualquer Pessoa. O sujeito passivo pode ser qualquer Pessoa. O tipo subjectivo é o dolo. A pena aplicável é de prisão de 1 a 5 anos e multa até 1 ano. O número 2 do referido artigo prevê o uso de documento informático falso. A pena aplicável é de prisão de 1 a 5 anos e multa até 1 ano.

O tipo objectivo é importar, distribuir, vender ou detiver para fins comerciais qualquer dispositivo que permita o acesso a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, através de falsificação nos termos do nº1 e 2 do artigo 336.

Outra inovação está no artigo 338 ao prever a interferência em sistemas. O tipo objectivo é entrar, impedir, interromper, perturbar gravemente o funcionamento de um sistema informático através da introdução, transmissão, deterioração, danificação, alteração, apagamento, impedimento do acesso ou supressão de programas ou outros dados informáticos. O sujeito activo é qualquer Pessoa. O sujeito passivo pode ser qualquer Pessoa. O tipo subjectivo é o dolo. A pena aplicável é prisão até 2 anos e multa até 1 ano.

O artigo 339 constitui uma inovação ao prever o uso abusivo de dispositivos. O sujeito activo é qualquer Pessoa. O sujeito passivo é qualquer Pessoa. O tipo subjectivo é o dolo. O tipo objectivo é ilegitimamente produzir, vender, distribuir, importar, disseminar,

introduzir num ou mais sistemas informático, dispositivos, programas ou dados informáticos destinados a produzir acções não autorizadas descritas no artigo 338.

O artigo 340 prevê a atenuação e dispensa da pena. Pode funcionar como atenuante geral o facto de não se ter feito uso do documento ou objecto e não ter resultado prejuízo desse uso. O Código prevê a dispensa de pena quando o agente que usou o documento ou objecto não sabia da falsidade.

O artigo 341 prevê a destruição dos instrumentos e perda dos objectos do crime.

O capítulo II prevê nomes, trajos, empregos e títulos supostos ou usurpados. O artigo 343, nº2, prevê o uso indevido de sinal, uniforme ou traje próprio de serviço público. A pena aplicável é prisão até 6 meses e multa correspondente.

O número 3 do referido preceito legal prevê a designação, sinal, uniforme ou traje privativo de pessoa que exerça autoridade pública. A pena aplicável é prisão até 1 ano e multa correspondente.

O Título V prevê os crimes contra a ordem e tranquilidade pública e no capítulo I preve a instigação pública ao crime, punível com multa até 2 anos, prisão de 1 a 3 anos e 1 a 5 anos (artigo 345); a apologia pública ao crime, punível com prisão até 6 meses (artigo 346); ameaça com prática de crime, abuso e simulação de sinais de perigo, punível com pena de prisão que varia entre 1 ano e multa e prisão até 2 anos e multa até 1 ano (artigo 347). A associação criminosa com penas que variam entre prisão de 1 a 8 anos e 8 a 12 anos (artigo 348).

O capítulo II secção I, preve a participação em motim armado (artigo 350); a desobediência a ordem de dispersão de reunião pública (artigo 351).

Ainda no Título V, capítulo I, a epígrafe é instigação pública e associação criminosa, diferentemente do que constava no Código Penal anterior que tinha como epígrafe “reuniões criminosas, sedição e assuada.”

No novo código deixou de existir os crimes de perturbação a ordem e tranquilidades públicas previstos no artigo 401, a reunião armada, prevista no artigo 402, a sedição prevista no artigo 403 e assuada prevista no artigo 404, todos do código revogado.

No capítulo III, prevê os crimes de descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público (artigo 355). Esta figura tem como tipo objectivo, o destruir, danificar, inutilizar, subtrair ao poder público documento, objecto móvel, coisa arrestada, apreendida ou objecto de providência cautelar. O sujeito activo é qualquer pessoa, sendo a pena aplicável a de prisão de 2 a 8 anos.

O Código prevê ainda o crime de quebra de marcas e de selos (artigo 356), cujo tipo objectivo consiste em abrir, romper ou inutilizar total ou parcialmente marcas ou selos. O tipo objectivo é o dolo e o sujeito activo pode ser qualquer pessoa. A norma do artigo 356 é diferente do artigo 409, nº5 do código revogado na medida em que a norma do artigo 409, nº5, do código revogado previa “o rompimento ou quebramento de selos postos por ordem do governo ou de autoridade judicial ou administrativa em papéis ou outros objectos pertencentes a algum indivíduo arguido de crime, a que corresponda pena maior.”

O artigo 357 prevê o arrancamento, destruição ou alteração de editais. O tipo objectivo é arrancar, destruir, danificar, alterar, impedir que se conheça edital afixado por servidor público competente. O tipo subjectivo é o dolo e a pena aplicável é de prisão até 1 ano e multa até 3 meses.

O capítulo IV prevê a tirada e fuga de presos e dos que não cumprem as suas condenações. Foram mantidos os preceitos do código revogado. A inovação está na eliminação do artigo 427 que previa a sujeição a vigilância policial.

O capítulo V prevê o acolhimento de malfeitores. Não há inovações. O Código condensou num único artigo, o artigo 363, os conteúdos dos artigos 429 (acolhimento ocasional de malfeitores), artigo 430 (acolhimento habitual de malfeitores), do código revogado.

O capítulo VI prevê a imigração ilegal. A única inovação são as penas aplicáveis que variam entre a prisão até 2 anos e 1 a 8 anos de prisão e multa até 1 ano, prisão de 2 a 8 anos para o crime de transporte previsto no artigo 366, se pena mais grave não couber.

O capítulo VII prevê as lotarias, convenções ilícitas sobre fundos públicos e abusos em casas de empréstimos sobre penhores. Não há inovações. Importa referir que foi eliminado o artigo 460 que previa o jogo como modo de vida, punível com prisão até 6 meses

e o artigo 464 que previa as autorizações pelo governo de lotarias e outros jogos destinados a beneficência ou a protecção das artes.

O Título VI prevê os crimes contra o Estado. O capítulo I prevê os crimes contra a segurança do Estado. O capítulo está subdividido em secção I e subsecção I. O código inovou ao prever os crimes de traição a pátria (artigo 374). É diferente do artigo 362 do código revogado o qual previa alta traição.

O artigo 374, alínea b), é uma inovação. É igualmente punido como traidor a pátria, todo aquele que ofender ou puser em perigo a independência do País. A pena aplicável é branda relativamente a prevista para o mesmo crime no código revogado (16 a 20 anos de prisão).

O artigo 375 prevê o serviço militar em forças armadas inimigas. O tipo objectivo é, tomar armas debaixo da bandeira de nação estrangeira contra Moçambique. O tipo subjectivo é o dolo. O sujeito activo é qualquer pessoa moçambicana. O sujeito passivo é o estado moçambicano. A pena aplicável varia entre 12 a 16 anos de prisão. A pena pode ser atenuada de modo especial se o agente estiver ao serviço do Estado inimigo com a autorização do governo. E o artigo 119 dá os termos de atenuação especial. O artigo 375, nº3 prevê a isenção da pena.

O artigo 376 prevê o crime de inteligências com o estrangeiro para provocar guerras. O tipo objectivo é, ter inteligências com governo de Estado estrangeiro, com partido, associação, instituição ou grupo estrangeiro ou com agente estrangeiro, provocar guerra ou acção armada contra Moçambique. O tipo subjectivo é o dolo. O sujeito activo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. A pena aplicável é de 16 a 20 anos de prisão ou 8 a 12 anos de prisão, se o efeito previsto com a acção não ocorrer.

O artigo 378 prevê campanha contra esforço de guerra. Esta norma constitui uma inovação porque difere da do artigo 370 do Código Penal revogado, a qual previa divulgação de afirmações falsas para perigar o bom nome e prestígio do Estado moçambicano, no estrangeiro.

O crime de campanha contra esforço de guerra previsto no artigo 378, é praticado com a intenção de impedir ou perturbar o esforço de guerra de Moçambique ou de auxiliar ou

fomentar operações inimigas. O sujeito activo é qualquer pessoa moçambicana, estrangeiro ou apátrida residente ou encontrando-se em Moçambique. O sujeito passivo é o Estado moçambicano. O tipo objectivo é fazer afirmações em tempo de guerra que sabe serem falsas ou grosseiramente deformadas; reproduzir publicamente, em tempo de guerra, afirmações que sabe serem falsas ou grosseiramente falsas para impedir ou perturbar os esforços de guerra. O tipo subjectivo é o dolo e a pena aplicável varia entre 2 a 8 anos de prisão.

O artigo 380 prevê o crime de violação de segredo de Estado. É mais abrangente e difere do conteúdo do artigo 374 do código revogado que previa a divulgação do segredo de Estado. O artigo 380 tem como sujeito activo qualquer pessoa, o sujeito passivo é o Estado moçambicano, tipo subjectivo é o dolo, o tipo objectivo é, transmitir, tornar acessível a pessoa não autorizada, tornar público facto ou documento, plano ou objecto que devem manter-se secretos. A pena aplicável varia entre prisão até 2 anos, 2 a 8 anos de prisão e 8 a 12 anos de prisão.

O Código prevê no artigo 381 o crime de espionagem. A inovação está no nº 2, ao agravar a pena daquele que ao praticar os factos descritos nas alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 381, violar dever especificamente imposto pelo estatuto da sua função, serviço ou missão conferida por autoridade competente. A pena aplicável é de prisão de 12 a 16 anos.

O artigo 382 prevê os meios de prova de interesse nacional. O sujeito activo é qualquer pessoa, o passivo é o Estado. O tipo objectivo é, falsificar, subtrair, destruir, inutilizar, fazer desaparecer, dissimular meio de prova sobre factos referentes a relações entre Moçambique e Estado estrangeiro ou organização internacional adequado a por em perigo direitos ou interesses nacionais. O tipo subjectivo é o dolo. A pena aplicável é prisão de 2 a 8 anos.

O artigo 383 prevê a infidelidade diplomática. A inovação está no nº2 do referido artigo, o qual pune ao agente diplomático que não der protecção a qualquer moçambicano em país estrangeiro em violação de leis estabelecidas para o efeito. As penas previstas para o crime do artigo 383, variam entre prisão até 2 anos e multa até 1 ano e prisão de 1 a 8 anos.

O artigo 384 prevê a usurpação de autoridade pública moçambicana. O sujeito activo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado moçambicano. O tipo objectivo é, exercer acto privativo de autoridade pública com usurpação de funções, a favor do Estado

estrangeiro ou agente deste Estado estrangeiro. É um crime de perigo abstracto. A pena aplicável é de 2 a 8 anos de prisão.

O artigo 389 prevê o crime de entrega ilícita de pessoa a entidade estrangeira. O crime deve ser cometido em território moçambicano. Pune-se os factos praticados que podem levar a entrega ilícita de pessoa a Estado estrangeiro, ou agente de Estado estrangeiro ou a qualquer entidade pública ou privada existente nesse Estado. E tais actos devem ser praticados por violência ou fraude. O tipo objectivo é, praticar por meio de violência ou fraude, factos conducentes a entrega ilícita de pessoa a Estado estrangeiro, agente deste Estado, entidade pública ou particular, existente nesse Estado. O tipo subjectivo é o dolo. O sujeito activo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

O artigo 390 prevê os crimes contra pessoa que goze de protecção internacional. É um crime que visa o cumprimento de obrigações internacionais. O sujeito activo é qualquer pessoa. O tipo objectivo é atentar contra a vida, a integridade física ou a liberdade da pessoa que goze de protecção internacional. Prevê a tentativa e a consumação do crime contra a vida, a integridade física e a liberdade das pessoas elencadas no referido preceito legal. Dos crimes contra a liberdade das pessoas merece referência o rapto, o sequestro, a escravidão, ameaça, coacção. O tipo subjectivo é o dolo e a pena aplicável é de 20 a 24 anos de prisão.

O Código prevê ainda como inovação no artigo 391, o crime de ultraje de símbolos estrangeiros. O sujeito activo é qualquer pessoa e o sujeito passivo é o Estado. O tipo objectivo é, injuriar bandeira oficial ou outro símbolo de soberania de Estado estrangeiro ou de organização internacional de que Moçambique seja membro, publicamente, por palavras, gestos, divulgação de escrito ou outro meio de comunicação com o público. A pena aplicável é de multa até dois anos.

Dos crimes contra a realização do Estado de Direito, o código inovou ao prever no artigo 392, o crime de alteração violenta do Estado de Direito o sujeito activo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. O tipo objectivo é tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido. A pena aplicável é de 12 a 16 anos de prisão ou 16 a 20 anos de prisão, se o facto descrito for praticado por violência armada (artigo 392, nº2.) Pode ter lugar a atenuação especial da pena se o agente render-se, entregar ou abandonar as armas.

O artigo 395 prevê o crime de ofensas corporais ou atentado contra a liberdade de certas entidades. A inovação está no número 2 do referido preceito legal, ao prever como vítimas da infracção, “outros agentes da autoridade pública, perito ou testemunha no exercício de respectivas funções.” A pena aplicável é a correspondente ao crime de ofensas corporais voluntárias, agravada de 1/3 nos limites mínimos e máximos.

O Código prevê ainda o crime de ultraje de símbolos nacionais, no artigo 397. O conteúdo do preceito corresponde ao artigo 388 do código revogado e difere na pena aplicável. A pena prevista no código anterior era mais branda, era a de prisão até seis meses. O novo código pune o crime com pena de prisão até um ano e multa correspondente. E nesse preceito estão referenciados alguns símbolos nacionais.

O artigo 398 prevê o crime de coacção contra órgãos públicos. O sujeito activo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. O tipo objectivo é impedir ou constranger o livre exercício das funções de órgão de soberania ou ministro por violência ou ameaça de violência. O tipo subjectivo é o dolo.

A pena aplicável é de 5 a 10 anos de prisão e 1 a 5 anos de prisão se os factos forem praticados contra os demais órgãos de poder público ou praticados em estabelecimento, solenidade, exame ou reunião pública.

O artigo 399 prevê o crime de perturbação do funcionamento de órgão público. O sujeito activo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. O tipo objectivo é perturbar ilegitimamente, o funcionamento de órgão de soberania ou ministro, com tumultos, desordens, vozearias. O tipo subjectivo é o dolo. A pena aplicável é prisão até 6 meses e multa correspondente, se os factos forem praticados contra os demais órgãos do poder público ou em estabelecimento, solenidade, exame ou reunião pública (artigo 399, alínea b); (artigo 398 n.º 2). A pena pode ser de prisão até 2 anos e multa correspondente, se os factos forem praticados contra órgãos de soberania ou ministro (artigo 399, alínea a); (artigo 398, n.º 1). Está prevista a isenção da pena se houver revelação voluntária às autoridades antes do começo da execução do crime previsto no capítulo I, ou a tempo de evitar as suas consequências (artigo 400, artigo 374 a 399).

O capítulo II prevê os crimes contra a realização da justiça. A Secção I prevê a simulação do crime, denúncia caluniosa, prevaricação, segredo de justiça e outros. O artigo 401

prevê a simulação do crime. É uma inovação. O sujeito activo da infracção é qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. O tipo objectivo consiste em denunciar crime, fazer criar suspeita da sua prática a autoridade competente, sabendo que o crime não se verificou.

O tipo subjectivo é o dolo. A pena aplicável é prisão até 1 ano e multa até 6 meses. Se o facto que se imputa for uma contravenção a pena aplicável é multa até 2 meses. O interesse tutelado é a correcta administração da justiça. Para a verificação do crime previsto no artigo 401, é necessário que a simulação seja adequada, capaz de levar ao início de diligências de prossecução criminal por parte das autoridades competentes.

A diferença entre o crime previsto no artigo 401, o qual prevê a simulação e o crime do artigo 402 que prevê a denúncia caluniosa é que no crime de simulação, o comportamento do agente é contra incertos enquanto que o da denúncia caluniosa dirige-se a pessoa determinada.

O artigo 402 prevê a denúncia caluniosa e é uma inovação. O código de 1886 previa a denúncia caluniosa no artigo 245 e não se exigia que a participação contra qualquer pessoa a autoridade pública fosse referente a um facto de natureza criminosa, sendo suficiente que o facto fosse ofensivo à consideração e ao bom nome da pessoa denunciada. O crime de denúncia caluniosa previsto no código de 1886 consumia o crime contra a honra, injúria ou difamação.

O crime de denúncia caluniosa previsto no artigo 402 não exige que a participação seja feita directamente à autoridade pública ou por escrito. A lei exige unicamente a denúncia perante a autoridade ou publicamente com a intenção de que contra a pessoa seja instaurado procedimento criminal. O sujeito activo da infracção é qualquer pessoa. O tipo subjectivo é o dolo. O tipo objectivo é denunciar ou lançar sobre determinada pessoa a suspeita da prática do crime para que se instaure procedimento criminal. A pena aplicável é de 2 a 8 anos e multa até 1 ano. A pena aplicável pode ser a de prisão até 1 ano se o comportamento do agente consistir na falsa imputação de contravenção.

A conduta do agente é agravada se do facto resultar privação da liberdade do ofendido. A pena aplicável é prisão de 4 a 8 anos (artigos 402, nº4). O bem jurídico tutelado é a correcta administração e a realização da justiça.

O artigo 403 prevê a falta de promoção de procedimento criminal. É equivalente ao artigo 480 do código revogado, diferindo na pena aplicável que é mais branda, sendo de prisão até 2 anos.

O artigo 404 que prevê a promoção dolosa do Ministério Público corresponde ao artigo 481 do código revogado. A diferença está na pena aplicável. O artigo 404 prevê a pena de prisão até 2 anos.

O artigo 405 prevê a violação do segredo de justiça. É diferente do artigo 483 do código revogado o qual previa a violação do segredo profissional. O sujeito activo é qualquer pessoa. O tipo subjectivo é o dolo. O tipo objectivo é ilegitimamente dar conhecimento no todo ou parte do teor do processo penal coberto por segredo de justiça.

O Código inovou igualmente ao prever o crime de falsidade de depoimento ou declarações previsto no artigo 406 cuja pena aplicável é prisão de 2 a 8 anos. O sujeito activo da infracção é qualquer pessoa e o sujeito passivo é o Estado. O tipo objectivo é fazer falsas declarações sobre factos relativamente os quais se deve depor. É igualmente punível o assistente, as partes civis que prestarem declarações falsas em processo penal, assim como o arguido sobre os seus antecedentes criminais e a sua identidade. Na mesma pena incorrerá o que prestar testemunho falso, o perito, o tradutor ou interprete que declarar factos falsos. É uma inovação relativamente ao código revogado.

O artigo 409 do novo código inovou ao prever o suborno de testemunha falsa. Todo aquele que prestar declarações falsas em processo penal por suborno, com dádivas ou promessas é punido com pena prevista nos artigos 406, 407, 408 mas agravada. A tentativa é punível e é declarado perdido a favor do Estado tudo o que foi recebido.

O artigo 414 inovou ao prever a atenuação especial e dispensa da pena. As penas previstas são atenuadas se “a falsidade disser respeito a circunstancias que não tinham significado essencial para a prova a que o depoimento, relatório, informação ou tradução se destinar” ou “o facto tiver sido praticado para evitar que o agente, o cônjuge ou pessoa com quem viva em situação análoga...se expusessem ao perigo de virem a ser sujeitos a pena ou medida de segurança.”

O capítulo III prevê o crime de corrupção e crimes conexos-artigo 425 a 449.A lei trata de forma separada o crime de corrupção no sector público. No código revogado o legislador não se referia aos crimes conexos.

A secção I trata do crime de corrupção no sector público. O artigo 425 prevê a corrupção passiva para acto ilícito. O servidor público é o sujeito activo da infracção e pratica o acto em violação aos seus deveres do cargo. E a inovação está em que os actos podem ser antecedentes ou subsequentes a solicitação ou aceitação. A solicitação ou aceitação pode ser depois da prática do acto. A pena aplicável é de prisão de 1 a 8 anos e multa até 2 anos.

O artigo 426 prevê o crime de corrupção passiva para acto lícito. O sujeito activo é o servidor público que ao praticar o facto não viola os deveres do seu cargo. Os actos podem ser antecedentes ou subsequentes a solicitação ou aceitação. A pena aplicável é de prisão de 1 a 5 anos e multa até 1 ano.

O artigo 428 constitui uma inovação ao prever o crime de enriquecimento ilícito. O sujeito activo é o servidor público. O privado não é punido por este crime. A pena aplicável é de prisão até 1 ano e multa correspondente se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal. Em caso de condenação o bem ganho ilegitimamente é declarado perdido a favor do Estado.

O artigo 432 prevê o crime de corrupção de magistrados e agentes de investigação criminal punível com prisão de 1 a 8 anos, pena branda relativamente a prevista no artigo 425.

O artigo 433 prevê o crime de corrupção de alfandegários e outros servidores públicos com uma pena branda relativamente a prevista no artigo 425 do código revogado.

No novo código deixou de existir o crime de desvio de aplicação e o artigo 437 prevê o crime de violação das normas do plano e orçamento que constava da lei nº 7/98.No crime de violação das normas de plano e orçamento é sujeito activo o servidor público, sendo sujeito passivo, o Estado.

A lei prevê no artigo 440, a pena acessória de expulsão do exercício do cargo ou função de todo o servidor público que for condenado a pena de prisão superior a 2 anos pela prática do crime de corrupção e crimes conexos.

A secção III prevê a corrupção no sector privado. Há uma autonomização relativamente a corrupção no sector público. O artigo 448 prevê a publicidade da decisão condenatória dos crimes de corrupção e crimes conexos, através dos meios de comunicação social, por um período superior a 30 dias, num local visível a todos, afixação de edital, sendo a publicidade custeada pelo condenado.

O artigo 449 prevê a atenuação especial e dispensa da pena e proíbe a aplicação de penas não privativas da liberdade, nos termos do artigo 69, alínea i).

A pena é especialmente atenuada se o agente da infracção, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar na descoberta da verdade material, através da recolha de provas ou a captura dos demais agentes do crime.

O agente da infracção pode ser dispensado da pena se antes da prática do crime, voluntariamente rejeitar a oferta ou promessa, devolver a vantagem ou o seu valor (artigo 449, alíneas a) e b).

Outros preceitos legais constavam de legislação avulsa e foram incorporados no Código Penal de 2019.

Dentro das inovações e na tentativa de se construir um Direito Penal moçambicano importa referir as grandes alterações introduzidas dentro do Direito Processual Penal através da lei nº 25/2019 de 26 de Dezembro.

Não obstante a falta de uma fundamentação das causas da reforma e dos princípios, há grandes inovações. O Código apresenta uma estrutura completamente diferente do Código revogado e que vigorou até 19 de Dezembro de 2020.

O código procura apresentar um modelo acusatório. Há diferenciação de funções no processo. O Juiz já não concentra as funções de investigar, acusar e julgar. O Serviço Nacional de Investigação Criminal tem a competência para investigar, o Ministério Público de acusar, ordenar o arquivamento e a suspensão provisória do processo.

O novo Código apresenta como princípios fundamentais: a exigência do devido processo legal, no artigo 1, sob a epígrafe “exigência de processo”. A celeridade processual e as garantias da defesa ao réu, no artigo 2, sob a epígrafe “celeridade processual e garantias de

defesa”. Neste preceito legal, o legislador no número 3 refere-se a não existência de audiência preliminar nos processos especiais.

O direito fundamental à presunção da inocência está consagrado no artigo 3 e segundo este princípio, o arguido é presuntivamente inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Está igualmente consagrado o princípio *in dubio pro reo*, segundo o qual na existência de dúvidas num processo, ela deve beneficiar ao réu.

Está igualmente consagrado a proibição de provas ilícitas, no artigo 4, cuja consequência da inobservância desse comando é a nulidade. O princípio do contraditório consta do artigo 5.

Outros princípios e garantias constam do referido código, como o direito da pessoa detida ser informada da razão da sua detenção e de seus direitos constitucionais e legais, no artigo 6, o direito da pessoa detida não ser obrigada a falar, salvo nos casos previstos na lei. É o direito ao silêncio que consta do artigo 6. Consta igualmente deste preceito legal, o direito da pessoa detida ter a sua família informada sobre a sua detenção e das razões da detenção.

A pessoa detida passa a ter o direito de identificar os responsáveis pela sua detenção. O artigo 7 prevê o direito à defesa. E consta do artigo 8 o dever de fundamentação das decisões proferidas no processo penal.

O princípio da legalidade consta dos artigos 134, 286 e 330. Segundo o referido princípio e no que se refere as nulidades devem estar expressamente previstas na lei e quando a lei não se refira a elas o acto é irregular. Trata-se de uma inovação. O dever de qualquer autoridade levantar auto de denúncia sempre que constate a ocorrência de um crime e a obrigação do Ministério Público acusar sempre que haja indícios suficientes da prática de um crime já constavam do código revogado.

O princípio da oficialidade consta do artigo 52 do referido código. E segundo o referido princípio o exercício da acção penal é tarefa do Estado, representado pelo Ministério Público que realiza a tarefa oficiosamente. As excepções estão previstas nos artigos 55, 56, 57 e 58, casos em que o procedimento criminal depende da queixa do ofendido.

Relacionado com o artigo 56 está o artigo 140, nº1, alínea a), que prevê a ilegitimidade do Ministério Público, como uma exceção, com as consequências previstas no artigo 144, nºs, 1,2,3,4.

O princípio do acusatório não está referido de forma explícita mas resulta da interpretação dos preceitos legais, concretamente os artigos 352 a 357, 385 e seguintes. Há divisões de tarefas no processo por parte dos aplicadores da lei.

O princípio da oportunidade consta do código e consiste na discricionariedade concedida ao Ministério Público para arquivar o processo nos termos dos artigos 324, 327 ou ordenar a suspensão provisória do processo nos termos do artigo 328 do referido código.

O código prevê o princípio da publicidade do processo penal a partir do despacho de pronúncia ou do despacho que designa dia para o julgamento, em conformidade com o disposto no artigo 96, o que implica a assistência pelo público dos actos processuais, a narração dos actos processuais e reprodução pelos meios de comunicação social, a possibilidade de consulta do auto e obtenção de cópias.

O princípio da verdade material resulta dos artigos 199, nº2, 200, 385, nº1 e 2, segundo os quais, o tribunal ordena a produção dos meios de prova para a descoberta da verdade material, ordena a junção da prova documental, e a audição de declarantes e testemunhas.

O princípio da livre apreciação da prova consta do artigo 157. A prova é apreciada segundo as regras de experiência e a livre convicção da entidade competente salvo se a lei dispuser o contrário. As exceções estão no artigo 198, o qual rege sobre a prova pericial e o artigo 204 que prevê o valor probatório dos documentos autênticos e autenticados.

O princípio da oralidade consta do artigo 106 do referido código e em conformidade com este preceito legal as declarações das partes ocorrem de forma oral.

A parte segunda, livro I, Título I a VI trata dos sujeitos do processo. É uma inovação pois o Código anterior não se referia de forma explícita aos sujeitos do processo. Assim, de acordo com o novo código são sujeitos do processo, o juiz, o juiz de instrução criminal com funções jurisdicionais, dirige a audiência preliminar e decide quanto a pronúncia.

O Ministério Público com as atribuições mais alargadas nomeadamente no que se refere a suspensão e arquivamento de processos (artigos 52 a 60).

O Código refere-se aos órgãos auxiliares, nos artigos 61 a 64, concretamente o Serviço Nacional de Investigação Criminal e a Polícia da República de Moçambique.

O Título IV refere-se ao suspeito e o arguido e a inovação consta do artigo 65, nº3 ao consagrar que as pessoas colectivas e equiparadas podem ser arguidos.

O Código inovou ao entrar em detalhes sobre a situação do suspeito e do arguido, deixando evidente a sua natureza humanizante e preocupada com a dignidade da pessoa humana.

O Código refere-se a constituição do arguido no artigo 66, sempre que, ocorra instrução contra pessoa determinada e esta prestar declarações perante a autoridade judiciária ou ao Serviço Nacional de Investigação Criminal.

Também ocorre a constituição de arguido quando deva ser aplicada uma medida de coação ou garantia patrimonial. Ou quando o suspeito for detido nos termos dos artigos 297 a 304 ou for levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e lhe for comunicado.

O Código prevê outros casos de constituição de arguido no artigo 67, se surgir fundada suspeita de cometimento de um crime por pessoa não constituída arguido, a pedido da pessoa sobre quem recaí a suspeita da prática de um crime e esteja a ser investigada.

O arguido tem direitos e deveres processuais que constam do artigo 69. Tem o direito de estar presente aos actos processuais, ser ouvido pelo juiz, não responder a perguntas feitas sobre os factos imputados e conteúdo das declarações, escolher defensor ou pedir que o juiz nomeie um, intervir no processo, oferecendo provas e requerendo diligências, ser informado sobre os direitos que lhe assistem e de recorrer nos termos da lei.

No que se refere a defesa o código prevê que o defensor pode ser constituído a qualquer altura do processo. Não há grandes inovações nesta matéria relativamente ao código revogado.

O Título V prevê a figura do assistente. E têm legitimidade para ser assistente, nos termos do artigo 76, o ofendido, maior de 16 anos, a pessoa cuja queixa ou acusação particular depender procedimento criminal, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, descendentes, adoptantes desde que não tenham participado no crime. E se o ofendido for incapaz o seu representante legal ou as pessoas indicadas na alínea c). E qualquer pessoa nos crimes indicados na alínea e), nos crimes de rapto, sequestro, pornografia, prostituição de menores, terrorismo, etc. Esta constitui uma inovação.

Em termos de oportunidade, o denunciante pode constituir-se assistente na denúncia (artigo 289, nº4), em qualquer altura do processo até 5 dias antes do início da audiência de julgamento (artigo 77).

O assistente tem a posição processual e atribuições previstas no artigo 78, concretamente, é colaborador do Ministério Público, intervém na instrução, na audiência preliminar e na audiência de julgamento, deduz acusação e interpõe recursos das decisões que o afectem. E é sempre representado por mandatário judicial, nos termos do artigo 79.

Havendo vários assistentes, são representados por um mandatário judicial excepto se haver entre os assistentes interesses incompatíveis e serem diferentes os crimes imputados ao arguido. Entretanto, cada pessoa não pode ter mais que um mandatário judicial.

O Título VI, a partir do artigo 80 a 94 refere-se a parte civil. O artigo 80 contém o princípio de adesão. O pedido de indemnização civil é deduzido no processo penal respectivo e pode ser deduzido em separado, em acção civil, nos termos da lei.

O pedido ocorre em separado, nos termos do artigo 81, se o processo não for acusado dentro de 8 meses ou estiver parado durante esse tempo, ocorrer o arquivamento do processo ou estar extinto o procedimento antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o procedimento criminal depender da queixa ou da acusação do particular, não serem conhecidos os danos até ao tempo da acusação, a sentença final não se ter pronunciado sobre o pedido da indemnização.

O lesado tem legitimidade para formular o pedido e deve ser representado por defensor. (artigos 82 e 85).

O Código visando a simplificação, organização e estruturação moderna prevê no Livro II, Título I as disposições gerais relativas aos actos processuais. A lei atribui as autoridades judiciárias e aos funcionários da justiça a competência para regular a disciplina e ordem dos actos processuais.

O juiz pode ordenar a detenção de qualquer prevaricador até a altura da sua intervenção e o Ministério Público ou autoridades policiais podem ordenar o levantamento do auto e requerer ao juiz a detenção para procedimento criminal (artigo 95).

Não se trata efectivamente de uma inovação porque o código revogado previa tais situações mas não de forma clara e sem atribuir competências as autoridades policiais.

O Código inovou ao prever a publicidade do processo e segredo de justiça no artigo 96. A partir do despacho de pronúncia ou do despacho que designa dia para o julgamento, o processo penal é público. Até essa fase, vigora o segredo de justiça que vincula aos participantes processuais e a qualquer pessoa que esteve em contacto com o processo.

O segredo de justiça veda a assistência aos actos processuais e o conhecimento do conteúdo do acto processual, a divulgação do acto processual. As excepções constam do nº 4 a 7 do artigo 96. Segundo o qual, a autoridade judiciária pode autorizar a emissão de certidão sobre o conteúdo do acto ou documento para constar de um outro processo penal ou para a reparação de um prejuízo causado.

A publicidade do processo implica a assistência pelo público dos actos processuais, a narração e reprodução dos actos processuais pelos meios de comunicação social. A audiência preliminar e de julgamento podem ser assistidos por qualquer pessoa com as excepções previstas nos números 2,3,4 do artigo 97, concretamente a pedido do Ministério Público, do defensor e do assistente (artigo 97, nº2)

A lei prevê a exclusão da publicidade sempre que se presume que possa ocorrer dano à dignidade das pessoas, à moral pública e ao normal desenvolvimento do acto processual.

Nos processos por crimes de tráfico de pessoas ou por crime sexual cuja vítima seja menor de 18 anos a lei manda excluir a publicidade. O juiz pode vedar a assistência do acto por menor de 18 anos ou de outra pessoa cujo comportamento comprometa a dignidade.

O legislador pretende com esta garantia processual da publicidade evitar decisões arbitrárias e parciais facilitadas pelo secretismo, visando garantir o princípio do processo legal já anteriormente mencionado e permitir a fiscalização da actividade jurisdicional pelo público em geral.

Através da divulgação dos actos pelos meios de comunicação social há uma aproximação do público ao poder judiciário. A lei, entretanto impõe limites para evitar abusos e imprecisões na matéria que se divulga.

Algumas constituições prevêm de forma explícita a garantia da publicidade dos actos processuais o que não acontece com a Constituição da República de Moçambique.

O novo Código de Processo Penal inspirado na realidade portuguesa veio a reconhecer a importância de tal garantia, prevendo-a de forma explícita e considerando nulos os actos processuais realizados sem publicidade.

A publicidade dos actos processuais é uma conquista liberal, surgiu no Estado liberal para garantir a participação da comunidade em questões de natureza pública, evitando julgamentos secretos e arbitrários.

Esta garantia consta de vários ordenamentos jurídicos e convenções internacionais. Alguma doutrina considera a garantia relacionada com o princípio de acesso à informação e do direito à informação.

A publicidade dos actos processuais tem sido dividida em duas categorias, a interna, direccionada às partes do processo e a externa que é direccionada a terceiros, alheia a relação jurídica.

A publicidade interna visa garantir o exercício do contraditório pelas partes, enquanto que a externa é para o cidadão exercer o controle dos actos praticados pelo judiciário.

A limitação legal do acesso de terceiros aos actos processuais por exemplo através do segredo de justiça visa preservar o interesse público sobre a publicidade e garantir a preservação da intimidade e vida privada das pessoas.

Segundo Helena Najjar “o primeiro escopo da publicidade é o de resguardar o jurisdicionado de toda a sorte de abusos perpetrados no exercício da função jurisdicional, tais

como a parcialidade dos juizes, a corrupção, a utilização da tortura como meio de prova, a exigência de pagamentos de custas em valores exagerados, a proposital demora no cumprimento de actos processuais, a duração propositalmente excessiva do processo, etc.”²⁹¹

O Ministério Público face a publicidade dos actos processuais, actua de forma independente e livre de influências externas. A garantia da publicidade pressupõe a existência do princípio do devido processo legal, segundo o qual, ninguém é privado da sua liberdade e bens sem que exista um processo legal desenvolvido em obediência a lei e de forma imparcial.

Através da garantia da publicidade o público participa na administração da justiça e efectua o seu controle de forma crítica, fiscalizando-o.

O legislador moçambicano ao prever a garantia da publicidade procura proteger as partes contra decisões arbitrárias, parciais e proceder a fiscalização da actividade judiciária.

Através da divulgação dos actos processuais pelos órgãos de comunicação social, um grande número de pessoas é atingido, ficando com o conhecimento dos actos processuais. A vantagem da publicitação dos actos processuais reside não só no poder de fiscalização da actividade jurisdicional como foi anteriormente mencionado mas a sociedade em geral fica com acesso a informação sobre os processos de interesse público e com impacto na sociedade.

Os meios de comunicação social através da publicidade dos actos processuais realizam a sua tarefa de informar ao público em geral assim como educar e permitir o debate sobre assuntos essenciais da sociedade.

Entretanto, essa função de informar por parte dos meios de comunicação social não pode conduzir a usurpação da função de julgar que é da competência exclusiva do poder judicial. Deve haver o cuidado de não serem divulgados factos falsos e que não traduzam a realidade processual.

Alguma doutrina defende a observância da regra de objectividade, a qual deve constar da lei ou regulamentos. E segundo Helena Najjar,“ a objectividade pode ser definida como a qualidade, o carácter ou a condição do que é objectivo, que dá uma representação fiel

²⁹¹ ABDO, Helena Najjar, *A Garantia da publicidade do processo e a divulgação de atos processuais pela mídia: Limites e precauções atinentes ao processo civil*, pág.2904, in c:/user/Desktop/Helena Najjar-Abdo.pdf.

de um objecto. Em outras palavras, a objectividade também pode corresponder à imparcialidade, à isenção, à ausência de preferências, sentimentos, opiniões pessoais, interesses e preconceitos.”²⁹²

O que se pretende é que a mensagem veiculada seja verdadeira, fiel, clara e transmitir-se um sentido real do que se discute dentro dos tribunais. A falta de objectividade pode comprometer a imparcialidade e a independência do poder judiciário.

O Livro III refere-se a prova. O Título I contém as disposições gerais. E são objecto de prova nos termos do artigo 155, “os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou a não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis.”

No caso da existência de uma indemnização civil são relevantes os factos para a determinação da responsabilidade civil.

Nos termos do novo Código e não se trata de uma inovação, são permitidas as provas que não sejam vedadas por lei. A utilização de provas proibidas por lei tem como consequência a nulidade.

Assim, não podem ser utilizadas as provas obtidas por meio de maus tratos físicos e morais, ofensas corporais, hipnose ou através de métodos fraudulentos e enganosos. São nulas as provas obtidas através do uso da força, fora dos limites admitidos por lei, ameaças e promessas de vantagens ilegais.

A lei prevê que as provas que constituam objecto de crime podem ser utilizadas no processo instaurado contra os que infringiram a lei para a recolha de prova (artigo 156, nº5).

O Código neste título inovou ao consagrar no artigo 157, o princípio da livre apreciação da prova. A prova é apreciada em conformidade com as regras da experiência e da livre convicção da entidade competente.

E o artigo 158 dá o conceito de indícios suficientes. É uma inovação relevante pois afasta as dúvidas e auxilia aos aplicadores da lei evitando juízos arbitrários. O referido preceito legal estabelece que “ consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar

²⁹² ABDO, Helena Najjar, ob.,cit., pág.2908.

uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança.”

Pode haver a dificuldade de se encontrar o sentido da expressão “possibilidade razoável”.

O Título II prevê os meios de prova e o capítulo II a prova testemunhal. A lei fixa o objecto e os limites dos depoimentos das testemunhas. A testemunha só pode depôr sobre factos de que tenha o conhecimento directo e que sejam objecto de prova nos termos do artigo 155, citado.

E sobre os factos relativos a personalidade e carácter do arguido, a testemunha só é perguntada sobre factos essenciais a prova dos elementos constitutivos do crime para a determinação da culpa ou para conduzir a aplicação de medida de coacção ou de garantia patrimonial (artigo 159, nº2)

As declarações das testemunhas sobre factos que ouviu dizer não podem ser valoradas como provas, salvo se as pessoas determinadas não forem encontradas, tiverem morrido ou sofrerem de anomalia psíquica.

A lei permite que o juiz possa chamar para prestar depoimentos as pessoas determinadas de que a testemunha obteve a informação. Se a testemunha recusar-se a fornecer a identificação da pessoa de quem ouviu dizer ou obteve a informação, logo, o que disse não pode ser objecto de prova.

As vozes e rumores públicos não são admitidos como meio de prova. As convicções pessoais sobre factos são permitidos por lei “quando for impossível cindi-la do depoimento sobre factos concretos, quando tiver lugar em função de qualquer ciência, técnica ou arte, quando ocorrer no estágio de determinação da sanção.”Artigo 161, nº2, alíneas a), b), c).

O Código inovou ao prever no artigo 164, os direitos gerais das testemunhas. Assim, a testemunha tem o direito de não responder as perguntas que podem levá-la a responsabilidade criminal.

A testemunha tem o direito de ser tratada com o respeito e considerações devidas, apresentar documentos ou outros meios de prova que possam sustentar os seus depoimentos e ser compensada das despesas feitas para depor.

A lei prevê no artigo 164, o direito da testemunha ser protegida de ameaças, pressões, intimidações nos crimes de violência ou criminalidade organizada.

O Código inovou ao permitir que a testemunha dite para a acta os seus depoimentos. É uma garantia processual que visa evitar a distorção dos factos relatados (artigo 165).

As declarações do arguido estão previstas no artigo 174 e são objecto de prova. É uma inovação. Entretanto, o arguido não presta juramento, é interrogado sentado e livre de algemas.

O artigo 177 apresenta inovações de certa forma discutíveis dadas as competências atribuídas ao Ministério Público e que constam da Constituição da República. Nos termos do referido preceito legal:

O Ministério Público pode, no caso em que a detenção for ordenada por pessoa diversa da autoridade judiciária, ouvir, sem sujeição a formalidade especiais, o arguido se não for antes interrogado pelo juiz de instrução criminal em acto seguido a detenção, para controlo da legalidade da sua detenção.

É uma excepção a regra estatuída no artigo 175 e 176 do novo código, segundo o qual “o arguido detido que não deva ser de imediato julgado é interrogado pelo juiz de instrução, no prazo máximo de 48 horas após a detenção.”

Os interrogatórios subsequentes do arguido são efectuados pelo Ministério Público, na fase de instrução, e pelo juiz na audiência preliminar e julgamento (artigo 178).

As partes civis e o assistente também prestam declarações, não sujeitas a juramento, entretanto tem o dever da verdade sendo responsabilizados criminalmente pela violação.

A lei prevê e detalha a forma como é recolhida a prova por acareação. Podem ser acareados os arguidos entre eles, os arguidos e as testemunhas, e o assistente e entre eles sempre que ocorram contradições entre os seus depoimentos (artigo 180).

A prova por reconhecimento deve observar o disposto no artigo 181 do código de processo penal sob pena de não ser valorada.

A lei permite o reconhecimento de objectos relacionados com a infracção praticada e ainda a pluralidade de reconhecimento, isto é, o reconhecimento efectuado por várias pessoas. Esta é uma inovação pois o código revogado não tinha normas idênticas.

O Código inovou ao prever a perícia sobre a personalidade. O artigo 194 prevê a perícia sobre a personalidade para a avaliação da personalidade e perigosidade do arguido e pode ser determinante na decisão do juiz sobre a revogação da prisão preventiva, a avaliação da culpa do arguido e a aplicação da pena.

No que se refere a prova documental, o novo código de processo penal inovou ao vedar a junção de documentos anónimos salvo se forem objecto do crime. Os documentos podem ser juntos ao processo até ao encerramento da audiência de julgamento (artigo 200).

O novo código prevê de forma clara e detalhada os meios de obtenção da prova. O capítulo I refere-se aos exames, os quais podem incidir sobre pessoas, lugares, coisas e são efectuados pela autoridade judiciária ou pelas autoridades policiais.

Os exames são efectuados respeitando-se a dignidade e o pudor da pessoa visada.

A lei prevê a realização de revistas, buscas e apreensões o que não constitui uma inovação, a excepção do que consta do artigo 212, o qual atribui competência ao Ministério Público para ordenar buscas domiciliárias a serem efectivadas pela polícia criminal.

A busca em casa habitada ou dependência fechada pode ser ordenada pelo juiz e deve ser efectivada entre às 7 e 19 horas.

O capítulo IV prevê outros meios especiais de prova, concretamente, as escutas telefónicas (artigo 222 a 225) e as acções encobertas (artigo 226 a 231). A inovação refere-se as escutas telefónicas pois as acções encobertas já constavam da lei que prevê e pune o tráfico de drogas e substâncias estupefacientes.

As escutas telefónicas são ordenadas pelo juiz quando haja fundamentos que levem a considerar a diligência relevante para a descoberta da verdade material.

É permitida a escuta telefónica nos crimes puníveis com pena de prisão superior a 3 anos, nos crimes de tráfico de drogas, contrabando, injúrias e ameaças, tráfico de pessoas, raptos, corrupção, terrorismo, criminalidade violenta, associação criminosa, crimes contra o ambiente, a falsificação da moeda (artigo 222).

Não é permitida a escuta telefónica de conversações entre o arguido e o seu advogado salvo se houver fundamentos que levem a concluir estar-se perante um objecto ou elemento do crime.

A falta de observância do disposto nos artigos 222, 223 do Código de Processo Penal, constitui nulidade (artigo 224).

As acções encobertas consistem na ocultação da qualidade e identidade e são levadas a cabo por funcionários do serviço nacional de investigação criminal ou outras pessoas e são admissíveis nos crimes de homicídio voluntário, tráfico de viaturas, tráfico de pessoas e órgãos, terrorismo, atentados a segurança de transportes, associação de criminosos, corrupção, branqueamento de capitais, contrafacção de moedas e crimes referentes a valores mobiliários (artigo 227).

A acção encoberta na fase de instrução é autorizada pelo Ministério Público e comunicada ao juiz de instrução e caso o juiz não recuse a medida no prazo de 72 horas, a mesma é considerada válida (artigo 228).

O agente encoberto pode comparecer para depor em julgamento e nesse caso a publicidade é restringida nos termos do artigo 97, n.º2.

O agente encoberto actua sob identidade fictícia atribuída por despacho do Ministro do Interior e é válida por seis meses, prorrogáveis por igual período de tempo. A identidade fictícia é secreta e o despacho que a atribui deve fazer referencia a verdadeira identidade.

O Livro IV prevê as medidas de coacção e de garantia patrimonial, as quais obedecem ao princípio da legalidade, de adequação e proporcionalidade. A inovação está no artigo 242 o qual prevê a obrigação de permanência na habitação.

A medida é imposta nos crimes puníveis com pena de prisão superior a 2 anos e para efeitos de fiscalização podem ser utilizados meios de controlo a distancia como é o caso da pulseira electrónica.

O Código visando a simplificação dos procedimentos, inovou ao introduzir duas formas de processo, o processo comum e especial. O processo comum é aplicável aos casos a que não corresponde o processo especial (artigo 305).

São processos especiais, o processo sumário, o sumaríssimo, o processo por difamação, calúnias e injúrias e o processo de transgressões (artigo 306).

Nas formas de processo especial não há lugar a audiência preliminar (artigo 332).

O Livro VII refere-se a tramitação do processo comum em primeira instância (artigos 307 a 356) e o Livro IX trata dos processos especiais (artigo 420 a 450).

O processo comum tem uma instrução dirigida pelo Ministério Público (artigo 308 a 312).A instrução obedece os prazos previstos no artigo 323.Pode ocorrer, durante a instrução o arquivamento e a suspensão provisória do processo (artigo 327 a 328).

O Ministério Público nesta forma de processo deduz a acusação no prazo de 8 dias, se para isso tiver legitimidade (artigo 330).

Nesta forma de processo pode ter lugar a audiência preliminar dirigida pelo juiz de instrução criminal (artigo 332).A audiência preliminar pode ser requerida no prazo de 8 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento e pode ser requerida pelo arguido ou pelo assistente (artigo 333).

Nos termos do artigo 335 a audiência preliminar é constituída por actos desenvolvidos por decisão do juiz de instrução criminal e do debate preliminar, oral, contraditório e nele podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e seu representante.

O debate preliminar rege-se pelo disposto nos artigos 343 e seguintes do Código. O debate preliminar tem como finalidade discutir, sob a direcção do juiz de instrução, a existência de indícios suficientes para submeter o arguido a julgamento (artigo 344).

Após o encerramento do debate preliminar o juiz de instrução profere o despacho de pronúncia ou de não pronúncia (artigo 353, 354). O juiz ordena o encerramento da audiência preliminar no prazo máximo de 2 meses, se houver arguidos presos e de 4 meses caso não haja arguidos presos (artigo 352).

A decisão preliminar pronuncia o arguido por factos constantes da acusação e determina a condução dos autos para o julgamento (artigo 356).

O processo sumário tem lugar quando haja detidos em flagrante delito por crime punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a 5 anos e o julgamento iniciar no prazo máximo de 48 horas ou até 5 dias após a sua detenção (artigo 420).

São igualmente julgados em processo sumário os autores de contravenções puníveis com pena de prisão e detidos em flagrante delito (artigo 420, nº2). O nº3 do mesmo preceito legal abre a possibilidade do arguido ser julgado na forma de processo comum se o Ministério Público entender que os prazos de julgamento em processo sumário não serão respeitados.

O artigo 429 prevê a possibilidade de reenvio do processo para a forma comum no caso do tribunal entender estar-se perante a inadmissibilidade legal, a complexidade da causa ou a necessidade de realização de diligência de provas que não seriam realizadas no prazo máximo de 5 dias após a detenção.

Na forma de processo sumário só pode recorrer-se da sentença ou do despacho que puser termo ao processo (artigo 430).

O processo sumaríssimo tem lugar nos termos do artigo 431 e seguintes quando o arguido tenha cometido um crime punível com pena de prisão não superior a 1 ano, mesmo que seja aplicável a multa, e o procedimento criminal não depender de acusação particular.

O Tribunal uma vez autuada a participação do Ministério Público designa o julgamento dentro de 15 dias seguintes (artigo 433). É admissível nessa forma de processo o arquivamento por dispensa da pena e a suspensão provisória do processo nos termos dos artigos 327, 328, por força do artigo 435, o que constitui uma relevante inovação.

Não é obrigatória a presença do arguido na audiência de julgamento, o qual pode fazer-se representar por defensor.

Na audiência de julgamento, o juiz informa ao arguido sobre os factos que lhe são imputados, a pena aplicável, indemnização civil, imposto de justiça e custas e caso aceite os factos e as sanções impostas sem reserva, profere em seguida despacho de concordância que vale como sentença condenatória e transita logo em julgado (artigo 434).

Caso o arguido não aceite ou aceite parcialmente, o julgamento segue para a fase de produção da prova com a redução ao mínimo dos actos e termos do processo (artigo 434).

O processo por difamação, calúnias e injúrias segue a forma de processo comum e não apresenta inovações relativamente ao código revogado.

O processo de transgressões é observado quando se está perante contravenções punidas com multa ou pena de prisão e multa, as transgressões a regulamentos, editais, posturas ou a quaisquer disposições (artigo 441).

Os actos e termos do processo são reduzidos ao mínimo indispensável para o conhecimento e decisão da causa (artigo 443). Não é obrigatória a constituição de arguido. A nomeação do defensor ocorre quando requerida pelo arguido. Não é permitida a intervenção de assistente e nem das partes civis. (artigo 443). Não é permitido o arquivamento ou a suspensão do processo (artigo 450).

O Livro X refere-se aos recursos. Como principais inovações, o Código autonomizou o regime de recursos salvo a excepção prevista no artigo 464, segundo o qual, “em tudo quanto não estiver especialmente previsto neste livro, o processamento de recursos obedece as regras do agravo em matéria civil.”

O artigo 485 contém uma inovação ao prever que “das decisões proferidas pelos tribunais judiciais de distrito e da província cabe recurso para o Tribunal Superior de Recurso.” Assim, os tribunais judiciais de província deixam de ter competência para decidir recursos.

O artigo 463 contém outra inovação que consiste no alargamento da proibição de *reformatio in pejus*. O Tribunal não pode, interposto recurso ordinário de uma sentença ou

acórdão, em prejuízo de qualquer arguido, aplicar pena que, pela espécie ou pela medida, deva considerar-se a mais grave do que a que resulta da decisão recorrida.

O Tribunal não pode revogar a suspensão da pena ou da sua substituição por pena menos grave. Não pode igualmente, aplicar qualquer pena acessória que não conste da decisão recorrida, fora dos casos previstos na lei. O Tribunal não pode modificar a pena aplicada pela decisão recorrida.

Entretanto, esta proibição não ocorre no que refere à agravação da pena de multa caso tenha melhorado de forma sensível a situação económica e financeira do arguido e à aplicação de medida de segurança se o tribunal superior entender ser aplicável (artigo 463, nº2, alíneas a) e b).

Em termos gerais, e no que refere aos recursos importa referir que o código consagra como princípio geral a possibilidade de se recorrer de qualquer decisão proferida em processo penal desde que não haja impedimento legal (artigo 451).

Os casos limitados por lei constam do artigo 452, não sendo recorríveis, os despachos de mero expediente, as decisões sobre polícia de audiência salvo as que apliquem sanções, as decisões que ordenam actos dependentes da livre resolução do tribunal, de acórdãos proferidos em recurso pelos tribunais superiores que não ponham termo a causa.

Não são recorríveis os acórdãos absolutórios proferidos em recurso pelos tribunais superiores que confirmam decisão de primeira instância, o despacho que tiver pronunciado o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, excepto o disposto no nº2 do artigo 356.

A lei veda igualmente o recurso de despachos que marcam dia para a audiência preliminar ou a audiência de julgamento, as decisões que assentem em autos não documentados quando admissíveis, as decisões proferidas em processo especial, salvo tratando-se de decisão que põe termo ao processo e nos demais casos previstos na lei.

Tem legitimidade para recorrer todo aquele que tem interesse em agir, o Ministério Público, o arguido, o assistente, a parte civil e o que foi condenado por infracções as disposições do código.

O Ministério Público recorre obrigatoriamente de todas as decisões que imponham pena de prisão igual ou superior a 10 anos (artigo 454).

O prazo para a interposição de recurso é de 20 dias para o processo comum e 8 dias para o processo especial (artigo 466).

O artigo 488 contém uma inovação ao prever a renovação da prova. Quando o tribunal deva conhecer de facto e de direito a lei permite a renovação da prova se ocorrerem vícios referidos no nº2 do artigo 465 e haver razões para crer que se irá evitar o reenvio do processo.

A renovação da prova ocorre em audiência e o arguido é sempre convocado para a audiência e a sua falta não dá lugar ao adiamento.

O Código de processo penal ao introduzir inovações tende a viabilizar a aplicação do código penal e concretização dos princípios constitucionais. É possível assim, a efectivação de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

A intervenção dos sujeitos do processo está regulamentada de forma clara e precisa com os limites definidos que permitem decifrar a estrutura do Direito Processual moçambicano.

As competências estão definidas e os impedimentos, suspeições e escusas constituem a garantia de uma actuação imparcial da autoridade judiciária e dos órgãos auxiliares, o serviço nacional de investigação criminal.

A constituição do suspeito, arguido obedece aos princípios da legalidade com direitos e deveres processuais em obediência ao previsto na Constituição da República e nas Convenções Internacionais sobre a matéria.

A defesa em processo penal está garantida e a lei detalha as situações em que é obrigatória. Os actos processuais decorrem em obediência ao princípio da publicidade, do segredo de justiça, da oralidade, celeridade, legalidade e com observância dos prazos definidos por lei.

As nulidades e irregularidades são as previstas no código.

Uma outra grande inovação dentro do sistema penal moçambicano ocorreu com a aprovação da lei de execução de penas, lei nº 26/2019 de 27 de Dezembro.

O âmbito de aplicação do código é a execução das penas privativas e não privativas de liberdade e medidas de segurança no sistema penitenciário, nos locais destinados ao internamento de inimputáveis e reclusos doentes em fase terminal.

O Código regula a execução da detenção e estabelece a organização e funcionamento do sistema prisional e garante a execução das decisões judiciais.

A lei é interpretada em conformidade com a legislação vigente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do homem e dos povos e instrumentos internacionais relativos à execução das penas e medidas de segurança.

A lei refere-se aos dois princípios gerais que orientam a execução das penas e das medidas criminais, nomeadamente o princípio da execução individualizada (artigo 4), o princípio da dignidade humana (artigo 5), o princípio da responsabilização do recluso ou condenado (artigo 6), o princípio da imparcialidade e objetividade (artigo 7), o princípio da não discriminação (artigo 8).

Há outros princípios orientadores especiais previstos no artigo 9 que se referem aos jovens até os 21 anos de idade, segundo o qual deve-se favorecer a reinserção social e fomentar o sentido de responsabilidade, com programas direccionadas a área do ensino.

No que se refere aos maiores de 60 anos deve-se respeitar as suas necessidades específicas e do seu estado de saúde e autonomia.

A execução de penas aplicadas a mulheres deve atender as questões de saúde, higiene, protecção da maternidade e educação parental.

Aos reclusos estrangeiros deve ser garantida a possibilidade de contactos com entidades consulares e diplomáticas ou organizações de apoio a imigrantes.

O Título VII prevê a organização do ensino, formação profissional, trabalho, programas e actividades -artigo 46 a 69.

Nos estabelecimentos penitenciários o ensino deve estar organizado em conformidade com os programas e conteúdos aprovados pelo Ministério da Educação. Os docentes dos referidos estabelecimentos são contratados pelo Ministério da Educação e quando o Ministério não tenha a capacidade para garantir o ensino, o serviço penitenciário pode recorrer ao pessoal penitenciário devidamente habilitado (artigo 46, nº3).

O estabelecimento penitenciário pode estabelecer protocolos com vários Ministérios para garantir a ordem e segurança. Os cidadãos em liberdade podem ter acesso ao ensino ministrado dentro dos estabelecimentos penitenciários.

A escolaridade obrigatória é garantida aos reclusos de idade não superior a 21 anos e que não tenham grau de ensino (artigo 47). O Código prevê a emissão de certificados de habilitações e diplomas a favor dos reclusos sem que conste a sua situação prisional (artigo 48).

O capítulo II prevê a formação profissional e o trabalho penitenciário.

As acções de formação devem ter em consideração a idade do recluso, concretamente os menores de 21 anos.

A lei em termos de escolha e organização das acções de formação, manda privilegiar as áreas de maior procura no mercado de trabalho e tomar em consideração as aptidões do recluso alvo das formações (artigo 49).

A formação pode ser assegurada pelos funcionários dos serviços penitenciários habilitados para o efeito, e pode ser por entidades públicas qualificadas para desenvolver actividades de formação dentro dos estabelecimentos penitenciários.

Os programas de formação são concebidos com uma visão futura, para permitir que o recluso transferido ou após o cumprimento da pena possa dar prosseguimento a sua formação (artigo 50).

O Código prevê o trabalho penitenciário. Assim no artigo 51 constam as regras gerais em que se baseia o trabalho penitenciário. O recluso tem o direito a uma prestação equitativa pelo trabalho prestado.

A execução do trabalho deve orientar-se pelas regras de segurança, higiene e saúde garantidos aos demais cidadãos que se encontram em liberdade e o direito a protecção em casos de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

O trabalho penitenciário é todo aquele que está descrito no código e ainda o trabalho desenvolvido dentro do estabelecimento penitenciário, unidades de produção, tarefas ocasionais desenvolvidas no interesse do estabelecimento prisional, o trabalho desenvolvido no resultado da celebração de contrato de trabalho com entidades públicas ou privadas e o trabalho em centros abertos ou entidades de produção (artigo 52).

O código ao especificar em que consiste o trabalho penitenciário visa a protecção do próprio recluso em termos de segurança pessoal. O condenado que já tenha cumprido 1/3 da pena pode prestar trabalho remunerado sob proposta do Director do Estabelecimento Penitenciário mediante um contrato de trabalho celebrado entre a direcção do estabelecimento prisional e as empresas públicas ou privadas (artigo 53).

A remuneração é prestada ao estabelecimento penitenciário que desconta o valor das custas e a indemnização devida pelo recluso. O benefício da prestação do trabalho remunerado pode ser revogado se o condenado infringir com as suas obrigações ou cometer um crime doloso.

O artigo 54 prevê o trabalho externo, o qual consiste no trabalho realizado pelo recluso mediante contrato assinado com empresas públicas ou privadas.

Para a realização de trabalho externo, o recluso deve ter cumprido 1/3 da pena aplicada, não haver perigo para a ordem ou segurança pública e penitenciária, não haver o perigo de cometimento de novo crime ou subtracção ao cumprimento da pena.

É da competência do Director Geral dos Serviços Penitenciários a autorização da celebração de contrato de trabalho externo (artigo 55).

A remuneração do trabalho externo do recluso destina-se 50% para as despesas familiares, uso pessoal do recluso, 30% para o fundo geral dos serviços penitenciários, 10% para a constituição de um fundo de apoio a reinserção social do recluso, 10% para o pagamento de obrigações alimentares ou indemnização a vítima (artigo 56).

No caso em que não se destina os 10% em benefício da vítima, o valor é canalizado para o fundo de apoio à reinserção social do recluso quando for restituído a liberdade.

O recluso pode prestar trabalho fora do estabelecimento prisional integrado em brigadas à entidades privadas ou públicas. As brigadas estão sujeitas à vigilância. O trabalho é remunerado e distribuído nos termos fixados no artigo 56 da lei de execução de penas.

Dentro do estabelecimento penitenciário podem existir unidades penitenciárias de produção, cujas actividades podem ser desenvolvidas em parceria com entidades públicas ou privadas.

As actividades são desenvolvidas na área agrícola, pecuária, pesca, carpintaria, marcenaria, serralharia, tipografia, encadernação, alfaiataria, tecelagem, reparação mecânica de automóveis e outras.

Os bens destinam-se ao consumo do recluso e o excedente pode ser comercializado (artigo 58).

O recluso pode participar em programas que visam a promoção de competências de natureza social e pessoal, o convívio e atitudes responsáveis. Os programas são delineados tendo em conta a idade, sexo, perfil, estado de vulnerabilidade e a origem étnica do recluso.

Para a realização dos programas os reclusos podem estar sujeitos a testes de álcool, substâncias estupefacientes e outros visando a preservação da saúde geral. No âmbito dos programas, o recluso pode participar em programas de justiça restaurativa (artigo 60, nº4). Os programas podem ser executados em coordenação com as universidades e outras entidades.

A aprovação dos programas é da competência do Ministro da justiça sob proposta do Director Geral dos Serviços Prisionais (artigo 61, nº2). A lei não especifica o tipo de programas, a excepção das mediações com o ofendido, o que nos parece insuficiente.

O Capítulo IV prevê a assistência religiosa e espiritual. A regra geral prevista no artigo 62 é a garantia para o recluso da participação em cultos religiosos e a recepção de visitas de entidades religiosas.

O recluso não é obrigado a participar em qualquer culto religioso ou receber visitas religiosas. E só por motivos de segurança do estabelecimento prisional pode ser restringida a posse de objectos religiosos assim como a realização e participação em cultos.

Entretanto, esta restrição não deve ser um motivo para cercear o direito do recluso a professar uma religião.

A lei prevê a existência de um local para a realização de cultos que pode ser utilizado por diferentes confissões religiosas em horários estabelecidos pelo Director do estabelecimento penitenciário.

As organizações religiosas ou outras instituições vocacionadas podem, sob a autorização dos serviços prisionais, prestar assistência ou acompanhamento ao recluso em liberdade condicional ou semi-liberdade. E o apoio pode ser social, económico, prestado directamente ao recluso ou seus familiares, no emprego, ensino, formação profissional, alojamento, transporte e outras actividades visando a reinserção social do recluso (artigo 64).

Para os tempos livres a lei prevê a realização de actividades desportivas, actividades sociais e culturais. O princípio geral previsto no artigo 65 é que o recluso, no estabelecimento prisional deve ter uma actividade ocupacional que garanta a existência de tempo para o descanso e a realização de actividades anteriormente mencionadas.

Os serviços prisionais têm a responsabilidade de participar e apoiar na organização de tempos livres e apoiar a organização e enquadramento das acções a desenvolver nesse sentido.

A lei prevê a realização de actividades desportivas visando promover a convivência entre os reclusos e garantir o bem-estar físico e psíquico entre os mesmos.

A lei prevê a possibilidade de celebração de datas festivas significativas, o que deve ser efectuado nos termos do estatuído no regulamento.

O estabelecimento prisional garante a realização de actividades sociais através da criação de bibliotecas, salas de leituras, música, teatro, filmes, visando a reabilitação do recluso.

Nas actividades de natureza social e cultural podem participar entidades e cidadãos que estejam em liberdade desde que sejam respeitadas as normas relativas a ordem e segurança do estabelecimento prisional.

O recluso tem o direito de permanecer num espaço aberto durante uma hora por dia (artigo 69).

Os Títulos II e VIII prevêm os contactos com o exterior, artigo 70 a 78, sendo que o capítulo II prevê normas sobre correspondência e outros meios de comunicação- artigo 79 a 85. A lei confere ao recluso o direito de receber e enviar correspondência e encomendas. (Há um controlo das encomendas e correspondência para garantir a segurança do estabelecimento penitenciário e evitar a entrada de objectos proibidos por lei) com os limites impostos segundo o regime de execução, regularidade de visitas e o apoio sócio familiar (artigo 79).

O recluso tem o direito de receber visitas para resolver assuntos urgentes inadiáveis de natureza jurídica, económica e social (artigo 72). As visitas não podem ter a duração inferior a uma hora por semana e deve ser tomado em consideração a dignidade e privacidade do recluso. As visitas são controladas através do sistema de detecção por palpação e revista com o respeito a dignidade e pudor da pessoa visada (artigo 75). A lei não permite a revista por desnudamento (artigo 75, nº5)

O recluso pode receber visitas de indivíduos com idade inferior a 16 anos se forem descendentes, irmãos ou outras pessoas que em conformidade com o artigo 70, nº4, tenham relações significativas com o recluso.

A dificuldade será encontrar o sentido do que seja “manter relações pessoais significativas com o recluso”.

O recluso que não tiver licenças de saída tem o direito de receber visitas íntimas do cônjuge ou de pessoa com quem tenha, nos termos do artigo 71, nº3, uma relação afectiva estável.

O recluso tem ainda o direito de comunicar-se com o seu advogado, técnico ou assistente jurídico, conservador para a solução de assuntos jurídicos urgentes (artigo 73). O conteúdo da visita pode ser confidencial, entretanto os visitantes são controlados através de equipamentos existentes para o efeito (artigo 73).

A visita pode ser interrompida se ocorrer a violação de leis ou regulamentos por parte do recluso ou visitante que ponham em causa a ordem e segurança do estabelecimento penitenciário. Este facto deve ser comunicado ao Director do estabelecimento penitenciário (artigo 76, nº2).

A proibição não pode ter uma duração superior a 6 meses. Entretanto, a lei permite uma prorrogação por igual período de tempo. A decisão da proibição e prorrogação da proibição é comunicada ao recluso o qual pode impugnar junto do Tribunal de Execução de Penas (artigo 77, nº5).

Os titulares dos órgãos de soberania, magistrados do Ministério Público, governantes, administradores de distrito e presidentes do conselho municipal podem visitar os estabelecimentos penitenciários.

O Ministro da Justiça e o Director Geral dos Serviços Penitenciários podem autorizar visitas de docentes, estudantes, investigadores para investigação e trabalhos de natureza científica ou académica e ainda a organizações ligadas a direitos humanos.

Nos casos em que exista fundado receio de perigo ou prática de um crime, o Director do estabelecimento penitenciário pode ordenar a leitura da correspondência (artigo 80, nº2).

Os objectos proibidos são apreendidos, podendo ser destruídos ou devolvidos a terceiros indicados pelo recluso ou devolvidos na ocasião da soltura (artigo 35, 81).

O Director do estabelecimento penitenciário pode permitir que o recluso tenha contactos telefónicos, correio eletrónico, telecópia, sendo, entretanto controlado o seu conteúdo.

Sempre que um funcionário saiba do conteúdo das comunicações deve guardar segredo o qual só é quebrado em casos de grande necessidade ou para impedir a prática de qualquer crime e garantir a ordem e segurança do estabelecimento penitenciário (artigo 85).

O capítulo III refere-se a comunicação social, artigo 86,87.O recluso como qualquer cidadão tem o direito a informação e para o efeito deve ter acesso a jornais, revistas, livros, programas de rádio e televisão.

Os órgãos de comunicação social podem, desde que devidamente autorizados pelo Director Geral dos serviços penitenciários e desde que não seja comprometida a ordem e segurança, visitar o estabelecimento penitenciário e efectuar reportagens sobre as actividades em curso.

Os órgãos de comunicação social podem ser autorizados a efectuar entrevistas a reclusos desde que não seja prejudicada a reinserção social dos mesmos.

A decisão que autoriza as entrevistas pode ser impugnada pelo recluso junto do Tribunal de execução de penas.

Na decisão que autoriza as entrevistas, deve ser acautelada a estigmatização e o impacto negativo sobre os familiares da vítima.

A lei não permite a recolha e divulgação de imagens, sons que permitam a identificação do recluso ou seus filhos e ainda que ponham em risco a segurança do estabelecimento prisional (artigo 87).

O Título IX prevê as saídas precárias, as quais nos termos do artigo 88, podem ser saídas administrativas e saída preparatória da liberdade.

As saídas podem ser autorizadas desde que haja expectativa de que o recluso tenha um comportamento exemplar e não o leve a cometer crimes, haja compatibilidade com a defesa da ordem e paz social, que o condenado não se furte a execução da pena e o mesmo não tenha sido condenado da prática de um crime hediondo.

O legislador refere-se ao crime hediondo que já não tem previsão legal no novo código penal.

A concessão de saída precária tem sido ponderada por necessidade de protecção da vítima, a evolução da execução da pena, o ambiente social e familiar que o recluso se irá integrar, as circunstâncias do caso e os antecedentes de vida do recluso (artigo 89).

O período da saída é descontado para efeitos de cumprimento da pena salvo se houver evasão ou revogação (artigo 89, nº4).

As saídas administrativas podem ser para o cumprimento de um acto judicial ou de investigação criminal ou para assistência hospitalar. A saída não pode ser por um período superior a doze horas.

O recluso que tenha sido condenado a uma pena igual ou superior a dois anos pode ser autorizado a sair do estabelecimento prisional por sete dias nos últimos três meses de cumprimento da pena para preparar a sua saída em liberdade.

Os reclusos podem sair por cinco dias por mês para exercer qualquer actividade laboral ou frequentar um curso de formação profissional (artigo 91, nº1, alíneas a) e b).

Sempre que o recluso tenha cumprido 5/6 da pena e não tenha beneficiado da liberdade condicional pode ter saídas por sete dias ou cinco dias por mês, nos termos referidos anteriormente.

O recluso, para a saída preparatória da liberdade não está sujeito a vigilância. As saídas são fiscalizadas pelo juiz de execução de penas ouvido o Ministério Público (artigo 93).

Do indeferimento do pedido de saída o recluso pode fazer o novo pedido o qual não sendo admitido pode reclamar ao juiz de execução de penas, o qual decide sem recurso (artigo 94, 95).

O capítulo II prevê a transferência de reclusos nos artigos 97, 98. Compete ao Director Geral dos Serviços Penitenciários, oficiosamente ou sob proposta do Director do estabelecimento penitenciário ordenar a transferência do recluso (artigo 97).

A transferência pode estar relacionada com a capacidade do estabelecimento prisional, para facilitar a reinserção social do recluso junto das comunidades onde vive, para a assistência hospitalar, questões disciplinares ou de trabalho do recluso, dentro ou fora do estabelecimento prisional.

A transferência dos reclusos deve ser em condições de segurança cabendo aos serviços penitenciários garantir o transporte. O recluso, pode, entretanto escolher o meio de transporte que julgue adequado, pagando as despesas para o efeito.

As normas sobre a logística, segurança e condições relacionadas com o transporte do recluso constam de legislação especial relativa aos serviços penitenciários.

O Título X prevê a ordem, segurança e disciplina nos artigos 99 a 110. A finalidade da ordem, segurança e disciplina é a protecção dos bens jurídicos fundamentais, a defesa da sociedade e a garantia do cumprimento da pena pelo recluso.

Há princípios orientadores da manutenção da ordem e disciplina, concretamente, o princípio da necessidade de adequação e da proporcionalidade.

Os serviços penitenciários têm a responsabilidade de garantir a ordem e segurança com o auxílio das forças de ordem e segurança do Estado moçambicano. A lei prevê os meios comuns e especiais de segurança.

O artigo 101 nº2, considera meios comuns de segurança e observação, a revista pessoal, o controlo periódico de presença e através de instrumentos de detecção.

São meios especiais de segurança, nos termos do artigo 101, nº3, a apreensão de uso ou apreensão temporária de objectos, a observação do recluso durante a noite, a privação ou restrição do convívio com certos reclusos, a utilização de algemas, colocação em celas de separação e a colocação em celas de segurança.

Os meios especiais de segurança só são utilizados em caso de necessidade e de forma excepcional, sendo uma medida cautelar que dura enquanto persistir a situação de perigo.

A aplicação de tais medidas deve ser fundamentada e é da competência do Director do estabelecimento penitenciário e são sempre comunicadas ao recluso salvo se motivos de segurança não o aconselharem.

A revista pessoal e a busca são medidas utilizadas quando não seja possível usar-se instrumentos de detecção. E devem ser realizadas por indivíduos do mesmo sexo e com respeito a dignidade da pessoa visada.

A revista por desnudamento é ordenada pelo Director do estabelecimento prisional sempre que haja suspeitas de que o recluso é portador de objectos proibidos. A intrusão corporal para a extracção de objectos só é autorizada pelo juiz de execução de penas e efectuada sob a direcção de um médico (artigo 102).

Os sistemas de vigilância electrónica podem ser utilizados com o respeito devido a intimidade da vida privada e observância da lei.

O uso de algemas é sob vigilância médica e para acautelar situações de evasão do recluso ou actos de violência contra terceiros.

A colocação da cela de separação nos termos do artigo 105, consiste no isolamento do recluso, separando-o da comunicação com os demais reclusos e tal medida é aplicada nos casos de perigo da prática de actos de violência ou evasão.

Após o início da colocação do recluso em cela de separação, dentro do período de 24 horas, o mesmo deve ser observado por um médico ou enfermeiros e o Ministério Público deve verificar da legalidade da colocação do recluso na cela de separação, na primeira reapreciação e decisão de manutenção (artigo 105).

O Ministério Público deve ser informado sobre a cessação da medida e se as causas que determinaram a manutenção da medida persistirem, o Director do Estabelecimento penitenciário ordena a colocação do recluso em regime de segurança previsto no artigo 18.

E entra no regime de segurança nos termos do artigo 18, todo o recluso que revele um estado de perigosidade que não possa ser colocado em regime diferente.

A lei prevê a colocação do recluso numa cela de segurança, nos termos do artigo 106, sempre que revele alterações no seu estado psico-emocional que represente perigo para terceiros.

Nessas circunstâncias o recluso é acompanhado por um médico, examinando-o e recomendando a cessação da medida caso seja conveniente. Caso se mantenham os pressupostos que ditaram a aplicação da medida de colocação na cela de segurança, o recluso é transferido para um estabelecimento hospitalar (artigo 106).

O Capítulo III, artigo 107 prevê os meios coercivos. Nos termos do Código de execução de penas, os meios coercivos podem ser, a coacção física, a coacção com meios auxiliares ou com armas.

A coacção física consiste na utilização da força corporal sobre o recluso. A coacção com meios auxiliares consiste na utilização de algemas. A utilização de armas e algemas só é permitida nos casos de necessidade de garantia da ordem ou em caso de legítima defesa e estado de necessidade.

A utilização dos meios coercivos é permitida para garantir a segurança do estabelecimento penitenciário, afastar o perigo eminente de perturbação da ordem e segurança, evitar insubordinação, actos de violência, fazer face a resistência de reclusos, evitar a saída de reclusos e permanência de pessoas estranhas no interior do estabelecimento penitenciário.

O Director do estabelecimento penitenciário é a entidade competente para decidir sobre a utilização de meios coercivos e, na sua ausência ou em caso de urgência, é competente o seu substituto ou outro funcionário.

A evasão do recluso é comunicada ao Director do estabelecimento penitenciário, ao Tribunal e ao Ministério Público. A captura é igualmente comunicada ao Ministério Público, sendo da competência das autoridades judiciárias ou das Forças de Segurança a sua efectivação.

O recluso que se subtraia dolosamente ao cumprimento da pena de prisão pode ser declarado contumaz, nos termos previstos pelo código de processo penal. Os editais referem-se ao crime de que foi condenado, a pena e a medida de segurança. E a declaração de contumácia e do arresto são da competência do Tribunal de execução de penas (artigo 110, alínea d).

A evasão é igualmente comunicada ao ofendido e a autoridade policial do local de residência do ofendido sempre que possa constituir um perigo para o mesmo.

O Código prevê princípios gerais sobre medidas disciplinares. As infracções disciplinares são previstas no código de execução de penas e na sua execução não podem ser postas em causa a dignidade do recluso, a sua saúde e a integridade física.

O recluso não pode ser punido mais de uma vez pela mesma infracção disciplinar e quando seja suficiente a advertência ou mediação a medida disciplinar não é aplicada. Não é permitida a aplicação colectiva da medida disciplinar ou por tempo indeterminado (artigo 111). Caso ocorra a reincidência disciplinar o limite temporal máximo da medida disciplinar é elevado para um terço.

Pode ocorrer o concurso de infracções disciplinares quando o recluso tenha praticado mais de uma infracção disciplinar. E nos casos em que a infracção disciplinar é continuada o recluso é punido com a pena disciplinar aplicável a infracção mais grave (artigo 114).

As infracções disciplinares podem ser simples ou graves. As infracções disciplinares simples constam do artigo 116 e consistem em o recluso não se manter limpo, não limpar e arrumar o estabelecimento penitenciário, dar notícias falsas sobre o estabelecimento penitenciário, simular doença, praticar factos que constituam crime dentro do estabelecimento penitenciário, fazer negócios não autorizados, insultar outros reclusos ou funcionários do estabelecimento penitenciário.

O artigo 117 prevê as infracções disciplinares graves. E constitui infracção disciplinar grave o manter comunicação com o exterior por meios fraudulentos, divulgar notícias falsas sobre o estabelecimento penitenciário, simular doença, introduzir e distribuir objectos proibidos, intimidar outros reclusos, tentar evadir-se e promover motim ou acto colectivo de insubordinação.

O artigo 118 prevê como medidas disciplinares, a repreensão escrita, a privação de uso de objectos pessoais até 60 dias, a redução do tempo livre de permanência em céu aberto até 30 dias, a permanência no alojamento até 30 dias e o internamento em cela disciplinar até 21 dias.

No caso de concurso de infracções disciplinares a medida não pode exceder a 120 dias (artigo 118, nº4).

A execução da medida disciplinar pode ser suspensa, em infracções disciplinares simples desde que a simples censura e a ameaça de sanção sejam eficazes. A suspensão da execução da medida disciplinar é acompanhada de medidas adicionais, concretamente a satisfação moral adequada ao lesado, a indemnização, a entrega de uma contribuição a instituições ou associações de apoio as vítimas no valor equivalente ao prejuízo.

A suspensão é revogada se o recluso deixar dolosamente de cumprir com as obrigações impostas ou praticar outras infracções disciplinares (artigo 119).

Quando seja aplicada a medida de permanência obrigatória no alojamento, o recluso permanece de forma contínua, no alojamento, reduzindo-se o tempo de permanência a céu aberto, tendo porém garantido o direito à correspondência, contactos com o defensor e assistência religiosa.

As visitas de familiares podem ser autorizadas pelo Director do estabelecimento penitenciário, sendo de uma hora por semana (artigo 120).

A medida de internamento em cela disciplinar prevista no artigo 121 leva a que o recluso não desenvolva actividades no exterior, entretanto mantém contactos com o defensor, o assistente religioso e tem o direito de receber jornais, revistas e livros. Se o recluso estiver com um filho menor a lei permite o convívio diário.

A assistência médica está garantida ao recluso que esteja em permanência obrigatória no alojamento até 30 dias e no internamento em cela disciplinar até 21 dias (artigo 122).

O capítulo III prevê normas sobre o procedimento disciplinar nos artigos 123 a 128. A excepção da repreensão escrita, qualquer medida disciplinar é antecedida de um procedimento escrito ou gravado. O recluso tem o direito de ser ouvido, assistido por um defensor e apresentar elementos de prova exercendo o contraditório.

O procedimento disciplinar deve ser concluído em 10 dias e a decisão final é notificada ao recluso e seu defensor caso tenha sido constituído.

A aplicação da medida disciplinar é da competência do Director do estabelecimento penitenciário salvo se a infracção cometida tenha como ofendido o Director do estabelecimento penitenciário sendo assim o Director Geral dos Serviços Penitenciários a entidade competente para a aplicação da medida.

O Conselho Técnico pode pronunciar-se sobre a aplicação da medida disciplinar. Na pendência do processo disciplinar, a entidade competente pode impôr medidas cautelares que não podem exceder a 60 dias e 30 dias no caso de confinamento.

As medidas disciplinares são de execução imediata e podem ser impugnadas pelo recluso junto do tribunal de execução de penas, concretamente as medidas disciplinares de permanência obrigatória no alojamento e do internamento em cela disciplinar. A impugnação tem efeito suspensivo (artigo 127).

O Título XII prevê como meios de tutela, a reclamação, petições, queixas relativas a medidas privativas da liberdade que podem ser dirigidas ao Director Geral dos Serviços

Penitenciários, aos órgãos de soberania, a Procuradoria-Geral da República, ao Provedor da Justiça, à Ordem dos Advogados e a Comissão Nacional dos Direitos Humanos.

O recluso tem o direito a informação jurídica, a legislação, doutrina e convenções internacionais com aplicação dentro do ordenamento jurídico nacional. O recluso estrangeiro tem o acesso a legislação na língua que entenda e é informado sobre a possibilidade da sua transferência e cumprimento da pena fora do Estado moçambicano.

O Título XIII prevê a modificação da execução da pena de prisão de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada, artigo 131 a 134.

Nos termos do código de execução de penas, pode beneficiar da modificação da execução da pena de prisão o recluso que esteja gravemente doente com patologia irreversível, o portador de deficiência grave e doença irreversível, o que tenha idade superior a 60 anos e com um estado de saúde física ou psíquica irreversível.

A modificação de execução da pena pode consistir no internamento do condenado em estabelecimento hospitalar e a permanência na habitação. O tempo em que o recluso permanecer em internamento hospitalar ou permanência na habitação é descontado para efeitos de liberdade condicional (artigo 132).

As modalidades previstas podem ser substituídas ou revogadas quando haja violação dos deveres impostos ou o cometimento de um crime.

O condenado tem o dever de permanecer no estabelecimento hospitalar ou na habitação dentro do período de tempo fixado, observar as medidas de vigilância impostas e responder aos contactos telefónicos.

A lei consagra o conjunto de direitos e deveres do recluso. E não só. Está estabelecido na lei, o regime disciplinar do recluso com a garantia dos princípios da tipicidade ou legalidade e a proibição da analogia e o respeito a dignidade da pessoa humana (artigo 111).

O artigo 115 e seguintes prevêem as infracções e medidas disciplinares. Como medidas disciplinares, a lei prevê a repreensão escrita, a privação do uso e posse de objectos

personais, a permanência obrigatória no alojamento até 30 dias e o internamento em cela disciplinar até 21 dias.

As medidas disciplinares podem ser suspensas pelo período máximo de 3 meses. A decisão deve ser fundamentada e está subordinada ao dever de dar ao lesado satisfação moral adequada, indemnizar o lesado, entregar a instituições de solidariedade social uma contribuição monetária ou prestação em valor, realizar tarefas de interesse comum (artigo 119).

Pode ser aplicado ao recluso medidas disciplinares, obedecendo aos princípios gerais previstos no artigo 123.

A competência para a aplicação de medida disciplinar é do Director do estabelecimento penitenciário (artigo 125).

A lei prevê a possibilidade de impugnação das medidas disciplinares junto do Tribunal de Execução de Penas. O recluso tem como garantias o direito de reclamação, petição, queixa e exposição nos termos do artigo 129.

O recluso pode queixar-se junto à Inspeção Geral dos Serviços de Justiça, à Procuradoria-Geral da República, ao Provedor de Justiça, à Ordem dos Advogados e a Comissão Nacional dos Direitos Humanos (artigo 129).

A modificação da pena carece do consentimento do condenado e só pode ser presumido o consentimento se a situação física ou psíquica do condenado levar a concluir que ele em situação normal, o faria.

A execução da pena pode ser modificada para internamento em estabelecimento de saúde ou adequado e para o regime de permanência em habitação (artigo 132).

As modalidades anteriormente mencionadas podem ser substituídas uma pela outra ou revogadas (artigo 132).

O Código prevê no Título V, artigo 33 a 45, disposições referentes as instalações prisionais, vestuário e alimentação.

A lei garante ao recluso o alojamento em comum, estando salvaguardado o respeito a dignidade da pessoa humana. Se o recluso tiver consigo um filho menor é-lhe garantido o alojamento em instalações adequadas a ambos.(artigo 33).

A lei garante ao recluso instalações sanitárias que permitam a sua privacidade e tem assegurado um banho diário (artigo 34).O recluso pode usar vestuário próprio desde que esteja limpo e em boas condições.

O Título VI, prevê regras relativas a saúde nos artigos 39 a 45. A lei garante ao recluso o acesso a cuidados de saúde em condições similares a dos restantes cidadãos. Em estabelecimentos penitenciários com uma capacidade superior a 300 reclusos deve existir serviços clínicos para o atendimento e tratamento dos reclusos (artigo 40).A mulher grávida em reclusão tem o direito de ser assistida e dar a luz em estabelecimento hospitalar (artigo 42).

O Título XIV prevê a execução das penas alternativas à pena de prisão. Para o efeito, a lei prevê a existência dos Serviços de Penas Alternativas à Pena de Prisão que auxilia o juiz de execução de penas no cumprimento das decisões judiciais, o acompanhamento, gestão, fiscalização e avaliação do cumprimento da pena (artigo 136).

O Código, no capítulo III, regula a pena de trabalho socialmente útil de forma detalhada. O artigo 138 define o trabalho socialmente útil como uma “prestação gratuita de uma actividade, serviço ou tarefa à comunidade, a entidades públicas ou privadas que prossigam fins de interesse público ou comunitário, sem prejuízo da actividade laboral normal do condenado.”

Na escolha da actividade, os Serviços de Pena Alternativa à pena de prisão devem ter em conta a formação do condenado, a sua disponibilidade, a condição física e a sua saúde (artigo 138, nº3).

O Tribunal dá a ordem para a prestação de trabalho socialmente útil cabendo aos Serviços de Penas Alternativas à Pena de prisão elaborar um plano individual de responsabilização e reinserção social (artigo 139).

Podem ser incluídos na categoria de trabalho socialmente útil, os trabalhos desenvolvidos pelo condenado nas escolas, orfanatos, hospitais, lares de terceira idade ou de pessoas portadoras de deficiência, serviços de florestação, construção, manutenção ou

conservação de infraestruturas públicas, trabalhos de limpeza geral, manutenção de jardins, parques e espaços de interesse público (artigo 138).

A execução de trabalho socialmente útil pode ser suspensa por doença do condenado (artigo 140). O artigo 141 prevê o resgate das penas de prisão por trabalho socialmente útil. Assim, o condenado que tenha um comportamento exemplar na prisão e demonstrado aptidão para o trabalho pode ter um resgate parcial da pena de prisão superior a 2 anos até o máximo de 1 dia de prisão por 2 dias de trabalho socialmente útil (artigo 141).

As entidades receptoras do condenado tem a responsabilidade de controlar a assiduidade do condenado, prestar informações aos Serviços de Penas Alternativas à pena de prisão sobre qualquer situação que afecte o cumprimento do trabalho, integrar o condenado, monitorar o trabalho e dar ao condenado tarefas que não constituam a violação de direitos e deveres previstos no código ou outra legislação em vigor (artigo 142).

A execução do trabalho é da responsabilidade da comunidade, dos órgãos da administração da justiça, dos serviços penitenciários e da Rede Social (artigo 143).

O Juiz de Execução das penas tem a competência jurisdicional, concretamente para a decisão da execução, suspensão, substituição, alteração, revogação e extinção da pena (artigo 144).

Os Serviços das Penas Alternativas à Pena de prisão tem a competência administrativa e está sujeita a fiscalização do Ministério Público.

O Ministério Público promove a execução da pena e fiscaliza a actuação dos Serviços da Pena Alternativa à pena de prisão (artigo 146).

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, no prazo de 5 dias, o Ministério Público envia a cópia da sentença da pena aplicada ao juiz de execução de penas para a condução do condenado a entidade que atribui o trabalho. O condenado pode constituir defensor durante o período da prestação de trabalho socialmente útil.

A Rede Social é iniciativa da sociedade visando a reabilitação e reintegração social do condenado. Assim integram a rede social, as instituições do Estado e das autarquias locais que ajudam na área penitenciária.

Fazem parte da Rede Social o Conselho Municipal, os Serviços Administrativos do Estado, as Empresas Públicas, os Serviços Hospitalares, os estabelecimentos de ensino, as Forças da Defesa e Segurança, as organizações não-governamentais, as autoridades tradicionais, comunitárias e outros.

A comunidade, as estruturas do local de residência do condenado, os líderes tradicionais, comunitários e religiosos participam na execução da pena de trabalho socialmente útil (artigo 151). Ao condenado pode ser colocada uma pulseira electrónica para o controle do cumprimento da pena.

O condenado em cumprimento da pena está sujeito a uma avaliação sobre o tipo de crime a que foi condenado, as circunstâncias do seu cometimento, a duração da pena, o estado de saúde física e psíquica, as habilitações literárias e profissionais. Finda a avaliação é elaborado um relatório final.

Para a escolha do local da execução da pena é considerado o sexo, a idade do condenado, a natureza, as circunstâncias do crime, a pena concreta aplicada, a proximidade ao meio familiar, escolar e outros elementos (artigo 158).

A pena de prestação de trabalho socialmente útil pode ser revogada se o condenado intencionalmente colocar-se em condições de não poder trabalhar, recusar prestar serviço, infringir os deveres resultantes da pena, cometer um crime doloso pelo qual venha a ser condenado (artigo 164).

A consequência da revogação da pena de prestação de trabalho socialmente útil é o cumprimento da pena de prisão a que foi condenado (artigo 164, nº2).

A execução da referida pena está sujeita as regras de saúde, higiene e segurança no local da prestação da pena a que estão sujeitos todos os trabalhadores (artigo 167).

Os Serviços de Pena Alternativa a pena de prisão comunicam ao juiz de execução de penas e ao Ministério Público a condução do condenado para a prestação do trabalho socialmente útil, as situações de doença que podem conduzir a suspensão, o incumprimento da pena, a morte do condenado e o fim do cumprimento da pena (artigo 168).

A lei prevê a execução da pena de multa, sendo uma das inovações, a verificação da execução patrimonial sempre que tenha decorrido o prazo de pagamento da multa ou de alguma das suas prestações sem o pagamento devido (artigo 176).

O Código regula a execução da pena suspensa e a execução de penas acessórias nos artigos 177 a 180, 181 e 182, respectivamente.

O Código prevê a existência do Tribunal de Execução das penas cuja competência é determinada em função da localização do estabelecimento prisional onde o condenado está em reclusão. Caso o condenado resida no estrangeiro é competente o Tribunal de execução de penas com sede na área de residência do condenado (artigo 197, nº2).

O Tribunal de execução de penas tem a competência para garantir os direitos dos reclusos, acompanhar e fiscalizar a execução, decidir sobre a modificação, substituição, extinção e fiscalizar a execução da prisão e internamento preventivo e outras competências previstas das alíneas a) até w) do nº 4 do artigo 198.

No Tribunal de Execução de Penas existe o Ministério Público com competências de fiscalização. Existe ainda o Defensor e o Conselho Técnico com funções consultivas (artigo 203).

O Conselho Técnico é presidido pelo Juiz de Execução de Penas e tem como membros, o Director do Estabelecimento Penitenciário, o responsável pelo sector do tratamento penitenciário, o Chefe dos Serviços de Vigilância e Segurança e o responsável pelo serviço de reinserção social (artigo 204). O Ministério Público pode participar no Conselho Técnico.

No Tribunal de Execução de Penas é aberto um processo, com natureza individual. O artigo 214 prevê as formas de processo de internamento, liberdade vigiada, homologação, liberdade condicional, licença de saída jurisdicional, verificação da legalidade,

impugnação, modificação da pena de prisão, indulto e cancelamento provisório do registo criminal.

O Indulto não constitui uma inovação mas é um processo relevante dada a sua natureza humanitária e que representa um avanço em termos de valorização da dignidade da pessoa humana.

A concessão do indulto é da competência do Presidente da República e é concedido no dia 22 de Dezembro de cada ano (artigo 275, 278).

É um processo célere para o qual tem legitimidade para o solicitar, o condenado, o cônjuge, seu familiar e pode ser proposto pelo Director do estabelecimento onde o recluso está a cumprir a pena.

O pedido deve ser apresentado ao Presidente da República até o dia 30 de Junho de cada ano (artigo 275). O Ministério Público emite parecer em 5 dias e o juiz pronuncia-se no prazo de 8 dias, ordenando a remessa ao Ministério da Justiça e posteriormente ao Presidente da República (artigo 277).

O indulto pode ser revogado por promoção do Ministério Público ou a pedido do Ministro da Justiça (artigo 279). É fundamento da revogação, revelar-se como falsos os factos que fundamentaram a decisão e o incumprimento de condições a que tenha sido subordinado.

A revogação é por despacho do Presidente da República, o qual é comunicado ao condenado, ao Ministério Público e aos Serviços de Identificação Criminal (artigo 279, nº4).

As decisões do tribunal de execução de penas são passíveis de recurso, nos termos da lei. E tem legitimidade para recorrer, o Ministério Público, o condenado, o requerente que não seja o condenado e nem o Ministério Público, das decisões que lhe são desfavoráveis.

Os recursos são interpostos e tramitados como os recursos em Processo Penal sem que, contudo, seja contrariado o que consta do Código de Execução de Penas (artigo 290).

A aprovação do Código de Execução de Penas constitui um avanço na construção do Direito Penal moçambicano. O Código permitiu a introdução de normas relativas ao

funcionamento dos estabelecimentos penitenciários visando a execução de decisões judiciais no que refere as penas privativas da liberdade e as penas alternativas a pena de prisão.

O sistema penitenciário até a aprovação do código funcionava com regras ineficientes e de certa maneira adaptadas já que com a independência nacional foi abandonada a organização prisional colonial.

A execução das penas e medidas criminais preconiza a reabilitação do recluso e a sua reinserção na sociedade.

A interpretação do código de execução de penas é segundo a legislação em vigor, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Povos e de instrumentos de Direito Internacional ligados a execução das penas e medidas de segurança.

O código tem como base de orientação os princípios da execução individualizada, o da dignidade humana, o da responsabilização do recluso ou condenado, da imparcialidade, objectividade, e o da não discriminação (artigo 4 a 8).

A exposição dos conteúdos constantes do novo Código Penal, do Código de Processo Penal e do Código de Execução de Penas e da legislação penal extravagante leva-nos a questionar sobre o tipo de Direito Penal existente em Moçambique. É o adequado a realidade moçambicana?

Arcénio Francisco Cuco refere que “ ao longo dos quarenta e quatro anos da independência de Moçambique parece que o único campo de conhecimento que não evoluiu no País seja o campo de Direito. Paradoxalmente, é lá onde depositamos as nossas vidas em todas as esferas (social, político, económico, etc.)”.²⁹³ Não obstante a posição adoptada por este autor defendemos a ideia de que o Direito Penal moçambicano está em permanente processo de construção. É um Direito Penal que procura adequar-se a realidade moçambicana.

²⁹³ CUCO, Arcenio Francisco, *(In)Justiça: Terceiro grande consenso moçambicano*, in NGOENHA, Severino E(coord.), *Tereceiro grande consenso moçambicano*, pág.18, Maputo, 2019.

O Código Penal, Código Processual Penal e o Código de Execução de Penas aprovados em 2019 tiveram como fonte de inspiração a legislação em vigor no continente europeu, particularmente Portugal.

É um Direito Penal globalizado, genuíno, aplicado dentro de um País com uma realidade cultural e política específica. Os códigos aprovados estão legitimados com base nos princípios constitucionais, concretamente o princípio da soberania e legalidade (artigo 2), o princípio do Estado de Direito Democrático (artigo 3), o princípio da universalidade e igualdade (artigo 35), o princípio da humanidade (artigos 40, 56, 57,61,64,65,66).

Após a independência nacional em 1975, o Estado moçambicano aprovou várias leis, com penas graves, um processo de continuação de construção do Direito Penal. Este processo teve os problemas inerentes ao início da implantação de um Estado revolucionário o que resultou no aumento da criminalidade, forçando o Estado a recorrer a institutos arcaicos e censurados durante o Iluminismo, como a pena de chicotada, a pena de morte e a pena de prisão de longa duração.

O gráfico que se segue mostra o índice da criminalidade em geral nas diferentes províncias de Maputo e constata-se que não obstante as leis aprovadas desde 1975 com sanções muito pesadas, a tendência é da criminalidade aumentar, por exemplo, na cidade de Maputo e províncias nos anos 2001 e 2002 e diminuindo gradualmente até 2010.

Tabela 8: Crimes em geral reportados pela polícia por província, 2001-2010

	Moçambique	Niassa	Cabo Delgado	Nampula	Zambézia	Tete	Manica	Sofala	Inhambane	Gaza	Matucana
2001	39054	1847	1431	2649	3564	2523	843	4411	3063	2446	491
2002	39061	1116	1485	2382	4220	2886	736	4556	3452	2480	491
2003	40223	1266	1264	1766	3986	2624	679	5242	3795	2506	500
2004	40496	1331	1224	2003	4159	2912	296	5419	3973	2164	600
2005	37252	817	1161	2155	3050	2693	360	4550	3503	2461	600
2006	30786	585	1063	2001	1668	1474	469	3499	2328	1668	500
2007	29689	530	982	1612	1216	1155	330	3995	2790	1602	600
2008	27454	466	961	1342	921	1408	441	3324	1944	1297	700
2009	26434	976	1074	2594	989	1265	360	2865	959	968	800
2010	23906	1221	1093	2296	1084	941	383	2438	1005	830	700

Fonte: INE, Instituto Nacional de Estatística.

Os gráficos que se seguem referem-se a República de Moçambique, entre 2010 e 2017, com uma população total de 28 861 863 e superfície de 799 380 km² e mostram o número de crimes registados pelas autoridades policiais com uma oscilação (gráfico 1). A taxa de criminalidade registada pelas autoridades policiais em cada 100 000 habitantes, no mesmo período (gráfico 2) também oscilando e com tendência a baixar em 2014, na ordem de 44,1%, a taxa de criminalidade registada pelas autoridades policiais por categorias de crimes em cada 100 000 habitantes.

O gráfico 3 apresenta na base, os crimes contra a ordem e tranquilidade pública com uma percentagem diminuta, seguido dos crimes contra as pessoas, registando uma redução de 29,6% para 10,9% em 2017. Os crimes contra a propriedade são o de maior incidência, com oscilações e tendências para a redução em 2017, de 62,6% para 22% em cada 100 000 habitantes.

Segundo o Instituto Nacional de Estatísticas, Estatísticas de Crimes e Justiça, 2017, a taxa de criminalidade é achada a partir da divisão “do número de crimes registados em uma determinada área pelo número de habitantes e multiplicada por cem mil”²⁹⁴

O gráfico 4, mostra a taxa de criminalidade registada pelas autoridades policiais por província em cada cem mil habitantes. A província de Maputo apresenta uma taxa elevada, de 33 crimes por cada cem mil habitantes. A província de Manica apresenta uma taxa reduzida, com 2 crimes por cada 100 000 habitantes.

O gráfico 5 mostra, segundo a fonte, a distribuição percentual de crimes registados pelas autoridades policiais por categoria de crime em 2017 e em Moçambique. Assim, a maior percentagem dos crimes contra a propriedade, na ordem de 62%, seguido do crime contra as pessoas com 30% e num escalão inferior, os crimes contra a ordem e tranquilidade públicas, em 8%.

O gráfico 6 refere-se ao número de crimes contra a propriedade, registados pelas autoridades policiais, entre 2010 e 2017. Há uma redução de crimes registados, o que é positivo e dos crimes esclarecidos, sendo de impacto negativo a última situação.

²⁹⁴ Instituto Nacional de Estatística, Estatísticas de Crime e Justiça, Maputo 2017, pág.13.

O gráfico 7 mostra o número de crimes contra as pessoas, registados e esclarecidos pelas autoridades policiais entre 2010 e 2017, registando uma redução até 2015, um ligeiro acréscimo em 2016 e 2017, tanto para os crimes registados como os esclarecidos.

O gráfico 8, refere-se aos crimes contra a tranquilidade registados e esclarecidos entre o ano 2010 e 2017, com uma tendência a reduzir, voltando a subir em 2016 e 2017.

O quadro nº 3 mostra o número total de crimes registados e percentagens de crimes esclarecidos pelas autoridades policiais, segundo os comandos provinciais.

Em termos totais, em 2015 registou 11 995 crimes e foram esclarecidos 84%. Em 2016 foram registados 18 496 e esclarecidos 84,3% e em 2017 foram registados 19 334 e esclarecidos 85,1%.

Em termos comparativos, a província de Maputo em 2017 duplicou o número de crimes registados e esclareceu 83,8%, seguido da província de Nampula com 1550 registados e 89,4% esclarecidos e a seguir a província de Niassa com 962 crimes registados e 81,3% esclarecidos.²⁹⁵

O quadro 4 mostra o número total de crimes registados contra a propriedade e percentagens de esclarecidos pelas autoridades policiais, segundo o Comando Provincial em 2015 a 2017. Num total de 7617 crimes registados, foram esclarecidos 80,1% em 2015, em 2016 foram registados 13 130 crimes e esclarecidos 81,3% e em 2017 foram registados 5969 crimes e esclarecidos 81,1%.

A província de Maputo apresenta o maior número de crimes registados em 2015, 2016, 2017 e uma taxa relativamente inferior de esclarecimentos, seguida da província de Niassa.

O quadro 5, mostra o número total de crimes registados contra as pessoas e percentagens dos esclarecidos, reportados pelas autoridades por províncias, entre 2015 e 2017.

²⁹⁵ Instituto Nacional de Estatísticas, Estatística de Crime e Justiça, ob.,cit., pág.17.

Em 2015 foram registados em todas as províncias de Moçambique 3875 crimes e esclarecidos 89,6%. Em 2016 foram registados 4733 crimes e esclarecidos 90,5%, em 2017 foram registados 2959 crimes e esclarecidos 89,9%.

O maior número de crimes registados ocorreu na província de Maputo, seguido de Sofala e Nampula e o aspecto positivo é que 90% de casos foram esclarecidos.

O quadro 6 mostra o número total de crimes registados contra a ordem e tranquilidade pública, reportados pelas autoridades policiais entre 2015, 2017, tendo em 2015 um registo de 505 crimes com 98,8% de casos esclarecidos.

Em 2016 foram registados 633 crimes e esclarecidos 99,1%. Em 2017 foram registados 739 crimes e esclarecidos 97,7%.

A província de Maputo apresenta um número elevado de casos registados no período em referência assim como de casos esclarecidos, seguido da província de Gaza e Nampula.

O gráfico 9 mostra a distribuição percentual de indiciados por crimes registados pelas autoridades policiais, em Moçambique, em 2015 a 2017. Assim, há uma percentagem que varia entre 62,7% e 58,6% desde 2015 até 2017 para os crimes contra a propriedade, entre 31,4 e 31,6 referente aos crimes contra as pessoas e entre 6% a 9,8% dos crimes contra a ordem e tranquilidade públicas.

O gráfico 10 mostra o número total de indiciados e percentagens de mulheres indiciadas, entre 2015 e 2017, com uma redução em 2016 e subida em 2017.

O quadro 7 mostra uma distribuição percentual de indiciados registados pelas autoridades policiais por sexo entre 2015 e 2017. Há uma redução no número total dos crimes praticados por homens e mulheres em 2017 comparativamente a 2015, verificando-se em 2017, em Sofala um aumento para 23% dos crimes cometidos por mulheres relativamente as demais províncias e anos.

Em termos gerais, a percentagem dos crimes praticados por homens no mesmo período é relativamente superior.

O quadro 8 mostra a distribuição percentual de indiciados nos crimes contra a propriedade, registados por sexo, entre 2015 e 2017. Os homens apresentam uma percentagem superior relativamente às mulheres. Entre 2015 e 2017, por exemplo, a percentagem superior de crimes contra a propriedade, por sexo, apresentou um número superior em 2017, em Sofala com 27,7% e Niassa com 0%.

O quadro 9 mostra a distribuição percentual de indiciados de crimes contra as pessoas, por sexo, entre 2015 e 2017. Em termos comparativos, as províncias de Manica, Inhambane, Gaza e Maputo província apresentam uma percentagem superior relativamente às restantes províncias do País, de crimes praticados por mulheres.

O quadro 10, mostra a distribuição percentual de indiciados dos crimes contra a ordem e tranqüilidades públicas, por sexo, entre 2015 e 2017. Em termos comparativos, as províncias de Niassa, Cabo Delgado, Zambézia e Inhambane, os crimes foram praticados por homens, não havendo o registo de mulheres como agentes dos crimes. Há uma tendência de aumento do número de indiciados até 2017 e a maioria são homens.

O quadro 11 mostra a distribuição percentual de indiciados registados pelas autoridades policiais, por idade, sexo entre 2015 e 2017. A tendência é de reduzir o número de indiciados com a idade inferior a 18 anos, do sexo masculino relativamente às mulheres que tende a aumentar.

Os indiciados masculinos maiores de 18 anos tendem a subir de 91,8% para 98,1% em 2017.

O quadro 12 mostra a distribuição percentual dos indiciados por idade, entre 2015 e 2017. De um modo geral, os indiciados com idade superior a 18 anos é superior a 91,0%.

O quadro 13 mostra a distribuição percentual dos indiciados nos crimes contra a propriedade, por idade, entre 2015 e 2017. Há uma redução do número de indiciados menores de 18 anos relativamente aos maiores de 18 anos.

O quadro 14 dá-nos a distribuição percentual de indiciados nos crimes contra as pessoas, por idades, entre 2015 e 2017. Em termos gerais a percentagem dos indiciados menores de 18 anos é reduzida. A província de Sofala mostra uma percentagem superior de 9,3% relativamente às demais.

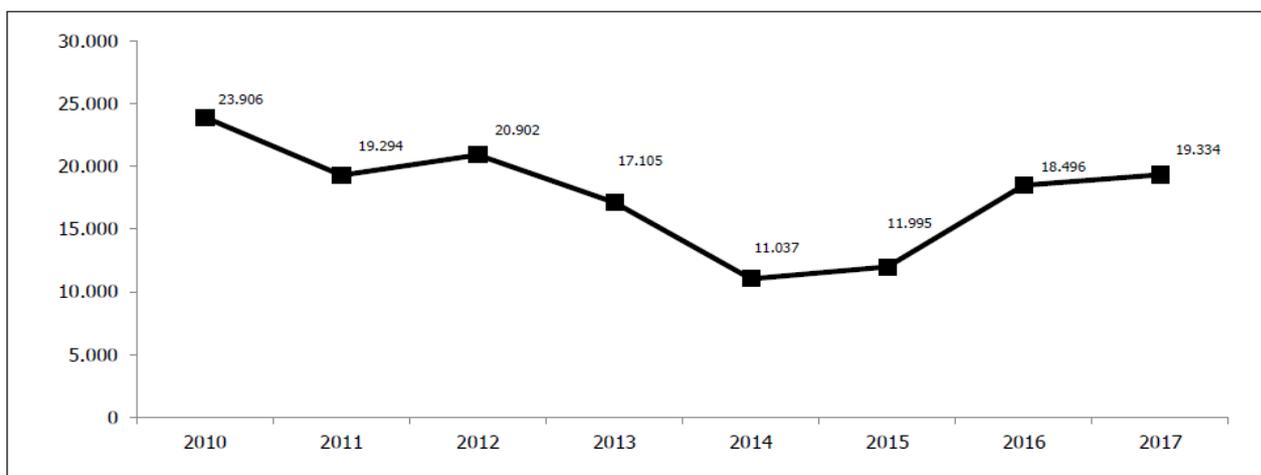
O quadro 15 mostra a distribuição percentual de indiciados nos crimes contra ordem e tranqüilidades públicas por idade entre 2015 e 2017.No geral, há uma redução de indiciados com idade inferior a 18 anos em 2017 relativamente a 2015, reduzindo 10,8% para 0,5% em 2017.A província de Tete apresentou uma percentagem superior relativamente as demais províncias, de 3,1% de indiciados menores de 18 anos.

Tabela 9: População, Superfície e Densidade populacional segundo província, resultados preliminares dos RGPH, 2017.

Províncias	População	População Feminina		Superfície (Km ²)	Densidade (Hab. /Km ²)
	Total	Total	(%)		
Total	28 861 863	15 061 006	52,2	799 380	36,0
Niassa	1 865 976	959 296	51,4	129 056	14,5
Cabo Delgado	2 333 278	1 202 042	51,5	82 625	28,2
Nampula	6 102 867	3 161 523	51,8	81 606	74,8
Zambézia	5 110 787	2 688 388	52,6	105 008	48,7
Tete	2 764 169	1 414 177	51,2	100 724	27,4
Manica	1 911 237	995 616	52,1	61 661	31,0
Sofala	2 221 803	1 149 973	51,8	68 018	32,7
Inhambane	1 496 824	809 722	54,1	68 615	21,8
Gaza	1 446 654	779 998	53,9	75 709	19,1
Maputo	2 507 098	1 328 611	53,0	26 058	96,2
Maputo Cidade	1 101 170	571 660	51,9	300	3 670,6

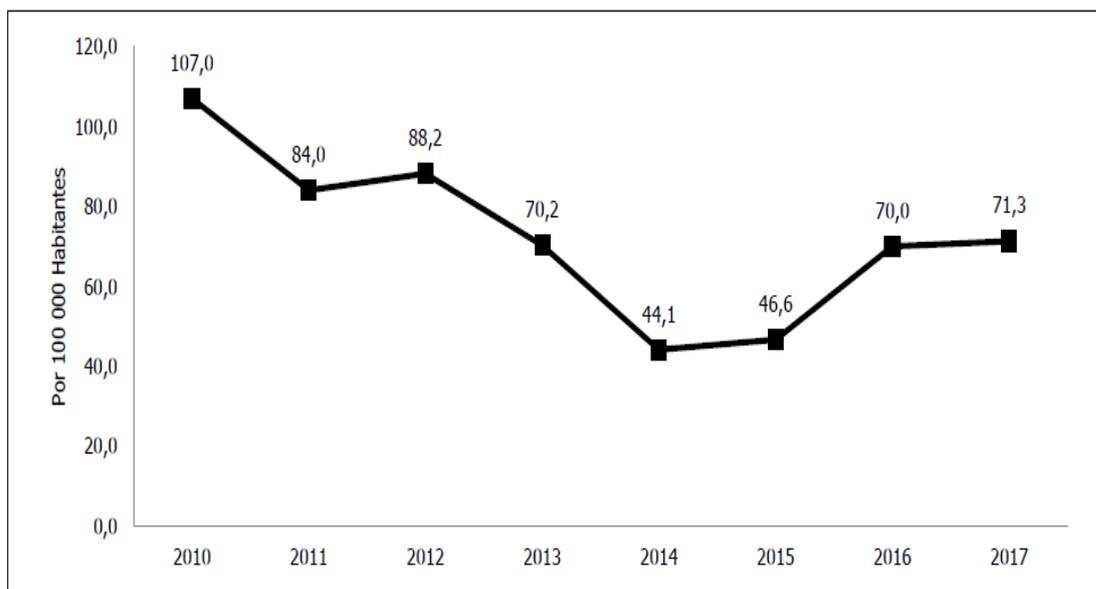
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 1. Número de crimes registados pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 – 2017



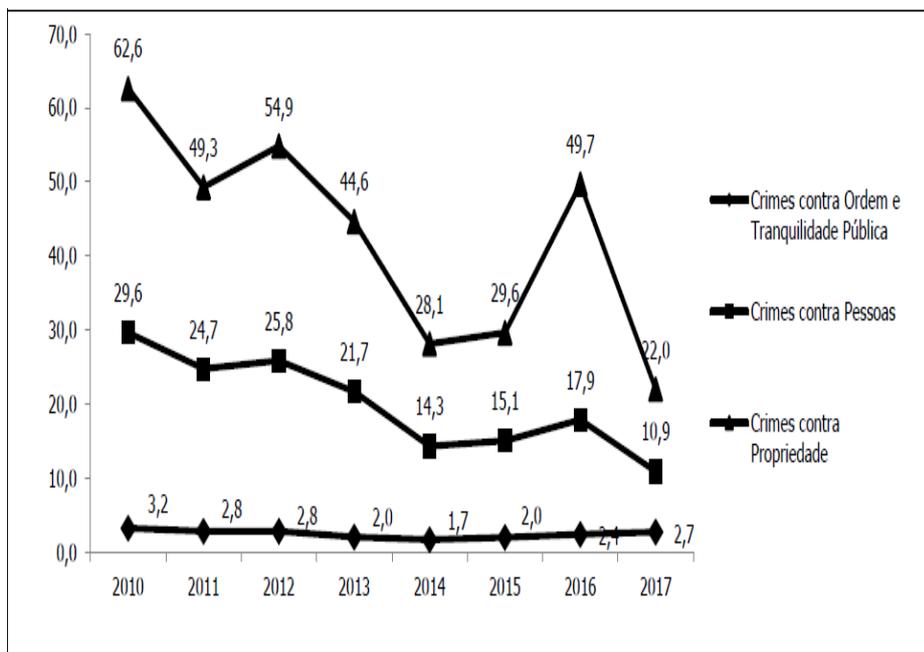
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 2. Taxa de criminalidade registada pelas Autoridades policiais em cada 100 mil habitantes, Moçambique 2010 – 2017.



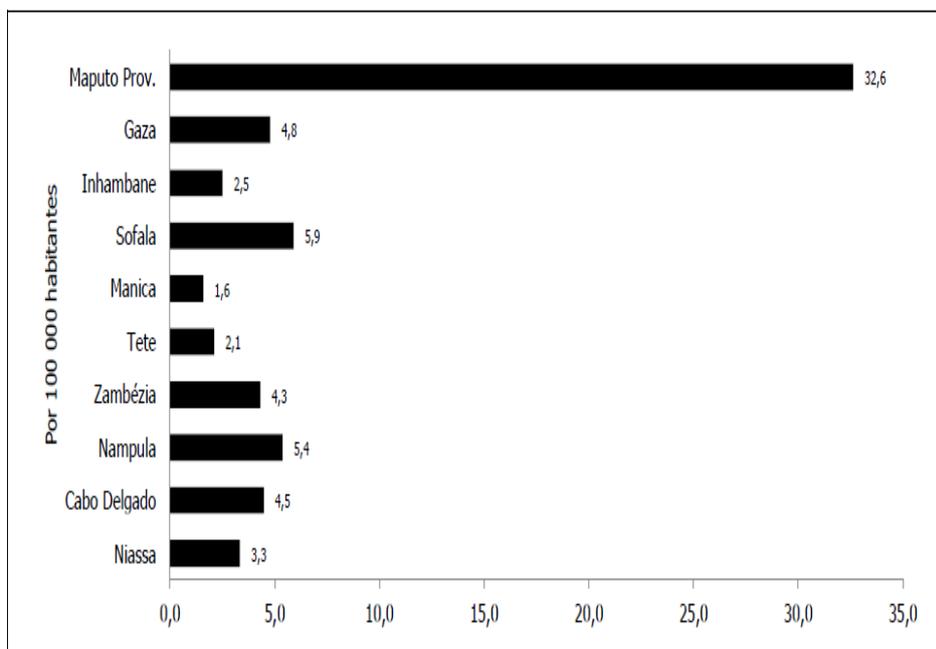
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 3. Taxa de criminalidade registada pelas Autoridades policiais por categorias de crime em cada 100 mil habitantes, Moçambique 2010 – 2017.



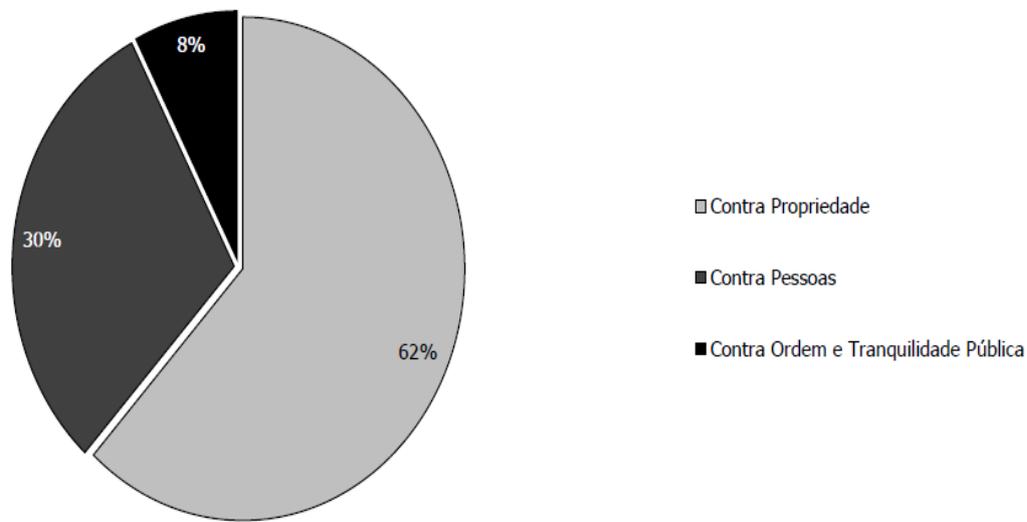
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 4. Taxa de criminalidade registada pelas Autoridades policiais por província em cada 100 mil habitantes, 2017



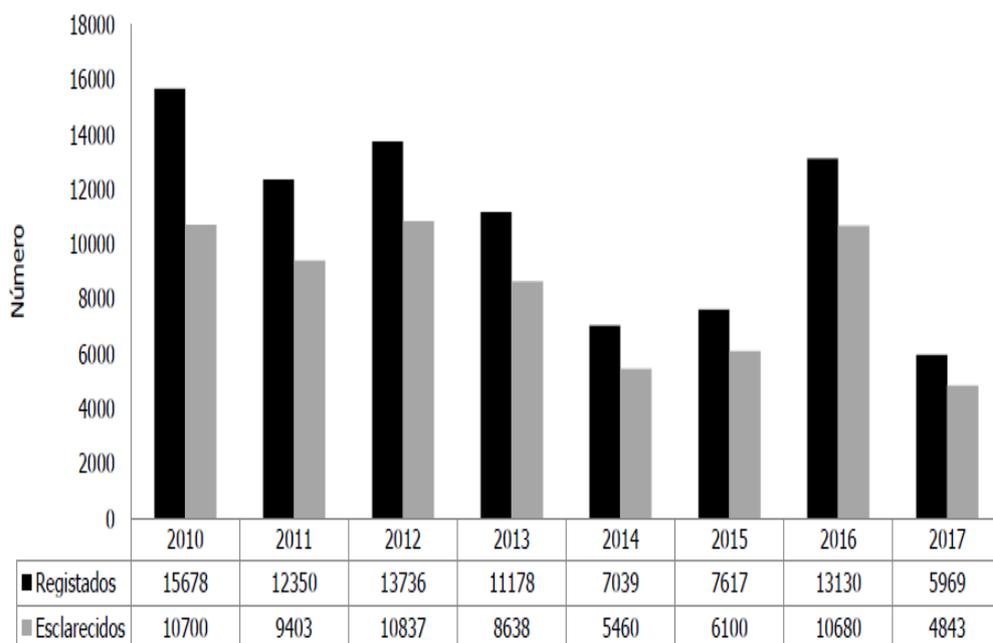
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 5. Distribuição percentual de crimes registados pelas Autoridades policiais por categoria de crime, Moçambique 2017.



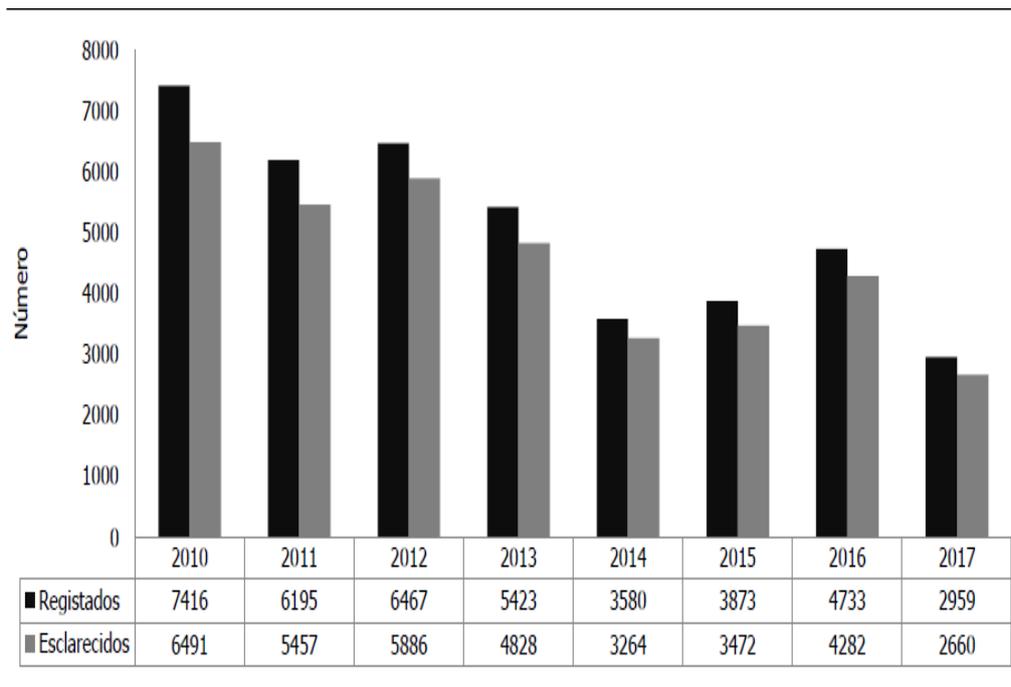
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 6. Número de crimes contra a propriedade, registados pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 – 2017.



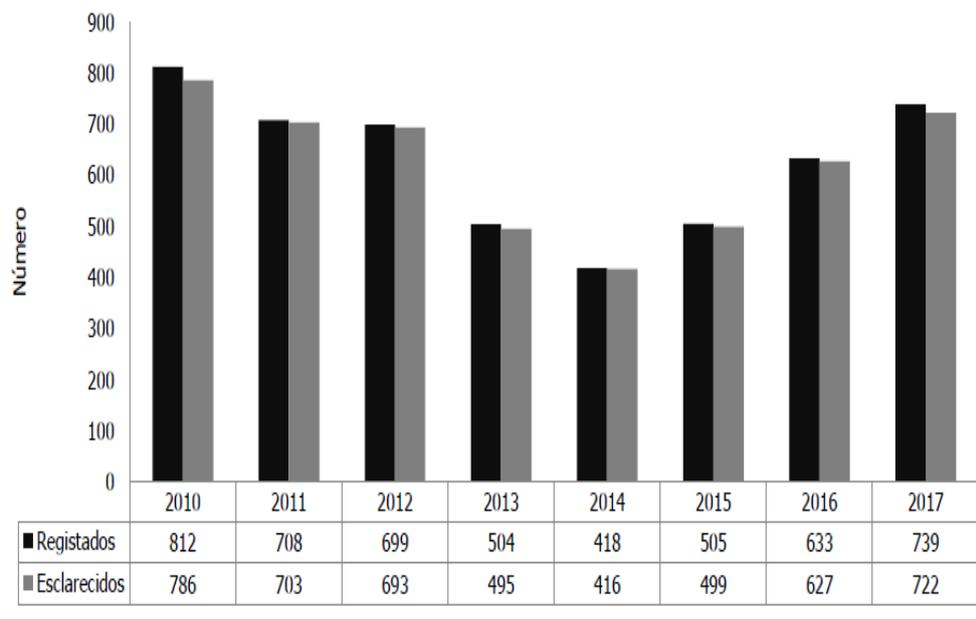
Fonte: INE, 2017

Gráfico 7. Número de crimes contra pessoas, registados e esclarecidos pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Gráfico 8. Número de crimes contra a tranquilidade pública, registados e esclarecidos pelas Autoridades policiais, Moçambique 2010 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Tabela 10: Número total de crimes registados e percentagens esclarecidos pelas Autoridades policiais, segundo Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando Provincial	2015		2016		2017	
	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos
Total	11 995	84,0	18 496	84,3	19 334	85,1
Niassa	913	84,4	752	84,7	962	81,3
Cabo Delgado	873	91,1	833	89,7	1 290	89,3
Nampula	1 164	84,7	862	85,8	1 550	89,4
Zambézia	653	85,8	681	88,7	1 246	89,7
Tete	498	80,3	263	86,3	608	85,9
Manica	194	84,5	148	89,9	456	89,0
Sofala	785	86,9	969	82,7	1 702	83,1
Inhambane	367	79,0	312	84,0	724	84,3
Gaza	635	85,2	555	85,4	1 380	84,9
Maputo Prov.	5 913	82,6	4 048	84,0	9 416	83,8
Maputo Cidade	9 073	83,3

Fonte: INE, 2017.

Tabela 11: Número total de crimes registados contra a propriedade e percentagens de esclarecidos pelas Autoridades policiais, segundo o Comando provincial 2015 – 2017.

Comando Provincial	2015		2016		2017	
	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos
Total	7 617	80,1	13 130	81,3	5 969	81,1
Niassa	707	83,2	515	81,0	297	77,4
Cabo Delgado	514	85,6	491	83,9	349	83,4
Nampula	697	78,2	528	80,3	426	85,9
Zambézia	373	81,0	398	87,2	333	87,1
Tete	262	72,9	122	86,9	158	84,2
Manica	95	77,9	76	89,5	116	84,5
Sofala	395	82,0	500	78,0	380	72,9
Inhambane	198	70,2	166	71,1	199	81,9
Gaza	384	80,7	323	78,6	366	75,7
Maputo Província	3 992	79,8	2 863	82,9	3 345	81,3
	7 148	80,7

Fonte: INE, 2017.

Tabela 12: Número total de crimes registados contra pessoas e percentagens esclarecidos, reportados pelas Autoridades, segundo província 2015 – 2017.

Comando Provincial	2015		2016		2017	
	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos
Total	3 873	89,6	4 733	90,5	2 959	89,9
Niassa	163	85,9	171	90,6	129	83,7
Cabo Delgado	307	98,7	276	97,5	209	95,2
Nampula	396	93,9	273	94,5	282	92,2
Zambézia	261	92,3	249	89,6	252	91,7
Tete	199	86,4	109	81,7	88	83,0
Manica	85	89,4	53	86,8	85	92,9
Sofala	345	91,3	414	86,0	397	91,2
Inhambane	114	84,2	109	94,5	122	83,6
Gaza	184	89,1	172	93,0	240	93,8
Maputo Província	1 819	87,6	1 076	85,9	1 155	88,4
Maputo Cidade	1 831	92,8

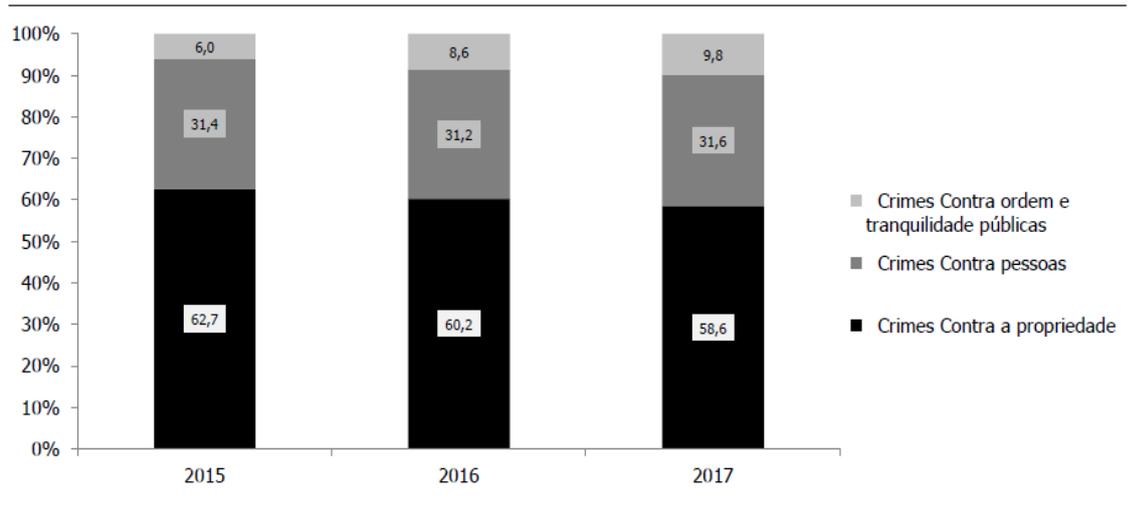
Fonte: INE, 2017.

Tabela 13: Número total de crimes registados contra a ordem e tranquilidade pública e percentagens esclarecidos, reportados pelas Autoridades policiais, segundo o Comando provincial 2015 – 2017

Comando Provincial	2015		2016		2017	
	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos	Registados	% dos Esclarecidos
Total	505	98,8	633	99,1	739	97,7
Niassa	43	100,0	66	98,5	55	96,4
Cabo Delgado	52	100,0	66	100,0	87	98,9
Nampula	71	97,2	61	95,1	67	100,0
Zambézia	19	89,5	34	100,0	38	100,0
Tete	37	100,0	32	100,0	58	94,8
Manica	14	100,0	19	100,0	27	96,3
Sofala	45	95,6	55	100,0	74	91,9
Inhambane	55	100,0	37	110,8	41	97,6
Gaza	67	100,0	60	100,0	84	100,0
Maputo Prov.	102	100,0	109	97,2	208	98,6
Maputo Cidade	94	96,8

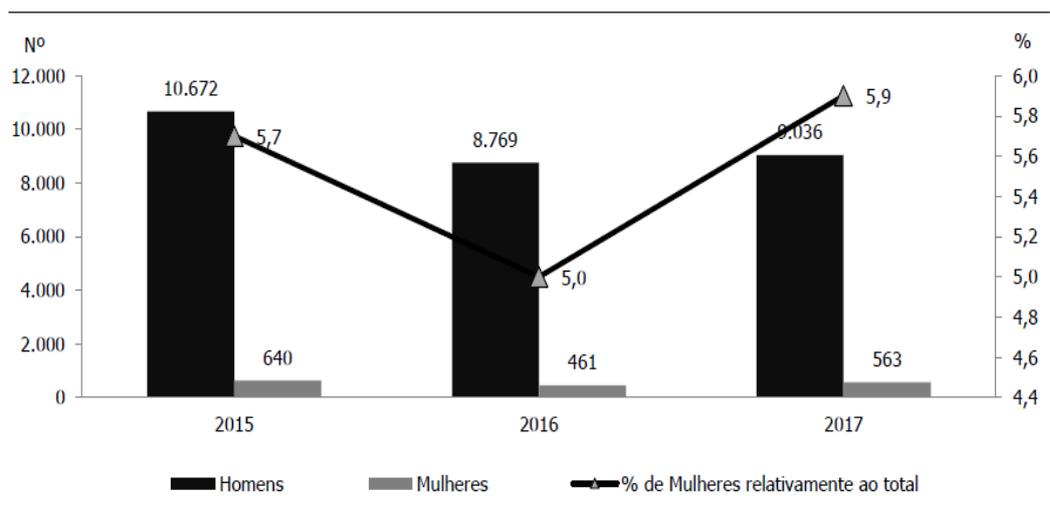
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 9. Distribuição percentual de indiciados por crimes, registados pelas Autoridades policiais, Moçambique 2015 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Gráfico 10. Número total de indiciados e percentagens de mulheres indiciadas pelas Autoridades policiais, Moçambique 2015 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Tabela 14. Distribuição percentual de indiciados registados pelas Autoridades policiais por sexo, segundo o Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando provincial	2015				2016				2017			
	H	M	Total	N	H	M	Total	N	H	M	Total	N
Total	94,3	5,7	100,0	11 312	95,0	5,0	100	9 230	94,1	5,9	100,0	9 599
Niassa	99,6	0,4	100,0	1023	99,6	0,4	100	1021	100,0	0,0	100,0	409
Cabo Delgado	98,6	1,4	100,0	692	97,3	2,7	100	622	96,6	3,4	100,0	524
Nampula	97,8	2,2	100,0	1003	98,3	1,7	100	779	97,7	2,3	100,0	788
Zambézia	96,7	3,3	100,0	520	96,6	3,4	100	567	96,6	3,4	100,0	533
Tete	96,9	3,1	100,0	574	99,4	0,6	100	354	96,9	3,1	100,0	385
Manica	94,0	6,0	100,0	233	92,2	7,8	100	204	95,5	4,5	100,0	337
Sofala	94,1	5,9	100,0	863	96,5	3,5	100	1023	77,0	23,0	100,0	790
Inhambane	95,1	4,9	100,0	324	89,2	10,8	100	361	99,0	1,0	100,0	292
Gaza	90,2	9,8	100,0	640	94,3	5,7	100	618	96,4	3,6	100,0	694
Maputo Província	92,2	7,8	100,0	5440	92,4	7,6	100	3681	94,4	5,6	100,0	4847
Maputo Cidade

Fonte: INE, 2017.

Tabela 15: Distribuição percentual de indiciados nos crimes contra a propriedade, registados pelas Autoridades policiais por sexo, segundo o Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando provincial	2015				2016				2017			
	H	M	Total	N	H	M	Total	N	H	M	Total	N
Total	96,5	3,5	100,0	7 089	96,7	3,3	100	5 572	95,4	4,6	100,0	5 624
Niassa	100,0	0,0	100,0	744	100,0	0,0	100	607	100,0	0,0	100,0	239
Cabo Delgado	99,7	0,3	100,0	369	98,8	1,2	100	326	99,6	0,4	100,0	268
Nampula	99,1	0,9	100,0	570	98,9	1,1	100	471	97,9	2,1	100,0	428
Zambézia	99,0	1,0	100,0	297	99,4	0,6	100	324	98,2	1,8	100,0	285
Tete	99,3	0,7	100,0	301	100,0	0,0	100	186	98,2	1,8	100,0	223
Manica	99,1	0,9	100,0	112	92,8	7,2	100	125	98,3	1,7	100,0	174
Sofala	96,5	3,5	100,0	452	98,9	1,1	100	562	72,3	27,7	100,0	358
Inhambane	99,3	0,7	100,0	152	98,7	1,3	100	152	100,0	0,0	100,0	141
Gaza	91,6	8,4	100,0	393	96,4	3,6	100	361	98,5	1,5	100,0	395
Maputo Província	94,9	5,1	100,0	3.699	94,2	5,8	100	2458	95,7	4,3	100,0	3113
Maputo Cidade

Fonte: INE, 2017.

Tabela 16: Distribuição percentual de indiciados de crimes contra pessoas, registados pelas Autoridades policiais por sexo, segundo o Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando provincial	2015				2016				2017			
	H	M	Total	N	H	M	Total	N	H	M	Total	N
Total	85,2	14,8	100,0	3 547	91,5	8,5	100,0	2 890	90,9	9,1	100,0	3 032
Niassa	98,1	1,9	100,0	211	98,6	1,4	100,0	279	100,0	0,0	100,0	126
Cabo Delgado	96,7	3,3	100,0	273	97,4	2,6	100,0	230	90,1	9,9	100,0	172
Nampula	94,3	5,7	100,0	299	97,3	2,7	100,0	222	97,6	2,4	100,0	248
Zambézia	93,5	6,5	100,0	201	91,6	8,4	100,0	203	93,3	6,7	100,0	194
Tete	93,1	6,9	100,0	217	98,3	1,7	100,0	119	93,8	6,2	100,0	97
Manica	88,9	11,1	100,0	99	92,0	8,0	100,0	50	89,1	10,9	100,0	101
Sofala	90,5	9,5	100,0	347	93,4	6,6	100,0	381	76,3	23,7	100,0	334
Inhambane	90,2	9,8	100,0	112	77,5	22,5	100,0	160	96,9	3,1	100,0	98
Gaza	84,5	15,5	100,0	161	88,4	11,6	100,0	172	92,4	7,6	100,0	211
Maputo Província	86,2	13,8	100,0	1627	88,3	11,7	100,0	1.074	91,4	8,6	100,0	1451
Maputo Cidade

Fonte: INE, 2017.

Tabela 17: Distribuição percentual de indiciados de crimes contra ordem e tranquilidade pública registados pelas Autoridades policiais por sexo, segundo o Comando provincial, 2015- 2017.

Comando provincial	2015				2016				2017			
	H	M	Total	N	H	M	Total	N	H	M	Total	N
País	96,0	4,0	100,0	676	96,0	4,0	100,0	768	97,2	2,8	100,0	943
Niassa	100,0	0,0	100,0	68	100,0	0,0	100,0	135	100,0	0,0	100,0	44
Cabo Delgado	100,0	0,0	100,0	50	89,4	10,6	100,0	66	100,0	0,0	100,0	84
Nampula	100,0	0,0	100,0	134	97,7	2,3	100,0	86	97,3	2,7	100,0	112
Zambézia	95,5	4,5	100,0	22	100,0	0,0	100,0	40	100,0	0,0	100,0	54
Tete	98,2	1,8	100,0	56	100,0	0,0	100,0	49	96,9	3,1	100,0	65
Manica	90,9	9,1	100,0	22	89,7	10,3	100,0	29	98,4	1,6	100,0	62
Sofala	96,9	3,1	100,0	64	93,8	6,3	100,0	80	95,9	4,1	100,0	98
Inhambane	93,3	6,7	100,0	60	98,0	2,0	100,0	49	100,0	0,0	100,0	53
Gaza	94,2	5,8	100,0	86	97,6	2,4	100,0	85	96,6	3,4	100,0	88
Maputo Província	89,5	10,5	100,0	114	92,6	7,4	100,0	149	95,4	4,6	100,0	283
Maputo Cidade

Fonte: INE, 2017.

Tabela 18. Distribuição percentual de indiciados registados pelas Autoridades por idade, segundo sexo, Moçambique 2015 – 2017.

Sexo	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
HM	8,2	91,8	100,0	11 312	8,9	91,1	100,0	9 230	1,9	98,1	100,0	9 599
H	8,5	91,5	100,0	10 672	9,0	91,0	100,0	8 769	1,4	98,6	100,0	9 036
M	3,1	96,9	100,0	640	6,5	93,5	100,0	461	9,2	90,8	100,0	563

Fonte: INE, 2017.

Tabela 19: Distribuição percentual dos indiciados registados pelas Autoridades policiais por idade, segundo o Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando Provincial	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
Total	8,2	91,8	100,0	11 312	8,9	91,1	100,0	9 230	1,9	98,1	100,0	9 599
Niassa	11,5	88,5	100,0	1023	5,8	94,2	100,0	1.021	0,0	100,0	100,0	409
Cabo Delgado	0,3	99,7	100,0	692	3,5	96,5	100,0	622	0,0	100,0	100,0	524
Nampula	19,8	80,2	100,0	1003	20,4	79,6	100,0	779	0,5	99,5	100,0	788
Zambézia	8,8	91,2	100,0	520	7,1	92,9	100,0	567	0,0	100,0	100,0	533
Tete	12,7	87,3	100,0	574	9,9	90,1	100,0	354	2,3	97,7	100,0	385
Manica	6,4	93,6	100,0	233	12,3	87,7	100,0	204	0,0	100,0	100,0	337
Sofala	7,2	92,8	100,0	863	10,5	89,5	100,0	1023	6,1	93,9	100,0	790
Inhambane	11,7	88,3	100,0	324	13,3	86,7	100,0	361	0,7	99,3	100,0	292
Gaza	19,7	80,3	100,0	640	15,7	84,3	100,0	618	3,0	97,0	100,0	694
Maputo Província	4,6	95,4	100,0	5440	6,1	93,9	100,0	3.681	2,0	98,0	100,0	4847
Maputo Cidade

Fonte: INE, 2017.

Tabela 20: Distribuição percentual de indiciados nos crimes contra a propriedade, registados pelas Autoridades policiais por idade, segundo o Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando Provincial	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
Total	8,3	91,7	100,0	7 089	9,5	90,5	100,0	5 572	2,2	97,8	100,0	5 624
Niassa	13,2	86,8	100,0	744	7,4	92,6	100,0	607	0,0	100,0	100,0	239
Cabo Delgado	0,0	100,0	100,0	369	1,8	98,2	100,0	326	0,0	100,0	100,0	268
Nampula	21,2	78,8	100,0	570	21,9	78,1	100,0	471	0,7	99,3	100,0	428
Zambézia	9,4	90,6	100,0	297	11,4	88,6	100,0	324	0,0	100,0	100,0	285
Tete	13,6	86,4	100,0	301	8,6	91,4	100,0	186	1,8	98,2	100,0	223
Manica	7,1	92,9	100,0	112	14,4	85,6	100,0	125	0,0	100,0	100,0	174
Sofala	7,3	92,7	100,0	452	11,6	88,4	100,0	562	4,5	95,5	100,0	358
Inhambane	13,8	86,2	100,0	152	17,1	82,9	100,0	152	1,4	98,6	100,0	141
Gaza	20,6	79,4	100,0	393	15,8	84,2	100,0	361	4,8	95,2	100,0	395
Maputo Província	4,2	95,8	100,0	3699	6,3	93,7	100,0	2.458	2,5	97,5	100,0	3113
Maputo Cidade

Fonte: INE, 2017.

Tabela 21: Distribuição percentual de indiciados nos crimes contra pessoas, registados pelas Autoridades por idade, segundo o Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando Provincial	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
Total	7,5	92,5	100,0	3 547	8,1	91,9	100,0	2 890	1,8	98,2	100,0	3 032
Niassa	6,2	93,8	100,0	211	4,7	95,3	100,0	279	0,0	100,0	100,0	126
Cabo Delgado	0,7	99,3	100,0	273	6,5	93,5	100,0	230	0,0	100,0	100,0	172
Nampula	14,4	85,6	100,0	299	18,9	81,1	100,0	222	0,4	99,6	100,0	248
Zambézia	8,5	91,5	100,0	201	1,5	98,5	100,0	203	0,0	100,0	100,0	194
Tete	14,3	85,7	100,0	217	10,9	89,1	100,0	119	3,1	96,9	100,0	97
Manica	5,1	94,9	100,0	99	4,0	96,0	100,0	50	0,0	100,0	100,0	101
Sofala	7,5	92,5	100,0	347	9,2	90,8	100,0	381	9,3	90,7	100,0	334
Inhambane	11,6	88,4	100,0	112	11,9	88,1	100,0	160	0,0	100,0	100,0	98
Gaza	19,3	80,7	100,0	161	19,2	80,8	100,0	172	0,5	99,5	100,0	211
Maputo Província	5,3	94,7	100,0	1627	5,6	94,4	100,0	1 074	1,4	98,6	100,0	1451
Maputo Cidade

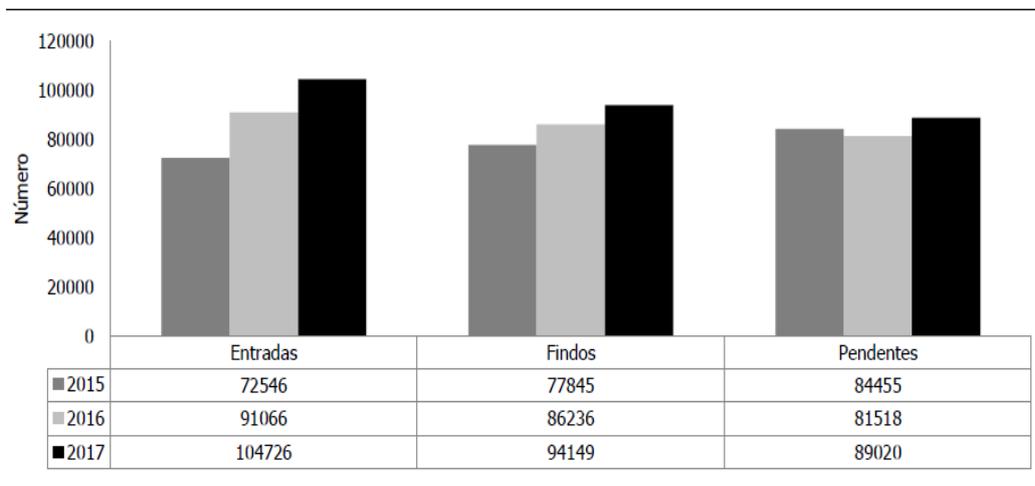
Fonte: INE, 2017.

Tabela 22: Distribuição percentual de indiciados nos crimes contra Ordem e tranquilidade pública, registados pelas Autoridades policiais por idade, segundo o Comando provincial, 2015 – 2017.

Comando Provincial	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
Total	10,8	89,2	100,0	676	7,2	92,8	100,0	768	0,5	99,5	100,0	943
Niassa	10,3	89,7	100,0	68	0,7	99,3	100,0	135	0,0	100,0	100,0	44
Cabo Delgado	0,0	100,0	100,0	50	1,5	98,5	100,0	66	0,0	100,0	100,0	84
Nampula	26,1	73,9	100,0	134	16,3	83,7	100,0	86	0,0	100,0	100,0	112
Zambézia	4,5	95,5	100,0	22	0,0	100,0	100,0	40	0,0	100,0	100,0	54
Tete	1,8	98,2	100,0	56	12,2	87,8	100,0	49	3,1	96,9	100,0	65
Manica	9,1	90,9	100,0	22	17,2	82,8	100,0	29	0,0	100,0	100,0	62
Sofala	4,7	95,3	100,0	64	8,8	91,3	100,0	80	1,0	99,0	100,0	98
Inhambane	6,7	93,3	100,0	60	6,1	93,9	100,0	49	0,0	100,0	100,0	53
Gaza	16,3	83,7	100,0	86	8,2	91,8	100,0	85	1,1	98,9	100,0	88
Maputo Província	5,3	94,7	100,0	114	7,4	92,6	100,0	149	0,4	99,6	100,0	283
Maputo Cidade

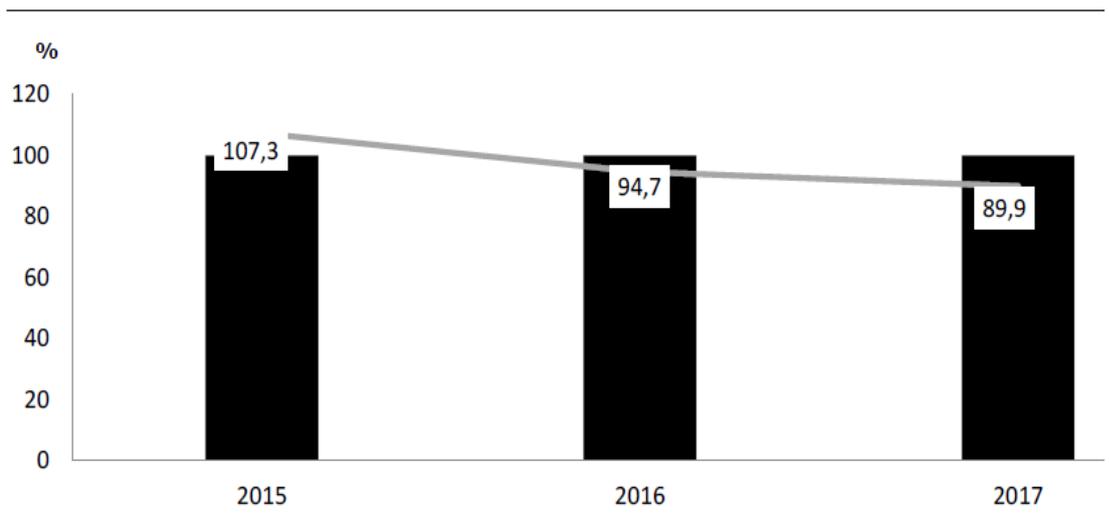
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 11. Movimento geral dos processos, Moçambique 2015 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Gráfico 12. Taxa de resolução processual, Moçambique 2015 – 2017.



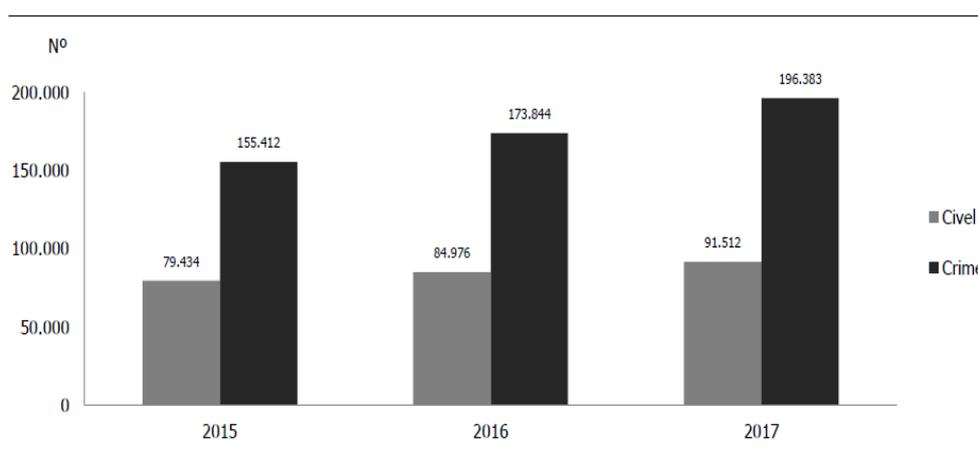
Fonte: INE, 2017.

Tabela 23: Distribuição percentual de processos por categoria, segundo Tribunal judicial, 2017.

Tribunal Judicial	Entrados	Findos	Pendentes	Total	N
Total	36,4	32,7	30,9	100,0	287 895
Niassa	55,8	44,2	0,0	100,0	3 031
Cabo Delgado	29,8	34,6	35,6	100,0	20 306
Nampula	20,0	16,1	63,8	100,0	5 629
Zambezia	25,6	22,6	51,8	100,0	25 702
Tete	38,4	43,4	18,2	100,0	30 782
Manica	38,7	36,4	24,8	100,0	17 189
Sofala	46,3	53,7	0,0	100,0	20 131
Inhambane	42,8	34,1	23,1	100,0	28 262
Gaza	34,0	32,4	33,6	100,0	20 384
Maputo Provincia	37,7	34,5	27,8	100,0	34 892
Maputo Cidade	23,5	22,7	53,8	100,0	18 643
Tribunal da Policia	41,3	26,1	32,6	100,0	51 333
Tribunal de Menores	32,0	23,6	44,5	100,0	11 611

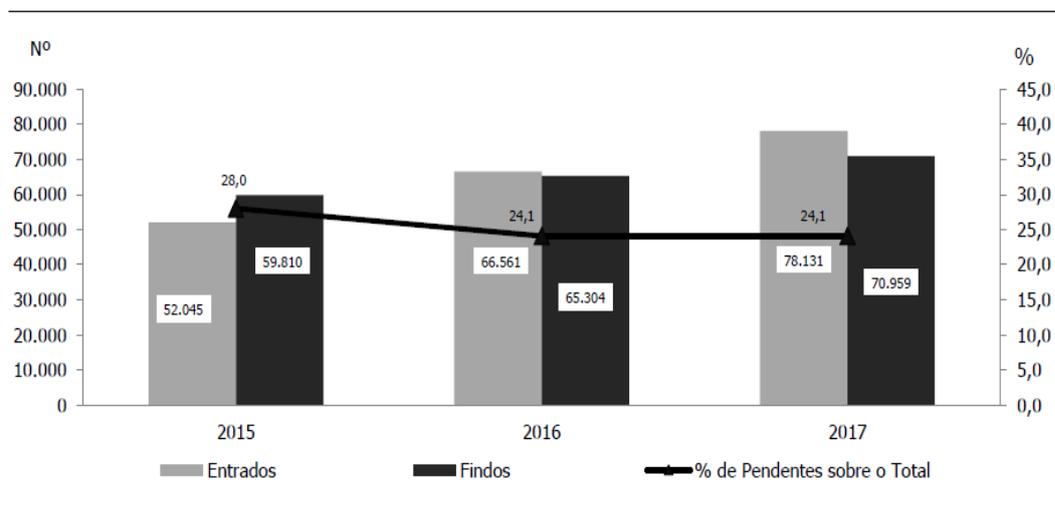
Fonte: INE, 2017.

Gráfico 13. Número de processos por tipo, Moçambique 2015 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Gráfico 14. Número e percentagem de processos crimes por categoria, Moçambique 2015 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Tabela 24: Número de processos crimes por categoria e tipo de processo, Moçambique 2015 – 2017.

Ano	Querela			Transgressões			Sumario-Crime			Policia Correccional		
	Entrados	Findos	Pendentes	Entrados	Findos	Pendentes	Entrados	Findos	Pendentes	Entrados	Findos	Pendentes
2015	3 286	3 346	6 280	17 491	25 943	16 630	26 125	25 709	13 353	3 788	3 635	2 427
2016	4 890	4 226	6 236	22 456	24 539	12 065	33 435	31 345	16 110	4 298	4 298	2 654
2017	4 774	4 210	5 408	29 533	19 766	21 173	37 752	39 821	13 682	4 710	5 194	2 991

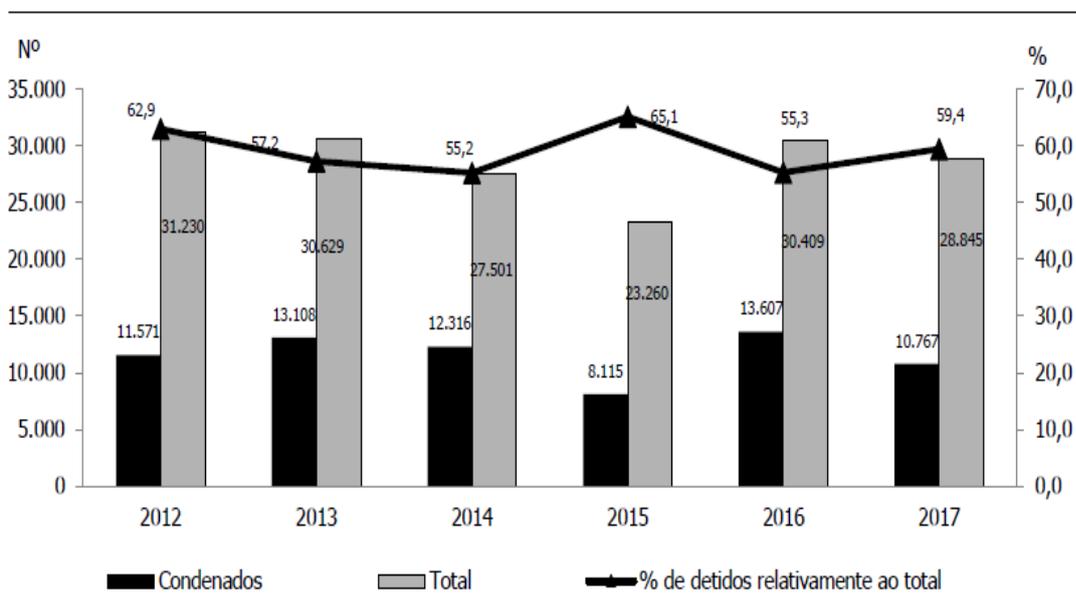
Fonte: INE, 2017.

Tabela 25: Número de processos crimes por categoria, segundo Tribunal judicial, 2017.

Tribunal Judicial	Querelas			Transgressões			Sumario Crime			Policia correccional		
	Entrados	Findos	Pendentes	Entrados	Findos	Pendentes	Entrados	Findos	Pendentes	Entrados	Findos	Pendentes
Total	4 774	4 210	5 408	29 533	19 766	21 173	37 752	39 821	13 682	4 710	5 194	2 991
Niassa	165	119	...	15	45	...	785	637	...	93	159	...
Cabo Delgado	358	305	876	1356	1 373	252	2 616	3 264	2 398	419	456	563
Nampula	172	57	728	30	21
Zambezia	599	583	1204	417	379	1 872	3 300	2 910	3 405	502	496	866
Tete	755	583	544	893	1 063	1 092	7 013	8 604	433	751	1325	512
Manica	403	296	281	110	77	155	3 526	3 100	1 705	476	468	184
Sofala	621	735	...	17	12	...	4 323	5 586	...	847	723	...
Inhambane	358	244	346	4 985	3 654	686	4 572	4 086	1 507	562	486	204
Gaza	449	517	332	252	194	246	3 860	3 564	1 707	611	661	315
Maputo Provincia	536	423	780	290	297	116	7 757	8 070	2 497	449	420	326
Maputo Cidade	358	348	317
Tribunal da Policia	21 198	12 672	16 754

Fonte: INE, 2017.

Gráfico 15. Número e percentagem de reclusos detidos e condenados, Moçambique 2012 – 2017.



Fonte: INE, 2017.

Tabela 26: Número de reclusos detidos por sexo, por província 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015		2016		2017	
	H	M	H	M	H	M
Total	14 769	376	16 298	504	15 089	657
Provincial de Niassa	929	11	1 405	28	1 217	35
Provincial de Cabo Delgado	1 042	19	1 031	2	588	19
Regional Norte de Nampula	1 370	34	1 487	64	988	71
Provincial de Zambézia	1 621	19	2 157	48	2 319	82
Provincial de Tete	1 953	10	2 242	4	1 276	19
Regional Centro de Manica	2 271	39	2 542	66	2 282	121
Provincial de Sofala	1 685	29	1 948	67	1 438	74
Provincial de Inhambane	1 728	109	1 589	87	1 585	79
Provincial de Gaza	1 025	60	798	42	820	106
Regional Sul de Mabalane	75	..	44	..	87	..
Máxima Segurança de Machava	1 070	..	1 055	..	2 489	..
Especial para Mulheres	..	46	..	96	..	51

Fonte: INE, 2017.

Tabela 27: Número de reclusos condenados por sexo, segundo o estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015		2016		2017	
	H	M	H	M	H	M
Total	7 867	248	13 356	251	10 368	399
Provincial de Niassa	1090	12	1 290	4	1122	34
Provincial de Cabo Delgado	568	2	852	32	402	13
Regional Norte de Nampula	254	13	308	26	135	10
Provincial de Zambezia	589	18	677	14	413	22
Provincial de Tete	783	80	524	31	626	0
Regional Centro de Manica	815	15	460	2	766	10
Provincial de Sofala	910	18	1 325	41	922	66
Provincial de Inhambane	1746	23	1 995	38	1809	37
Provincial de Gaza	338	23	523	22	333	116
Regional Sul de Mabalane	464	..	177	..	150	22
Maxima Segurança de Machava	310	..	5 225	..	3690	..
Especial para Mulheres	..	44	..	41	..	69

Fonte: INE, 2017.

Tabela 28: Número de reclusos detidos e condenados por tipo de crime, Moçambique 2015 – 2017.

Tipos de Crimes	2015		2016		2017	
	Detidos	Condenados	Detidos	Condenados	Detidos	Condenados
Total	15 145	8 115	16 802	13 607	15 746	10 767
Contra propriedade	10 877	5 250	12 029	8 635	11 040	7 019
Contra pessoas	3 237	2 278	3 285	3 463	3 239	2 678
Contra Ordem e Tranquilidade Publica	1 031	587	1 488	1 509	1 467	1 070
Contra Propriedade relativamente ao total	71.8	64.7	71.6	63.5	70.1	68.6

Fonte: INE, 2017.

Tabela 29: Distribuição percentual de detidos por crimes contra propriedade por sexo, segundo o estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015				2016				2017			
	H	M	Total	N	H	M	Total	N	H	M	Total	N
Pais	98,5	1,5	100	10 877	98,1	1,9	100,0	12 029	97,2	2,8	100,0	11 040
Provincial de Niassa	99,2	0,8	100,0	621	98,6	1,4	100,0	998	96,4	3,6	100,0	798
Provincial de Cabo Delgado	99,7	0,3	100,0	713	100,0	0,0	100,0	788	96,5	3,5	100,0	514
Regional Norte de Nampula	97,8	2,2	100,0	1 107	96,6	3,4	100,0	1 200	94,7	5,3	100,0	834
Provincial de Zambézia	99,5	0,5	100,0	1 173	99,4	0,6	100,0	1 525	97,8	2,2	100,0	1 712
Provincial de Tete	99,6	0,4	100,0	1 927	99,8	0,2	100,0	2 246	98,5	1,5	100,0	1 295
Regional Centro de Manica	98,6	1,4	100,0	1 570	98,5	1,5	100,0	1 829	96,6	3,4	100,0	1 551
Provincial de Sofala	99,4	0,6	100,0	1 044	97,4	2,6	100,0	1 219	97,3	2,7	100,0	1 002
Provincial de Inhambane	95,0	5,0	100,0	976	94,8	5,2	100,0	842	97,0	3,0	100,0	888
Provincial de Gaza	96,6	3,4	100,0	786	97,1	2,9	100,0	556	94,5	5,5	100,0	476
Regional Sul de Mabalane	100,0	..	100,0	30	100,0	..	100,0	30	100,0	..	100,0	61
Maxima Segurança de Machava	100,0	..	100,0	914	100,0	..	100,0	756	100,0	..	100,0	1 882
Especial para Mulheres	..	100,0	100,0	16	..	100,0	100,0	40	..	100,0	100,0	27

Fonte: INE, 2017.

Tabela 30. Distribuição percentual de detidos por crimes contra propriedade por idade, segundo o estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
Total	15,4	84,6	100,0	10 877	15,3	84,7	100,0	12 029	16,9	83,1	100,0	11 040
Provincial de Niassa	18,5	81,5	100,0	621	23,1	76,9	100,0	998	23,6	76,4	100,0	798
Provincial de Cabo Delgado	15,7	84,3	100,0	713	15,2	84,8	100,0	788	15,4	84,6	100,0	514
Regional Norte de Nampula	27,9	72,1	100,0	1 107	25,5	74,5	100,0	1 200	32,0	68,0	100,0	834
Provincial de Zambézia	12,8	87,2	100,0	1 173	11,8	88,2	100,0	1 525	12,3	87,7	100,0	1 712
Provincial de Tete	9,5	90,5	100,0	1 927	9,1	90,9	100,0	2 246	5,3	94,7	100,0	1 295
Regional Centro de Manica	17,5	82,5	100,0	1 570	9,0	91,0	100,0	1 829	10,4	89,6	100,0	1 551
Provincial de Sofala	24,5	75,5	100,0	1 044	19,5	80,5	100,0	1 219	22,4	77,6	100,0	1 002
Provincial de Inhambane	11,2	88,8	100,0	976	14,3	85,7	100,0	842	11,0	89,0	100,0	888
Provincial de Gaza	12,8	87,2	100,0	786	20,5	79,5	100,0	556	25,4	74,6	100,0	476
Regional Sul de Mabalane	26,7	73,3	100,0	30	26,7	73,3	...	30	21,3	78,7	100,0	61
Maxima Segurança de Machava	6,0	94,0	100,0	915	19,0	81,0	100,0	756	23,0	77,0	100,0	1 882
Especial para Mulheres	46,7	53,3	100,0	15	20,0	80,0	100,0	40	18,5	81,5	100,0	27

Fonte: INE, 2017.

Tabela 31. Distribuição percentual de detidos por crimes contra pessoas por sexo, segundo o estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015				2016				2017			
	H	M	Total	N	H	M	Total	N	H	M	Total	N
Total	94,7	5,3	100,0	3 237	93,6	6,4	100,0	3 285	91,0	9,0	100,0	3 239
Provincial de Niassa	98,1	1,9	100,0	311	95,6	4,4	100,0	295	98,1	1,9	100,0	258
Provincial de Cabo Delgado	95,5	4,5	100,0	330	99,1	0,9	100,0	223	98,9	1,1	100,0	93
Regional Norte de Nampula	95,8	4,2	100,0	216	93,6	6,4	100,0	233	84,8	15,2	100,0	158
Provincial de Zambézia	96,7	3,3	100,0	362	93,8	6,2	100,0	583	93,4	6,6	100,0	545
Provincial de Tete	90,0	10,0	100,0	20	0,0	0,0	0,0	0	0,0	0,0	0,0	0
Regional Centro de Manica	97,3	2,7	100,0	553	93,5	6,5	100,0	474	88,0	12,0	100,0	515
Provincial de Sofala	95,4	4,6	100,0	460	94,3	5,7	100,0	460	90,2	9,8	100,0	337
Provincial de Inhambane	91,6	8,4	100,0	584	94,2	5,8	100,0	572	93,0	7,0	100,0	597
Provincial de Gaza	89,6	10,4	100,0	240	91,3	8,7	100,0	206	79,4	20,6	100,0	325
Regional Sul de Mabalane	100,0	0,0	100,0	39	100,0	..	100,0	14	100,0	0,0	100,0	20
Máxima Segurança de Machava	100,0	0,0	100,0	106	100,0	..	100,0	183	100,0	0,0	100,0	371
Especial para Mulheres	0,0	100,0	100,0	16	..	100,0	100,0	42	0,0	100,0	100,0	20

Fonte: INE, 2017.

Tabela 32: Distribuição percentual de detidos por crimes contra pessoas por idade, segundo o estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
Total	11,2	88,8	100,0	3237	12,0	88,0	100,0	3 285	12,2	87,8	100,0	3 239
Provincial de Niassa	15,1	84,9	100,0	311	12,5	87,5	100,0	295	18,6	81,4	100,0	258
Provincial de Cabo Delgado	0,0	100,0	100,0	330	8,1	91,9	100,0	223	0,0	100,0	100,0	93
Regional Norte de Nampula	21,3	78,7	100,0	216	16,3	83,7	100,0	233	24,7	75,3	100,0	158
Provincial de Zambézia	11,0	89,0	100,0	362	10,5	89,5	100,0	583	12,7	87,3	100,0	545
Provincial de Tete	20,0	80,0	100,0	20,0	0,0	0,0	0,0	0	0,0	0,0	0,0	0,0
Regional Centro de Manica	15,6	84,4	100,0	553	5,3	94,7	100,0	474	5,0	95,0	100,0	515
Provincial de Sofala	14,3	85,7	100,0	460	16,5	83,5	100,0	460	16,0	84,0	100,0	337
Provincial de Inhambane	7,7	92,3	100,0	584	10,5	89,5	100,0	572	9,2	90,8	100,0	597
Provincial de Gaza	7,9	92,1	100,0	240	17,0	83,0	100,0	206	10,8	89,2	100,0	325
Regional Sul de Mabalane	5,1	94,9	100,0	39,0	0,0	100,0	100,0	14,0	10,0	90,0	100,0	20,0
Máxima Segurança de Machava	4,7	95,3	100,0	107	16,9	83,1	100,0	183	16,2	83,8	100,0	371
Especial para Mulheres	6,7	93,3	100,0	15	28,6	71,4	100,0	42	35,0	65,0	100,0	20

Fonte: INE, 2017.

Tabela 33: Distribuição percentual de detidos por crimes contra a Ordem e tranquilidade pública por sexo, segundo o estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015				2016				2017			
	H	M	Total	N	H	M	Total	N	H	M	Total	N
Total	96,0	4,0	100,0	1031	96,1	3,9	100,0	1488	95,8	4,2	100,0	1467
Provincial de Niassa	100,0	0,0	100,0	8	99,3	0,7	100,0	140	99,5	0,5	100,0	196
Provincial de Cabo Delgado	88,9	11,1	100,0	18	100,0	0,0	100,0	22	0,0	0,0	0,0	0
Regional Norte de Nampula	98,8	1,2	100,0	81	93,2	6,8	100,0	118	95,5	4,5	100,0	67
Provincial de Zambezia	99,0	1,0	100,0	105	96,9	3,1	100,0	97	93,8	6,3	100,0	144
Provincial de Tete	100	0	100	16	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0
Regional Centro de Manica	98,9	1,1	100,0	187	97,7	2,3	100,0	305	97,9	2,1	100,0	337
Provincial de Sofala	99,0	1,0	100,0	210	97,3	2,7	100,0	336	91,9	8,1	100,0	173
Provincial de Inhambane	96,0	4,0	100,0	277	96,2	3,8	100,0	262	94,4	5,6	100,0	179
Provincial de Gaza	86,4	13,6	100,0	59	89,7	10,3	100,0	78	89,6	10,4	100,0	125
Regional Sul de Mabalane	100,0	0,0	100,0	6	0,0	0,0	0,0	0	100,0	0,0	100,0	6
Maxima Segurança da Machava	100,0	0,0	100,0	50	100,0	0,0	100,0	117	100,0	0,0	100,0	236
Especial para mulheres	0,0	100,0	100,0	14	7,7	92,3	100,0	13	0,0	100,0	100,0	4

Fonte: INE, 2017.

Tabela 34: Distribuição percentual de detidos por crimes contra a Ordem e tranquilidade pública por idade, segundo o estabelecimento penitenciário, 2015 – 2017.

Estabelecimentos Penitenciários	2015				2016				2017			
	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N	<18	18+	Total	N
Total	9,8	90,2	100,0	1031	8,3	91,7	100,0	1488	10,0	90,0	100,0	1467
Provincial de Niassa	0,0	100,0	100,0	8	8,6	91,4	100,0	140	11,7	88,3	100,0	196
Provincial de Cabo Delgado	0,0	100,0	100,0	18	0,0	100,0	100,0	22	0,0	0,0	0,0	0
Regional Norte de Nampula	17,3	82,7	100,0	81	6,8	93,2	100,0	118	14,9	85,1	100,0	67
Provincial de Zambezia	12,4	87,6	100,0	105	9,3	90,7	100,0	97	9,7	90,3	100,0	144
Provincial de Tete	6,25	93,75	100	16	0,0	0,0	0,0	0	0,0	0,0	0,0	0
Regional Centro de Manica	16,6	83,4	100,0	187	1,3	98,7	100,0	305	1,2	98,8	100,0	337
Provincial de Sofala	11,4	88,6	100,0	210	17,9	82,1	100,0	336	15,0	85,0	100,0	173
Provincial de Inhambane	4,0	96,0	100,0	277	4,6	95,4	100,0	262	7,8	92,2	100,0	179
Provincial de Gaza	8,5	91,5	100,0	59	5,1	94,9	100,0	78	20,0	80,0	100,0	125
Regional Sul de Mabalane	16,7	83,3	100,0	6,0	0,0	0,0	0,0	0	0,0	100,0	100,0	6
Maxima Segurança da Machava	0,0	100,0	100,0	50	12,8	87,2	100,0	117	12,7	87,3	100,0	236
Especial para mulheres	7,1	92,9	100,0	14	0,0	100,0	100,0	13	0,0	100,0	100,0	4

Fonte: INE, 2017.

Tabela 35: Número de denúncias no âmbito da aplicação da lei da violência doméstica, província e por sexo, 2014.

Províncias	Casos atendidos em 2014				Comparação com 2013	Nº de GA
	Mulheres	Crianças	Homens	Total		
Cabo Delgado	451	292	107	850	38 casos a menos	16
Niassa	700	581	404	1825	140 casos a menos	18
Nampula	2342	966	358	3727	Cerca de 100 a mais	47
Zambézia	916	344	154	1414	3 casos a menos	22
Tete	847	263	242	1352	589 casos a menos	23
Manica	1445	548	448	2479	966 casos a menos	14
Sofala	2160	596	438	3194	260 casos a menos	S/I
Inhambane	1415	676	353	2246	166 casos a mais	25
Gaza	1087	145	169	1401	31 casos a menos	17
Prov.de Maputo	1817	196	384	2397	64 casos a menos	32
Cid. de Maputo	1704	633	365	2802	122 casos a menos	32
Totais	14884	5240	3415	23539	260 casos a mais (em 2 províncias) 2175 casos a menos (nas restantes)	246 (menos Sofala) 273

Fonte: Arthur, 2015 citado por Osório, 2016.

Os gráficos permitem dar a ideia do índice da criminalidade e a reacção dos tribunais em Moçambique. Não obstante a legislação criminal aprovada desde 1975 apresentar penas elevadas e graves como a pena de morte e a pena de chicotada introduzidas através da lei nº2/79 de 1 de Março que definia e estabelecia as punições dos crimes contra a Segurança do Povo e do Estado Popular de Moçambique, constata-se uma violência generalizada em todo o País, principalmente nas grandes cidades como é o caso de Maputo cidade e província, Beira e Nampula.

A resposta a violência generalizada pelo Estado moçambicano não constitui uma reacção isolada mas sim influenciada pelos efeitos da globalização. É que entre 1970 e 1980 surge o movimento da lei e Ordem nos Estados Unidos da América devido ao aumento da criminalidade, com a ocorrência de crimes de sequestro, roubos nos bancos, terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, corrupção, tendo sido difundida a teoria de *tolerância zero*.

Os meios de comunicação social estavam sendo usados para difundir a mensagem de terror e insegurança social. De acordo com a referida teoria procurou-se sancionar a pequena criminalidade para dar a ideia de um Estado operante, e evitar o surgimento da grande criminalidade.

Louise Trigo da Silva, citando Rosa Silveira Filho, refere que, portanto, os seguidores dessa teoria sustentam que o combate à criminalidade deveria iniciar-se por meio da rigorosa repressão e perseguição dos pequenos delitos, como forma de conter a violência pela raiz e evitar a primeira janela quebrada.²⁹⁶

Esta teoria espalhou-se e todo o mundo deixou-se influenciar, adoptando-a. Assim é que encontramos em Moçambique legislação com normas severas e penas elevadas, de certo modo desumanas. Nesse sentido, Louise Trigo da Silva refere que:

a doutrina da tolerância zero se expandiu e conquistou adeptos em todo o mundo, denotando em grande medida, que, na globalização neoliberal, é observada a intensificação de um fenómeno de uniformização e padronização das ideias e dos costumes das sociedades contemporâneas.²⁹⁷

Esta autora tem razão e em Moçambique o facto torna-se evidente se analisarmos a legislação penal, processual penal e de execução de penas recentemente aprovada é quase idêntica senão completamente idêntica a portuguesa.

É que o Código Penal moçambicano de 2019, salvas algumas excepções e poucas apresenta preceitos idênticos aos que constam no Código Penal Português. Tratou-se de uma completa assimilação acarretando consequências no sistema jurídico-penal moçambicano. Arcenio Francisco Cuco refere que “ há um fascínio em Moçambique por importação e transplante de ordenamentos jurídicos externos, em alguns momentos atípicos a nossa realidade, é indubitável.”²⁹⁸

Não concordamos totalmente com o autor, objectando na ideia de importação do Direito por defendermos que independentemente das influências exteriores, o Direito Penal moçambicano permanece genuíno. A influência exterior é forçada pelo processo da globalização.

É verdade que a tendência de uma assimilação cega da legislação do exterior pode conduzir-nos a adesão irreflectida e implementação do Direito Penal Máximo ou Direito Penal

²⁹⁶ SILVA, Louise Trigo da, *Algumas reflexões sobre o Direito Penal Máximo*, Revista Direito Mackenzie, v.6, nº2, pág.223.

²⁹⁷ *Ibidem*, pág.223.

²⁹⁸ CUCO, Arcenio Francisco, ob., cit.,pág.25

do Inimigo com raízes nos Estados Unidos da América e influenciado pelo movimento *lei e ordem* entre 1970 e 1980.

Louise Trigo da Silva refere que, “o movimento da lei e da ordem cresceu nesse contexto, e, por essa razão, acredita-se que o crime é o lado patológico da sociedade, a criminalidade uma doença infecciosa, e o criminoso, um ser daninho.”²⁹⁹

E conseqüentemente a sociedade fica dividida entre aqueles que são bons, incapazes de fazer o mal e os maus, doentes, aptos para fazer o mal. E sendo desaconselhável a convivência entre eles, com o receio da contaminação. Adianta, nesse sentido, Louise Trigo da Silva, citando Franco, que “dessa forma, era necessária uma declaração de guerra, uma luta contra a parte doente da sociedade. Portanto, toda a sociedade deveria se mobilizar para acabar com o tripé: crime, criminalidade e criminoso.”³⁰⁰

Segundo o movimento lei e ordem, vê-se pelos países e Moçambique não fica fora desse contexto ao adoptar novos tipos legais de crimes, um agravamento das penas para os tipos legais já existentes, a redução das garantias processuais e uma maior intervenção das autoridades policiais em procedimentos judiciais.

O objectivo é acalmar as vozes populares que põem, sempre, em causa o sistema penal instituído. As leis criadas exercem uma “função simbólica” e como Louise Trigo da Silva refere:

Fala-se em função puramente simbólica, porque as estatísticas demonstram e a realidade revela que o endurecimento das penas e a eliminação das garantias no processo penal não diminuem a criminalidade, simplesmente porque perduram, apesar desse rigor, níveis de pobreza que definham e enfraquecem o sistema.³⁰¹

Louise Trigo da Silva critica o Direito Penal máximo por prescrever os medicamentos, alheio as causas da enfermidade. E citando Fernandes (2007, p.84), refere que, “se tratar uma doença significa, primeiramente diagnosticar as suas causas, para combatê-las, o

²⁹⁹ *Ibidem*, pág.224.

³⁰⁰ SILVA, Louise Trigo da, ob.,cit., pág.224.

³⁰¹ *Ibidem*, pág.224.

direito penal máximo, desconsidera essa necessidade, simplesmente despreza os motivos e prescreve sanativos aleatoriamente.”³⁰²

Um exemplo típico ocorrido em Moçambique sendo de evitar no futuro foi a introdução de novos tipos legais descontextualizados e o agravamento das penas o que caracterizou o novo código penal moçambicano, aprovado sem antes fazer-se um estudo, um diagnóstico das causas do aumento da criminalidade em Moçambique. E a consequência pode ser a existência de um direito com um cunho repressivo não dissociado do mundo em geral.

A ideia do Direito Penal do inimigo é para justificar a intervenção rígida do Estado, para travar a onda da criminalidade através de atropelos a própria constituição.

Jakobs, em referência aos atentados terroristas de 11 de Setembro nos Estados Unidos da América, considera inimigo, todo aquele que não deve ser considerado pessoa e não adere aos princípios de cidadania e conseqüentemente não se está perante um cidadão mas inimigo do Estado pois eles põem em causa a segurança de outros cidadãos.³⁰³

Louise Trigo da Silva, entende que, segundo Jakobs, o direito do inimigo desdobra-se em três componentes:

em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva(ponto de referencia :o fato futuro), no lugar de como é habitual-retrospectiva(ponto de referencia[sic]:o fato cometido).Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.³⁰⁴

O Direito Penal defendido por Jakobs como um direito de “exceção”, é inaceitável, incompatível com um Estado de Direito Democrático e com algumas medidas que podem ser utilizadas em ocasiões raras e igualmente excepcionais, quando por exemplo um determinado Estado decreta um estado de sítio.³⁰⁵

³⁰² *Ibidem*, pág.224.

³⁰³ SILVA, Louise Trigo da, ob.,cit.,pág.225.

³⁰⁴ *Ibidem*, pág.226.

³⁰⁵ WEDY, Miguel Tedesco, *Alguns desafios do direito penal na sociedade de risco*, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 5(1):65-73, Janeiro-Junho 2013, pág.69.

A tendência actual é não aceitar-se a ideia da constituição de um Estado punitivo, Estado esse que assente em ideias mestras de: aprovação descontrolada de leis de emergência, o aumento de reclusões em prejuízo de medidas alternativas a penas de prisão, a instituição do direito penal do inimigo, a redução de garantias processuais penais. É de rejeitar-se tal modelo de Estado e procurar-se consolidar as garantias penais ganhas ao longo dos séculos e tentar-se delinear uma política criminal coerente, estável e segura. Alguns autores como Faria Costa consideram legítimos os crimes de perigo abstracto porque objectivam “ por intermédio de um adensamento, a protecção de bens jurídicos com dignidade penal.”³⁰⁶

A responsabilização de pessoas colectivas é um dos caminhos a enveredar. Já existem inovações dentro do nosso Código Penal em Moçambique. O que se pretende é um “Direito Penal e Processual” legítimo” e “justo”. E para se conceber um direito legítimo há que respeitar-se a dignidade da pessoa humana, daí o rejeitar-se o direito penal do inimigo de Jakobs.

Não respeitar a dignidade da pessoa humana é o mesmo que não reconhecer o Direito Penal como tal e vê-lo unicamente como um instrumento de coerção. E segundo Miguel Tedesco Wedy, citando Castanheira Neves, o Direito Penal seria “ um mecanismo de controle.”³⁰⁷ Portanto, o Direito Penal deixaria de ser o que é para ser um mero mecanismo de controlo.

O Direito Penal do inimigo deve ser considerado ilegítimo, insuficiente e no dizer de Miguel Tedesco Wedy “um instrumento do não direito, a partir do instante em que sustenta a possibilidade de uma não pessoa.”³⁰⁸

Autores como Castanheira Neves, citado por Miguel Tedesco Wedy considera que o direito proposto por Jakobs não é característico de um Estado de Direito onde existe uma ordem constitucional mas trata-se de um direito de guerra contra inimigos perigosos não considerados como pessoas.

Miguel Tedesco Wedy opondo-se a posição de Jakobs refere que:

³⁰⁶ WEDY, Miguel Tedesco, ob.,cit., pág.69.

³⁰⁷ *Ibidem*, pág.69.

³⁰⁸ *Ibidem*, pág.69.

Ao utilizar um referencial jurídico desse quilate, o Estado de Direito decaí ao Estado da barbárie quando então logo adiante e fatalmente o direito vai-se voltar não mais contra os inimigos mas contra as pessoas até se transformar o próprio feindstrafrecht, no inimigo a ser combatido.³⁰⁹

E segundo o referido autor o Estado que segue tal direito ele próprio transforma-se em delinquente, promotor da inconstitucionalidade e com um direito ilegítimo.³¹⁰

Há que adoptar procedimentos equilibrados, democráticos face aos riscos actuais da sociedade globalizada, não ignorando a criminalidade económica e organizada. O Direito Penal deve preservar o seu papel, guiado pela Constituição, visando a protecção de bens jurídicos, prevendo sanções penais contra a pessoa jurídica em geral, recorrendo a técnicas modernas, eficientes e justas sem comprometer as garantias processuais.

Neste capítulo estabelecemos uma relação entre a Constituição da República e o Direito Penal e demonstramos que a Constituição estabelece os limites de intervenção do Estado na sua actividade punitiva e fixa os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal. A construção do Direito Penal moçambicano tem como fundamento a Constituição da República, sua fonte primária, a qual fixa os princípios fundamentais a serem observados, concretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o da legalidade, o da reserva penal, do contraditório, do direito da acção, o de ampla defesa, o da individualização da pena, o da presunção da inocência.

Há proibições constitucionais que ditaram a ratificação de convenções internacionais e adopção de legislação correspondente, concretamente a proibição da tortura, tratamentos cruéis e desumanos, a proibição da pena de morte, a proibição da difamação, violação ao bom nome, a reputação, a defesa da imagem pública e da reserva da vida privada, a proibição da retroactividade da lei penal, a proibição de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpetuo ou de duração ilimitada ou indefinida, a intransmissibilidade das penas, a proibição da perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, como efeito da pena, a proibição dos partidos políticos de recorrer a violência armada para alterar a ordem política e social do País, a competência do Presidente da República para indultar e comutar penas.

³⁰⁹*Ibidem*, pág.70.

³¹⁰*Ibidem*, pág.70.

Neste capítulo, procuramos ainda, através de uma exposição exaustiva e detalhada dos conteúdos dos códigos penal, processual penal e de execução de penas e da legislação penal extravagante que a referida legislação está baseada em paradigmas iluministas, um tipo de Direito Penal globalizado e que ganha a sua legitimidade a partir da soberania do Estado. E as matérias expostas reforçam a ideia da existência em Moçambique de um Direito Penal em processo de construção e aplicado dentro de uma realidade cultural e político específicas e legitimado pelo princípio da soberania do Estado.

Procuramos demonstrar que a partir da independência nacional, Moçambique aprovou várias leis, com penas graves, a pena de morte, de chicotada e de prisão de longa duração, entretanto ocorreu o aumento da criminalidade, nas grandes cidades, como é o caso da cidade e província de Maputo, Beira, Nampula, conforme os gráficos de folhas 235 a 260. É verdade que a resposta a violência generalizada pelo Estado moçambicano foi influenciado pelos efeitos da globalização mas aí recomenda-se uma reflexão para evitar adesões a práticas do exterior que podem conduzir a implementação do Direito Penal máximo ou Direito Penal do inimigo com raízes nos Estados Unidos da América e influenciado pelo movimento da lei e ordem entre 1970 e 1980, como já mencionamos anteriormente.

Não obstante as influências exteriores o Direito Penal em construção em Moçambique tende a progredir ao prever a protecção dos bens jurídicos colectivos, os crimes de perigo abstracto, a responsabilização de pessoas jurídicas assim como a introdução da figura do agente arrependido cuja aplicação deve observar o princípio da verdade material.

CONCLUSÕES

O trabalho de tese consistiu-se numa abordagem do processo de construção do Direito Penal em Moçambique. O estudo teve por base uma estrutura de investigação assente na pesquisa documental.

Através da pesquisa bibliográfica procuramos uma nova abordagem do tema em análise e alcançar conclusões inovadoras que auxiliem a compreensão do processo de construção do Direito Penal em Moçambique.

A tese faz uma abordagem sobre a trajectória histórica do Direito Penal em Moçambique, merecendo reflexão as diferentes épocas, concretamente o período pré-colonial, colonial, da independência nacional e o momento actual.

O trabalho fez uma abordagem das diferentes escolas que se seguiram ao Iluminismo, concretamente, a escola clássica, a positiva, a correcionalista. Da incursão teórica retiramos para a tese que tanto o iluminismo como as referidas escolas deram um contributo ao Direito Penal, introduzindo a ideia dos direitos fundamentais do indivíduo, a exigência da verificação da culpa como condição para a aplicação da pena. A Escola positiva deu o contributo na valorização da personalidade do delinquente, exigindo-se do Estado a adopção de medidas visando a redução da perigosidade do delinquente.

As correntes anteriormente mencionadas reflectem-se no ordenamento jurídico penal moçambicano, no que se refere a aplicação das penas e medidas de segurança que visam a protecção de bens jurídicos, a reparação dos danos causados, a ressocialização do agente e a prevenção da reincidência.

A primeira questão que colocamos no início do nosso trabalho consistiu em saber o que é o Direito Penal. Parece-nos defensável o conceito de Direito Penal apresentado por Galdino Sequeira.

Como já nos referimos ao longo do nosso trabalho, a importância, para nós, na definição de Galdino Sequeira é que nos transmite o conhecimento que o Direito Penal é o direito de um povo. Surge como manifestação da vontade de um povo e isso deve merecer o reconhecimento da humanidade.

A partir deste pensamento, é legítimo reconhecer que independentemente de haver leis escritas, qualquer sociedade organizada tem normas de conduta e as respectivas sanções em caso de violação. O conceito de Direito penal apresentado por Galdino Sequeira reforça a ideia da existência do Direito penal no período pré-colonial em Moçambique. É uma posição contrária a de Vera Regina Pereira de Andrade que considera o Direito penal uma ciência normativa, cujo objecto é o estudo da lei, da norma, do direito positivo, como dado fundamental e indiscutível na sua observação obrigatória (2008, pág.250).

É que partindo desta análise é de rejeitar a existência de um Direito penal nas comunidades moçambicanas que se baseavam nos usos e costumes e no direito oral. Um comentário idêntico fizemos relativamente ao conceito apresentado por José de Faria Costa.

O Direito Penal não deve ser observado unicamente sob a perspectiva normativa, como um conjunto de normas jurídicas e assim sendo não concordamos totalmente com Manuel Cavaleiro de Ferreira o qual nega a validade do Direito se não for positivado.

Esta teoria não é totalmente válida para as realidades africanas, com uma realidade jurídica exclusivamente oral. A positivação visa facilitar a realização da justiça como afirma o referido autor e não pode servir para afastar a existência do direito, na sua ausência.

Mesmo antes da colonização houve condutas censuráveis e passíveis de sanções de natureza penal. Cada povo, não importa onde ele esteja tem um contributo a dar à humanidade. Assim é que, surgem hoje, em África autores ocidentais a procura dos costumes e tradições africanas. África e particularmente Moçambique têm um contributo a dar a humanidade em geral sobre o seu pensamento, o seu carácter, as suas paixões independentemente da positivação.

Há todo um legado do Direito Penal humanitário que hoje se procura ao nível mundial mas já existente em África e de modo muito particular em Moçambique. Referimo-nos, por exemplo, as medidas e penas alternativas à penas de prisão e dentro destas a prestação de trabalho socialmente útil que pode ter algumas das suas raízes no continente africano.

As medidas e penas alternativas à pena de prisão positivadas em Moçambique através da lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro estavam previstas nos artigos 88, 89, 90 e era uma grande inovação no sistema penal moçambicano.

Enquanto, o Direito Penal ocidental teve as marcas e influências do iluminismo, da escola clássica, da escola positiva e da escola correcionalista, só muito mais tarde é que estas ideias se reflectiram no Direito Penal moçambicano. O Direito Penal moçambicano é baseado em paradigmas iluministas, no princípio da legalidade e do respeito da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal moçambicano preenche este modelo a partir de 1990, o qual se mantém actual e genuíno não obstante a influência da globalização.

Ao nível do Código Penal de 2014, o artigo 59, nº1, estava patente o fim da pena, segundo o qual, a aplicação das penas e medidas de segurança visam a protecção de bens jurídicos, a reparação dos danos causados, a ressocialização do agente e a prevenção da reincidência.

Assim como nas sociedades orientais existiu um tipo de Direito oriental, com relevo o código de Hamurabi, com a pena de talião e posteriormente as leis mosaicas e o código manu, no período pré colonial, as sociedades africanas e o caso particular de Moçambique tinham um direito oral, normas repressivas baseadas no costume e completamente opostas ao direito europeu, ocidentalizado.

Concordamos parcialmente com José Fernando Barata na sua análise ao direito tradicional africano e entendemos que, no que se refere a fonte desse direito, na actualidade, não é a vontade dos ancestrais. Foi no passado, antes de existir o direito escrito e nas sociedades africanas, fundamentadas pelo Estado de Direito, como o caso de Moçambique, a fonte é a lei fundamental, a Constituição da República.

O processo de construção do Direito Penal moçambicano iniciou no período pré colonial. Tratou-se de uma experiência local com a influência dos povos asiáticos provenientes da Indonésia, Pérsia e Índia. Nesse período não existiam em Moçambique leis escritas e o direito era oral, célere, simplificado e obedecendo as regras da publicidade, contraditório e igualdade de armas entre as partes em conflito.

Através da pesquisa efectuada e referente ao período pré-colonial pretendeu-se demonstrar que independentemente da diversidade cultural entre os povos de Moçambique existiam infracções similares, concretamente o crime de feitiçaria, ofensas corporais, o roubo, o adultério, a violação, com sanções uniformes, a pena de multa, a indemnização e a pena capital.

O Direito penal existente era adequado a realidade das comunidades moçambicanas e o seu desenvolvimento, isto é, a possibilidade da existência de uma reflexão sobre os tipos legais de crimes, as penas e seus efeitos ficou frustrada devido a colonização portuguesa.

É verdade que com a colonização ocorreu em Moçambique uma “importação do direito civilizado”, dando lugar, na época colonial, a um sistema duplo, por um lado a existência de uma lei portuguesa aplicável aos cidadãos portugueses e por outro lado os “indígenas” que se sujeitavam aos costumes e ao poder colonial.

Com a colonização colonial, o processo de construção do Direito Penal moçambicano sofre uma interrupção e o processo é retomado após a independência nacional, em 1975. É precisamente após a independência nacional que o Direito Penal sofre a influência do Direito aplicado nas zonas libertadas, durante o período da guerra de libertação nacional.

A influência do direito aplicado nas zonas libertadas consistiu na reprodução do tipo de penas aí aplicadas, a saber, a crítica pública, a pena de chicotada e a pena capital por fuzilamento

Alguns dos crimes praticados nas zonas libertadas eram sancionados com medidas correctivas como o trabalho no campo e alguns dos quais com penas graves que tiveram a réplica no período pós independência até 1990.

Os centros de reeducação foram uma inspiração das zonas libertadas e uma tentativa de ressocialização do agente da infracção e prevenção da reincidência, um processo típico de construção do Direito penal moçambicano. Os aspectos negativos dos centros de reeducação foram a ausência de garantias legais e jurisdicionais pois as medidas foram ditadas pelo poder executivo.

O sistema penal colonial no ultramar, em Moçambique, estava assente em princípios de injustiça, desigualdade, racismo e exploração da força de trabalho do indígena. No período colonial merece referência o Estatuto dos Indígenas Portugueses das províncias da Guiné, Angola e Moçambique aprovado pelo Decreto-lei nº 39 666, de 20 de Maio, aprovado alegadamente para introduzir princípios consagrados na constituição política e na lei orgânica do ultramar, evidenciando a ideia de o indígena ser um ser inferior e desprovido de qualquer civilização.

O referido Estatuto continha crimes para os indígenas com as respectivas sanções, e com o decorrer dos anos surgiu a necessidade da criação de instituições competentes para julgar tais crimes. Merece referência a pena de trabalho obrigatório que surge com o regimento

da administração da justiça nas colónias, aprovado em Fevereiro de 1894. Havia uma lei para brancos considerados “civilizados” e os não civilizados, os indígenas eram disciplinados pelo direito privado específico, sem direitos, submetidos a violências e discriminação racial. Era um tipo de direito implantado e submetido aos nativos.

O artigo 25 do referido Estatuto previa o princípio segundo o qual, não existindo uma lei especial para os indígenas, aplicam-se as leis penais comuns. Assim, por força do referido preceito legal foi aplicável ao indígena o Código Penal de 1852 e o de 1886 e sempre com a chamada de atenção de que se devia tomar em consideração “o estado de civilização dos indígenas e os seus usos e costumes”³¹¹

O Código Penal de 1886 manteve-se em vigor em Moçambique até 2014. E o referido código assentava na teoria clássica do direito penal a qual considerava o “delito como ente jurídico, a pena como um mal e como um meio de tutela jurídica e a imputabilidade baseada no livre arbítrio e na culpabilidade moral”³¹²

Hoje, ainda existem alguns vestígios do sistema duplo característico da época colonial e falamos de vestígios porque se é verdade que ao nível das localidades funcionam alguns tribunais comunitários, já ao nível dos distritos, províncias e cidades funciona o sistema penal positivado com tribunais hierarquizados, tendo no topo, o Tribunal Supremo.

Os tribunais comunitários instituídos pela lei nº 4/92 de 6 de Maio visavam a solução de pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuindo para a harmonização das diversas práticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes que conduzem a síntese criadora do direito moçambicano.

Os tribunais comunitários julgam de acordo com a equidade, o bom senso e com a justiça, nos termos do artigo 2 da citada lei.

Não obstante a lei de organização judiciária referir-se aos tribunais comunitários como instâncias institucionalizadas não judiciais de resolução de conflitos, independentes, que julgam de acordo com o bom senso, equidade, de modo informal, não profissionalizado, privilegiando a oralidade e atendendo aos valores sociais e culturais existentes na sociedade,

³¹¹ FERREIRA, José, *ob.,cit.*, pág.41

³¹² DONNICI, Virgílio Luiz, *ob.,cit.*, pág.11.

com respeito pela constituição, parece-nos irrelevante tal referência, pois esses tribunais não estão dentro da hierarquia dos tribunais judiciais.

Importa referir que após a independência nacional em 1975 é aprovada a lei nº12/78 de 2 de Dezembro, lei da organização judiciária que criou os tribunais populares nos diferentes escalões do território nacional.

A partir de 1975, Moçambique aprovou várias leis, com penas graves, a pena de morte, de chicotada e de prisão de longa duração, entretanto ocorreu o aumento da criminalidade, nas grandes cidades, como é o caso da cidade e província de Maputo, Beira, Nampula conforme consta dos gráficos elaborados.

É verdade que a resposta a violência generalizada pelo Estado moçambicano foi influenciado pelos efeitos da globalização mas aí recomenda-se uma reflexão para evitar adesões a práticas do exterior que podem conduzir a implementação do Direito penal do inimigo com raízes nos Estados Unidos da América e influenciado pelo movimento da lei e ordem entre 1970 e 1980, conforme mencionado anteriormente.

O debate teórico ao redor da conceptualização do Direito penal e seus fins, a teoria do delito, a teoria geral do crime, a noção legal do crime, penas e medidas de segurança, o sistema do Direito Penal moçambicano contribui para a compreensão da base filosófica em que assenta o Direito penal moçambicano e equacionar a validade de tais conceitos e reflectir sobre a possibilidade de eventuais inovações numa perspectiva moçambicana.

Da experiência decorrente do funcionamento do sistema penal moçambicano resultou a criação de tribunais superiores de recurso, sub procuradorias, uma direcção geral da polícia de investigação criminal, o Serviço Nacional das prisões, um contributo relevante para o processo de construção do Direito penal.

A participação dos juízes eleitos nas audiências de julgamento adquiriu contornos típicos, legitimação específica, atravessando diferentes modelos políticos do Estado e se preservou. No actual contexto, onde assistimos a complexificação das sociedades, a globalização, o aliviar de fronteiras físicas, impõe-se a revisão da figura e não propriamente a sua total erradicação, pois afigurar-se-ia como um retrocesso na construção histórica de um sistema de justiça moçambicano genuíno.

A experiência do funcionamento dos serviços penitenciários ditou a aprovação da lei de execução de penas, lei nº 26/2019 de 27 de Dezembro que está em conformidade com o disposto nas regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos e a Resolução nº 65/2002 de 27 de Agosto que aprovou a Política Prisional e a estratégia da sua implementação.

Ficou demonstrado que com a independência nacional é retomado o processo de construção do Direito Penal interrompido através da colonização portuguesa. A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975, não obstante consagrar vários princípios entre os quais o da legalidade, não garantiu o direito a vida, a integridade física e ao bom nome. Esta omissão possibilitou a aprovação de leis que previam a pena da chicotada e a pena capital.

O Direito Penal adopta uma face diferente. São aprovadas leis contendo penas típicas do período da Idade Média. As leis e os códigos aprovados resultaram das alterações constitucionais e da ratificação de instrumentos jurídicos internacionais. O processo legislativo moçambicano leva-nos a afirmar que são fontes do Direito penal moçambicano, a Constituição da República, os instrumentos jurídicos internacionais e regionais validamente aprovados e a jurisprudência dos tribunais.

Através da análise da génese e funcionamento do Tribunal Penal Internacional e do Estatuto de Roma procuramos demonstrar que o Tribunal é uma necessidade para os Estados democráticos, dada a sua natureza de uma instituição que procura por termo as atrocidades que chocam a humanidade, uma instituição que promove o respeito pelos direitos fundamentais e consolidação dos princípios de Estado de Direito.

A adesão de Moçambique ao Tribunal penal Internacional justifica-se pela necessidade de responsabilizar criminalmente os autores de crimes contra a humanidade, impondo-se consequentemente alterações constitucionais para evitar incompatibilidades relacionados com a extradição, penas privativas da liberdade com carácter perpetuo, as imunidades, o princípio da complementaridade e ao nível do Código Penal impunha-se a revisão dos capítulos referentes as penas, medidas criminais e seus efeitos.

A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional podia influenciar o processo de construção do Direito Penal, garantida, entretanto, a sua originalidade, tendo em conta as especificidades de Moçambique.

A Comunidade da SADC adoptou protocolos sobre a cooperação na área política, defesa, segurança, o tráfico de drogas, o controle de armas de fogo, assuntos jurídicos, extradição, sem efeitos práticos consideráveis. Não obstante os protocolos assinados não há influencias sobre o Direito Penal moçambicano devido as desigualdades culturais entre os Estados e os diferentes sistemas jurídicos implantados durante e após a colonização.

A existência de políticas criminais nos Estados da SADC acompanhadas de estudos reduziria o distanciamento legislativo e doutrinário entre os Estados e a partir daí iniciar-se um debate sobre o tipo de Direito penal a existir em África, um Direito Penal construído segundo as características dos diferentes sistemas jurídicos ocidentais ou a emergir um Direito tipicamente africano com riscos específicos? Estas questões reforçam a ideia que o estudo constitui um desafio e incentivo para reflexões futuras.

Através da aprovação de várias leis anteriormente referidas e inspiradas na experiencia das zonas libertadas são introduzidos princípios e normas legais que contrariam toda a filosofia em que assentava o Direito Penal colonial. A pena não é um mal mas meio de reeducação e recuperação do agente da infracção.

Os tribunais populares nos diferentes escalões concretizam o Direito instituído contribuindo para o processo de edificação do Direito Penal moçambicano.

Em termos hierárquicos, o Tribunal Popular Supremo estava no topo, seguido dos tribunais populares provinciais, tribunais populares de distrito e na base os tribunais populares de localidade. Os tribunais populares de base funcionavam com os juízes eleitos e nos restantes tribunais havia juízes profissionais e juízes eleitos.

A organização judiciária de Moçambique no momento actual tem como bases legais, a Constituição da República e a lei nº 24/2007 de 20 de Agosto, com as alterações introduzidas pela lei nº 11/2018 de 3 de Outubro. E é através do poder judiciário que o Direito Penal moçambicano ganha corpo.

O Direito Penal moçambicano tem por fundamento a Constituição da República, sua fonte primária que impõe obrigações, fixa os limites e estabelece as proibições em matéria penal. A Constituição da República de Moçambique no artigo 4 refere-se aos valores e princípios fundamentais da Constituição que se relacionam com matérias criminais,

concretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, o da legalidade, o da reserva penal, do contraditório, do direito da acção, o da ampla defesa, o da individualização da pena, o da presunção da inocência.

Há outros princípios que não constam da Constituição da República de forma explícita mas com um cunho constitucional. O artigo 3 da Constituição da República com a epígrafe de o Estado de Direito Democrático tem como consequência o modelo de Estado de Direito e o princípio não escrito que proíbe a violação da dignidade pessoal, o princípio da culpa e ainda o designado por Figueiredo Dias como o princípio do Direito penal do bem jurídico e o da proporcionalidade das penas.

Há proibições constitucionais que ditaram a ratificação de convenções internacionais e adopção de legislação correspondente, por exemplo a proibição da tortura, de tratamentos cruéis e desumanos, a proibição da pena de morte, a proibição da difamação, a violação ao bom nome, a reputação, a defesa da imagem pública e da reserva da vida privada, a proibição da retroactividade da lei penal, a proibição de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpetuo ou de duração ilimitada ou indefinida, a intransmissibilidade das penas, a proibição da perda de qualquer direito civil, profissional ou político, como efeito da pena, a proibição dos partidos políticos de recorrer a violência armada para alterar a ordem política e social do país, a competência do Presidente da República para indultar e comutar penas.

A aprovação do Código Penal de 2014 através da lei nº35/2014 de 31 de Dezembro integra o processo de construção do Direito Penal moçambicano, pois, não obstante, a existência de alguma legislação penal e processual penal avulsa, foi um grande marco de ruptura com o sistema penal colonial. Foi revogado o Código Penal de 1886 e introduzidas normas que reflectiam o sentimento do povo moçambicano.

Assim é que foi punido o linchamento, realidade moçambicana que afligia as populações do norte, centro e sul de Moçambique. O código aprovado em 2014 não era completamente genuíno mas procurava ser a ruptura com um sistema penal desigual.

Como corolário do modelo de Estado de Direito Democrático o Estado garante a reintegração do condenado, o bem-estar da sociedade em geral e a igualdade entre todos os

cidadãos Moçambicanos. E procura concretizar o princípio da humanidade das penas como resulta da constituição da República.

Tem igualmente concretização prática os princípios de igualdade, proporcionalidade, resultado do modelo de Estado de Direito Democrático com reflexos no Direito Penal não obstante não constarem da Constituição da República de forma explícita.

Sobre a intervenção penal, podemos afirmar que há na actualidade novos tipos legais de crime resultantes não só do fenómeno da globalização mas em resultado do novo modelo de Estado adoptado em Moçambique a partir da Constituição da República de 1990 e não só mas devido a interacção entre o Direito Penal e outras áreas do Direito.

As alterações legais introduzidas através da aprovação de legislação avulsa, do Código Penal, do Código de Processo Penal e do Código de Execução de Penas, conforme nos referimos anteriormente de forma exaustiva, serve para demonstrar que o Direito Penal em processo de construção é o adequado a realidade de Moçambique não obstante a diversidade cultural.

O processo de divulgação dos códigos aprovados permite a uniformidade de procedimentos através do entendimento dos seus conteúdos. Os tribunais implantados em todo o território nacional permitem a aplicação uniforme das leis e garantem a educação dos cidadãos em geral e dos condenados, em particular.

Não obstante as influências exteriores o Direito Penal moçambicano tende a progredir ao prever a protecção de bens jurídicos colectivos, os crimes de perigo abstracto, a responsabilidade de pessoas jurídicas assim como a introdução da figura do agente arrependido cuja aplicação deve observar o princípio da verdade material. Entretanto, o Direito Penal moçambicano mantém a originalidade típica garantida pela Constituição da República de Moçambique, tomando em consideração o contexto sociopolítico de Moçambique.

O Direito Penal em construção assenta numa filosofia minimalista e humanista com garantias de justiça e respeito a dignidade da pessoa humana e procura dar respostas a criminalidade organizada, tráfico de drogas, de órgãos, de seres humanos, do corno de rinocerontes, o terrorismo. Entretanto o penalista e legislador moçambicanos devem envolver-se no debate e na reflexão de como fazer face aos novos riscos que parecem distantes em termos

espaciais e temporais. A reflexão deve conduzir ao encontro de soluções típicas, originais, observadas as especificidades de Moçambique na perspectiva da construção de uma ciência penal moçambicana.

E a construção de uma ciência penal original e adequada exige a perspetivação do futuro em termos de reformas penais, o estudo permanente dos efeitos e da viabilidade prática das medidas penais aplicadas.

As conclusões apresentadas referem-se a um conjunto de dados recolhidos e dão resposta as questões de investigação propostas e confirmam que existe em Moçambique um Direito Penal, genuíno e não importado. E que o processo de construção do Direito Penal moçambicano iniciou no período pré colonial, sofrendo uma interrupção no período colonial e retomado a partir da independência nacional em 1975.

SUGESTÕES

O estudo pretende sugerir o seguinte:

- A necessidade de Moçambique aderir ao Tribunal Penal Internacional para a eventual responsabilização criminal dos autores de crimes contra a humanidade, impondo-se consequentemente alterações constitucionais para evitar incompatibilidades relacionadas com a extradição, penas privativas da liberdade com carácter perpétuo, as imunidades, o princípio da complementaridade e ao nível do Código Penal impunha-se a revisão dos capítulos referentes as penas, medidas criminais e seus efeitos.
- A necessidade de um estudo permanente dos efeitos e da viabilidade prática da legislação penal e processual penal existente em Moçambique e a perspetivação de reformas penais.
- Os doutrinadores e legisladores penais devem envolver-se no debate e na reflexão de como fazer face aos grandes riscos globais que podem comprometer a paz das comunidades moçambicanas. A reflexão deve conduzir ao encontro de soluções típicas e originais, observadas as

especificidades de Moçambique e de África, em geral, na perspectiva da construção de uma ciência penal moçambicana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Livros

ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2019.

ANTUNES, Maria João, Cláudia Santos, Fábio Roberto d'Avila, Nereu Giacomolli(org), *Direito Penal e Constituição, Diálogos entre Brasil e Portugal*, Boutique Jurídica, Porto Alegre, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1*, 17 Edição, Revista, Ampliada, Actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

BRITO, Vladimir, *Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ªEdição, Universidade Católica, Editora Porto, Porto, 2016.

CORREIA, Eduardo, *Para uma nova justiça penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Almedina, Julho, 2016.

COSTA, Andrade, *A dignidade penal e a carência de tutela penal*, RPCC, 2, 1992, p.173.

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

CUNHA, Silva, Maria de Assunção, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ªed.Almedina, Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Para uma nova justiça penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1966.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre o Estado actual da doutrina do crime*, RPCC, 1992, P.34,SS.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____, *Direito Penal Português, Consequências Jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 2009.

FERREIRA, José Carlos Ney, Vasco Soares da Veiga, *O Estatuto dos Indígenas Portugueses*, 2ª Edição, Lisboa, 1957.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português, Parte Geral, I*, Editorial Verbo, 1982.

_____, *Lições de Direito Penal, Parte geral, A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982, penas e medidas de segurança*, Almedina, Maio, 2010.

GOUVEIA, Jorge de Bacelar, *As Constituições dos Estados Lusófonos*, Notícia Editorial, Lisboa, 2000.

_____, *Direito Internacional Público, Uma perspectiva da Língua Portuguesa*, 4ª Edição, Almedina, Lisboa, 2013.

_____, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015.

LISZT, Franz Von, José Higyino Duarte Pereira (trad.), *Tratado de Direito Penal Alemão*, Editora F.Briguret, Rio de Janeiro, 1899.

MACHADO, Jónatas E., *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____, *Direito Internacional, Do paradigma clássico ao pós 11 de Setembro*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 3.Edição,Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

MACUACUA, Edson da Graça, *Constituição da República de Moçambique*, Escolar Editora, Maputo, 2018.

MARCONI, Marina de Andrade, Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*, Atlas, 5ªEdição, São Paulo, 2003.

MEDEIROS, Eduardo da Conceição, *História de Cabo Delgado e do Niassa*, (C.1836-1929), Imprensa Universitária, Maputo, 1997.

ROBERT, Jacques-Henri, *Droit Pénal Général*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.

SANTOS, Manuel Simas, Manuel Leal-Henriques, *Noções de Direito Penal*, 6ªEdição, Rei Livros, 2018.

SERRA, Carlos, *Como a penetração estrangeira transformou o modo de produção dos camponeses moçambicanos, o exemplo da Zambézia*, (+- 1200/1964), Núcleo Editorial da Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, 1986.

_____, *Linchamentos em Moçambique*, 2ªedição, Imprensa Universitária, Maputo, 2015.

_____, *Estado, Pluralismo jurídico e Recursos Naturais: avanços e Recuos na Construção do Direito Moçambicano*, Escolar Editora, Maputo, 2014.

SIQUEIRA, Galdino, *Direito Penal Brasileiro*, Conselho Editorial, Brasília: Senado Federal, 2003.

STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal, Parte General I, El Hecho Punible*, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A, Madrid, 1982.

TRINDADE, João Carlos, *Colectânea de Legislação Penal*, 3ªEdição Revista e Aumentada, Ministério da Justiça, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Maputo, 2008.

UNESCO, Comité Científico Internacional para a redacção da história de África, *História Geral de África I, Metodologia e Pré-História de África*, Editor Joseph Ki-Zerbo.

II. Artigos, Revistas e publicações electrónicas

ABDO, Helena Najjar, *A garantia da publicidade do processo e a divulgação de atos processuais pela mídia: Limites e precauções atinentes ao processo civil*, Disponível em: <c:/user/Desktop/Helena Najjar Abdo.pdf>. Acesso em: 31/01/2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro*, Revista Sequência, nº 57, pág.237-260, Dezembro, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva, *O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir*, Revista da EMERJ, V.12, nº45, 2009.

BARATA, José Fernando Nunes, *África e o Direito*, disponível em: <https://Portal.ao.pt/up>. Acesso em: 12/05/20.

BORGES, Alexandre Walmott, Ruben Valteciides Alves, *O Estado laico e a liberdade religiosa na experiencia constitucional brasileira*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº107, Jul/Dez 2013.

BRITO, Luis de, *A Frelimo, o Marxismo e a Construção do Estado Nacional, 1962-1983*, IESE, Maputo, 2019.

BURCHET, Wilfred, *Samora Machel e a Revolução*, REVISTA TEMPO nº 310, 1976, Maputo.

BUVANE, Flávia e Carla Aparecido Ventura, *Cooperação Internacional para o combate às drogas ilícitas em Moçambique*, Rev.Latino-Am.Enfermagem, 2011, May-June, 19 Spe,n: 762-70, Disponível em: www.eerp.usp.br/rlae, Acesso em: 15/5 /2020

_____, *O Problema do Direito Penal no Dealbar do Terceiro Milénio*, REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, RBCCRIM99, 2012.

DONNICI, Virgílio Luiz, *Aspectos Criminológicos do novo Código Penal Brasileiro*, Revista de Informação legislativa, Julho-Setembro, 1970.

FERREIRA, Rita, A., *A Fixação portuguesa e História pré-colonial em Moçambique*, Estudos, Ensaios e Documentos, Nº142, Lisboa, 1982.

GOMES, Aliu, *Ilusão de povo Africano: de organização da unidade africana a carta africana dos direitos e dos povos*, Revista electrónica do Curso de Direito da UFSM, vol.3, nº1, pag.51-65, Março 2008.

HONWANA, Gita, Francesca Dagnino, *O Direito e a Justiça nas Zonas Libertadas*, Boletim do Ministério da Justiça, Janeiro/Junho, Maputo, 1984.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo, *A evolução institucional do Ministério Público Brasileiro*, SADEK, MT(org)Disponível em: Uma introdução ao estudo da justiça, online, Rio de Janeiro:Centro Edelstein de Pesquisas sociais, 2010,65-94,ISBN:978-85-7982-032-8, in <http://books.scielo.org>. Acesso em: 15 de Junho de 2020.

LORIZZO, Tina, Vanja Petrovic, *Desenvolvimento na abordagem da tortura em Moçambique, Um relatório situacional*, Disponível em: acfr.org.za/resource-centre/desenvolvimentos-abordagem-da-tortura-em-Moçambique-port-pdf. Acesso em: 22 de Junho de 2020.

MACEDO, José Rivair, *Antigas civilizações africanas, historiografia e evidências documentais*, Disponível em: *Desvendando a História da África* (Online), Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2008. Acesso em: 22 de Junho de 2020.

MALOA, Joaquim Miranda, *Mudanças na criminalidade urbana moçambicana*, Revista do Laboratório de Estudos da Violência UNESP/Marília, Ano 2018-Edição 21-Maio/2018, ISSN1983-2192.

MARTINEZ, Esmeralda Simões, *Legislação Portuguesa para o Ultramar*, Sankofa, REVISTA DE HISTÓRIA DE ÁFRICA, Ano III, N.5, Julho 2010.

_____, *Do Geral ao Particular: direito e Justiça nas colónias Portuguesas em África (1822-1894)*, Sankofa, Revista de História de África e de estudos da diáspora africana, Ano IX, N.XVI, Janeiro, 2016.

MENESES, Maria Paula G., *O indígena africano e o colono europeu: a construção da diferença por processos legais*, e- cadernos CES, 07/2010: Identidades, Cidadania e Estado, Artigos, Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/403>. Acesso em: 21/5/2020.

_____, *Xiconhoca, o inimigo: narrativa de violências sobre a construção da Nação em Moçambique*, Revista crítica de Ciências Sociais, 106, 9-52, Maio 2015.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de, *A codificação do Direito*, Revista JUS Navigandi, ISSN, 1518-4862, Teresina, Ano 7, Nº 60, Novembro, 2002. Disponível em :<https://jus.com.br/artigos/3549>.

PEREIRA, Rui Mateus, *A Missão Etnográfica de Moçambique. A codificação dos usos e costumes indígenas no direito colonial português. Notas de investigação, cadernos de estudos africanos*, 1/2001, Varia, ISSN: 1645-3794.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes, *Ministério Público: velha instituição com novas funções*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 113, Setembro 2017:51-82.

RUPIA, Isabel, Paulo Sandro de Sousa, *A Política Criminal em Moçambique: análise sobre um prisma crítico*, Revista Síntese, Nº17, 2020, ISSN: 2518-4032, pág.75 a 83.

SILVA, Ivan Luiz da, *O Bem jurídico penal como limite material a intervenção criminal*, Revista de informação legislativa, Ano 50, nº 197, Janeiro/Março, 2013.

SILVA, Louise Trigo da, *Algumas reflexões sobre o Direito Penal Máximo*, Revista Direito Mackenzie, v.6, nº2, pág.217-224.

SOUSA, Jarbas Fidélis de, Revista Ver.Inf.Legisl.Brasília, a.204.80, Out-Dez.1983.

SOUSA, Kelly Ribeiro Félix de, *O sistema penal como instrumento de controle social: O papel da pena privativa de liberdade*, Revista de Criminologias e Políticas Criminais, e-ISSN: 2526-0065, Minas Gerais, v.1, n.2, p.164-180, Julho/Dez.2015.

SOUSA, Lídio de, *Judiciário e exclusão: o linchamento como mecanismo de reafirmação de poder, análise psicológica (1999)*, 2 (XVII): 327-338.

THOMAS, Fernanda Nascimento, *Disciplinar o indígena com pena de trabalho: políticas coloniais portuguesas em Moçambique*, Est.Hist., vol.25, n.50, p.313-330, Julho-Dezembro, Rio de Janeiro, 2012.

TORRES, Ana Paula Rapolês, Francisco de Castilho Prates, *A corrupção do sistema penal: o caso brasileiro*, civilizar 12 (23): 49-66, julio-diciembre, 2012.

WEDY, Miguel Tedesco, *Alguns desafios do Direito Penal na sociedade de risco*, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 5 (1): 65-73, Janeiro-Junho, 2013.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl, *Direito Penal Humano ou Inumano?* Rev.secr.Trib.perm.revis.Ano 3, N.6, Agosto 2015DOI, Disponível em:<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27>. Acesso em: 18 de Abril de 2020.

III. Teses

PATRÍCIO, Ana, *Dinâmicas do Pluralismo Jurídico em Moçambique: estudo de caso do distrito de Mossurize*, Tese de Doutoramento, ISTE, Lisboa, 2016.

IV. Relatórios Estatísticos e do Governo

MOÇAMBIQUE, Instituto Nacional de Estatística, *Estatística de Crime e Justiça*, Maputo, 2017.

MOÇAMBIQUE, Polícia da República de, *Plano Estratégico*, 2003-2012, volume I, Maputo, 2004.

CENTRO DE FORMAÇÃO JURÍDICA E JUDICIÁRIA, *Estudo Etnográfico das normas das populações locais para a resolução de conflitos e a sua relação com o acesso ao direito e a justiça moçambicana*, Maputo, 2020.

V. Legislação Colonial

PORTUGAL, Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1820, Disponível em: fd.unl.pt/Anexos/investigação/7511.pdf. Acesso em: 18 de Abril de 2020.

_____, A Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1821, Disponível em: fd.unl.pt/Anexos/investigação/7511.pdf. Acesso em: 18 de Abril de 2020.

_____, Carta Constitucional de Portugal de 29 de Abril de 1826 in. fd.unl.pt/Anexos/Investigação/1533.pdf. Acesso em: 18 de Abril de 2020.

_____, Acto adicional de 1852 que altera as constituições de Portugal, in cadeiras.iscte.jul.pt. Acesso em: 27 de Abril de 2021.

_____, A Constituição portuguesa de 1911, Disponível em: cadeiras.iscte.Jul.pt. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, A Constituição Portuguesa de 1933, Disponível em: cadeiras.iscte.Jul.pt. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, Portaria nº 24 de 16 de Maio de 1832, in unl.pt/anexos/pdf. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, Portaria de 9 de Julho de 1855 in unl.pt/anexos/pdf. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, Regimento da Administração da Justiça nas províncias ultramarinas de 20 de Fevereiro de 1894 in fd.unl.pt/1421.pdf. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, Colecção dos decretos e regulamentos publicados durante o governo da regência do reino estabelecido na ilha terceira, 1836, in ao/pt/cd/conteúdos/artigos. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, Decreto de 16 de Setembro de 1886 que aprova o Código Penal Português, Boletim da República, 1886.

_____, Portaria 1310 de 18 de Novembro de 1913 que aprova o regulamento do trabalho indígena de Moçambique, Disponível em: ao/pt/cd/conteúdos/artigos. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, Regulamento dos serviços administrativos e policiais do Concelho e Vila do Ibo de 19 de Setembro de 1913 de Cabo Delgado, Disponível em: Foreverpembablogs.com. Acesso em: 27 de Abril de 2020.

_____, Portaria 185 de 7 de Janeiro de 1922 sobre a cobrança de multas em ouro, Disponível em: <https://dre.pt>, Acesso em: 20 de Maio de 2020.

_____, Decreto nº 12 533 de 23 de Outubro de 1926 que introduziu o Estatuto Político, civil e criminal dos indígenas de Angola e Moçambique, in <https://dre.pt>. Acesso em: 20 de Maio de 2020..

_____, Decreto-Lei nº 33547 de 23 de Fevereiro sobre o âmbito da intervenção do Ministério Público de 1944, in <https://dre.pt>, Diário do Governo, nº122/1954, 1ªsérie. Acess. aos 28 de Abril 2020, 18 horas.

_____, Decreto nº 16 473 de Fevereiro de 1929 que alterou o Decreto 12 533 de 23 de Outubro de 1926 e que consagra o princípio da especialidade. In <https://dre.pt>. Acesso em 28 de Abril de 2020.

_____, Regulamento dos Tribunais privativos dos indígenas de 1 de Junho de 1929.

_____, Decreto-Lei nº 39 688 de 5 de Junho de 1954

_____, Decreto-Lei nº44 278, de 14 de Abril de 1962 sobre as competências do Ministério Público, Diário do Governo, I série, n.84. Disponível em: <https://dre.pt> Acesso em: 28 de Abril de 2020.

VI. Legislação de Moçambique Independente

REPÚBLICA POPULAR DE MOÇAMBIQUE, Constituição da República de Moçambique (1975), publicada no Boletim da República, 1ª Série-nº1 de 25 de Junho de 1975.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Constituição da República de Moçambique (1990), publicado pelo Boletim da República, 1ª Série-nº44, de 2 de Novembro de 1990.

_____, Constituição da República de Moçambique (2004), publicada no Boletim da República, 1ª Série-nº51, de 22 de Dezembro de 2004.

_____, Constituição da República (2004) que inclui a Lei de Revisão Pontual da Constituição, Lei nº 1/2018, de 12 de Junho, publicada no Boletim da República, 1ª Série-nº115, 2 Suplemento, de 12 de Junho de 2018.

_____, Lei nº 2/79 de 1 de Março, publicada no Boletim da República, Iª Série- Nº25, de 1 de Março de 1979.

_____, Lei nº 3/79 de 29 de Março, publicada na Colectânea de Legislação Penal, 3ªEdição Revista e Aumentada, Ministério da Justiça, Maputo, 2008.

_____, Lei nº 5/83 de 31 de Março, publicada na Colectânea de Legislação Penal, 3ªEdição Revista e Aumentada, Ministério da Justiça, Maputo, 2008.

_____, Resolução nº 9/88 de 25 de Agosto, que ratifica a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, publicada no Boletim da República, I Série -Número 34,1988.

_____, Resolução nº10/88 de 25 de Agosto que ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre a entrega de pessoas condenadas a penas privativas de liberdade, publicado no Boletim da República, I Série -Número 34, 1988.

_____, Resolução nº 8/90 de 12 de Setembro que ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre substâncias psicotrópicas, publicado no Boletim da República, I Série - Número 37, 1990.

_____, Resolução nº 8/91 de 20 de Dezembro que ratifica a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, publicado no Boletim da República, I Série -Número 51, 1991.

_____, Lei nº19/91 de 16 de Agosto, aprova a lei contra a segurança do Estado, publicado no Boletim da República, I Série -Número 33, 1991.

_____, Lei nº 4/92 de 6 de Maio, Cria os Tribunais comunitários, publicado no Boletim da República, I Série -Número 19, 1992.

_____, Lei nº 10/92 de 6 de Maio, aprova a lei orgânica dos tribunais judiciais, publicada no Boletim da República, I Série -Número 19, 1992.

_____, Resolução nº 4/93, de 2 de Junho que ratifica a Convenção das Nações Unidas contra a tortura ou penas cruéis, publicado no Boletim da República, I Série -Número 22, 1993.

_____, Resolução nº 23/98 de 2 de Junho, da Assembleia da República que ratifica o Protocolo sobre o combate ao tráfico ilícito de drogas na Região da Comunidade para o desenvolvimento da África Austral (SADC), publicado no Boletim da República, I Série - Número 21, 1998.

_____, Resolução nº 65/2002, de 27 de Agosto que aprova a política prisional e estratégia da sua implementação, publicado no Boletim da República nº 34-I Série -Numero 34, 2002.

_____, Resolução nº 69/2002, de 2 de Outubro que ratifica a Convenção das Nações Unidas para a repressão da captura ilícita de aeronaves, publicado no Boletim da República, I Série - Número 40, 2002.

_____, Resolução nº 70/2002 de 2 de Outubro que ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre a prevenção e repressão de infracções contra pessoas gozando de protecção internacional incluindo os agentes diplomáticos, publicado no Boletim da República, I Série – Número 40, 2002.

_____, Resolução nº 74/2002 de 2 de Outubro que ratifica a Convençam das Nações Unidas para a supressão de actos ilícitos contra a segurança da navegação marítima, publicado no Boletim da República, I Série - Número 40, 2002.

_____, Resolução nº 75/2002 de 2 de Outubro que ratifica o Protocolo contra a supressão de actos ilícitos contra a segurança das plataformas fixas localizadas na plataforma continental, publicado no Boletim da República, I Série - Número 40, 2002.

Resolução nº 86/2002 de 11 de Dezembro que ratifica a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, publicado no Boletim da República, I Série – Número 50, 2002.

_____, Resolução nº 88/2002, de 11 de Dezembro que ratifica o Protocolo adicional contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea e o protocolo adicional relativo ao fabrico e tráfico ilícito de armas de fogo, das suas partes, peças e munições, publicado no Boletim da República, I Série - Número 50, 2002.

_____, Resolução nº 89/2002 de 11 de Dezembro que ratifica o Protocolo adicional a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, relativo ao fabrico e tráfico ilícito de armas de fogo, das suas partes, peças e munições, publicado no Boletim da República, I Série – Número 50, 2002.

_____, Resolução nº 87/2007 de 11 de Dezembro que ratificou o Protocolo Adicional a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional relativo à prevenção e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, publicado no Boletim da República, I Série - Número 50, 2002.

-----, Resolução nº7/2021 de 18 de Fevereiro que aprova o Estatuto Orgânico do Ministério da Justiça, Assuntos Constitucionais e Religiosos e revoga a Resolução nº1/2015, de 24 de Junho.

_____, Lei nº 22/2007 de 1 de Agosto, Imprensa Nacional, publicada no Boletim da República, I Série – Número 31, 2007.

_____, Lei nº 6/2008 de 9 de Julho, publicada no Boletim da República, I Série – Número 28, 2008.

_____, Lei nº 8/2009, de 11 de Março (altera a lei nº 22/2007, de 11 de Agosto), publicada no Boletim da República, I Série – Número 10, 2009.

_____, Lei nº 14/2012, de 8 de Fevereiro (altera a lei nº 22/2007, de 1 de Agosto), publicada no Boletim da República, I Série – Número 97, 2012.

_____, Lei nº 14/2013, lei de prevenção e combate de branqueamento de capitais, publicada no Boletim da República, I Série – Número 64, 2013.

_____, Lei nº 15/2013, de 12 de Agosto, Estatuto dos Juízes Eleitos, publicada no Boletim da República, I Série – Número 64, 2013.

_____, Lei nº 24/2014 de 23 de Setembro, publicada no Boletim da República, I Série – Número 76, 2014.

Código Penal aprovado pela Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro, publicado no Boletim da República, I Série – Número 248, 2019.

Lei nº25/2019 de 26 de Dezembro, lei de revisão do Código de Processo Penal, publicado no Boletim da República, I Série – Número 249, 2019.

VII. Legislação Internacional

LIGA DAS NAÇÕES, Convenção da Liga das Nações de 25 de Setembro de 1926 sobre a proibição de tráfico de escravos e trabalho obrigatório, Disponível em: <https://www.wdl.org>>item.Acesso em: 22 de Maio de 2020.

NAÇÕES UNIDAS, Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos, Resolução 70/175 da Assembleia Geral, 1955, Disponível em: www.unodc.org, Acesso em 5 de Novembro de 2021.

NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948, Disponível em: <https://dre.pt>> declaração-universal-dos-direitos-humanos.Acesso em: 15 de Maio de 2020.

NAÇÕES UNIDAS, O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional adoptado em Roma a 17 de Julho de 1998, Disponível em: <https://www.dhnet.org.br>>direitos>sip>tpi>.Acesso em: 14 de Maio de 2020.

The Versailles Treaty, Yale law school, Avalon project, Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu>/subject menus/Versailles-mew.asp. Acesso em: 28 de Julho de 2020.