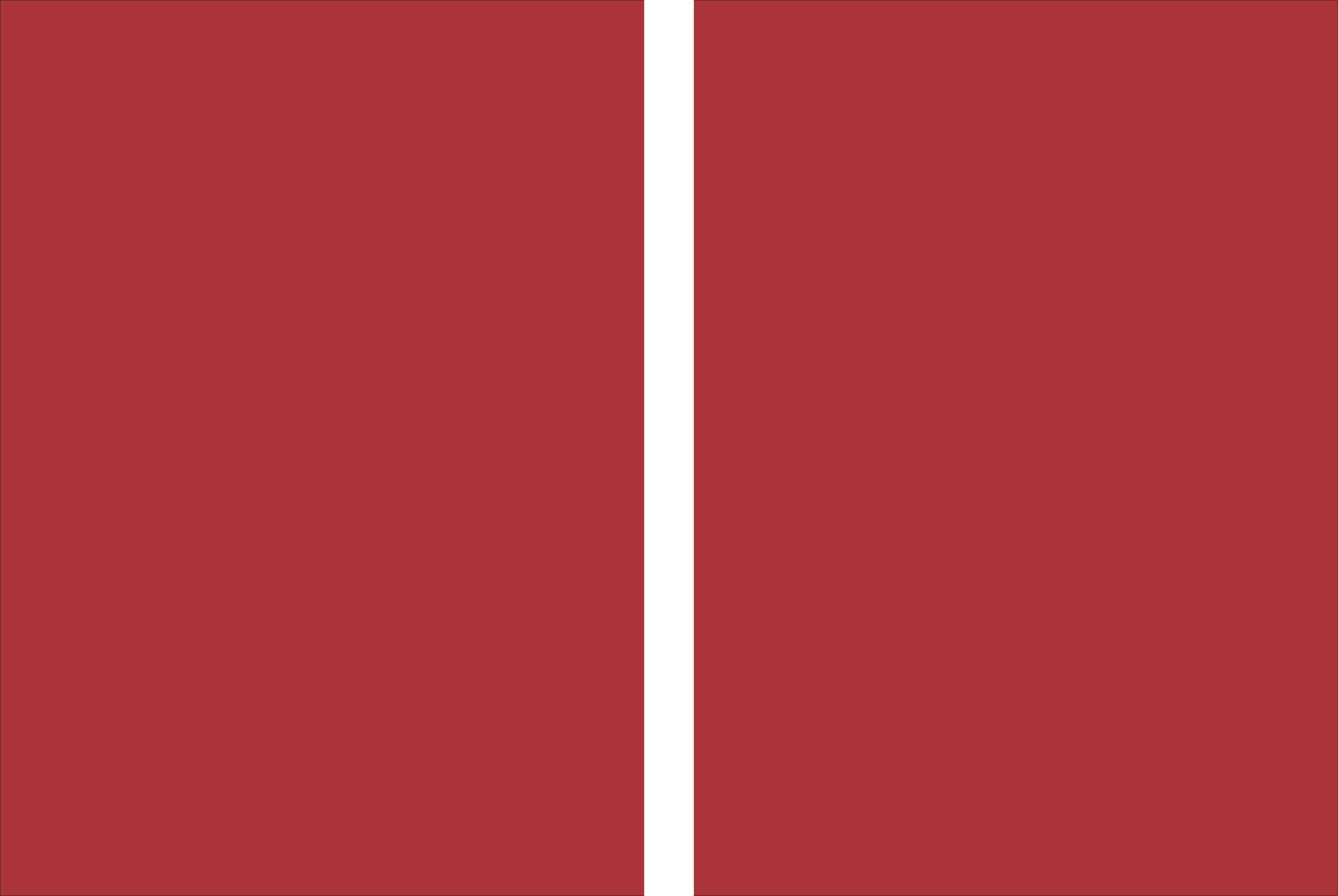


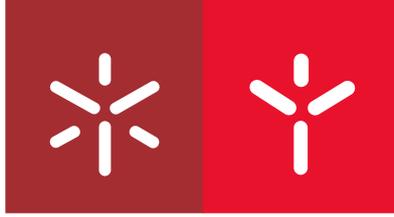


Universidade do Minho
Escola de Direito

AMADEU ELVES MIGUEL

Política Criminal, Pluralismo e Transplante Jurídico em Moçambique: A Justiça Restaurativa e os Tribunais Comunitários Como Paradigmas Pluralistas Alternativos Face à Realidade Sociocultural e a Crise da Justiça Penal





Universidade do Minho

Escola de Direito

AMADEU ELVES MIGUEL

**Política Criminal, Pluralismo e Transplante
Jurídico em Moçambique: A Justiça
Restaurativa e os Tribunais Comunitários
Como Paradigmas Pluralistas Alternativos
Face à Realidade Sociocultural e a Crise
da Justiça Penal**

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Mário Ferreira Monte

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas e entidades que, de algum modo, tornaram possível a concretização deste trabalho e por quem tenho uma profunda gratidão.

Gostaria de agradecer em primeiro lugar a Deus pela graça de estar vivo e pela saúde, sem as quais nada seria possível.

Agradeço profundamente a minha família pelo apoio e incentivo e por compreenderem as minhas ausências quase que incessantes em Moçambique.

Um agradecimento muito especial ao meu orientador, Senhor Professor Doutor Mário Ferreira Monte, que a partir de uma palestra sua no ano de 2013, no auditório principal do Bloco de Direito, na Universidade do Vale do Itajaí em Santa Catarina - Brasil, sobre a Justiça Restaurativa despertou em mim a vontade de abraçar o tema olhando para os desafios da Justiça moçambicana. Também pelo facto de nestes todos anos ter se mostrado aberto em apoiar-me, transmitindo seus saberes e valiosos comentários e sugestões para esta Tese.

O outro agradecimento profundo e especial vai para a Fundação Calouste Gulbenkian, por me ter concedido uma bolsa de estudo para a realização desta pesquisa, conducente ao Grau Doutor, especialmente nas pessoas da Senhora. Doutora Margarida Abecasis, Diretora do Serviço de Bolsas Gulbenkian e a Dra. Margarida Cunha.

Agradeço também ao Ministério do Interior e ao CGPRM pela confiança e aposta, pelas dispensas e despesas, que certamente retribuirei com muito trabalho e fidelidade. Especialmente agradeço à Sua. Excia. Ministro do Interior, Dr. Jaime Basílio Monteiro, Sua. Excia. Secretário Permanente do MINT, Dr. Zefanias Muhate, Sua Excia. Comandante-Geral da PRM, Inspetor-Geral da Polícia Bernardino Rafael, Sua Excia. Ex-Ministro do Interior Ricardo Alberto Mondlane, Sua Excia. Ex-Comandante-Geral da PRM, Inspetor-Geral da Polícia Jorge Henrique da Costa Khalau e ao Chefe do Departamento Jurídico do CGPRM, Superintendente Principal da Polícia Abílio Ambrósio, meu chefe direto.

Este trabalho foi apoiado pelo Serviço de Bolsas da Fundação Calouste Gulbenkian, através da atribuição de bolsa de estudo de Pós-graduação destinadas a Estudantes dos PALOP e Timor-Leste, processo n.º 135639.



DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Política Criminal, Pluralismo e Transplante Jurídico em Moçambique: A Justiça Restaurativa e os Tribunais Comunitários Como Paradigmas Pluralistas Alternativos Face à Realidade Sociocultural e a Crise da Justiça Penal

RESUMO

A Tese tem por escopo constituir um novo marco de Política Criminal em Moçambique para a construção de mecanismos de promoção dos valores comunitários e do Pluralismo Jurídico consagrado no art. 4º da CRM de 2004, através da institucionalização da Justiça Restaurativa como paradigma alternativo e complementar ao Sistema de Justiça Penal vigente, que se encontra em crise. Trata-se de refletir sobre a construção de práticas de censura que se fundem na alteridade, ou seja, na participação ativa dos envolvidos e da comunidade e não na discriminação intencional e sofrimento de outrem por meio da pena de prisão – desde que verificados os pressupostos estabelecidos nos art's. 85º, 87º, 88º, 89º e 102º do CP, assim como o disposto no n.º 1 do art. 3º da Lei n.º 4/92, de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários. A Tese apresenta *ab initio* os hábitos e costumes tradicionais de resolução de conflitos e o processo de herança do sistema jurídico português em Moçambique, através do chamado *Transplante Jurídico* e as vantagens das justiças comunitárias, devido à natureza fragmentada por várias etnias e culturas, à excessiva formalidade, onerosidade e distância cultural dos sistemas judiciais vigentes em relação aos cidadãos, a facilidade e simplicidade dos mecanismos tradicionais, bem como a ligação com a cultura das comunidades. *Ex positis* a Tese conclui que não é essencial substituir a Justiça Penal vigente – em crise –, mas sim, restaurá-la, isto é, fomentar as ações para a superação dessas crises, entre eles –, para além do Pluralismo Jurídico e valorização das formas comunitárias de resolução de conflitos –, a Política Criminal, as Políticas Públicas de Segurança e o Policiamento Comunitário como uma nova forma de prevenção do crime, a atuação das instituições de administração da Justiça (Pólicia e MP), a adequação do CP com o CPP, as penas e medidas alternativas à prisão e a Política Prisional e ressocialização do recluso como asserções para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique.

Palavras-chave: Crise da Justiça Penal; Justiça Restaurativa; Pluralismo Jurídico; Política Criminal e Transplante Jurídico.

ABSTRACT

The Thesis presented is intended to constitute a new framework of Criminal Policy in Mozambique for the construction of mechanisms to promote community values and Legal Pluralism enshrined in art. 4, through the institutionalization of Restorative Justice as an alternative and complementary paradigm to the current Criminal Justice System, which is in crisis. It is a matter of reflecting on the construction of censorship practices that are based on alterity, that is, the active participation of those involved and the community and not on the intentional discrimination and suffering of others by means of a prison sentence and, the assumptions established in art. 85, 87, 88, 89 and 102 of the criminal code, as well as the provisions as per the 1st of art. 3 of Law 4/92 of May 6, Law of Community Courts. The thesis also demonstrates the inheritance process of the Portuguese legal system in Mozambique through legal transplantation and the advantages of community justice due to the fragmented nature of various ethnic groups and cultures, the excessive formality and cultural distance of the judicial systems in force with respect to citizens, the great linguistic diversity of the population, the ease and simplicity of the traditional mechanisms, as well as the connection with the culture of the communities. The thesis concludes that it is not necessary to replace the current criminal justice in crisis, but rather to bring new challenges" to overcome these crises, among them, of course, beyond Legal Pluralism and valorization of community forms of resolution Criminal Policy, Public Security Policies and Community Policing as a new form of crime prevention, the work of the institutions of administration of Justice - Police and MP -, the adequacy of the CP with the CPP, the penalties and alternative measures to prison and Prison Policy and re-socialization of the inmate as assertions for the institutionalization of Restorative Justice in Mozambique.

Keywords: Criminal Policy; Crisis of Criminal Justice; Legal Transplantation; Restorative Justice and Legal Pluralism.

Índice

INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I.....	23
HÁBITOS E COSTUMES TRADICIONAIS, SISTEMA JURÍDICO HERDADO DE PORTUGAL E LEGITIMIDADE DAS JUSTIÇAS COMUNITÁRIAS EM MOÇAMBIQUE.....	23
1. OS HÁBITOS E COSTUMES TRADICIONAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AUTORIDADE TRADICIONAL, JUSTIÇAS COMUNITÁRIAS E SUAS LEGITIMIDADES.....	23
2. A HERANÇA DO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS: <i>O TRANSPLANTE JURÍDICO</i>	28
2.1. O Precesso de Herança do Sistema Jurídico Português e Alguns Acontecimentos Ocorridos, Sobretudo no Campo Administrativo	31
2.2. O Dualismo e o Indigenato Como Catalisadores do Sistema Jurídico Português em Moçambique	34
3. O “NOVO ESTADO”, A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E O PLURALISMO JURÍDICO: PANORAMA GERAL DAS JUSTIÇAS POPULARES, TRIBUNAIS COMUNITÁRIOS E JUDICIAIS	36
PARTE II.....	43
O CAMPO DO DIREITO PENAL: FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA, EPISTEMOLÓGICA E FILOSÓFICA.....	43
CAPÍTULO I - CONTEÚDO DO DIREITO PENAL, SOBRIEDADE PUNITIVA, HUMANIZAÇÃO E SUPRESSÃO DA TORTURA DO PROCEDIMENTO LEGAL	43
1. O CONTEÚDO DO DIREITO PENAL.....	45
1.1. Quanto a Definição Estrutural de Direito Penal ou Criminal.....	45
1.2. Quanto à Génese do Direito Penal ou Criminal	46
1.3. Quanto ao Posicionamento do Direito Penal ou Criminal: <i>summa divisio</i>	47
1.4. Quanto ao Conceito de Direito Penal ou Criminal.....	49
2. DIREITO PENAL SETECENTISTA E SOBRIEDADE PUNITIVA.....	52
2.1. A Contribuição do Direito Penal Setecentista para a Humanização do Direito Penal	52
2.1.1. Da repressão à prevenção	60
2.1.2. A geometria do medo	62
2.1.3. A prevenção especial ou a emenda dos delinquentes.....	64
3. A CONTRIBUIÇÃO DE CHRISTIAN THOMASIVS PARA A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SUPRESSÃO DA TORTURA DO PROCEDIMENTO LEGAL.....	65

3.1. A Monarquia Absoluta e a Luta de Christian Thomasius para a Humanização do Direito Penal e Supressão da Tortura do Procedimento Legal.....	68
CAPÍTULO II – SOCIOGÉNESE DO CRIME, TEORIAS E PROBLEMAS DOS FINS DAS PENAS... 71	
1. O CRIME E SUA SOCIOGÉNESE: REVISITANDO OS CLÁSSICOS DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO	71
1.1. O Crime na Antiguidade: justificação a partir de causas externas e sobrenaturais	71
1.2. O Crime na Idade Média: uma justificação espiritual	73
1.3. A Criminologia Clássica: justificação a partir do contrato social e da racionalidade	75
1.4. A Criminologia Positivista: justificação empiricista e da negação do livre-arbítrio.....	77
2. CRÍTICA DA PENA: “OLHAR O PASSADO”	79
3. PONTOS CRÍTICOS DO SISTEMA PENAL VIGENTE: A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E ACEITAÇÃO PARCIAL DE ALGUMAS TESES DO ABOLICIONISMO PENAL	81
3.1. Raízes e Traços do Abolicionismo Penal	83
3.2. As Propostas do Abolicionismo Penal e a Justiça Restaurativa.....	85
4. DE NOVO A HERMÉTICA DOS FINS DAS PENAS: OS PROBLEMAS DA PREVENÇÃO GERAL, PREVENÇÃO ESPECIAL E DA RETRIBUIÇÃO	87
4.1. A Prevenção Geral.....	89
4.2. A Prevenção Especial.....	90
4.3. A Retribuição.....	90
5. FINS PREVENTIVOS OU FINS RETRIBUTIVOS: A CONSAGRAÇÃO LEGAL EM MOÇAMBIQUE	92
PARTE III..... 94	
A CRISE DA JUSTIÇA PENAL E DO SISTEMA PRISIONAL EM MOÇAMBIQUE..... 94	
1. A CRISE DA JUSTIÇA PENAL	94
1.1. O Caos nos Tribunais e a Morosidade Processual.....	94
1.2. A Subjetividade das Decisões Judiciais, o Descrédito do Sistema de Administração da Justiça e as Manifestações da Justiça Pelas Próprias Mãos (Linchamentos)	97
2. A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL EM MOÇAMBIQUE.....	101
2.1. As Prisões: Breve Contextualização	101
2.2. As Prisões em Moçambique: Período Colonial e Pós-Colonial	103
2.3. O Custo das Prisões Hoje: Dados Colhidos em Alguns Estabelecimentos Prisionais.....	108
PARTE IV..... 111	
O CAMPO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA..... 111	
CAPÍTULO I – A PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA..... 111	

1. SÍNTESE DO PENSAMENTO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA – HULSMAN, MATHIESEN E CHRISTIE – E APROXIMAÇÃO À JUSTIÇA RESTAURATIVA	111
2. O CONTEÚDO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITO, ABORDAGEM HISTÓRICA E TEÓRICA.....	115
2.1. Breve Resumo Histórico da Justiça Restaurativa.....	116
2.2. Conceito e Abordagem Teórica da Justiça Restaurativa	118
2.3. Algumas Vantagens e Finalidades da Justiça Restaurativa Frente à Justiça Penal Vigente	120
3. UMA BREVE ALUSÃO SOBRE O ENCONTRO ENTRE A VÍTIMA E O INFRACTOR.....	122
4. ALGUMAS EXPERIÊNCIAS POSITIVAS COM CASAS DE JUSTIÇA E MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	123
4.1. As Experiências do Canadá, Alemanha, México e Argentina	123
4.2. A Experiência de Portugal Sobre a Mediação Penal de Adultos Como Novo Paradigma de Justiça e Instrumento de Política Criminal.....	124
4.3. Uma Outra Experiência Positiva de Humanização das Punições e Aproximação à Justiça Restaurativa: <i>Detenção Versus Princípio da Remissão e Oportunidade</i> para a Juventude no Uruguai	126
5. ALGUMAS CRÍTICAS APONTADAS À JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	129
5.1. A Questão da (Des)conformidade da Justiça Restaurativa Com os Princípios Estruturais do Direito Penal, Particularmente o <i>Princípio da Legalidade e da Culpa</i>	132
5.1.1. O princípio da legalidade.....	133
5.1.2. O princípio da culpa.....	134
CAPÍTULO II – AÇÕES PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MOÇAMBIQUE.....	136
1. A POLÍTICA CRIMINAL COMO PEÇA-CHAVE PARA MATERIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA...	137
2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA E O POLICIAMENTO COMUNITÁRIO E ORIENTADO AO PROBLEMA COMO PADRÕES PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	142
2.1. As Políticas Públicas de Segurança	142
2.2. O Policiamento Comunitário	144
2.3. O Policiamento Orientado ao Problema Como Estratégia de Segurança Pública e Desiderato de Justiça Restaurativa.....	147
3. A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – POLÍCIA E MP – COMO PREPONDERANTES PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA	152
3.1. Polícia: o <i>first-line enforcer</i>	153
3.1.1. A Polícia como rosto da materialização da Política Criminal e da Justiça Restaurativa.....	155

3.2. Ministério Público – MP: o <i>gate-keeper</i>	159
4. O NOVO CP E AS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO COMO ASSERÇÕES FUNDAMENTAIS, PORÉM NÃO SUFICIENTES, PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MOÇAMBIQUE	161
4.1. A Sistêmica do Novo CP	163
4.2. Alguns Princípios Orientadores do Novo CP	165
a) O princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana	165
b) O princípio da igualdade	165
c) O princípio da mínima intervenção do Direito Penal	166
d) O princípio da taxatividade	166
e) O princípio da humanização do Direito Penal	167
4.3. As Medidas Alternativas à Pena de Prisão e Medidas Educativas e Trabalhos Socialmente Úteis	167
5. A POLÍTICA PRISIONAL E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO RECLUSO COMO PREMISSAS BÁSICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA	169
5.1. O Princípio da Humanidade: Recuperação e Ressocialização do Delinquente	172
6. O PLURALISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA ADEQUADO FACE À LEGITIMIDADE DAS JUSTIÇAS COMUNITÁRIAS	174
6.1. Noções Fundamentais do Pluralismo Jurídico	177
6.1.1. Pluralismo Jurídico e juridicidade policêntrica	181
6.2. Pluralismo Jurídico, Hibridação e Interlegalidade	183
6.3. Pluralismo, Globalização, Ordens Jurídicas Supranacionais, Direito Global e Cosmopolitismo Jurídico	184
6.4. Direito Costumeiro, Direito Oficial/Estatal e Pluralismo Jurídico	187
6.5. Os Tribunais Comunitários Como Mecanismos de Promoção do Pluralismo Jurídico e Reforço das Justiças Comunitárias e Restaurativa	189
6.5.1. Vantagens dos Tribunais Comunitários	190
6.6. Pluralismo, Multiculturalismo e Direito Penal: o <i>Princípio da Subsidiariedade</i> como argola da necessária aproximação entre as Justiças Comunitárias e Estatal	191
CONCLUSÃO	200
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	210
LEGISLAÇÃO	238

LISTA DE ABREVIATURAS

AR. Assembleia da República de Moçambique

Art. Artigo

CACDH. Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade da AR

CADHDP. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

CC. Código Civil de Moçambique

Cf. Conforme, confira.

CP. Código Penal de Moçambique

CPC. Código de Processo Civil de Moçambique

CPP. Código de Processo Penal de Moçambique

DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos

EDUM. Escola de Direito da Universidade do Minho

EUA. Estados Unidos da América

INAU. Instituto da Criança e do Adolescente

Km. Quilómetros

MINT. Ministério do Interior de Moçambique

MP. Ministério Público

MT. Meticais

ONG's. Organizações Não Governamentais

ONU. Organização das Nações Unidas

PALOP. Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa

PIC. Polícia de Investigação Criminal

PJ. Polícia Judiciária

PRM. Polícia da República de Moçambique

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

Séc. Século

SERNAP. Serviço Nacional de Administração Prisional

SERNIC. Serviço Nacional de Investigação Criminal

SIRPA. Sistema de Responsabilidade Penal de Adolescentes

Vd. Vide

INTRODUÇÃO

A Tese que se apresenta com o tema **Política Criminal, Pluralismo e Transplante Jurídico em Moçambique: A Justiça Restaurativa e os Tribunais Comunitários Como Paradigmas Pluralistas Alternativos Face à Realidade Sociocultural e à Crise da Justiça Penal**, é requisito para obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídicas (área de Ciências Jurídicas Públicas), na Escola de Direito da Universidade do Minho (UMINHO)¹, sob orientação científica do Senhor Professor Doutor Mário Ferreira Monte e, com bolsa de estudo financiada pela Fundação Calouste Gulbenkian, através do programa de Bolsas de Pós-graduação para Estudantes dos PALOP e de Timor Leste.

O objetivo principal da pesquisa é estabelecer um novo marco de Política Criminal² para a efetivação dos Direitos Fundamentais³ e construção de mecanismos de promoção dos valores

¹ Cf. Regulamento do Doutoramento em Direito da Universidade do Minho, homologado pelo Reitor, através do Despacho RT-1/2007, de 03 de janeiro, com base no Decreto-Lei n.º 74/2006, de 24 de março, que aprova o Regime Jurídico dos Graus e Diplomas do Ensino Superior. A Tese foi escrita com base no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado em Lisboa, em 12 de outubro de 1990.

² No que a Política Criminal diz respeito, Franz Von LITSZT define-a como “o 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 relacionada”. A Política Criminal como ciência cabe apontar as soluções científicas do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir atribuído ao Estado, assim como identificar e determinar cientificamente a origem da natureza do crime. Também à Política Criminal incumbe apontar-nos o critério para apreciarmos o valor do Direito que vigora, e revelar-nos o Direito que deve vigorar; cabendo-lhe inclusive fazer entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e aplica-lo em casos singulares de conformidade com esses fins. O critério apontado por Von LITSZT assenta na pena, como meio, adequada ao fim do Direito Penal, ou seja, a pena determinada no que respeita ao género e à medida tendo em conta a natureza do delinquent (é que para este autor a pena privativa da liberdade – pena de prisão não deve ser cegamente aplicada a todos os que lesam ou colocam em perigo de lesão bens jurídicos. Voltaremos posteriormente para este assunto. Para mais detalhes vide LITSZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal – Tomo I**. Tradução do Alemão de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russels editores, 2003, p. 72. Ver também DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. o homem delinquent e a Sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 93. Especificamente quanto ao estudo da Política Criminal, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. A “Ciência conjunta do Direito Penal”. *In*: **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 3 e ss. De acordo com Guedes VALENTE a expressão Política Criminal é de autoria do penalista alemão FEUERBACH e significa a “teoria e prática de sistema penal”, dito de outra forma, é o conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime. (Quanto a este assunto e ao conceito de Ludwig Andreas Von FEURBACH, ver DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Trad. De Denise Radanovic Vieira. Barueri – SP: Manole, 2004, p. 3 e WERNER, Guilherme Cunha. **Política Criminal**. Brasília – DF: Edição da Academia Nacional de Polícia, 2008, p. 23.). Vide igualmente VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia do Estado Democrático e de Direito**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da Polícia**. A prevenção criminal e a ação penal como execução de uma Política Criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

³ Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos (consideramos ambos os termos sinónimos) é um dos principais assuntos no debate jurídico atual. A Justiça Restaurativa tem uma ligação intrínseca e indissociável dos Direitos Fundamentais, pois, trata-se de um sistema de Justiça que é democrático, participativo e que se bem implementada, pode operar uma real transformação no sistema penal, promovendo os Direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e a concórdia social esquecidos no atual sistema penal. Especificamente sobre os Direitos Humanos. Ver MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol IV, 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993; PECES-BARBA, Gregório, *et alli*. **Derechos Positivo de Los Derechos Humanos**. Madrid: Debate, 1998; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998 e PEREZ LUÑO, António. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995. De outro lado ainda, conforme ponderam Clóvis DEMARCHI e Pedro FREITAS, “Num contexto atual de falência do sistema de Justiça Penal, em várias das suas dimensões, procuram-se novos caminhos, nos quais se insere a Justiça Restaurativa. Embora plurissignificativa e de diluição complexa, a Justiça Restaurativa constitui um avanço significativo na tutela dos interesses da vítima e, em geral, da Dignidade Humana.” DEMARCHI, Clóvis; FREITAS, Pedro Miguel. A Justiça Restaurativa Como Instrumento de Garantia da Dignidade Humana. *In*: **Dialogos em Torno da Justiça Restaurativa**. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos. Direitos Humanos – Centro de Investigação interdisciplinar (DH - CII). Universidade do Minho, 2018, pp. 53-62.

comunitários e do Pluralismo Jurídico⁴, através da implementação e realização da Justiça Restaurativa como paradigma alternativo e complementar ao sistema de Justiça Penal⁵ vigente em Moçambique.

A premissa de partida da Tese é que a Justiça Penal vigente encontra-se em Crise⁶ – conforme será demonstrado, especialmente na Parte III – e requer uma alternativa, isto é, um novo paradigma. Utiliza-se o termo paradigma, porque este, conforme discorre Thomas KHUN, nada mais é que um conjunto de convenções e adesões a teorias, metodologias e outros instrumentos compartilhados que possibilitam a evolução das ciências.⁷ De acordo com Alan CHALMERS, “um paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma Comunidade científica específica.”⁸ Desde o momento em que uma corrente não dá respostas necessárias – tal é o caso da Justiça Penal vigente – abre-se espaço para uma Crise que possibilita uma outra corrente – que certamente tenha respostas adequadas e cabíveis⁹, restaurando a primeira (neste caso a Justiça Penal vigente), que se encontra em decadência, pois apresenta muitas

⁴ De acordo com Beatriz BUCHILI, “A valorização de formas extrajudiciais de solução de conflitos em África no geral e Moçambique em específico tem sido uma realidade, nos últimos tempos.” BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Faculdade de Direito – Universidade do Rio Grande do Sul, 2006. Na verdade, hoje são várias as instâncias de Justiças Comunitárias em Moçambique. Isto deve-se por um lado ao multiculturalismo e à proximidade cultural com os cidadãos, além, é claro das suas vantagens (que apresentaremos posteriormente) e por outro, à burocracia e por vezes difícil acessibilidade dos Tribunais Judiciais. Por outro lado, também há um fracasso e inadequação do paradigma normativo estatal vigente, isto é, verifica-se uma Crise do próprio sistema de Justiça, havendo insuficiente resposta estatal. O Pluralismo Jurídico aparece então como um Direito cuja fonte não é tão-somente monopólio do Estado, mas sim, também da comunidade. Este conceito é também adoptado por Jacques VANDERLINDEN no seu trabalho *Le Pluralisme Juridique*, para o qual “Pluralismo Jurídico consiste na coexistência numa determinada Sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes, aplicando-se a situações idênticas.” VANDERLINDEN, Jacques. **Le pluralisme juridique**. In: Essai de Synthèse. Bruxelles: Université de Bruxelles, 1972, p. 19-20.

⁵ Cláudia SANTOS utiliza a expressão “paradigma restaurativo” e explica que “são conhecidas as controvérsias em torno da excessiva utilização do conceito de paradigma e não há motivos justificáveis para acabar com a expressão paradigma restaurativo, pois, por um lado, ela já adquiriu um certo valor de uso, por outro, porque esse uso vinca a diferença entre a resposta dada ao crime pela Justiça Penal e aquela outra resposta que lhe é dada pela Justiça Restaurativa.” Cláudia SANTOS socorre-se de Cândido da AGRA, para explicar que o paradigma está dissociado de uma teoria ou de um método, considerando que ele é, antes, uma estrutura do pensamento, suficientemente ampla e profunda para no seu seio emergirem e se desenvolverem orientações teóricas e metodológicas diversas. Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como?** 1ª Ed., Coimbra: Coimbra Editores, 2014, p. 39. Para uma análise do sentido que se pode atribuir a paradigma ver AGRA, Cândido da. **“A Epistémé das Ciências Criminais – exercício empírico-teórico”**, estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias I, Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 547.

⁶ A categoria Crise etimologicamente vem do grego *Krisis*, que significa “juízo”, “resultado de um juízo”, “ponto crítico”, “seleção”, “decisão” (segundo Tucídides), mas também “contenda” ou “disputa” (segundo Platão), um padrão, do qual derivam critério, “base para julgar”, mas também “habilidade de discernir”, e crítico, “próprio para julgar”, “crucial”, “decisivo”, bem como pertinente à arte de julgar. BORDONI, Carlo. Crise do Estado. In: BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de Crise**. Trad. Renato Aguiar, Lisboa: Relógio D’Água, 2016, p. 11. Ao falarmos de Crise de qualquer natureza, no entender de Zygmunt BAUMAN, nós transmitimos em primeiro lugar o sentimento de incerteza, da nossa ignorância da direção que as questões estão prestes a tomar, e, secundariamente, o impeto de intervir. BAUMAN, Zygmunt. Crise do Estado. In: BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de Crise**, *op.cit.*, p. 18. Carlo BORDONI esclarece que a noção de Crise transmite a imagem de um momento de transição de uma condição anterior para uma nova [...]. BORDONI, Carlo. **Crise do Estado**, p. 13. Desse ponto de vista, Edgar Morin lembra que, Crise também constitui uma condição que é favorável às ações e decisões de alguns atores e torna-se um elemento que permite – ou até força os atores – pensar e aprimorar a sua análise de forma a melhorar a sua ação. Refere ainda Edgar Morin que a Crise surge quando o sistema se torna incapaz de resolver as dificuldades que até então conseguia resolver. Trata-se portanto da ausência de soluções (fenômeno de desregulamentação e desorganização) que, em resultado, é capaz de criar uma solução (uma nova forma de regulação, de transformação gradual). MORIN, Edgar. **Pour une Théorie de la Crise**. *Communication*, n° 25, 1976, pp. 139-153.

⁷ KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Chicago: *University of Chicago Press*, 1962.

⁸ CHALMERS, Alan F. **O que é Ciência Afinal?** Trad. de Raul Fiker. 1ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 123.

⁹ Em Um Discurso Sobre as Ciências, Boaventura SANTOS ao tratar da Crise do paradigma dominante refere que, “o modelo de racionalidade científica (...) atravessa uma profunda Crise.” Defende que “essa Crise é não só profunda como irreversível; (...) e que os sinais nos permitem tão-só especular acerca do paradigma que emergirá deste período revolucionário, mas que, desde já, se pode afirmar com segurança que colapsarão as distinções básicas em que assenta o paradigma dominante (...).” Para Boaventura SANTOS a Crise do paradigma dominante é o resultado interativo de uma pluralidade de condições, distinguindo entre condições sociais e condições teóricas. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso Sobre as Ciências**. 16ª Ed., Porto: Edições Afrontamento, 2016, pp. 23-24.

falhas e problemas (que posteriormente apresentaremos) o que força alguns penalistas a repensarem sobre este modelo atual de Justiça Penal.¹⁰

Nos dizeres de Clovis DEMARCHI e Pedro FREITAS, “quando se pensa em Justiça Restaurativa, pensa-se habitualmente em um modelo alternativo ao sistema de Justiça Penal atual. Alternativo na medida em que se baseia não na imposição de uma solução compositiva do conflito, mas antes na construção de uma solução consensual. Procura-se a participação ativa dos envolvidos no conflito em busca da solução.”¹¹

O mesmo pensamento é apresentado por Flávia LOUREIRO, que alude: “desde o seu surgimento, nos anos 70 do século passado, até aos dias de hoje, o paradigma da Justiça Restaurativa tem-se desenvolvido muitíssimo, apresentando-se cada vez mais como um modelo alternativo ou, ao menos, complementar ao habitual modelo de Justiça Criminal.”¹²

Por isso – rematam Mário MONTE, Nestor SANTIAGO e André BARBOSA – que,

Há quem entenda que a Justiça Restaurativa deve funcionar como um modelo alternativo e paralelo ao da Justiça tradicional, como que respondendo positivamente às correntes abolicionistas do Direito Penal, mas com uma resposta concreta, pós-moderna, superando as fragilidades do sistema tradicional, moderno – ou, pelo menos, complementar, mas ainda assim distinto – como que corrigindo as imperfeições que o sistema tradicional manifesta, todavia, sem superá-lo.¹³

Com efeito, assim como foi possível uma mudança de paradigma em menos de três quartos de século, isto é do séc. XVIII ao séc. XIX, no chamado “período de febre” para o Direito Penal¹⁴, época do nascimento da Ciência Penal, como preferem outros autores¹⁵, caracterizado por transições e mudanças, época descrita por Michel FOUCAULT como sendo de grandes escândalos

¹⁰ Aliás, Daniel Van NESS, Allison MORRIS e Gabriell MAXWELL consideram que a Justiça Restaurativa é exatamente ‘um novo paradigma’ (...) que suscita novas perguntas para a Sociedade fazer e responder na reação ao crime. NESS, Daniel Van; MORRIS, Allison; MAXWELL, Gabriell. *“Introducing Restorative Justice”*. in: **Restorative Justice for Juveniles – Conferencing, Mediation and Circles**. Eds. A. Morris/G. Maxwell, (eds) Portland: Hart Publishing, 2003, p. 3.

¹¹ DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Pedro Miguel. **A Justiça**, pp. 53-62.

¹² LOUREIRO, Flávia Novera. A Justiça Restaurativa e a Criminalidade Económica: Reforço ou afastamento do Direito Penal. In: **Diálogos em Torno da Justiça Restaurativa**. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos. Direitos Humanos – Centro de Investigação interdisciplinar (DH - CII). Universidade do Minho, 2018, pp. 63-86.

¹³ MONTE, Mário João Ferreira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BARBOSA, André Araújo. **Direito Penal da Reparação**: contribuição para um novo paradigma a partir do modelo restaurativo. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 3, pp. 941-958, set./dez. 2015.

¹⁴ De acordo com Pierre CANNAT, “(...) *cette grande période de fièvre qu’est la fin du XVIII siècle (...)*.” “(...) *période de transition dans tant de domaines, carrefour d’où les idées vont fuser dans des directions nouvelles*”. CANNAT, Pierre. **La Réforme Pénitentiaire**. Paris, 1949, p. 48-49, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o Direito Penal Setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 3.

¹⁵ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o Direito Penal Setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 3. Vide também VALIENTE, Francisco Tomás y. **El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)**. Madrid, 1992, p. 13.

para a Justiça tradicional¹⁶, e que foi reorganizada na Europa e nos Estados Unidos, toda a economia do castigo, o desaparecimento dos suplícios (1839 - 1848), a supressão do espetáculo punitivo, o desaparecimento do corpo como alvo principal da repressão penal, a ocultação da punição no Processo Penal, de inúmeros projetos de reforma, nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do Direito de punir, abolição das antigas ordenanças, redação de códigos modernos, em que o sofrimento físico e a dor do próprio corpo já não são elementos constitutivos da pena e o castigo deixou de ser uma arte das sensações insuportáveis e tornou-se uma economia de Direitos suspensos, ou seja, a “era da sobriedade punitiva”¹⁷, – também acreditamos que é chegado o momento de mudar novamente a situação atual face a falência crescente do sistema de Justiça Penal.

Aliás, o próprio Michel FOUCAULT reconhece que, “apesar de o essencial da transformação estar consumada em 1840, apesar de os mecanismos da punição terem adotado então o seu novo modelo de funcionamento, o processo está longe de ter terminado [...]”¹⁸. Talvez, e como se conclui neste estudo, a Justiça Restaurativa dará uma resposta adequada.

Ademais, como diz Cláudia SANTOS, “a designação Justiça Restaurativa engloba construções teóricas de natureza sobretudo criminológicas de normas e de práticas de reação de conflito criminal, sujeitas ao denominador comum da reparação dos danos causados à vítima através de uma responsabilização voluntária do agente infrator”¹⁹. Trata-se, portanto, de ponderar sobre procedimentos de censura que se assentem na alteridade, quer dizer, na participação dos sujeitos e não na exclusão destes nem na afluência presente no intencional sofrimento de outrem por meio da pena de prisão. De contrário, como bem retrata Michel FOUCAULT, “conhecemos todos os inconvenientes da prisão e sabemos que é perigosa [...]”²⁰.

Desde já, deixamos claro que, ainda que a Justiça Restaurativa já vinha sendo aplicada em alguns países, é necessário ter alguma cautela para que as designações escolhidas não tragam definições que de antemão possam colocar em causa a nossa proposta. O limite a que nos referimos

¹⁶ Neste caso entenda-se Justiça Penal da época, embora estatal.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da prisão. Lisboa: Edições 70, 2013, [1975], pp. 13-21.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, p. 22.

¹⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, p. 9.

²⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, p. 264. Também reconhecemos – e como descreve Michel FOUCAULT - “que a prisão é peça essencial na panóplia punitiva, marca certamente um momento importante na história da Justiça Penal: o seu acesso à humanidade. Mas também um momento importante na história dos mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava a desenvolver: o momento em que colonizam a instituição judiciária. Na viragem dos dois séc. ºs (XVIII e XIX), uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da Sociedade, que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros e na qual todos estão igualmente representados; no entanto, ao fazer da detenção a pena por excelência, introduz processos de domínio característicos de um tipo particular de poder. Uma Justiça que se diz igual, um aparelho judiciário que se pretende autónomo, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, esta é a conjunção de nascimento da prisão, pena das Sociedades civilizadas”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, p. 262-263.

define – *à priori* – alguma provável institucionalização dos procedimentos restaurativos, ou seja, nos distanciamos neste sentido – ainda que parcialmente – das teses do abolicionismo penal, que propõem o afastamento do sistema penal estatal.

Igualmente, denegamos qual seja a proposição de colonização pelo sistema penal que pretenda reduzir as práticas restaurativas a “mais um tipo de alternativa penal”. Portanto, esta proposta vem da alteridade, o que só se torna realizável com o envolvimento e participação dos sujeitos e da Comunidade, ao invés de serem deixados de lado durante o processo, como que se tratassem de partes estranhas e desinteressadas ao processo e a causa.

Apesar de serem conhecidas as fortes críticas a que o Direito Penal – nas suas vestes substantiva e adjetiva – tem estado sujeito, *máxime* desde a década de 70 do séc. passado, defendendo mesmo alguns a sua eliminação ou substituição por algo melhor, consideramos – usando palavras de Lamas LEITE – que seria tarefa “estultícia e imprestável”²¹, tentar substituir o Direito estatal vigente por uma Justiça totalmente comunitária, baseada só em hábitos, Costumes e tradições. Até porque, Direito e cultura têm uma ação recíproca, como considera Francisco de SOUSA, “o Direito mantém com a cultura uma relação complexa difícil de delimitar. [...]. O Direito é produto da cultura, protege a cultura e conforma a cultura; por sua vez, a cultura condiciona determinantemente o Direito.”²²

Mesmo em relação à formação, Marcello CAETANO sublinha que, são dois os modos de formação e expressão, a que chamamos fontes de Direito: o Costume e a Lei. O Costume ou Direito Consuetudinário (do latim *consuetudo*) é constituído por dois elementos: o uso ou prática e a obrigatoriedade resultante da convicção geral, partilhada pelos que exercem o poder, de que tal prática deve ser obrigatória, por razões de Justiça e segurança, mediante a aplicação de sanções aos que a infringem.²³

Ainda de acordo com Marcello CAETANO, “o mero uso corrente, a praxe, a prática generalizada, não chegam para criar o Direito.” Na verdade, é preciso que quem detém o poder no

²¹ LEITE, André Lamas. **A Mediação Penal de Adultos**. Um Novo “Paradigma” de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 38.

²² ANTÓNIO, Francisco de Sousa. Cultura e Direito. In: **Direito da Lusofonia – Cultura, Direitos Humanos e Globalização**. Braga: Universidade de Minho, 2016, pp. 55-70.

²³ CAETANO, Marcello. **História do Direito Português Séc. XII-XVI**: Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no séc. XVI. Lisboa: Editora Verbo, 2000, p.11.

grupo social imponha a sua obrigatoriedade mediante a aplicação de sanções por considerar a regra indispensável para que reine a Justiça ou exista segurança.”²⁴ Francisco de SOUSA acrescenta que,

A cultura reflete o espírito do povo, que muda de local para local, de época para época. Há tradições e modas culturais com aspetos positivos e negativos. O Direito não deve cristalizar definitivamente nada. Tudo no Direito tem de se manter no diálogo franco e livre de “todos com todos”. Aliás, expõe ainda o autor supracitado que o Direito é um instrumento de intervenção e aperfeiçoamento da Sociedade, mas para que os objetivos do Direito sejam alcançados é necessário a intervenção empenhada e persistente dos agentes do Direito: legislador, práticos da administração pública, investigadores, pedagogos, advogados e juizes. E, não por último, é fundamental a abertura à aceitação por partes dos cidadãos, a sua formação cultural e sensibilização.²⁵

Feitas estas considerações e mesmo reconhecendo-se a sinuosidade do trabalho, vai demonstrar-se em primeiro lugar os hábitos e Costumes tradicionais de resolução de conflitos, mormente a Autoridade Tradicional e as Justiças Comunitárias, discutindo-se igualmente o Direito moçambicano herdado de Portugal e, sobretudo, como foi o procedimento dessa herança, e nesse, faremos uma abordagem histórica para observarmos esse processo de *Transplante Jurídico*²⁶, isto é, se desde sempre houve uma coabitação “pacífica” entre o sistema jurídico herdado e os procedimentos de solução de litígios, de um povo multicultural e multiétnico.

Mais adiante, por outro lado, procurar-se-á justificar a Crise e obsolescência do modelo vigente de Justiça Criminal²⁷, porquanto, a proposta do iluminismo em relação ao Direito Penal moderno não logrou os resultados esperados. Só para ilustrar, em uma das pesquisas mais recentes

²⁴ CAETANO, Marcello. **História do Direito Português Séc. XII-XVI**, 2000, p. 11.

²⁵ ANTÓNIO, Francisco de Sousa. **Cultura e Direito**, pp. 55-70.

²⁶ Conforme Moura VICENTE, no estudo intitulado o *Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*, a evolução dos sistemas jurídicos é consequência de fenómenos de recepção ou transplante, de ordens jurídicas estrangeiras ou passadas. Vide VICENTE, Dário Moura. **O Lugar Dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas**. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra, 2010, pp. 401-429. Este conceito de Transplante Jurídico é também adotado por Patrícia JERÓNIMO, quando no estudo intitulado *Interculturalidade e Pluralismo Jurídico: a emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos Direitos Fundamentais*, cita Alan WATSON, para referir que Transplante Jurídico significa a passagem de uma regra ou de um sistema jurídico de um país para outro, que é extremamente comum e fácil, conforme veremos posteriormente.

²⁷ Há ainda autores que falam da Crise do Direito, segundo a qual seria um sintoma do irremediável desajustamento entre as leis e os factos, e, portanto, o sinal da aproximação de um colapso total do Direito capitalista. Cf. SARAIVA, José Hermano. **A Crise do Direito**. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1964. Entre as doutrinas que tentam explicar a Crise do Direito pela transformação da realidade económica subjacente, assume uma grande importância a tese marxista, a qual, por ter repassado do plano filosófico para o das ideologias políticas, obteve uma enorme expansão e influenciou consideravelmente o pensamento posterior, mesmo em autores que se situam em posições inconciliáveis com a do marxismo. Segundo esta interpretação, as condições basilares do trabalho e da produção comandam todos os fenómenos sociais e decidem da sua evolução. Resultado direto dessa dependência é o da nítida separação entre as classes sociais e o da luta das classes, opostas necessariamente em razão das posições que ocupam na produção. Há sempre uma classe que predomina, e esse predomínio exprime-se através dos ordenamentos jurídicos e dos regimes políticos, os quais são os produtos diretos, ou de primeiro grau, da luta de classes; [...]. SARAIVA, José Hermano. **A Crise...**, p. 37-38. Vide também HARVEY, David. **A Companion to Marx's Capital**. London: Verso, 2010, p. 15-16; MARX, Karl. **O Capital**: crítica de economia política. Livro I: O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 113.

sobre a Justiça Restaurativa, levada a cabo no Brasil, intitulada *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição*, André GIAMBERTINO refere que,

Muito diferente de servir como instrumento de limite e contenção do arbítrio e do poder punitivo, o discurso institucional sobre a pena é cúmplice, propagador, multiplicador e potencializador de uma violência destrutiva no seio das relações sociais, deixando de ser “antídoto” para se tornar novamente “veneno”.²⁸

Posteriormente, a Tese procurará demonstrar a importância das Justiças Comunitárias, sua legitimidade e necessidade de valorização e promoção para a resolução de conflitos – ao que consubstancia o Pluralismo Jurídico –, não obstante as suas peculiaridades, principalmente num país multiétnico como é o caso de Moçambique.

De facto, de uma maneira geral, os cidadãos recorrem às Justiças Comunitárias, sobretudo, Autoridades Tradicionais, Tribunais Comunitários (já legalizados), entre outras, para a solução de conflitos. Conforme examina Boaventura de Sousa SANTOS, isto se deve, “por um lado, à natureza fragmentada por várias etnias e culturas dos países africanos, à distância cultural dos sistemas judiciais impostos pela colonização europeia em relação aos cidadãos e a grande diversidade linguística da população”²⁹ e, acrescentamos nós, a facilidade e simplicidade desses mecanismos tradicionais/Justiças Comunitárias, bem como a ligação com a cultura das Comunidades, o que lhes confere um grande grau de legitimidade.

Finalmente, sugerir-se-á a Justiça Restaurativa e Justiças Comunitárias, especificamente como paradigmas alternativos face à Crise da Justiça Criminal vigente, no primeiro caso e a sua grande legitimidade no segundo caso.

Divulgam-se inclusive algumas experiências positivas a nível internacional de formas alternativas de solução e mediação de litígios, que garantem o pleno exercício da cidadania, que instigam as Comunidades a construir e a escolherem as formas mais adequadas para a realização da Justiça, de forma pacífica e solidária.

Como se pode constatar, trata-se de uma nova perspectiva para a Justiça Criminal em Moçambique. Não obstante a Justiça Restaurativa ser uma empreitada já conhecida em outros

²⁸ GIAMBERTINO, André. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa** – a censura para além da punição. 1ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado...**, 2003.

espaços, procuramos nesta Tese fazer um tratamento sistematizado entre a Justiça Restaurativa e o Pluralismo Jurídico (Justiças Comunitárias/Tribunais Comunitários) e dar uma abordagem diversificada, ou seja, não substituir a Justiça Penal vigente, mas sim, fomentar algumas ações³⁰ e, neste caso, tratamos a Justiça Restaurativa como intermediária entre o sistema de Justiça Criminal vigente e o Pluralismo Jurídico estabelecido no art. 4º da CRM³¹.

O conceito de Justiça Restaurativa adotado na Tese é aquele trazido por Mário MONTE que, muito concisamente e partindo dos ensinamentos de Figueiredo DIAS, segundo os quais a Justiça Restaurativa se apresenta como um novo e “mais amplo *paradigma político-criminal*”³², entende que, com ela,

pretende-se (...) sob diversas formas, tratar diferentes questões, entre as quais as de natureza penal, de um modo mais desformalizado que o sistema tradicional, que envolva tanto quanto possível diretamente a vítima e o agente, com vista à obtenção de um acordo, visando a reparação dos danos causados, a restauração dos interesses das vítimas e a reintegração do agente.³³

Por isso, para que ela (Justiça Restaurativa) seja institucionalizada em Moçambique é nosso entender que se tome em conta outros fatores/ações, que designamos no Capítulo II da Parte IV de ações, de entre os quais, destacamos, é claro, para além do Pluralismo Jurídico, isto é da valorização das Justiças Comunitárias, a Política Criminal, as Políticas Públicas de Segurança e o Policiamento Comunitário como uma nova forma de prevenção do crime, a atuação das instituições de administração da Justiça, a adequação do CP com o CPP, as penas e medidas alternativas à prisão e a Política Prisional e ressocialização do recluso como asserções para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique.

Ora, retomando o problema, vale enunciar que, se, por um lado, em vários países do mundo (Moçambique não sendo exceção), a Justiça Penal estatal ou vigente tem sido motivo de

³⁰ Com efeito, utiliza-se o termo “antídoto”, no Capítulo II da Parte IV, porque este define-se como algo/ação que pretende mitigar, acalmar, inverter ou neutralizar o quadro nocivo de uma determina “doença” – e neste caso – consideramos “doenças” as Crises e o caos do sistema penal vigente em Moçambique. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Porto: Porto Editora, 2015, p. 46.

³¹ A Justiça Restaurativa aparece com a ideia de restauração (*creative restitution*), que constitui um modelo de resolução de conflitos que tem por objetivo travar a ineficiência da Justiça penal dita formal/estatal, através de introdução de métodos alternativos e participação da comunidade, bem como aproximação entre as partes. Ver McCOLD, Peter. *Primary Restorative Justice Practice*. In: MORRIS, Allison; MAXWEL, Gabrielle. **Restorative Justice for Juvenile**. Conferencing, Mediation and Circles. Oxford: Hart, 2001. ZEHR, Howard. **Changing Lenses – a new focus for crime and justice**. 3ª Ed, Ontário: Herald Press, 2005.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I, questões Fundamentais. A Doutrina do Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 124.

³³ MONTE, Mário Ferreira. **Multiculturalismo e tutela penal**: uma proposta de Justiça Restaurativa. In: Multiculturalismo e Direito Penal, ed. Teresa Beza/Pedro Caeiro/Frederico Costa Pinto, pp. 97-113. ISBN: 978-972-40-5227-4. Coimbra: Almedina, 2014.

preocupação, questionando-se mesmo a capacidade do Estado para fazer face aos problemas e soluções de conflitos, porquanto, este modelo tem demonstrado fracasso, por outro, as diversas formas de Justiças Comunitárias, de âmbito informal e tradicional parecem mostrar-se adequadas, pela proximidade com os cidadãos, celeridade e ajustamentos aos contextos culturais e históricos específicos e mais importante pela sua forte legitimidade.

Hoje, em África no geral e Moçambique em particular, as peculiaridades históricas e socioculturais concedem contornos próprios a essa discussão.³⁴ É que, se, por um lado, tem-se uma Justiça Penal vigente, sistematizada, com princípios, regras e estrutura bem estabelecidas³⁵, geral, com a apropriada vereda técnico-jurídica e fortificada pelos parâmetros da dogmática penal material e processual, contudo, “relativamente nova” em relação à Justiça Comunitária, formal, burocrática e por conseguinte morosa, e desajustada – um exemplo desse desajustamento é o próprio CP vigente em Moçambique, aprovado pela Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro, que coexiste com um CPP atrasado e desarticulado, datado de 1929, publicado pelo Decreto n.º 316.489, de 15 de fevereiro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 35.007 e, entre outras, as constantes do Decreto-Lei n.º 184/72, de 31 de maio.³⁶

Por outro, tem-se uma Justiça Comunitária assente em princípios culturais, aceite, que se adequada aos hábitos e Costumes e às realidades socioculturais, com baixos custos, que rufila à negociação, mediação e conciliação, que goza de grande legitimidade, entretanto, não sistematizada nem escrita e sem o devido crivo científico e dogmático, sendo exemplo, a Autoridade Tradicional e os Tribunais Comunitários (Lei n.º 4/92, de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários, onde a mediação tem um importante papel).

³⁴ Mais detalhes vide ARAÚJO, Sara. **Acesso à Justiça e Pluralismo Jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». Mundos Sociais e Saberes Práticos. Universidade de Coimbra, 2008.

³⁵ Na Justiça Penal a estrutura das normas penais fundamentais encontra-se numa legislação (penal) e dispõe-se como em toda a ordem jurídica de normas preceptivas e proibitivas, bem como atributivas e permissivas. Importa referir, por oportuno, que a estrutura das chamadas normas incriminadoras, que são aquelas que definem, nos seus elementos essenciais, os crimes, são normas preceptivas ou proibitivas, consoante preveem crimes de omissão ou crimes de comissão. Na sua estrutura as normas incriminadoras em sentido lato compreendem dois preceitos: o preceito primário, que define o crime e o preceito secundário ou sanção que comina a pena. Contudo, pode essa estrutura apresentar-se de alguma forma imperfeita, sem que tal imperfeição afete a existência dos dois preceitos que a compõem. Cf. Cavaleiro de FERREIRA, Manuel. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral I – A lei penal e a teoria do crime no código de 1982 e parte geral II – Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010, p. 52.

³⁶ Nesse sentido, podemos nos socorrer das lições de Figueiredo DIAS, para o qual “a falta de sintonia entre estes dois ordenamentos constitui um óbice de tomo, se não mesmo intransponível, a um funcionamento eficaz de todo o sistema de Justiça Penal e a uma razoável probabilidade de êxito na tarefa de controlo do crime. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua necessidade e de algumas orientações. In: CORREIA, Eduardo; ANDRADE, Manuel da Costa, *et alii* (Org.). **Para uma Nova Justiça Penal**. Coimbra: Almedina, 1983. Indicações complementares: CORREIA, Eduardo. **Processo Criminal**, Lições Copiografadas. Coimbra: Mário da S. Sousa, 1956, p. 5; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal, I**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 23 e ss e 27 e segs; ROXIN, Claus. **Straverfahrensrecht**. 18ª Ed, Munchen: Beck, 1983, p. 2.

Já é prática muito antiga – coloque-se como limite o período antes da administração portuguesa – nas Comunidades moçambicanas, os povos para a resolução de conflitos seguirem os Costumes adotados pelas tribos ou etnias das quais fazem parte.³⁷ Quaisquer formas de relação, organização social e solução de litígios, estão em conformidade com a cultura³⁸, práticas e tradições locais.

Grosso modo, essas práticas são reguladas por normas que se mantêm pelo Costume³⁹ ou pela tradição⁴⁰, com grande diversidade, uma vez que cada grupo tem as suas próprias regras. Estas práticas e Costumes de resolução de conflitos na maioria das vezes têm por finalidade o controle das pessoas, elemento material e essencial para a prevenção dos desvios das normas da Comunidade ou da tribo e em algumas situações há resultados positivos e noutras há falhas, e nem sempre as partes envolvidas ficam satisfeitas.⁴¹

Entretanto, desde que Moçambique se estabeleceu como província ultramarina de Portugal, (até o ano de 1975), introduziu-se o sistema jurídico da “metrópole”, portanto, o sistema

³⁷ PEREIRA, Alberto Feliciano Marques. **A Arte e a Natureza em Moçambique**. Vol. I, Lourenço Marques, 1966.

³⁸ Nos dizeres de Jorge MIRANDA, “a cultura envolve: tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva; tudo que se reporta a bens não económicos e tudo que tem que ver com obras de criação ou de valorização humana, contrapostas às puras expressões da natureza. A cultura, ainda nas palavras de Jorge MIRANDA abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e Costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de ação humanizadora. Resumindo, cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado pela cultura em que nasce e se desenvolve.” MIRANDA, Jorge. **Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais**. Lisboa: Direito, 138°, IV, 2006.

³⁹ Por Costumes entende-se como sendo as regras sociais resultantes de uma prática reiterada de forma generalizada e prolongada, o que resulta numa certa convicção de obrigatoriedade, de acordo com cada Sociedade e cultura específica. Cf. RODRIGUES, Joelza Ester. **História em Documento: imagem e texto**. Primeira edição. A História do passado e do presente. São Paulo: FTD, 2006, p. 18-19. Costume é também o que se faz por hábito, o que se usa habitualmente. Consiste numa série repetida e uniforme de atos ou omissões, com que, por uma espécie de acordo tácito, as populações regulam determinadas relações ou situações jurídicas. PELÁGIO, António. **Os Costumes e as Tradições Culturais Como Fundamento da Lei**. In: Revista do Centro de Investigação Sobre Ética Aplicada (CISEA), nº4 – agosto 2013, Angola.

⁴⁰ As tradições culturais são definidas como continuidade, permanência de uma doutrina, visão de mundo ou conjunto de Costumes e valores de uma Sociedade, grupo social ou escola de pensamento, que se mantem vivo pela transmissão sucessiva através dos seus membros. A tradição é definida ainda como sendo a garantia da consciência histórica de uma cultura. Mas também como a transmissão oral dos factos, mitos, contos e lendas de uma Sociedade, de geração em geração, ou conjunto de memórias, recordação, forma de agir e pensar, herdada das gerações anteriores. Cf. PELÁGIO, António. **Os Costumes...**, 2013.

⁴¹ Nessas situações e, em não raros casos, dependendo da comunidade, as pessoas optam por outras vias como as questões tradicionais de feitiçaria (conhecidas por “magia negra” – apesar de nunca terem sido provadas cientificamente) para verem reparados e resolverem seus problemas, tal como se estivesse a remeter um recurso em Tribunal comum. GRANJO, Paulo. **Julgamentos de Feitiçaria, Hegemonias Locais e Relativismos**. Buala, 2011. In: <http://www.buala.org/pt/a-ler/julgamentos-de-feiticaria-hegemonias-locais-e-relativismos>. Ainda em relação a feitiçaria e a gestão multicultural dos conflitos, Boaventura SANTOS considera que este é um dos debates mais difundidos na África subsaariana, um tema, que aliás, foi objeto de uma gestão própria por parte dos regimes coloniais. Hoje em dia, a questão da feitiçaria, das suas causas, dos seus efeitos, dos meios para combater, volta a ter grande acuidade. Pensamos que este facto tem a ver com as rápidas e profundas transformações porque estão a passar as Sociedades africanas em consequência dos impactos da globalização neoliberal e da Crise de legitimidade, de capacidade e de confiança porque passa o Estado em África como, de resto, um pouco por toda a parte. As acusações de feitiçaria são uma forma de controle social face à turbulência das relações sociais provocadas pelo aumento da mobilidade, o êxodo rural, o colapso das expectativas no papel facilitador do Estado e na estabilidade do emprego, com o consequente aumento da insegurança, a destruição das relações familiares, a exclusão social, o enriquecimento e o empobrecimento rápidos, a emergência dos valores do individualismo e da autonomia em conflito com os valores da família e da comunidade, [...]. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado...**, p. 85-86.

jurídico romano-germânico, alicerçado no Direito romano, tal como interpretado pelos glosadores a partir do séc. XI e sistematizado pelo fenômeno da codificação do Direito, a partir do séc. XVIII.

Um importante fator que fez com que esse sistema fosse implantado efetivamente e sem modificações em Moçambique e em outras províncias ultramarinas como, Angola, Brasil, São-Tomé, Guiné-Bissau, Cabo Verde e Timor Leste, foi a ideologia de Portugal, que no momento achava-se em conformidade com a ideologia da Igreja Católica, a seguir a contra reforma (a partir de 1517).

Portugal declinou a Reforma Protestante e de seguida instalou a inquisição dentro do seu território, tendo estendido para as suas colónias. Porém a inquisição nessas províncias era praticada de forma diversa.

Essas transformações que aconteceram em Portugal foram sentidas em Moçambique, naturalmente por se tratar de uma província de Portugal e que recebia diretamente o modelo jurídico da sua metrópole, incluindo o próprio sistema penal que foi herdado do CP de 1886 e do CPP de 1929, ambos de Portugal.

No entanto, muito tempo depois dessa recepção, já no séc. XXI, tal como em outras partes do mundo, assiste-se em Moçambique uma Justiça morosa, sobre tudo a criminal, onde muitas garantias constitucionais não se cumprem. O judiciário encontra-se de mãos enlaçadas perante as regras ditadas pelo ordenamento jurídico, sabedores que são da ineficiência da Justiça Criminal em Moçambique e em boa parte do mundo.

Como consequência, verifica-se o descrédito dos cidadãos para com a Administração de Justiça (Polícia, Tribunais e Ministério Público)⁴², prevalência dos índices da chamada “criminalidade violenta”, o “empilhamento” de processos nos Tribunais, caos e superlotação nos Estabelecimentos

⁴² A Justiça pelas próprias mãos e os linchamentos são exemplo disso, conforme veremos posteriormente. Para já, no sentido literal linchamento significa ato ou efeito de linchar, que consiste em executar ou Justicar sumariamente (a multidão), fazer Justiça por suas próprias mãos. De forma sintética, linchamento significa Justiça privada e rápida. Trata-se de uma Justiça privada porque é desencadeada por uma multidão, uma coletividade destituída de qualquer *jus puniendi*, ou seja, desprovida de qualquer poder de autoridade reconhecida pelo Estado e rápida porque é de execução imediata, sumária e instantânea. Um aspeto a ter em consideração é a falta de certeza sobre a culpabilidade do linchado. Tudo o que existe é uma suspeita ou uma acusação, de maior ou menor grau, que não necessita de ser confirmada, mas que é considerada válida dada a existência de um avultado número de acusadores (a multidão). Ver FOUCAULT, Michel. Sobre a Justiça Popular. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1992; GUNDERSEN, Aase. **Popular Justice in Mozambique: between state law and folk law**. Social and Legal Studies, Jun. /1992; WOLF, Charlotte. **Constructions of a Lynching**. Sociological Inquiry, 62 (1): 83-97, Winter,1992; SINHORETTO, Jacqueline. **Os Justiçaadores e sua Justiça: Linchamentos, Costume e conflito**. Universidade de São Paulo (USP). Dissertação de Mestrado, 2001. Ver também SITO E, Alcídio Sidónio Matias. **Uma Abordagem Jurídica à Volta dos Linchamentos**: contributo para o Sistema de Administração da Justiça em Moçambique. Ministério da Justiça – Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Maputo, 2012.

Penitenciários, que se transformaram em verdadeiras “escolas do crime e dos criminosos”, sendo que a ressocialização e reinserção dos criminosos são quase nulas.

Aliada à superlotação e ao caos no sistema penitenciário e estabelecimentos prisionais moçambicanos, tem-se os custos de reclusão que são muito elevados. Um exemplo é que dos cerca dos 18 mil reclusos encarcerados nos 81 estabelecimentos prisionais em Moçambique, cada um deles tem um custo médio diário acima de 674,10 MT (cerca de 20 Euros) e em conjunto representam 491.661.720 MT (cerca de 14 milhões de Euros), por ano.⁴³

Só as prisões preventivas consomem mais de 90% do orçamento geral das cadeias, o que é extremamente caro para Moçambique, principalmente por ser um país que depende em mais de 50% do orçamento do Estado de financiamentos e doações pelos parceiros de cooperação.

Da mesma forma, conforme referido, há um alarmante crescimento de casos de Justiça pelas próprias mãos – os chamados linchamentos⁴⁴ –, que ocorrem como fruto da desconfiança e descrédito dos cidadãos para com os órgãos de Administração da Justiça, do Estado e do próprio sistema penal vigente.

Em face disto, colocam-se as seguintes questões, que procuraremos responder ao longo da Tese:

1. Como eram os hábitos e Costumes tradicionais de resolução de conflito antes da herança do Sistema Jurídico de Portugal, e quais eram as suas vantagens e desvantagens?
2. Com a implementação do chamado “Novo Estado”, a partir de 1975, que mudanças ocorreram a nível da Justiça, quais as principais inovações, como se organizou a Justiça e qual o espaço ocupado pelas Justiças Tradicionais ou Comunitárias?
3. Quais são os pontos críticos da Justiça Penal vigente que justificam outra forma de Justiça, mais inovadora e menos formalizada e burocrática?

⁴³ Fonte: Relatório do SERNAP, 2018.

⁴⁴ De acordo Carlos SERRA, o linchamento é uma forma de “Justiça privatizada” também conhecida por “Justiça pelas próprias mãos” e ocorre essencialmente por falta de confiança dos cidadãos para com o Sistema de Administração da Justiça. Os linchamentos, cada vez mais, têm sido recorrentes nos diferentes países dos PALOP e, se caracterizam por espancamentos mortais protagonizados por populares contra alegados criminosos. SERRA, Carlos. **Linchamentos em Moçambique**: Uma desordem que apela à ordem. Maputo: Universidade Eduardo Mondlane, imprensa universitária, 2008. Abordaremos os linchamentos com mais propriedade mais adiante.

4. O sistema penal vigente em Moçambique fornece ferramentas suficientes para a administração dos conflitos criminais?
5. Quais os principais problemas apontados aos fins das penas, que justificam uma nova proposta de punição?
6. Para além da questão dos fins das penas, quais os elementos mais flagrantes que se podem levantar, que demonstram à Crise e decadência crescente da Justiça Criminal em Moçambique?
7. Será necessário substituir o Direito formal pelo Direito informal ou vice-versa, visto que este último é mais próximo das Comunidades e se adequa às especificidades culturais e históricas concretas enquanto que o primeiro é geral e serve para todas as Comunidades? Se sim, não se estaria a privatizar a Justiça ou não seria uma forma de fuga à jurisdição?
8. Como compatibilizar a Justiça Restaurativa com os princípios do Direito Penal, especialmente com o princípio da culpa e da legalidade?
9. A Justiça Restaurativa é capaz de oferecer controlo sobre as condutas desviantes e ao mesmo tempo diminuir significativamente os índices elevados de reclusão em Moçambique?
10. Como harmonizar a aceitabilidade do Direito informal e comunitário, primogénito com o Direito formal, sistematizado?
11. Partindo do pressuposto de que possam existir e emergir conflitos e dissensos nas práticas da Justiça Restaurativa, como e que tipo de articulação deve ser feita entre os Tribunais Comunitários e a Justiça Estatal ou Tribunais Judiciais, nos casos criminais em que não haja consensos na base, e que a Justiça Comunitária falha e o Estado deve intervir?

Portanto, todas estas questões serão objeto de análise e discussão na presente Tese. As bases teóricas do estudo estão sustentadas pelas propostas apresentadas por vários autores e em

várias obras, com a pesquisa sustida pelas seguintes possíveis soluções ou hipóteses às questões colocadas:

1. O Tratamento punitivo que se dá aos seres humanos no atual sistema de Justiça Criminal é do Estado absolutista, diferenciado e provoca incoerência entre a doutrina penal e os princípios constitucionais do Estado de Direito Democrático em virtude de se exercer um poder punitivo estruturalmente discriminatório, obsoleto, ineficaz e que favorece a superlotação das prisões representando elevados custos ao Estado.
2. A Justiça Criminal vigente promove o descrédito dos cidadãos para com o sistema de Administração da Justiça, favorecendo a Justiça pelas próprias mãos, como os linchamentos.
3. A Justiça Restaurativa é um caminho adequado na medida em que articula ações de disseminação de informação sobre Direitos e mediação de conflitos, tendo como protagonistas o Poder Público e própria Comunidade.
4. Através da Justiça Restaurativa será possível, no próprio ambiente comunitário, discutir e resolver questões de índole criminal de uma forma célere, valorizando as práticas ali consolidadas sem, contudo, deixar de criticá-las e/ou se necessário, revê-las – promovendo, assim, a transformação social.
5. Para além da valorização das Justiças Comunitárias, é necessário que outros fatores e ações sejam levados em conta pelo Estado, tais como a Política Criminal, a atuação das instituições de Administração da Justiça, a Segurança Pública e a prevenção da criminalidade no geral, através do Policiamento Comunitário, a adequação do CP com o CPP, as penas e medidas alternativas à prisão e a Política Prisional.

Quanto à metodologia, de acordo com Umberto ECO, “uma tese estuda um objeto utilizando determinados instrumentos”⁴⁵ e que para servir a sua finalidade científica deve utilizar um

⁴⁵ ECO. Umberto. **Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas**. 19ª Ed. Trad. Para o Português de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Lisboa: Editorial Presença, 2015, p. 78.

método apropriado. Por outro lado, vale dizer também que “fazer” uma Tese é o mesmo que “fazer” ciência e ciência é conhecimento.⁴⁶ O conhecimento da matéria jurídica é tarefa árdua.

Dada a amplitude do campo analítico, a metodologia teve que se fazer corresponder a cada fase da pesquisa.

De acordo com Francesco CARNELUTTI, “a matéria jurídica é um tecido de regras. Mas as regras não são fenómenos, mas sim relações. Para chegar a elas, é preciso intelecto, como razão ou intuição, não obstante os sentidos. As regras jurídicas não são verdadeiramente o dado a observar, mas já um resultado da elaboração de um dado diverso.”⁴⁷ Elas não se sentem, deduzem-se ou induzem-se. São estes dois métodos: o indutivo e o dedutivo, que foram predominantes para a Tese.

Naturalmente, a ciência não tem outros meios que não sejam os sentidos e o intelecto: observar e raciocinar, ou seja, indução e dedução. Assim, durante a investigação empregou-se o método indutivo. As técnicas utilizadas na pesquisa foram: a bibliográfica e investigação empírica, visto que este último é próprio da criminologia (que constitui uma das áreas de abrangência da presente Tese). Contudo, o empirismo que aqui se refere não é mera especulação ou proposições estritamente dedutivas – tendo em conta que um dos métodos utilizados é o dedutivo – e afirmações normativas que não se relacionam com os factos. Neste caso, conforme Maurice CUSSON, “o empirismo encarna no método científico, entendido enquanto processo explícito e ordenado de verificação de hipóteses.”⁴⁸ Além do mais, a investigação empírica mantém um diálogo constante com o trabalho teórico, que interpreta os seus resultados e os integra num todo coerente, conforme fizemos no Capítulo II, da Parte IV. O empirismo e o recurso privilegiado aos métodos experimentais também foram postulados que fizeram o positivismo criminológico se afirmar.⁴⁹

Ora, uma Tese para servir a finalidade científica, para além de utilizar um método apropriado, deve também se ordenar à exposição do conteúdo em um sistema. O método e o sistema não são, porém, arbitrários, porque dependem do seu objeto. Assim entendido, esta Tese foi estruturada, para além da Introdução, em 4 Partes logicamente sequenciadas, da seguinte forma:

⁴⁶ De acordo com Eduardo CARVALHO “fazer ciência não é delimitar o pensamento num processo, é antes questionar numa dinâmica sempre diferente a que está sendo proposto temporariamente. CARVALHO, José Eduardo. **Metodologia do Trabalho Científico**. “Saber-fazer” da investigação para dissertações e teses. 2ª Ed. Lisboa: Editora Escolar, 2009, p. 21.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francisco. **Metodologia do Direito**. Tradução para o Português de Luís Da Câmara Pinto Coelho. Lisboa: oficinas de S. José, 1940, p. 27.

⁴⁸ CUSSON, Maurice. **Criminologia**. Só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade. Tradução de Josefina Castro. 2ª Ed. Alfragime: Casa das Letras 2002, pp. 25-27.

⁴⁹ Para leitura mais detalhada ver MANNHEIM, Herman. **Criminologia Comparada**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

Parte I – Hábitos e Costumes Tradicionais, Sistema Jurídico Herdado de Portugal e Justiças Comunitárias em Moçambique. Esta parte compreende os seguintes itens: 1. Hábitos Primitivos e Costumes Tradicionais de Resolução de Conflitos, fazendo menção especial à Autoridade Tradicional e às Justiças Comunitárias. 2. Faz-se um bosquejo histórico sobre a herança do Sistema Jurídico Português, pelo chamado fenómeno de *Transplante Jurídico*, e, a questão do dualismo e do indigenato como catalisadores do Sistema Jurídico Português em Moçambique. Esta parte finaliza com a análise do chamado “Novo Estado” e os Tribunais Comunitários e Judiciais.

Parte II – refere-se à Fundamentação Teórica, Epistemológica e Filosófica, no campo do Direito Penal. Esta parte compreende dois Capítulos, sendo o Capítulo I sobre o Direito Penal, Humanização e Supressão da Tortura do Procedimento Legal, em que se inicia com o Conteúdo do Direito Penal, onde são abordadas questões gerais e posteriormente apresentam-se algumas contribuições para a humanização do Direito Penal, Processo Penal e a própria punição, é o caso do Direito Penal Setecentista e a contribuição de Christian THOMASIU para a humanização do Direito Penal e supressão da tortura do procedimento legal. O Capítulo II versa sobre a Sociogénese do Crime e Teorias e Problemas dos Fins das Penas, onde se revisitam os clássicos do pensamento criminológico, especificamente o crime na idade antiga, idade média, a criminologia clássica e positivista e algumas correntes filosóficas sobre os fins das penas, devido a sua importância para a Política Criminal. Faz-se críticas ao sistema de punição e apresentam-se os problemas dos fins das penas. Também nesta parte abordasse o discurso da corrente do abolicionismo penal como parte da criminologia crítica e a negação parcial de suas teses.

A Parte III – é sobre a Crise da Justiça Penal e do Sistema Prisional em Moçambique e faz-se críticas ao sistema penal vigente e como resultado de recolha de alguns dados apresentam-se os custos das prisões.

A Parte IV – refere-se ao Campo da Justiça Restaurativa. Esta Parte tem dois Capítulos. No Capítulo I faz-se considerações teóricas sobre a proposta da Justiça Restaurativa, desde o conceito, percursores, abordagem histórica e algumas experiências bem-sucedidas ao nível internacional e uma questão crucial que é o encontro entre a Vitima e o Infrator. Este Capítulo termina com algumas críticas à Justiça Restaurativa e sua (des)conformidade com os princípios estruturais do Direito Penal, particularmente o princípio da legalidade e da culpa.

O Capítulo II é o das recomendações, isto é, as chamados ações, para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique, entre eles, a Política Criminal, a atuação das instituições de Administração da Justiça, a Segurança Pública e a prevenção da criminalidade no geral, através do Policiamento Comunitário, a adequação do CP com o CPP, as penas e medidas alternativas à prisão, a Política Prisional e ressocialização do recluso, as Justiças Comunitárias e o Pluralismo Jurídico como paradigmas normativos adequados para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique. Este Capítulo termina com o princípio da subsidiariedade na articulação entre os Tribunais Comunitários e Judiciais.

No final, apresentam-se as conclusões e as respostas das questões de pesquisa colocadas para a presente Tese.

Entretanto, para que as proposições adoptadas não sofram conotações que de antemão possam comprometer a pesquisa e para evitar correr-se uma série de riscos, é importante deixar ficar algumas notas, conforme se segue:

A primeira diz respeito à substituição da Justiça estatal por uma Justiça meramente comunitária, *“uma espécie de fuga à jurisdição”*. Embora se reconheçam muitas falhas e problemas no sistema penal vigente, e, em *ultima ratio*, a Crise da própria Justiça estatal, e, apesar de se propor um novo paradigma – (tal como aconteceu em menos de três quartos de séculos, do séc. XVIII ao séc. XIX, no chamado “período de febre para o Direito Penal”) –, para a restauração e superação dessa Crise, não se cogita em nenhum momento a substituição do Direito estatal. Até porque – como se deixa claro ao longo da Tese –, seria uma “utopia” tentar substituir totalmente o Direito estatal vigente por uma Justiça totalmente comunitária, baseada só em princípios, hábitos e normas Costumeiras. Mesmo porque, há uma ação recíproca entre Direito e Cultura. Ademais, a proposta é de Justiça Restaurativa que engloba os valores comunitários e tradicionais, na resolução de conflitos e não na substituição do processo ou na mediação durante a instrução na sua fase probatória. Por outro lado também, é preciso considerar que muito embora as Justiças Comunitárias estejam fora do sistema judiciário, elas fazem parte, ao mesmo tempo, deste sistema, uma vez criados por lei. Veja-se por exemplo, o caso dos Tribunais Comunitários, como parte de instâncias locais de resolução de conflitos, que à luz da Lei n.º 4/92, de 06 de maio, se encontram enxertados no sistema judicial.

A segunda tem que ver com o tipo, natureza e gravidade de crimes. Apesar de a Justiça Restaurativa se constituir como uma panóplia distinta de princípios e de práticas de resolução de

litígios no âmbito criminal, que pretendem afastar o máximo possível a hipótese de condenação à pena de prisão, através da mediação, conciliação, encontro entre agente agressor e vítima, assim como a participação da Comunidade, esta é válida somente para alguns crimes particulares, sobretudo de pequena e média gravidade⁵⁰, e no caso de Moçambique, desde que verificados os pressupostos estabelecidos nos art's. 85^{o51}, 87^{o52}, 88^{o53}, 89^{o54} e 102^{o55} do CP, assim como o disposto no n.º 1 do art. 3º da Lei n.º 4/92 de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários⁵⁶.

Portanto, quanto a nós, existe pouca possibilidade de encontro restaurativo *prima facie*, nos casos, por exemplo, dos crimes previstos no art. 160º do CP, ou seja, os crimes hediondos. Contudo, abre-se a possibilidade de práticas restaurativas em momentos posteriores, pós-sentenciais, até mesmo com a finalidade de ressocialização do agente.⁵⁷ Mas também, a participação do agente em programas restaurativos (trabalhos socialmente úteis e outras atividades), pode servir para atenuação da pena.

A outra situação tem que ver com a hipótese de aplicação ou não de práticas restaurativas nos crimes económicos. Regra geral os crimes económicos se caracterizam pela sua complexidade,

⁵⁰ Flávia LOUREIRO também tem o mesmo entendimento e realça que, “desde o seu surgimento, a Justiça Restaurativa começou por se oferecer como uma hipótese sobretudo direcionada para crimes de menor gravidade (os *street crimes*, na cultura anglo-saxónica, ou aquilo a que, se designa também por pequena ou média criminalidade, usualmente correspondentes a crimes semi-públicos ou particulares) e para ofensas praticadas por menores.” LOUREIRO, Flávia Noversa. **A Justiça...**, pp. 63-86.

⁵¹ No n.º 1, o art. 85º do CP dispõe que, “As medidas educativas e socialmente úteis são aplicadas às infracções de pequena gravidade e são precedidas de uma negociação pacífica do conflito entre o ofendido e o infractor, com a participação ou não da comunidade, visando a reparação imediata do dano e a restauração da situação anterior.”

⁵² O art. 87º do CP estipula os pressupostos de aplicação das medidas educativas e socialmente úteis, estabelecendo que, “Nos casos em que a lei admita a aplicação de medidas educativas e socialmente úteis, pelos tribunais judiciais, elas só se efectivam se o agente: a) tiver reparado ou mostrar disponibilidade para reparar os danos ou prejuízos causados ao ofendido, a comunidade ou a qualquer outra entidade; b) sujeitar-se aos deveres e às regras de conduta legalmente previstas e que o tribunal tiver fixado na decisão.”

⁵³ O art. 88º do CP traduz as medidas alternativas à pena de prisão e dispõe-nas no n.º 1, designadamente: a) a transacção penal; b) a suspensão provisória do processo. No n.º 2 se estabelece que, “As medidas alternativas à pena de prisão são obrigatoriamente aplicadas às infracções puníveis com pena de prisão superior a um e até o limite máximo de dois anos, verificados os pressupostos gerais de aplicação estabelecidos no n.º 1 do art. 102.” Já o n.º 3 advoga que, “as medidas alternativas à pena de prisão prosseguem fins de consensualização entre o infractor e o lesado, sob direcção do Ministério Público, e obstam à prossecução do processo criminal para a instância formal do julgamento.”

⁵⁴ O art. 89º do CP define as penas alternativas à prisão, conforme o n.º 1: “a) a prestação de trabalho socialmente útil; b) a prestação pecuniária ou em espécie; c) a perda de bens ou valores; d) a multa; e) a interdição temporária de direitos.” 2. “As penas alternativas à pena de prisão são obrigatoriamente impostas ao condenado nos casos em que a conduta criminosa seja punível com pena superior a dois e até ao limite máximo de oito anos, verificados os pressupostos gerais de aplicação estabelecidos no artigo 102.” 3. “As penas alternativas substituem a pena de prisão, obstando à sua efectivação.”

⁵⁵ O art. 102º do CP informa os pressupostos de aplicação das medidas e das penas alternativas, conforme o n.º 1. “Para além das exigências consagradas no n.º 2 do artigo 88 e no artigo 112, as medidas e as penas alternativas à prisão só se aplicam nos casos em que o agente: a) for delinquente primário por prática de crime doloso; b) proceder à restituição dos bens de que se tenha apropriado, se for o caso; c) tiver reparado total ou parcialmente os danos e prejuízos causados à vítima ou à comunidade com a prática do crime e, no caso de reparação parcial, assumir a continuação da reparação ainda em falta no prazo e condições judicialmente fixadas; d) expressamente, sujeitar-se às medidas ou injunções, aos deveres e às regras de conduta previstas no Código de Processo Penal, sobre as condições da suspensão provisória do processo, e que o tribunal vier a fixar na decisão.” 2. “Para estabelecer a relação de confiança entre o ofendido, a comunidade e o infractor, no caso das penas alternativas à prisão, o juiz de instrução deve aplicar provisoriamente as interdições temporárias de direitos ao infractor previstas no n.º3 do artigo 101, de modo a garantir a celeridade da justiça com a reparação do dano em tempo útil.”

⁵⁶ O n.º1 do art. 3º da Lei n.º 4/92, de 6 de maio advoga que, “Compete aos tribunais comunitários deliberar sobre pequenos conflitos de natureza civil e sobre questões emergentes de relações familiares que resultem de uniões constituídas segundo os usos e costumes, tentando sempre que possível a reconciliação entre as partes.”

⁵⁷ Em Portugal, o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, assim dispõe nos art's. 2º e 47º.

baixo nível de detecção e subconhecimento. Com efeito, conforme retrata Flávia LOUREIRO, a natureza destes ilícitos torna a sua percepção especialmente complexa, uma vez que depende de conhecimentos técnicos e científicos apenas ao alcance de alguns, fazendo com que a generalidade das pessoas nem consiga se quer aperceber-se que um crime está a acontecer.⁵⁸ Além de que, conforme a mesma autora, as atividades económicas são desenvolvidas no seio de pessoas coletivas (empresas), onde vigoram regras estritas de segredo, hierarquia e estratificação, bem como a falta de consciência da vitimização, uma vez que os crimes em causa ou não têm vítimas (diretas) ou estas estão muito distantes dos atos lesivos.⁵⁹

Dai que, quanto a nós, seria tarefa árdua tratar estas matérias em sede dos Tribunais Comunitários, que, na sua essência, se caracterizam por conhecerem, casos de pequena e média gravidade.

Entretanto, não cremos numa desadequação total da Justiça Restaurativa para com ilícitos económicos, até porque visto de outra perspectiva – e tal como nos casos dos crimes hediondos anteriormente mencionados –, respaldamos nossa opinião nas palavras de Flávia LOUREIRO, para a qual, sobre a (des)adequação teórica e prática da Justiça Restaurativa como solução para infração económica, defende que,

Aqueles que dizem, portanto, que a intervenção restaurativa corresponde a uma intervenção *soft*, não constituindo uma verdadeira punição, sempre se responderá que conferências bem conduzidas podem ter um profundo impacto sobre os infratores, por ventura ainda mais importante quando estão em causa ofensores económicos, normalmente indivíduos socialmente competentes e profissionalmente e familiarmente integrados.⁶⁰

Por outro lado, em relação à reincidência, as soluções restaurativas podem assumir extrema importância a partir do momento em que façam o agente compreender a dimensão do seu ato e possam leva-lo ao respeito pelas normas da Comunidade.

A terceira é sobre a definição de Justiça Restaurativa, no qual não encontramos uma noção única e pragmática. A Justiça Restaurativa tem vindo a expandir-se rapidamente, havendo diferentes ideias sobre o que se entende por esta nova modalidade de Justiça. Portanto, se não há um conceito ou modelo, havendo somente *praxes* orientadas para a formulação de novos caminhos, que

⁵⁸ LOUREIRO, Flávia Novera. **A Justiça...**, pp. 63-86.

⁵⁹ LOUREIRO, Flávia Novera. **A Justiça...**, pp. 63-86.

⁶⁰ LOUREIRO, Flávia Novera. **A Justiça...**, pp. 63-86.

valorizam a participação dos agentes e da Comunidade, que leva em conta os hábitos e Costumes tradicionais – para algumas correntes uma forma não punitiva, para outras apenas “mais uma alternativa penal” – esta prática pode se distanciar dos princípios informadores do Direito Penal, tal como se verá na Parte V, Capítulo I, no ponto 5.1.2, em relação ao *princípio da culpa*, por exemplo, que não admite informalidade, ou seja, não possibilita que a decisão de reação criminal possa ser tomada fora do judiciário.

A quarta diz respeito à *consensualidade*. Não se espera que esse modelo de Justiça Restaurativa seja sempre consensual. Ao contrário, reconhece-se que possam existir e emergir conflitos e dissensos nessas práticas comunitárias de resolução de conflitos. Por isso, no ponto 6.3.1, no Capítulo II, Parte IV da presente Tese, discorre-se em volta do *princípio da subsidiariedade* na articulação e complementaridade entre os Tribunais Comunitários e Tribunais estatais, tal como se prevê no n.º 3 do art. 121º da CRM.

A quinta refere-se à *fundamentação teórica*. Apesar de a pesquisa levar em consideração aspetos sócios culturais, idiosincrasias e peculiaridades da realidade moçambicana, as bases teóricas de construção da Tese foram maioritariamente portuguesas, porque nesta matéria Portugal apresenta um avanço doutrinário e jurisprudencial consistente. O facto de a pesquisa ser desenvolvida numa Universidade portuguesa – Universidade do Minho –, também contribuiu para esse embasamento teórico da literatura portuguesa e não só. Trata-se do país sobre o qual Moçambique herdou o seu sistema jurídico e há enormes se não indissociáveis semelhanças.

Entre os autores, podemos citar apenas alguns: Figueiredo DIAS, Costa ANDRADE, Eduardo CORREIA, Caeiro da MATTA, Cavaleiro de FERREIRA, Lamas LEITE, Maia GONÇALVES, Mário MONTE, Teresa BELEZA, Germano Marques da SILVA, Cláudia SANTOS, Patrícia JERÓNIMO, Guedes VALENTE, entre vários. Os autores espanhóis também foram frequentemente citados. Só para ilustrar, a título exemplificativo, Polaino NAVARRETE, Tomás y VALIENTE, Perez LUÑO, Gregório PECES-BARBA, entre outros.⁶¹

Naturalmente, recorre-se na Tese, frequentemente, ao pensamento de penalistas que podemos considera “insuperáveis”, outros já clássicos, cujas contribuições são inoxidáveis, de entre os vários, destacamos Christian THOMASIIUS, Von FEUERBACH, Cesare LOMBROSO, Michel

⁶¹ Importa referir que quanto às citações das obras e outras fontes em língua estrangeira se recorreu a obras já traduzidas. Em alguns casos recorreu-se à tradução direta, especificamente nos casos do espanhol, inglês e francês. Em outros casos ainda, recorreu-se à citação de outros autores como fonte primária. Em todos os casos, as obras constam nas referências das fontes citadas.

FOUCAULT, Claus ROXIN, Von LISZT, Gunther JAKOBS, Raul ZAFFARONI, David GARLAND, Houard ZEHR e Lode WALGRAVE. Acrescentamos a esta seleta lista os filósofos KANT e HEGEL, apenas para ilustrar, entre outros tantos autores de extrema importância referenciados na Tese, tais são os casos de Michel FOCAULT, Thomas MATHIENSEN, Louk HULSMAN, Nils CHRISTIE, e vários.

Os pesquisadores moçambicanos também foram considerados pelos seus trabalhos relevantes, e podemos citar João Carlos TRINDADE, Carlos SERRA, Sara ARAÚJO, Lourenço CAETANO, Beatriz BUCHILI, Irae LUNDIN, entre outros. Todavia, em linhas gerais a Tese procurou trazer os autores que melhor se debruçaram sobre os assuntos em discussão, sem preconceito de origem ou ideologia. Aliás, em pesquisa científica hoje pode ser despidendo falar de periferias. Por isso, os exemplos de sucesso em casos de Justiça Restaurativa que se trouxe envolvem diferentes países, como Portugal, Canadá, Alemanha, México, Argentina, Uruguai, só para citar.

A sexta tem que ver com o estabelecimento de fronteiras entre a *empatia* e a *identificação*, quer dizer, a relação entre o pesquisador e o seu objeto de pesquisa muitas vezes acaba por gerar um sentimento de empatia e esta acaba por ser tão inevitável quanto indispensável para uma boa investigação. Entretanto, procuramos de toda a forma não ultrapassar as barreiras da empatia, pois, apesar de identificarmos as fragilidades do sistema de Justiça Penal vigente, reconhecemos o seu papel no controle da criminalidade e avançamos para a identificação e proposta de “ações para a sua melhoria”, no Capítulo II da Parte IV. Também, como prova disso, demonstramos algumas fragilidades e críticas da Justiça Restaurativa, no ponto 5, Capítulo I da Parte IV.

A sétima é em relação ao *princípio epistemológico da interdisciplinaridade*, que se foi impondo por méritos próprios. Na substância refere-se à colaboração de diferentes disciplinas académicas para um propósito comum.⁶² Portanto, é possível encontrar na presente Tese autores que não sejam necessariamente da área penal, mas cujas obras são fundamentais se não indispensáveis para esta Tese, apenas para citar um exemplo, seria o caso de Boaventura SANTOS, que não sendo um penalista, por excelência, emprestou-nos conhecimentos da sociologia do Direito e foi citado através de suas várias obras, principalmente no que diz respeito à matéria do Pluralismo Jurídico e dos Tribunais Comunitários, tendo em conta que este realizou vários trabalhos em Moçambique, como pesquisador.

⁶² RIBEIRO, Gabriel Mithá. **Novo Manual de Investigação**. Do rigor à originalidade como fazer tese no séc. XXI. 1ª Ed. Lisboa: Contraponto, 2018, pp. 33 e ss.

A oitava diz respeito ao princípio epistemológico da *neutralidade axiológica* que significa identificar, compreender, analisar e interpretar as fragilidades da Justiça Penal vigente, sem julgá-los e sem lhes impor sentidos ou rumos indesejáveis ou desconhecidos.

O limite que nos referimos define – *a priori* – a possibilidade de eliminação da Justiça estatal, que mesmo sendo insuficiente ainda é necessária e fundamental. Nesse sentido, consideramos também que uma pesquisa que tenha por objetivo suplantiar o modelo meramente estatal e vigente há décadas, pode ser interpretada como ambiciosa, ingénuo e árdua demais. Ambiciosa, porque implica criticar um sistema em vigor, que não obstante as suas falhas, tem o seu mérito, o devido crivo científico e filosófico, bases legais, doutrinas e recursos materiais e humanos.

A nona consiste na *justificativa e função social e política da Tese*, isto é, a chamada *aplicabilidade prática da pesquisa*. Nesta, cabe referir que a Tese embora tenha uma finalidade científica e didático-acadêmica, não descuida da relevância social, porquanto, uma das causas que instigou o pesquisador para a escolha do tema foi justamente a sua atuação como funcionário público em uma instituição que faz parte do chamado “Sistema de Administração da Justiça em Moçambique”, sobretudo na área criminal, em que durante à profissão confrontou-se com várias situações concretas que reclamavam (e reclamam) soluções em curto espaço de tempo. Portanto, trata-se de um trabalho não só de âmbito acadêmico, mas de aplicabilidade prática, oportuna e urgente.

Por fim importa referir que os principais conceitos da Tese estão dispostos em inicial maiúsculo.⁶³

Feitas as considerações, “embarcamos” para o desenvolvimento do corpo da Tese.

⁶³ Cf. HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado Editor Sucessor, 1980, p. 161-168. Sobre as categorias em especial vide ARISTÓTELES. **Categorias**. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. Título original: *Katégoriai*.

PARTE I

HÁBITOS E COSTUMES TRADICIONAIS, SISTEMA JURÍDICO HERDADO DE PORTUGAL E LEGITIMIDADE DAS JUSTIÇAS COMUNITÁRIAS EM MOÇAMBIQUE

1. OS HÁBITOS E COSTUMES TRADICIONAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AUTORIDADE TRADICIONAL, JUSTIÇAS COMUNITÁRIAS E SUAS LEGITIMIDADES

Pretendemos nesta Parte I descrever os hábitos primitivos e os Costumes tradicionais de resolução de conflitos, mormente as Autoridades Tradicionais, para depois traçar um bosquejo histórico sobre a forma de recepção e herança do Sistema Jurídico de Portugal, o chamado *Transplante Jurídico* e demonstrar a pertinência e legitimidades das chamadas Justiças Comunitárias. Nesta parte responderemos a primeira questão de pesquisa, que pretende saber: ***como eram os hábitos e Costumes tradicionais de resolução de conflito antes da herança do Sistema Jurídico de Portugal, e quais eram as suas vantagens e desvantagens?***

Na essência, Moçambique tal como outros países africanos, manteve seus hábitos e Costumes por centenas de anos através da tradição oral e não escrita. Por isso, poucas notícias se tem das relações sociais e suas regras nos tempos anteriores a idealização da escrita que aconteceu por volta de 4000 a.C., na Mesopotâmia. Muito do que se conhece hoje sobre as Sociedades primitivas em geral é devido às placas de argila e artes rupestres encontradas em cavernas. Só com a escrita é que surgiu a possibilidade de se perpetuar as conquistas do espírito humano até então muitas delas transmitidas oralmente de geração em geração.

Para fazer comparação podemos extrair da obra *A Cidade Antiga* publicada em 1864, escrita por Fustel de COULANGES – historiador francês que viveu entre 1830 a 1889 – que demonstra detalhadamente a formação da proto-civilização grega e romana, incluindo seus princípios e regras, bem como a incorporação e paridade com outras civilizações e Costumes. Nesta obra Fustel de COULANGES também relata que o contexto de normas que regiam o comportamento humano durante

os primeiros séculos provinha de crenças como o fogo sagrado, o culto aos antepassados e o respeito aos deuses.⁶⁴

Assim também aconteceu com as Sociedades primitivas africanas, que nas suas convivências entre si e estas com natureza se regiam com base no culto aos antepassados, nas crenças e divindades da natureza e na aceitação da coabitação com forças desconhecidas. Nessa época as regras não precisavam de ser impostas pois elas mesmas se impunham. Era o tabu, a norma que corporizava o proibido.

O respeito pelas regras fundava-se no termo das consequências malélicas que advinham automaticamente do desrespeito das regras sociais. Aqui, acreditava-se que muita coisa poderia acontecer: doenças graves como a lepra, a cegueira, a tuberculose, etc., que eram consideradas como uma pena para quem tivesse procedido mal perante o outro, perante a Sociedade e perante a natureza.⁶⁵ Era a crença de que o homem na Terra encontrava-se ligado aos antepassados por vínculo de sangue e que estes acompanhavam e protegiam os vivos no quotidiano (crença ainda persistente).⁶⁶ As sanções podiam ser aplicadas e muitas vezes por coação moral. E esta poderia ser exercida, em não raras vezes por toda a coletividade, como ainda hoje sucede. Mais tarde, fruto da organização social surgem os chefes – patriarca da família, à autoridade ligada ao poder de julgar e de aplicar as sanções. O chefe é juiz – todo o chefe é juiz. O juiz numa Sociedade submetida ao Costume aplica as normas que está na prática do grupo, que foram por eles criadas.

Porém, a partir do momento em que a Sociedade foi se tornando cada vez maior, apareceram situações ainda não conhecidas, casos ainda não disciplinados pelas regras do uso. O

⁶⁴ COULANGES. Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o Direito, as instituições da Grécia e da Roma. Título original: *Lá Cité Antique – Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce et de Rome*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Editora das Américas (EDAMERIS), São Paulo, 1961.

⁶⁵ Não se descarta aqui a necessidade gregária do homem, pois, faz parte da sua natureza. Começemos por analisar o pensamento de Hugo GRÓCIO que define o homem como sendo o animal que possui o *apetitus societatis*, pela necessidade gregária. Do mesmo modo refere IHERING que ninguém existe só para si, como tão-somente por si só; cada um existe por e para outros, seja intencionalmente ou não. De facto, já na antiguidade nos estudos sobre a Política, ARISTÓTELES escreveu que a natureza compele todos os homens a se associarem. Sendo o homem ser gregário que vive e convive conjuntamente com os seus semelhantes em constantes relações não só de complementaridade como de disputa, há muito que se escreveu a máxima “onde está o homem existe Direito”, de tal sorte que é inegável a necessidade do Direito para o convívio social em harmonia, ou seja, como sintetizam os juristas romanos, *ubi societas, ibi jus*. Nessa perspectiva conforme Vasconcelos BARROS, a doutrina tem-se manifestado no sentido de que, seja dom dos deuses, seja criação dos homens, o Direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio e a harmonia social. Desde os primórdios do tempo, que parte da humanidade se dedicava à criação de bens para viver enquanto os restantes se dedicavam à solução de conflitos. MARQUES refere que existe uma natural tensão entre a individualidade e a sociabilidade, ou seja, como se tem dito, onde está o homem está o conflito, pois mesmo sozinho o homem, tem seus conflitos interiores. Logo, se um ser humano se aproxima de outro surge a possibilidade de conflito entre eles, o que muitas vezes acontece. Cf. respetivamente, GROTIUS, Hugo. **Le Droit de La Guerre et de La Paix**. Paris, 1999, Prolegómenos, VI; IHERING, Rudolf V. **El fin en el derecho**. Buenos Aires, 1978, p. 43; ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo. Ícone Editora, 2007, p. 16. BARROS, Eduardo Vasconcelos. **Mediação Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos**. Disponível em <http://www.arcos.org.br/art.s/mediacao-como-forma-alternativa-de-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em 16.03.2016 e MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**. Vol. I, 2ª Ed. Almedina, Coimbra, 2012.

⁶⁶ Confirma-se por exemplo Robert LOWIE, quando descreve a organização política de várias coletividades da África, Oceânia e América do Norte. Cf. LOWIE, Robert. **Traité de Sociologie Primitive**. Paris, 1935, pp. 351 e ss.

chefe e o juiz tinham, então, de encontrar soluções para os casos a decidir. Consultas aos seus conselheiros, auscultas aos sentimentos do grupo, e tomada de decisões. Estas decisões serviriam de precedentes para a resolução de iguais casos futuros. Repetidas estas através dos tempos de cada vez que se levanta o mesmo conflito, os homens vão adotando-a, na sua conduta, como norma. Nasce assim o Costume das decisões do chefe e juiz.

O que caracteriza nesses casos o Costume é a nascer através dos casos concretos. O Costume é, pois, um uso, uma prática ou praxe, que oralmente em cada geração, através da tradição, muitas vezes alterado por infidelidade da reprodução de quem o comunica ou falha de memória de quem o recebe. Para evitar essas alterações, em certas épocas e lugares houve a preocupação de as registar por escrito: temos então Costumes escritos.⁶⁷ De facto, ao se examinar o Direito, como regulador das normas de convivência das Sociedades, verifica-se que o mesmo (como já referido) denota-se resultado da cultura do homem e das Sociedades.⁶⁸

Em África, a ideia de uma pena divina, por exemplo, que era um castigo de Deus para os pecadores surge só mais tarde com a ascensão do islamismo e do cristianismo. Já houve circunstâncias em que não se colocava o problema da culpabilidade como pressuposto para se sancionar. Entretanto, com o aparecimento e organização dos Estados, o castigo foi adoptado como um meio de defesa social e como forma de afirmação da sua autoridade, através do Direito Penal.

Em relação a Moçambique, como um país multiétnico e de hábitos Costumeiros centenários onde coabitam diferentes mecanismos de solução de conflitos, regra geral é que o cidadão recorre a Justiça Tradicional, como os Tribunais Comunitários e Autoridades Tradicionais (líderes comunitários), para a resolução de conflitos. Isso deve-se, como se referiu na Introdução, por um lado, pela natureza segmentada por várias etnias e culturas e a grande diversidade linguística e da população,⁶⁹ bem como a sua inserção muito bem enraizada e a forte legitimidade de que gozam.

⁶⁷ CAETANO, Marcello. **História...**, *op cit.* As fontes do Direito provêm de várias formas, como a origem, os fundamentos de validade das normas jurídicas e a própria exteriorização do Direito. Para Oliveira de ASCENSÃO, por exemplo, o termo fonte de Direito possui várias referências, como: histórica, que é aquela que tem em conta as fontes históricas, tal é o caso do Direito Romano; a instrumental, que diz respeito à documentação de regras jurídicas, é o caso da lei, código e outros; sociológica ou material, que são determinantes de natureza social que criam determinadas normas; orgânica, quando se refere aos órgãos que produzem normas jurídicas e; técnico-jurídico ou dogmática, que correspondem as formas de formação e revelação das regras jurídicas. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral.** Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 39.

⁶⁸ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito.** Laemmert & C. – Editores proprietários: Rio de Janeiro, 1892, p. 24.

⁶⁹ Só em Moçambique existem mais de 23 línguas maternas, ainda que todas elas com um tronco comum a língua Bantu. BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo...**, *op cit.*; SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e Transformação Social: uma paisagem das Justiças em Moçambique.** Porto: Afrontamento, 2003.

A outra forma de resolução de conflitos apontada por Irae LUNDIN é através da Autoridade Tradicional *stricto sensu*, que sendo um mecanismo de Justiça Comunitária, corresponde a uma entidade que por causa da sua ligação com a Comunidade exerce um poder simbólico de chefe da Comunidade, que lhe confere legitimidade.⁷⁰ Ao mesmo tempo, esta Autoridade Tradicional pode ser vista como uma “instituição sócio-política tradicional”,⁷¹ que com base nas regras e normas costumeiras, faz cumprir e mantém a ordem e coesão na Comunidade.⁷²

Normalmente, o que leva a aceitação e legitimidade da Autoridade Tradicional é a própria tradição aceite e valorizada pela Comunidade. Por outro lado ainda, trata-se do mecanismo através do qual se dissemina a inclusão das pessoas, a solidariedade e o controlo na Comunidade.⁷³

No trabalho científico intitulado *Autoridade e Poder Tradicional*, Irae LUNDIN aborda o tema da autoridade local africana e conclui que a presença desta autoridade nas Comunidades, bem como a compreensão da sua legitimidade está relacionada com a sua importância para a coesão, controlo e ordem social. Ainda de acordo com a autora, essa coesão, controlo e ordem social, que está na essência da autoridade local, está ligada à génese e ao próprio processo sócio-histórico das Comunidades.⁷⁴

Por causa dessa legitimidade e do seu papel, ao longo dos tempos, durante a administração colonial, as autoridades tentaram a todo custo – sem sucesso – dissolver o poder da Autoridade Tradicional. Sara ARAÚJO, pontua que

Ainda que a colonização tendesse a endurecer um Direito Costumeiro e impusesse uma forma de atuação às Autoridades Tradicionais, nunca conseguiu dominar todos os espaços, pois, houve sempre margens de aversão. As Autoridades Tradicionais aliadas ao poder

⁷⁰ LUNDIN, Irae Baptista. **Autoridade e Poder Tradicional**. Ministério de Administração Estatal, Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, Maputo, 1995, p. 6.

⁷¹ CUAHELA, Ambrósio. **Autoridade Tradicional**: Coleção Autoridade Tradicional em Moçambique. Brochura 1, Ministério da Administração Estatal, Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, Maputo 2006.

⁷² Depreende-se que a Autoridade Tradicional corresponde a um órgão ou instituição tradicional que leva como pressupostos as normas costumeiras, tradicionais e culturais. A sua legitimidade decorre da aceitação generalizada do seu poder, que se baseia nas crenças em forças sobrenaturais e culto aos antepassados. NHANCALE, Orlando. **Normas, Regras e Justiça Tradicional**: Como evitar e resolver conflitos? Coleção Autoridade Tradicional em Moçambique. Brochura 5, Ministério da Administração Estatal, Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, Maputo, 2006. Ver também INGUANE, Paulo. **A Autoridade Tradicional e a Resolução dos Conflitos Comunitários**. Maputo, 2016.

⁷³ SUBUHANA, Bento Raul. **Autoridade Tradicional e Resolução de Conflitos Sociais**. UEM, Maputo, 2011. Ainda sobre este assunto pode ver-se a questão do dinamismo cultural, do etnocentrismo como a atitude dos grupos humanos de supervalorizar seus próprios valores e sua própria cultura. GONZAGA DE MELLO, Luís. **Antropologia Cultural**: Iniciação, Teoria e Temas. 9ª Ed. Editora Vozes, Petrópolis, 2005. LOURENÇO, Victor Alexandre. **Entre Estado e Autoridades Tradicionais em Moçambique**: Velhas Aporias ou Novas Possibilidades Políticas? *in*: Revista Lusófona de Ciência Política e Relações Internacionais. Maputo, 2007.

⁷⁴ LUNDIN, Irae Baptista. **Autoridade...**, p. 6.

colonial não impuseram imprudentemente um Direito, com receio de se deslegitimarem totalmente perante a Sociedade.⁷⁵

“Estas são ardilosas” nos dizeres de André JOSÉ⁷⁶ ou “elásticas” conforme Van NIEUWAAL⁷⁷ e, por isso, encontraram sempre espaços de atuação autónoma e por conseguinte, mantiveram a sua legitimidade.

Mesmo no processo de construção do “Novo Estado” – (conforme veremos já a seguir, no item 3 desta Parte I) –, as Autoridades Tradicionais em particular e as Justiças Comunitárias no geral, demonstraram sempre grande competência de sobrevivência e de oposição às diversas contrariedades, mantendo sempre a sua legitimidade.

O “Novo Estado” não foi capaz de eliminar na sua essência as Justiças Comunitárias, pois, a sua capacidade de subsistência deve-se não somente pelo facto de se privilegiarem de uma vigorosa legitimidade, mas, igualmente de ser um conciliador entre as Comunidades e o Estado e vice-versa.

Por essa razão, a saída encontrada pelo “Novo Estado” foi incluir – embora muito tardiamente – as Autoridades Tradicionais no rol de autoridades comunitárias locais, através do Decreto n.º 15/2000, de 20 de junho, cuja definição encontra-se no seu art. 1º, que preceitua o seguinte: “Para efeitos do presente Decreto, são Autoridades Comunitárias os Chefes Tradicionais, os Secretários de Bairros ou de Aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respetivas Comunidades.” Ressalta-se que uma das principais características das autoridades comunitárias é a confiança que a Comunidade tem para com estas, o que facilita o processo de resolução de conflitos.

Todavia, são várias as vantagens que têm sido apontadas às Justiças Comunitárias, sobretudo, no que diz respeito a promoção do acesso à Justiça, que constitui um dos grandes desafios da Justiça moçambicana. Abre-se, portanto, a possibilidade para formas diversificadas de justiças, mais próximas às Comunidades, tal como, por exemplo, os Tribunais Comunitários, que foram criados através da Lei n.º 4/96, de 06 de maio, como forma de ampliar os mecanismos de Administração da Justiça e de aproximar o judiciário ao cidadão face à imobilidade e extensão dos Tribunais Judiciais.

⁷⁵ ARAÚJO, Sara. **Acesso à Justiça e Pluralismo Jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». VI Congresso Português de Sociologia. Universidade Nova de Lisboa, Série 62, jun./2008, p. 5-6.

⁷⁶ JOSÉ, André Cristiano. **Autoridades Ardilosas e Democracia em Moçambique**. O Cabo dos Trabalhos. Revista eletrónica dos Programas de Mestrado e Doutoramento do CES/FEUC/FLUC, n.º 1, 2005.

⁷⁷ NIEUWAAL, E. Van. Adriann B. van Rouveroy. **«States and Chiefs. Are chiefs mere puppets?»**, *Journal of Legal Pluralism*, 37-38, pp. 39-78, 1996.

Estes Tribunais foram criados para funcionar nos postos administrativos ou de localidades, nos bairros ou nas aldeias, não podendo, porém, aplicar penas que impliquem privação de liberdade. Eis uma das razões que consideramos os Tribunais Comunitários como modelos adequados à Justiça Restaurativa.

De entre as vantagens que têm vindo a ser apontadas a essas formas de Justiça, Sara ARAÚJO⁷⁸ destaca: a aproximação geográfica e cultural; a possibilidade de participação ativa não só dos sujeitos envolvidos, como também da Comunidade no geral, através dos mecanismos apropriados; os baixos custos de impostos a serem pagos pelas partes disputantes; a aplicação de procedimentos de solução de conflitos com base na mediação e conciliação; a utilização de línguas locais, que constitui uma das grandes vantagens; e finalmente e não menos importante o descongestionamento de vários processos a serem enviados aos Tribunais Judiciais. Como se vê, trata-se de formas de resolução de conflitos aceites pela Comunidade dotadas de legitimidade, eficácia e eficiência.

2. A HERANÇA DO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS: O TRANSPLANTE JURÍDICO

Os dados arqueológicos indicam que a pré-história de Moçambique encontra-se registada à partir do séc. X, quando *Al-Masudi*, historiador árabe, relatou uma relevante movimentação comercial entre os povos do Golfo Pérsico e da África Austral.⁷⁹ De outro lado, diz-se que a “descoberta” de Moçambique deu-se em 1498 quando Vasco Da Gama desembarcou pela primeira vez à terras de *Mussa-Al-Bique* tendo constatado a existência de entrepostos comerciais dos povos e ali se fixado paulatinamente, algumas vezes estabelecendo acordos com chefes tribais locais, noutras forçando-os.⁸⁰

Entretanto, apesar de a penetração portuguesa em Moçambique se dar de forma paulatina no início do séc. XVI, foi com a divisão do continente africano em 1884-1885, na Conferência de Berlim, que Portugal estabeleceu a ocupação militar efetiva, submetendo de forma total os impérios existentes até então, tendo levado à efetividade da administração portuguesa no séc. XX. Naturalmente,

⁷⁸ ARAÚJO, Sara. **Acesso...**, p. 6. *Cf.*, também, HINZ, M. O. «Introduction», in: Hinz, M. O. (eds.), **The Shade of New Leaves. Governance in Traditional Authority. A Southern Africa Perspective**, Berlin: Lit Verlag, 2006, pp. 1-45. Igualmente BENNET, TW «The constitutional base of traditional rulers in South Africa», in: d'Engelbronner-Kolff et. alli. (eds.), **Traditional Authority and Democracy in Southern Africa**, Windhoek: New Namibia Books, 1998, pp.14-30.

⁷⁹ SERRA, Carlos. **História de Moçambique: Parte I - Primeiras Sociedades Sedentárias e Impacto dos Mercadores**. Vol. 1, 2.ª Ed., Maputo: Universidade Eduardo Mondlane, 2000.

⁸⁰ NEWITT, Malyn. **História de Moçambique**. Mem-Martins, Publicações Europa-América, 1997.

não foi de forma pacífica uma vez que muitas vezes foi necessário usar a força para impor seu programa de administração considerando tratar-se naquele momento de uma província ultramarina.

Ora, em relação ao transplante do sistema jurídico, conforme Moura VICENTE, no estudo intitulado *o Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas*, “a evolução dos sistemas jurídicos é consequência de fenómenos *de recepção ou transplante*, de ordens jurídicas estrangeiras ou passadas.”⁸¹ Este conceito de *transplante* é também adotado por Patrícia JERÓNIMO que no estudo intitulado *Interculturalidade e Pluralismo Jurídico: a emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos Direitos Fundamentais*, cita Alan WATSON, para referir que “*Transplantes Jurídicos* significa a passagem de uma regra ou de um sistema jurídico de um país para outro, que é extremamente comum e fácil.”⁸²

Entretanto, adverte Patrícia JERÓNIMO que o conceito de *Transplantes Jurídicos* é controverso, na medida em que há autores que não creem na hipótese de transplantar soluções jurídicas de um Estado para o outro e vice-versa, por causa – como se referiu – da profícua ligação entre cultura e Direito.⁸³ A perseverança de sistemas jurídicos distintos dos sistemas europeus e a ocorrência, na sua maior parte nos países da África e Ásia, de uma grande distância entre o Direito oficial e o Direito local, isto é, aquele assimilado pela Comunidade nativa, resultando daí uma grande descrença em relação ao novo sistema. Entre esses autores, refere Patrícia JERÓNIMO que se encontra LEGRAND.⁸⁴

Esta posição teria sido adoptada também por Boaventura SANTOS, para o qual “apesar desse fenómeno de *Transplante Jurídico*, tanto em Moçambique, como em outros países africanos,

⁸¹ VICENTE, Dário Moura. **O Lugar Dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas**. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra, 2010, pp. 401-429. Boaventura SANTOS refere-se a outras designações, tais como, *contaminação e infiltração jurídica*. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado...**, p. 48 e ss. Contudo, entendemos que o conceito de contaminação jurídica não se aplicaria, uma vez que, não existia em Moçambique um sistema jurídico como tal, mas sim formas de organização social.

⁸² Ainda de acordo com Patrícia JERÓNIMO, WATSON teve e continua a ter muitos detratores, que o acusam de ter uma concepção formalista e redutora do Direito. WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to Comparative Law**. 2.ª Ed., Atenas e Londres: The University of Georgia Press, 1993, pp. 21-30 e 95-101, *apud* JERÓNIMO, Patrícia. **Interculturalidade e pluralismo jurídico: A emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos direitos fundamentais**. I Colóquio sobre Interconstitucionalidade. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho, 2004, p. 4.

⁸³ É irrefutável que mesmo nas suas diversas faces, o Direito, não deixa de ser resultado da cultura do povo. LIMA, Gilvânklm Marques de. **A Cultura e a sua Relação com o Direito** *apud* RAMOS, Marcelo Maciel. Direito e religião: reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas. Meritum: Belo Horizonte, v. 5, n.1, jan. /jun. 2010, p. 49-76. Francisco de SOUSA considera que “o Direito é determinado e condicionado pela cultura, sendo que há uma ação recíproca entre ambas. [...] O Direito já mais será neutro em relação a cultura que o influencia significativamente.” ANTÓNIO, Francisco de Sousa. *Cultura e Direito*. In: **Direito da Lusofonia – Cultura, Direitos Humanos e Globalização**. Braga: Universidade de Minho, 2016, pp. 55 – 70. Há também uma relação entre cultura e Constituição, que nos dizeres de Jorge MIRANDA, a Constituição é também resultado cultural de um povo que a elabora. Em suas palavras, “a cultura é objeto da Constituição quer no sentido lato, quer em sentido estrito. Muito embora o Direito deva se atualizar, este não pode perder de vista os grandes fins que lhe são impostos pela Sociedade.” MIRANDA, Jorge. **O património cultural e a Constituição** – tópicos. In: *Direito do Património Cultural*. Oeiras: Obra coletiva, 1996, p. 253.

⁸⁴ LEGRAND, P. **The impossibility of “legal transplants”**. Maastricht Journal of European & Comparative Law, vol. 4, 1997, pp. 111-112, *apud* JERÓNIMO, Patrícia. **Interculturalidade...**, p. 4.

nunca se concluiu a troca de um sistema para o outro, tendo-se apenas recorrentemente comprovado superposições de componentes dos diferentes arquétipos jurídicos.”⁸⁵

Entretanto, a partir do momento que Moçambique passou a ser província ultramarina introduziu-se através desse fenômeno de *Transplante Jurídico* o sistema jurídico de Portugal, portanto, o Romano-germânico também conhecido por *Civil Law* que tem como principais características:

- a) O primado da lei e à tendência à codificação;
- b) A generalidade das normas jurídicas, que são aplicadas pelos juízes aos casos concretos;
- c) A divisão sistemática entre Direito Público e Privado;
- d) A jurisprudência como segunda fonte do Direito;
- e) A importância da doutrina para a formulação e elaboração do Direito.⁸⁶

Porém, Caetano LOURENÇO adverte que a história do Direito moçambicano inicia-se à partir do período da proclamação da independência, justamente à 25 de junho de 1975, pois, foi nessa data em que Moçambique se tornou sujeito de Direito Internacional Público, com todos os requisitos necessários de um Estado soberano, nomeadamente, território, povo e poder político.

A publicação e entrada em vigor da primeira Constituição que coincide com a proclamação da independência nacional, aprovada pela VII Sessão do Comité Central da FRELIMO, realizada a 23 de junho de 1975, no Tofo, província de Inhambane, que instituiu de acordo com o seu art. 2º um Estado de Democracia Popular, constituiu um marco dos primeiros passos do Direito

⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*: Law & Society Review, 2006, pp. 39-76.

⁸⁶ O sistema Romano-germânico é originário da Europa continental, que desde o séc. XIII d.C. foi sendo elaborado a partir do costume do povo germânico e princípios do Direito romano. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998; BRONZE, Fernando José. *A Comparação de Ordens Jurídicas Integradas em Sistemas Econômicos Diferentes*. Revista de Direito e Economia, Coimbra, a. 2, n. 2, jul. 1976; CAÑIZARES, Felipe de Solá. *Iniciación al Derecho Comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Herminio A. Carvalho. 2ª. Ed. Lisboa: Meridiano, 1972; DESCARTES, René. *Discurso do Método*. In: Os Pensadores. v. 15. São Paulo: Victor Civita, 1973; GUTTERIDGE, H. C. *El Derecho Comparado: introducción al método en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. Coimbra: A. Amado, 1984. MIALLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.

moçambicano que, todavia, herdou do sistema português todos os traços, conforme anteriormente elucidado.

Especificamente quanto ao Direito Penal, o anterior CP aprovado por um Decreto de 16 de setembro de 1886, oriundo de Portugal, foi o instrumento legal que mais tempo vigorou em Moçambique, até ser revogado através da Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro, que ao mesmo tempo aprovou o novo CP que entrou em vigor, a 1.º de junho de 2015 e que não trouxe uma rutura total com o anterior. Igualmente, o CPP de 1929, legado de Portugal até hoje continua em vigor.

2.1. O Processo de Herança do Sistema Jurídico Português e Alguns Acontecimentos Ocorridos, Sobretudo no Campo Administrativo

De forma paralela, no campo administrativo Portugal introduziu o indigenato, que foi um sistema que pelas suas particularidades era muito próximo ao regime de governação indireta, já praticado pela Inglaterra e em algumas situações pela França. Na essência, este sistema consistia na separação de classes entre cidadãos e indígenas, tendo os primeiros seus Direitos e deveres estabelecidos pela legislação portuguesa e os segundos governados pelo Direito local e pelas autoridades subordinadas ao Estado colonial. Sobre esta questão Sara ARAÚJO, categoricamente, sublinha que,

Muito embora o governo colonial tenha se instalado em Moçambique desde o séc. XVI, somente nos finais do séc. XIX conseguiu a ocupação efetiva do território. Seguindo o exemplo da Inglaterra, Portugal implementou lá para 1920 o sistema indígena, que pelos seus traços era semelhante à governação indireta, que tinha por característica a divisão entre cidadãos e indígenas. tendo os primeiros seus Direitos e deveres estabelecidos pela legislação portuguesa e os segundos governados pelo Direito local e pelas autoridades subordinadas ao Estado colonial, a quem prestavam contas.⁸⁷

De igual forma, o sistema Indigenato fazia a divisão formal entre indígenas e cidadãos e determinava em duas formas administrativas, de Direito e de Justiça:

- a) Os cidadãos que eram norteados pela legislação colonial e;

⁸⁷ ARAÚJO, Sara. **O Estado Moçambicano e as Justiças Comunitárias**: Uma história dinâmica de imposições e respostas locais diferenciadas. *In: Conflicto Social y Sistemas Jurídicos Consuetudinarios Africanos: la redefinición constante de la tradición*. 7.º Congresso Ibérico de Estudos Africanos. Lisboa, 2010.

b) Os indígenas, que seguiam as ordens locais, que se estabeleciam pelo Direito Costumeyro, de matriz tradicional.

Entretanto, havia os assimilados, que eram constituídos por uma pequena classe, com estatuto subalterno aos cidadãos e distinto dos indígenas. A este grupo era lhe atribuído uma espécie de bilhete de identidade que os distingua dos outros, para questões de acesso de espaços públicos reservados a uma ou outra classe.

O Estado colonial determinou igualmente que os mercadores que iam se fixando na colónia originassem a base para uma administração definitiva. Com a chegada de Salazar ao cargo de ministro das finanças, convidado por Óscar Carmona, eleito no ano de 1928, determinou que as colónias deviam ser fontes de matérias primas para a indústria colonial, tendo assim se sucedido. De seguida, no ano de 1930, mandou-se publicar o Ato Colonial, que era uma lei organizativa do Estado colonial e sua relação com as províncias ultramarinas. Entre várias cláusulas, o Ato Colonial estabelecia o seguinte:

- a) A indicação dos administradores para os territórios indígenas, que por sua vez constituiriam as suas milícias, chamadas de *sipaíos*;
- b) A arrecadação de receitas e de mão-de-obra para as minas de ouro da África do Sul;
- c) O estabelecimento de Tribunais Privativos para os indígenas, para os casos de desobediência;
- d) A indicação da Igreja Católica como ponto focal para a civilização e formação dos indígenas.

Seguidamente, em 1933, com a entrada em vigor da nova Constituição portuguesa, foram introduzidas outras mudanças, sendo a mais significativa, aquela que introduziu nas colónias, sobretudo africanas a colonização através da repressão dos indígenas, e o incentivo à emigração para as colónias de cidadãos mais pobres, para ocupação e exploração das terras e da mão-de-obra ali existentes.

Tudo isso contribuiu para a instituição e receção rápida do Sistema Jurídico de Portugal. Contudo, conforme já referido, adverte Boaventura SANTOS que, apesar disso, nunca se chegou a

completar na sua totalidade a substituição do sistema anterior pelo atual, tendo-se, pelo contrário, se observado sobreposições das características dos diferentes sistemas jurídicos.⁸⁸ Retomaremos esta discussão mais adiante, ao abordarmos sobre o “Novo Estado” moçambicano, o Pluralismos Jurídico e a coabitação entre as Justiças Comunitárias e o novo sistema jurídico implantado. Este fenómeno também observou-se nos outros países colonizados por Portugal, em que nunca se deu a substituição total do sistema jurídico.

Entretanto, conforme Moura VICENTE, distintos processos de receção tiveram como matriz o Direito português. Veja-se, exemplo, o sucedido no Brasil, em que, depois da proclamação da independência, a Lei de 20 de outubro de 1823, logo no art. 1.º institui que,

As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções decretadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como regente do Brasil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas.⁸⁹

Como consequência, as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até o dia 1 de janeiro de 1917, data depois da qual entrou em vigor o novo CC, que revogou, através do art. 1807, todas as matérias estatuídas, mas, no entanto, preservando em vários casos o Direito de Portugal.⁹⁰

Aconteceu também em Goa, em que por força do *Goa, Daman and Diu Administration Act*, de 1962, está em vigor as disposições do Código Civil de Portugal, de 1867, que regula o Direito da Família e o das sucessões, bem assim, dispersa legislação extravagante sobre o mesmo objeto.⁹¹ Diga-se de passagem que as referidas legislações, tem capital importância por serem o elo das diferentes Comunidades, quer cristãs, quer muçulmanas, assim como hindus estabelecidas naquele circunscrição de administrada pela Índia, desde 1961.

⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique: Law & Society Review*, 2006, pp. 39-76.

⁸⁹ Lei de 20 de outubro de 1823 - Estabelecia as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal.

⁹⁰ VICENTE, Dário Moura. **O Lugar...**, pp. 401-429.

⁹¹ VICENTE, Dário Moura. **O Lugar...**, pp. 401-429.

Caso semelhante deu-se nos PALOP, em que se conservou, graças a arranjos perfunctórios, o Direito da metrópole, estando ainda a vigorar o CC de 1966, muito embora novas legislações tenham sido adotadas, havendo corte radical com o Direito da metrópole. Mesmo assim, denota-se que em várias situações, ainda assim, o Direito Português ainda inspira essas novas leis criadas. É a situação da lei da arbitragem voluntária da Guiné-Bissau, aprovada em 2000 e o caso da lei das cláusulas contratuais gerais e a Lei das Sociedades comerciais de, de 2002 e 2004, respetivamente. A situação do Código Comercial de Moçambique, aprovada em 2005, também é elucidativa para este exemplo.

O exemplo de Timor-Leste é diferenciado, visto que, por ter sido ocupado pela Indonésia do ano de 1975 a 1999, vigoraram nestes anos a legislação da Indonésia. Entretanto, assim que se tornou independente, foi colocado na forja o novo Direito, de Portugal, que ainda encontra-se numa fase embrionária.

A relevância desses processos fez que se pudesse concluir de que, indiscutivelmente, de que está em vista uma quebra de barreiras e fronteiras entre sistemas jurídicos distintos. Aliás, até porque, existem certos traços comuns compartilhados pelos sistemas jurídicos que integram a família romano-germânica, com características e peculiaridades muito semelhantes.

2.2. O Dualismo e o Indigenato Como Catalisadores do Sistema Jurídico Português em Moçambique

Foi visto anteriormente que, durante a administração colonial, Portugal introduziu o sistema de indigenato, que consistiu na separação de classes entre cidadãos e indígenas, tendo os primeiros seus Direitos e deveres estabelecidos pela legislação portuguesa e os segundos governados pelo Direito local e pelas autoridades subordinadas ao Estado colonial. Este processo reforçou a implementação do Direito tradicional/local pela administração portuguesa, tendo paralelamente propiciado o surgimento e manutenção do sistema jurídico colonial.⁹² Portanto, o sistema de administração colonial foi marcado por um dualismo jurídico. Por um lado, o Direito europeu/português, por outro, os Direitos dos povos locais (consuetudinários), fixando-se duas ordens jurídicas, simultaneamente, no mesmo espaço.

⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado...**, p. 71.

O regime do indigenato introduzido constituiu um dos elementos estruturantes da Sociedade moçambicana anterior à independência. A lei do Indigenato aprovada pelo Decreto-lei n.º 39.666, de 20 de maio de 1954, em vigor nas colónias portuguesas, especificamente nas províncias ultramarinas de Angola, Moçambique e Guiné-Bissau, instituiu uma desigualdade tácita entre os chamados cidadãos/assimilados e o povo indígena. Um facto que vale salientar é que apesar das diferenças entres os grupos, todos os cidadãos eram tidos como portugueses, muito embora, não pudessem gozar dos Direitos civis e políticos na colónia.⁹³

Nos termos da referida lei, os povos indígenas não se afastaram dos seus hábitos e Costumes, sendo que, entretanto, esses hábitos e Costumes não poderiam se sobrepor aos interesses máximos da coroa colonial portuguesa. Dessa forma, os indígenas estiveram submetidos à jurisdição de Tribunais privativos, estando o acesso aos Tribunais Judiciais reservado aos não indígenas (brancos, mistos, indianos e assimilados).

O Diploma Legislativo n.º 337, de 12 de novembro, que aprovava o Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas, estabelecia no seu art. 3º que

Os Tribunais privativos dos indígenas serão constituídos pelas autoridades administrativas da sede da circunscrição, concelho, fiscalização dos prazos ou intendências, que servirá de presidente, assistido de dois assessores indígenas de maior graduação e autoridade da respectiva circunscrição, sendo um nomeado pelo governador do distrito e outro escolhido pela Comissão de Defesa dos Indígenas [...].

Dessa forma, as leis e políticas de Portugal colocaram de um lado o cidadão e do outro o indígena, refletindo, na essência, o modo como foi pensada a administração colonial e a sua pertinência de organização.

Como resultado, as pessoas que tinham a liberdade de circulação, contratação de mão-de-obra, regulamentação do trabalho a nível local, bem como aquisição de propriedades e posse de terras, tinham o estatuto de *cidadãos colonos* e os restantes eram os chamados *indígenas*.

Em 1917 foi aprimorado o Estatuto do Indígena e do Não-indígena, com a implementação da noção de assimilados.

⁹³ COISSORÓ, Narana. **A Abolição do Indigenato e Suas Repercussões na Evolução Social dos Africanos Portugueses**. Separata da Revista Estudos Políticos e Sociais, IV. (3), Lisboa, 1966, p. 3.

O Decreto-Lei n.º 39.666, de 20 de maio de 1954, também diferenciava as normas a serem seguidas pelos indígenas e pelos cidadãos. No caso das normas para os cidadãos, isto é, os não indígenas, as normas eram do Direito colonial, que traduzia os valores e tradições jurídicas do Direito Romano-germânico, nada semelhante ao Direito Consuetudinário.

Apesar de nos anos 1940 e 1950 a administração colonial ter estatuído Tribunais indígenas, não significou necessariamente numa aproximação entre o Direito da colónia e as normas locais, mantendo-se dois sistemas distintos, que coabitavam no mesmo território.⁹⁴ Esse facto leva a conclusão de que num espaço multiétnico o uso unitário de um sistema jurídico não é eficaz e há necessidade de articulação entre as várias formas de resolução de conflitos.

3. O “NOVO ESTADO”, A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E O PLURALISMO JURÍDICO: PANORAMA GERAL DAS JUSTIÇAS POPULARES, TRIBUNAIS COMUNITÁRIOS E JUDICIAIS

Tendo visto o processo de receção do Sistema Jurídico de Portugal, através do *Transplante Jurídico*, passamos à fase posterior ao período colonial, o que designamos de “Novo Estado”, que se inicia com a independência em 1975. Nesta parte vamos discorrer sobre as alterações constitucionais ocorridas até então e a forma de organização judiciária e amparo ao Pluralismo Jurídico, retratando especificamente sobre as Justiças Populares, Tribunais Comunitários e Judiciais.

A questão que se pretende responder nesta parte é: ***com a implementação do chamado “Novo Estado” que mudanças ocorreram ao nível da Justiça, quais as principais inovações, como se organizou a Justiça e qual o espaço ocupado pelas Justiças Tradicionais ou Comunitárias?***

A partir do momento em que começou a vigorar o “Novo Estado”, de orientação socialista, previu-se a construção de uma Sociedade completamente nova. Tratou-se, nos dizeres de Severino NGOENHA e José CASTIANO da primeira república marcada pela busca da justiça social. Entretanto, conforme os mesmos autores, a via socialista, da República Popular de Moçambique,

⁹⁴ NEGRÃO, José Guilherme. Sistema s Costumeiros da Terra. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa: TRINDADE, João Carlos (Org.). **Conflito e Transformação Social**: uma Pesquisa das Justiças em Moçambique. Porto: Afrontamento, 2003, v. 1, p. 229.

pecava pelo *deficit* de liberdades políticas e económicas e era pauteada por valores de unidade, trabalho e sobretudo por uma preocupação de igualdade e de justiça sociais.⁹⁵

Este período também se caracterizou por um “messianismo político, por uma imposição ideológica, falta de diálogo e de tolerância”,⁹⁶ tendo se observado a radicalização do discurso e da ação política contra as estruturas herdadas do período colonial. As expressões, então usadas, “*escangalhamento da Administração Pública*” ou “*revolução do Aparelho do Estado*” transmitiam essa pretensão de afastamento dos rastros da colonização, que passava necessariamente pelo fim do dualismo e das Autoridades Tradicionais, que ao longo dos tempos estiverem aliadas à administração colonial.⁹⁷

O objetivo era de institucionalização de um sistema judiciário que fosse abrangente em todo território, sem diferenças, e que pudesse promover a participação de todos os cidadãos, incluindo um acesso gratuito aos Tribunais.⁹⁸

De acordo com João Carlos TRINDADE, a preferência foi dada primeiro para o interior do território e das circunscrições em várias áreas dos serviços do Estado. Como consequência, houve encerramento das chamadas regedorias, que até então eram tidas como organizações compleição feudal.⁹⁹

Tendo em consideração que a orientação seguida pelo “Novo Estado” foi a socialista, nas chamadas “zonas libertadas”, uma experiência levada a cabo – as Justiças Populares –, que literalmente deixavam de lado o Direito Consuetudinário e as autoridades locais. A partir das Justiças Populares, foi aprovada em 1978 a Lei Orgânica dos Tribunais Populares, Lei n.º 12/78, de 12 de dezembro, que estabelecia que os juizes de carreira, isto é, os formados deveriam trabalhar lado a lado com aqueles juizes eleitos pela Comunidade.

Em baixo da pirâmide estavam os Tribunais de Localidades e de Bairros que deviam funcionar só e somente com os juizes eleitos pela Comunidade, que iriam julgar pequenas infrações,

⁹⁵ NGOENHA, Severino; CASTIANO, José. **Manifesto por uma Terceira Via**. Maputo: Real Design, 2019, p. 3-4.

⁹⁶ NGOENHA, Severino; CASTIANO, José. **Manifesto...**, p. 14.

⁹⁷ Como foi referido, as Autoridades Tradicionais eram aliadas do colonialismo português e com a entrada do novo regime havia pretensão de acabar com tudo que tivesse uma ligação com o sistema anterior. Entretanto, o Estado não conseguiu eliminar todos os traços do colonialismo nem as práticas tradicionais, apesar do seu poder avassalador.

⁹⁸ SACHS, Albie e WELCH, Gita Honwana. **Liberating The Law. Creating Popular Justice in Mozambique**. Zed Books. London e New Jersey, 1990, *apud* ARAÚJO, Sara e JOSÉ, André Cristiano. **Pluralismo Jurídico, Legitimidade e Acesso à Justiça**. Instâncias comunitárias de resolução de conflitos no Bairro de Inhagoia “B” — Maputo”, Oficina do CES, 284, Coimbra, 2007.

⁹⁹ TRINDADE, João Carlos. Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (org.), **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique I**. Porto: Afrontamento, 2003, pp. 97-128.

decidindo na base da concórdia e do bom senso. Com isto, o que “Novo Estado” pretendia era constituir um sistema jurídico unitário, diferente do dualista, com base nas peculiaridades dos usos africanos.¹⁰⁰

Portanto, durante esse todo período histórico, Moçambique assumiu distintos arquétipos de sistemas jurídicos que de certa forma acabaram por influenciar o modo como se relacionaram o Estado com as Autoridades Tradicionais na solução de litígios. De 1975 – com a tomada do Estado pela nova administração –, viu-se a cessação do modelo genuinamente europeu, a construção do Estado de orientação socialista, a abertura ao liberalismo e ao mercado, ao pluralismo de expressão, liberdade de associação, multipartidarismo e possibilidade de realização de eleições a Constituição da República Popular de Moçambique, aprovada em 1990.¹⁰¹

Posteriormente a Constituição de 1990 viria a ser revista, tendo sido, em nosso entender, a mais importante revisão, entre todas as constituições, pois trouxe mudanças profundas e uma quebra completa com o regime jurídico e político anterior¹⁰², apesar de que algumas dessas mudanças já se faziam sentir, em várias áreas, principalmente no campo económico, em que desde 1984, o país procurou buscar apoios nas principais instituições financeiras internacionais, entre elas, o FMI e o BM, que condicionaram seus apoios com uma série de mudanças que o Estado devia desencadear não só na sua estrutura interna, mas também em várias áreas, quer política, jurídica, econômica e social. De forma muito sintética podemos descrever algumas mudanças ocorridas com essa revisão constitucional:

- a) Introdução das regras de separação dos poderes;
- b) Bases do Estado de Direito Democrático, incluindo seus princípios;
- c) Introduz-se pela primeira vez o multipartidarismo, possibilitando a abertura política para a participação de vários e diferentes atores no processo eleitoral;

¹⁰⁰ TRINDADE, João Carlos. **Rupturas...**, pp. 97-128. Vide também GOMES, Conceição; FUMO, Joaquim; MBILANA, Guilherme; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os Tribunais Comunitários**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (org.), **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique**. Vol II, Porto: Afrontamento, 2003, pp.189-340.

¹⁰¹ ARAÚJO, Sara. **O Estado Moçambicano e as Justiças Comunitárias**: Uma história dinâmica de imposições e respostas locais diferenciadas. In: *Conflicto Social y Sistemas Jurídicos Consuetudinarios Africanos: la redefinición constante de la tradición*. 7.º Congresso Ibérico de Estudos Africanos. Lisboa, 2010.

¹⁰² Publicada no BR n.º 44, I Série, Suplemento de Sexta-feira, 02.11.1990.

- d) Concomitantemente introduzem-se normas fundamentais de democracia representativa e participativa;
- e) Dá-se maior espaço para a participação dos partidos políticos;
- f) Reorientação de um sistema Marxista-leninista para um sistema de economia descentralizada. Por isso, o Estado deixa de ser o centro de intervenção, passando a ser regulador “invisível”, com as regras do mercado a se fazerem sentir e a abertura a iniciativa privada;
- g) Aumento das garantias dos cidadãos e a responsabilização do próprio Estado em caso de violação dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos cidadãos;
- h) Muito embora ainda hoje esteja em discussão, com a revisão constitucional de 1990, deram-se mudanças significativas no que diz respeito as competências e funções dos órgãos Estatais, incluindo a nomeação, indicação ou eleição de seus titulares.
- i) Dá-se ênfase às garantias constitucionais e de (i)legalidade, com a emergência não de um Tribunal Constitucional, mas sim de um Conselho Constitucional com juizes conselheiros indicados entre os mais reputados constitucionalistas e cultores do direito, muito embora ainda hoje bastante politizada.

Mas a revisão não parou por ai, a Constituição de 1990 viria a sofrer mais três revisões, sendo duas em 1992¹⁰³ e uma em 1996.¹⁰⁴ Entretanto, a revisão de 1996 mostra-se mais relevante porque a partir dela foram inseridas regras sobre o Poder Local, como corolário do processo de descentralização e desconcentração do poder central para o local. Assim, devolvem-se os poderes do Estado a autoridade local.

Ora, a introdução dos princípios do Estado de Direito, nomeadamente, a separação de poderes, o respeito à constituição da república e as demais leis, trouxe novos desafios. Diferentemente do que era praticado no regime anterior, em que todas as decisões do Estado eram tomadas pela

¹⁰³ Lei n.º 11/92, de 08 de outubro, publicada no BR n.º 41, I Série, Suplemento de Quinta-feira, 08.10.1992 e Lei n.º 12/92, de 09 de outubro, publicada no BR n.º 41, I Série, 2º Suplemento de Sexta-feira, 09.10.1992.

¹⁰⁴ Lei n.º 9/96 de 22 de novembro, publicada no BR n.º 47, I Série, Suplemento de Sexta-feira, 22.11.1996.

Frente de Libertação de Moçambique, com este novo regime, houve necessidade de se fazerem significativas remodelações no aparelho judicial. Desta forma, os Tribunais judiciais passam a desempenhar um papel fundamental na consolidação do Estado de Direito Democrático ora em construção. Por isso, introduziram-se os seguintes princípios e regras:

- a) Os Tribunais passam a ser órgãos de soberania, art. 109º da CRPM;
- b) Em função da separação dos poderes, dá-se autonomia do poder Judicial em relação aos outros poderes;
- c) O carácter educativo e pedagógico dos Tribunais para a Sociedade, conforme estabelecido no n.º 2, art. 101º;
- d) O carácter obrigatório das decisões dos Tribunais e sua obrigatoriedade de cumprimento por parte das demais instituições, autoridades do Estado e cidadãos, previsto no art. 163º;
- e) O princípio de independência e inamovibilidade dos Juizes, como estabelece o art. 162º e n.º 1 do art. 164º.

Para dar seguimento a essas alterações introduzidas, criam-se os Tribunais Judiciais que viriam a substituir os chamados Tribunais Populares, em 1992.¹⁰⁵ Uma das principais características dos tribunais judiciais ora criados era o seu carácter solene unitário que não abria outros espaços de resolução de conflitos, tal como consta no art. 167º da Constituição de 1990.

Outro aspeto que constitui novidade em relação ao regime jurídico anterior é que neste novo sistema vedam-se os Tribunais especializados e clarificam-se os Tribunais a vigorarem no país, designadamente, o Tribunal Supremo, os Tribunais Judiciais, Administrativo, de Trabalho, Aduaneiros, Fiscais, Marítimos e Militares.

Um outro ponto é que foram retirados do aparelho judiciário os Tribunais de Localidade e de Bairros, que passaram a fazer parte dos Tribunais Comunitários, regidos pela Lei n.º 4/92, de 6 de maio. Nesse sentido, os Tribunais Judiciais nos termos da Lei n.º 10/92, de 6 de maio, lei da organização judicial, passam a cobrir somente até as sedes distritais, sendo a outra circunscrição

¹⁰⁵ Lei n.º 10/92, de 6 de maio, Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais de Moçambique.

administrativa (localidades e bairros) cobertas pela lei supracitada. Entretanto, denota-se que estes Tribunais Comunitários também não pertencem ao chamado sistema formal de Justiça, abrangido apenas pelos Tribunais Judiciais e outros, excetuando-se os Tribunais Comunitários juntamente com os Tribunais de localidade e de bairro, que dele fazem parte.

Conforme já foi referido – muito embora veio a funcionar tardiamente, somente em 2003, livrando o Tribunal Supremo desta função –, a introdução de um Conselho Constitucional com a finalidade de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade, incluindo ilícitos eleitorais, constituiu um grande avanço nesta nova ordem jurídica.

Pra além dos princípios constitucionais, a Nova organização do judiciário trouxe novos princípios e acrescentou-os ao seu rol, designadamente, entre outros:

- a) O primeiro de todos eles é a obrigatoriedade de que os tribunais judiciais devem estar representados em todas as circunscrições administrativas, desde a capital até o nível administrativo mais distante;
- b) O princípio da obrigatoriedade de cooperação dos órgãos públicos e privados para com os Tribunais, quando solicitados;
- c) A instância máxima no aparelho judiciário bem como os Tribunais Judiciais a nível das províncias passam a expedir instruções e normas aos restantes Tribunais de nível inferior, com o intuito de se garantir a eficiência no aparelho judiciário no seu todo;
- d) A criação do Conselho Judicial como órgão máximo de direção do sistema judiciário;

Entretanto, quanto ao Pluralismo Jurídico, somente com a CRM de 2004, é que foi inserido no rol de princípios constitucionais, como forma de valorização dos diferentes mecanismos de resolução de litígios. Na essência, o Pluralismo Jurídico, nos termos do art. 4º da CRM de 2004, em vigor, estabelece que “O Estado moçambicano reconhece os vários sistemas normativos de resolução de conflitos que coexistem na Sociedade moçambicana, desde que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”. Outro preceito que enfatiza o Pluralismo Jurídico determinado está na alínea g), do art. 11º, que dispõe a promoção de uma Sociedade pluralista, tolerante e harmoniosa.

Destarte, tal como o Pluralismo Jurídico, “o Estado reconhece e valoriza a Autoridade Tradicional legitimada pelas populações e segundo o Direito Consuetudinário”, conforme articulado no n.º 1 do art. 118.º.

Por conseguinte, as atividades dessas outras formas de resolução de problemas da Comunidade não devem sofrer nenhuma coação ou cerceamento, mas sim, devem ser encorajadas e aprimoradas.

O escopo da inclusão do princípio do pluralismo jurídico na ordem constitucional era de abrir a possibilidade de outras formas e instâncias de resolução de litígios, além do mecanismo meramente estatal, rígido, burocrático e extremamente formalizado. Houve reconhecimento e convencimento de que nas Sociedades multiétnicas e de diversidade cultural, não fazia sentido que os chamados “Tribunais formais” fossem os únicos detentores do poder de dirimir litígios, ainda que se tratasse de litígios de pequena gravidade. Entretanto, prevê-se articulação e observância de certos princípios, tal é o caso da complementaridade e articulação que se propõe entre estes Tribunais Comunitários e os Tribunais Judiciais, conforme o n.º 3 do art. 121.º da CRM.

Portanto, nesta nova disposição do judiciário, a CRM dá especial atenção à identidade cultural e as diferentes formas de solução de litígios presentes nas Comunidades abraçados pelos Tribunais Comunitários como um mecanismo ao mesmo tempo formal e não formal. Para fechar o rol de novidades no degrau infraconstitucional foi aprovada a Lei da Família, Lei n.º 10/2004, de 25 de agosto, sendo concretização também das formas de valorização da identidade cultural e do vasto mosaico étnico em Moçambique.

PARTE II

O CAMPO DO DIREITO PENAL: FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA, EPISTEMOLÓGICA E FILOSÓFICA

CAPÍTULO I - CONTEÚDO DO DIREITO PENAL, SOBRIEDADE PUNITIVA, HUMANIZAÇÃO E SUPRESSÃO DA TORTURA DO PROCEDIMENTO LEGAL

Entramos agora no campo do Direito Penal. Pretendemos nesta Parte II trazer a fundamentação teórica e discussões sobre o Direito Penal, mormente, discussões filosóficas sobre os fundamentos da punição do Estado, a problemática dos fins das penas, aportes teóricos e contribuições sobre a humanização do Direito Penal, Processual Penal. Esta parte é importante porque um dos objetivos da Tese é demonstrar os pontos críticos do sistema penal como um todo e dos fins das penas e posteriormente muito em particular a Crise da Justiça Penal e do sistema prisional moçambicano, fazendo *ius* ao enunciando de Michel FOUCAULT, segundo o qual, “conhecemos todos os dilemas da prisão e sabemos que é perigosa [...]”.¹⁰⁶

Portanto, neste caso, pretende-se demonstrar as desvantagens da obsessão do Estado pela punição por meio da privação de liberdade, porquanto estas não ajudam na ressocialização do condenado e as vezes nem ao próprio Estado, que reclama da superlotação nas prisões e dos custos que elas representam.

Por outro lado, é relevante porque humanizar as penas e o Direito Penal é uma condição necessária para melhorar o sistema de Justiça Penal atualmente caótico, além de que as penas e medidas alternativas à prisão – (que compõem a Justiça Restaurativa, tal como propomos) – garantem a dignidade do condenado, já que muitas vezes não o afasta do convívio dos seus familiares e nem prejudica seu trabalho, podendo ser controlado diretamente pela Comunidade (não implicando necessariamente que ele não seja punido).

Nesta lógica, irá se confirmar a primeira hipótese da Tese que é:

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, p. 264.

O tratamento punitivo que se dá aos seres humanos no atual sistema de Justiça Criminal é do Estado absolutista, diferenciado e provoca uma contradição entre a doutrina penal e os princípios do Estado de Direito Democrático em virtude de se exercer um poder punitivo excessivo, estruturalmente discriminatório, obsoleto, ineficaz e que favorece a superlotação das prisões representando elevados custos ao Estado.

Com efeito, trouxemos, as contribuições do Direito Penal Setecentista, ou seja, a chamada “era da sobriedade punitiva”, por tratar-se do período que se identifica com o nascimento da própria Ciência Penal.¹⁰⁷ Uma época de grandes vantagens, isto é, conforme Michel FOUCAULT, de modificação na Europa e nos Estados Unidos da economia do castigo, assinalada pelo desaparecimento dos suplícios e da supressão do espetáculo punitivo, bem como de inúmeros projetos de reforma, nova teoria da lei e do crime e redação de códigos modernos; em que o sofrimento físico e a dor do próprio corpo já não são elementos constitutivos da pena e o castigo deixa de ser uma arte das sensações insuportáveis e torna-se uma economia de Direitos suspensos.¹⁰⁸

O principal mérito do Direito Penal Setecentista é que opera uma viragem no que toca à teorização sobre os fins das penas rumo à prevenção, o modelo mais típico da doutrina relativa e utilitarista. Em rigor, quanto a nós, essa mutação processa-se da prevalência da repressão à prevalência da prevenção e apresenta-se mais como uma hábil manobra do que como uma ruptura de inspiração humanitária. Antes da influência humanitarista, a ideia de repressão impõe-se de facto como fim prevalecte das penas.

Por outro lado, trouxe-se também Christian THOMASIU pela sua relevância na luta pela supressão da tortura do procedimento legal e por consequência para a humanização do Direito Penal e Processual, que constituiu sem sombra de dúvidas uma das bases essenciais para o reconhecimento da dignidade humana e dos Direitos fundamentais no Processo Penal e que – no nosso entender – enquadra-se perfeitamente no modelo de Justiça Restaurativa, que ora propomos. Tido geralmente como o iniciador da Ilustração na Alemanha, suas ideias viriam a ser seguidas e continuadas por autores iluministas como Cesare BECCARIA, VOLTAIRE e MONTESQUIEU.

¹⁰⁷ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 13.

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, pp. 13-22.

1. O CONTEÚDO DO DIREITO PENAL

1.1. Quanto a Definição Estrutural de Direito Penal ou Criminal

Antes de nos debruçarmos sobre algumas teorias que contribuíram para a humanização do Direito Penal e da pena, bem como sobre a questão dos fins das penas, é imperioso iniciar com o próprio conteúdo do Direito Penal. A questão que se coloca – *a priori* – é saber se chamaremos Direito Penal ou Direito Criminal, pois, de acordo com Teresa BELEZA¹⁰⁹, discutiu-se e discute-se ainda hoje essa questão.

Os termos Direito Penal e Direito Criminal são utilizados, na maior parte das vezes, indiscriminadamente. De acordo com Caeiro da MATTA, “o Direito Criminal é mais vasto que o Direito Penal.” Para este autor, “faz tempo em que só se considerava a existência do Direito Penal; os *philosophos* não conheciam outras formas para corrigir senão as penas de prisão.” Desde então o Direito Penal deu lugar ao Direito Criminal, que examina os delitos em todos os seus pormenores; administrando antídotos com vista a evita-los, desde as medidas penais, as ações legislativas até a reinserção para evitar as reincidências.¹¹⁰

Entre os penalistas mais destacados nas nossas lides, Eduardo CORREIA¹¹¹ utiliza a expressão Direito Criminal nas suas lições, ao passo que Cavaleiro de FERREIRA¹¹² prefere chamar de Direito Penal. Por outro lado, Figueiredo DIAS refere-se a Direito Criminal, mas também ao Direito Penal, porque segundo ele, “a lei assim lhe chama”.

Quanto a nós, respaldamos a nossa posição em Figueiredo DIAS.¹¹³ Até porque, de acordo com Tereza BELEZA¹¹⁴, a questão não tem importância nenhuma, pois, “a única argumentação que se pode fazer em relação a isto é que, se se fala em Direito Penal, pode ser que se considere que ficam de fora as medidas de segurança e, portanto, isso não abrangeria essa zona importante do Direito Penal; se se fala em Direito Criminal, se se está usar crime no sentido subjetivo, pleno, de crime do qual uma pessoa é culpada, também se está a deixar de fora os atos dos inimputáveis, e portanto também, as medidas de segurança.”¹¹⁵

¹⁰⁹ BELEZA, Teresa Pizzaro. **Direito Penal**. 1º Vol., 2ª Ed., rev. e at., Lisboa: AAFDL, 1984, p. 20.

¹¹⁰ MATTA, José Caeiro da. **Direito Criminal Português**. Vol. I. F. Coimbra: França Amado Editores, 1911, p. 7.

¹¹¹ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 1971, p. 1 e 2.

¹¹² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Direito Penal**. Lisboa: AAFDL, 1972-73, p. 7 e ss.

¹¹³ DIAS, Figueiredo. **Direito...**, 1975.

¹¹⁴ BELEZA, Teresa Pizzaro. **Direito...**, p. 20.

¹¹⁵ BELEZA, Teresa Pizzaro. **Direito...**, p. 20.

Em termos de definição estrutural, de acordo com Tereza BELEZA¹¹⁶, o Direito Penal ou Direito Criminal se constitui de normas estruturadas que fazem adequar a uma determinada situação de facto, a que se chama crime, uma certa sanção a que se chama pena; no seu sentido mais rigoroso, mais característico.

1.2. Quanto à Génese do Direito Penal ou Criminal

Quanto à génese, muito embora o surgimento do Direito Penal ou Criminal esteja ligado à própria estrutura organizacional da Sociedade, as normas jurídico-penais ordenadas não existiam na era mais primitiva. Nessa época histórica, o que imperava era a vingança e não a realização da justiça. As sanções de vingança eram geralmente desproporcionais e cruéis.¹¹⁷

De acordo com Caeiro da MATTA, o Direito Penal surge a partir da necessidade de restabelecimento das Sociedades. Precedentemente o Costume imperava no sentido de coesão e controle da estrutura social. A violação das normas Costumeiras era considerado um mal ou conduta imoral, e a Sociedade reagia contra esta conduta através da vingança, com procedimentos totalmente desproporcionais.¹¹⁸

O Homem sempre foi um ser gregário, que viveu em grupo, com os seus semelhantes, em constantes relações não só de complementaridade, mas também de disputa, havendo sempre a necessidade de existência de princípios e regras não só para a organização da vida em Sociedade, mas também, para a punição dos prevaricadores das normas de conduta individual e social.¹¹⁹ Conforme já elucidado, as normas sociais – *prima facie* – eram e ainda hoje continuam sendo, em algumas Comunidades, envolvidas por traços culturais e normas Costumeiras em função de cada Sociedade. Portanto, punir os prevaricadores é como afastar os males das Sociedade e reestabelecer a ordem e coesão, aliás, como é hoje o papel do próprio Direito Penal.

¹¹⁶ BELEZA, Teresa Pizzaro. **Direito...**, p. 21.

¹¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 3ª Ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Jus Podivm 2015, p. 43.

¹¹⁸ MATTA, José Caeiro da. **Direito...**, p. 24.

¹¹⁹ Sobre a natureza gregária do homem ver ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Maria da Gama Kury. 3. Ed. Brasília: Editora UnB, 1997; AMARAL, Diogo Freitas do. **Manual de Introdução ao Direito**. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2004; TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**, Vol. I e II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; OTERO, Paulo. **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**. Vol. I, Tomo 1.º e 2.º, Lisboa, 1998 e 1999; JUSTO, António dos Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 e ASCENSÃO, Oliveira. **O Direito – introdução e teoria geral, uma perspectiva luso-brasileira**. 11.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001.

1.3. Quanto ao Posicionamento do Direito Penal ou Criminal: *summa divisio*

Quanto ao posicionamento do Direito Penal ou Criminal, isto é, se faz parte do Direito Público ou Privado (*Summa divisio*), persiste até ao momento a falta de consenso sobre qual ramo pertence. Há autores – entre eles veja-se Michaél KÖHLER¹²⁰ – que consideram que o Direito Penal pertence ao ramo do Direito Privado porque visa a proteção do indivíduo, sua honra e propriedade. Já outros autores, não pretendendo forçar a realidade, partindo do pressuposto de que a distinção Direito Privado/Direito Público não é estanque, consideram-no como fazendo parte dos dois ramos, isto é, híbrido.¹²¹

De qualquer das formas, a primeira posição apresentada tem razões históricas, visto que o Direito Público aparece tardiamente em relação ao Direito Privado, tendo se formado reivindicado sua autonomia em relação aos Direitos já existentes, entre eles o Civil, Comercial e ainda o Penal. Para dar mais robustez a sua argumentação, os defensores da primeira corrente consideram que, sendo o Estado titular por excelência do *ius puniendi*, este direito não tem por objeto a atividade estadual, pois, os deveres em questão impõem-se, afinal, aos particulares, sendo que, por isso, consideram o Direito Penal como sendo híbrido ou misto.¹²²

Contudo, apesar dessa primeira posição – que considera o Direito Penal como fazendo parte do Direito Privado – ganhar muita simpatia entre alguns doutrinadores, como o já apresentado Michaél KÖHLER, há um consenso, diga-se “quase que generalizado”, ao qual para a presente Tese nos associamos, em considerar o Direito Penal como um braço do Direito Público, não sendo poucos os argumentos. O primeiro argumento, ao qual nos apoiamos em Eduardo CORREIA¹²³, é de que o Direito Penal tem por escopo a proteção e a defesa social, isto é, o pressuposto de que este Direito regula relações que se estabelecem não entre particulares, mas entre o Estado, como o único e exclusivo detentor do *ius puniendi*, não olvidando, é claro, a relação entre os particulares. o mesmo pensamento é ilustrado por Figueiredo DIAS, quando considera que, “em nenhuma outra disciplina jurídica como nesta surgirá uma tão nítida relação de supra/infra-ordenação entre o Estado soberano, detentor do Direito e poder de punição, e o particular, submetido, diga-se, obrigatoriamente ao império daquele.”¹²⁴

¹²⁰ KÖHLER, Michaél. **Le Droit Pénal Entre Public et Privé**. In: *Archives de Philosophie du Droit*, 41, pp. 199 e ss, apud MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**, p. 309.

¹²¹ MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**, p. 309.

¹²² MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**, p. 309.

¹²³ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I**. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1971, p. 10.

¹²⁴ MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**, p. 309.

Aliás, essa é também uma das razões da indissociável relação entre a doutrina do crime com o Direito Constitucional e com a Teoria do Estado.¹²⁵

Para mais afinco com os argumentos até aqui apresentados, veja-se a definição de Figueiredo DIAS, que define o Direito Penal como “o conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de Direito.”¹²⁶ Com um certo exagero, Mário MARQUES, afirma que, “o Direito Penal constitui menos uma espécie particular de lei do que a sanção de todas as outras. O seu desígnio é o estudo do crime, que se traduz na violação de direitos dos indivíduos ou do Estado.” Ora, fora o crime e as respectivas sanções, o Direito Penal clássico considera igualmente a periculosidade e as medidas de segurança.

O Direito Penal, na sua parte geral aplica-se a três segmentos, fundamentais, designadamente: à teoria da infração, ao estudo das sanções penais e à classificação oficial das infracções. Já o Direito Penal na sua parte especial dedica-se ao estudo mais aprofundado das infracções penais.

Quanto às suas finalidades, o Direito Penal estabelece:

- a) A Justiça Retributiva, que corresponde à resposta ao mal infligido à ordem jurídica da Sociedade com outro mal;
- b) A canalização da vingança, que diz respeito a repressão estadual que permite controlar as tensões;
- c) A protecção da Sociedade, no qual o Direito Penal corresponde a um *droit gendarme* que luta contra os delinquentes através de uma dupla dissuasão: a especial, com o objetivo de evitar a reincidência e; a geral que pretende intimidar os pretensos delinquentes.
- d) A recuperação dos delinquentes, que visa apurar o seu arrependimento e coloca-los novamente ao convívio social sem marcas nem sequelas.¹²⁷

¹²⁵ MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**, p. 309.

¹²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 13.

¹²⁷ MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**, p. 309.

Fora as suas finalidades, o Direito Penal correlaciona-se com um conjunto de princípios, que de entre vários, destacam-se os mais importantes, o da legalidade (*nullum crimen sine lege*) e o da tipicidade. Já entre as ciências que o auxiliam diretamente destacam-se a Criminologia, como ciência que se ocupa ao estudo das causas dos crimes e a Criminalística, que tem por escopo o estudo dos métodos científicos da investigação dos crimes.

1.4. Quanto ao Conceito de Direito Penal ou Criminal

Quanto ao conceito, o Direito Penal, conforme ensinam Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, no Estado de Direito formal, apresentava-se como “ordem de proteção do indivíduo – em particular dos seus Direitos subjetivos – perante o poder estatal, e como conseqüente ordem de limitação desse poder.”¹²⁸ Assim, o Direito Penal, centrado no sistema, ocupava o primeiro lugar face à Política Criminal¹²⁹ e à Criminologia, ocupando estas a posição de ciências auxiliares do Direito Penal.

Guedes VALENTE, citando Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, alude que a evolução para o Estado de Direito material, social e democrático, vinculado ao Direito e a um ‘esquema rígido de legalidade’, que respeita e garante os Direitos Fundamentais, em que a Justiça se promove e realiza nas vertentes social, cultural e económica, permite-nos olhar o Direito Penal segundo um novo prisma: “a função da dogmática vira-se do sistema para o problema”, isto é, a dogmática jurídico-criminal “passa a visar prioritariamente a justa resolução do problema posto por cada caso jurídico-penal e a posterior integração daquela no sistema, que assim se torna em sistema aberto.”¹³⁰

Para Caeiro da MATTA¹³¹ o Direito Penal ou Direito Criminal, compreende, no sentido próprio o Direito de punir (*jus puniendi*). Originalmente exercido pelo indivíduo e pela família, sob a forma da *vindicta*, do *talião* e da composição ou *wergeld*, integrou-se posteriormente no Estado, que consiste na força organizada e coletiva ao encargo do Direito. Como esfera do Estado, e tendo por fim garantir a segurança da Sociedade, se integra no ramo do Direito Público. Esse poder de punir é

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 94.

¹²⁹ Entendendo-se Política Criminal como sendo as propostas científicas do Estado para fazer frente à criminalidade. LITSZT, Franz Von. **Tratado...**, p. 72.

¹³⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia do Estado Democrático e de Direito**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 44.

¹³¹ MATTA, José Caeiro da. **Direito...**, p. 24.

absoluto, mas exercido de acordo com as circunstâncias instituídas antecipadamente na lei, isto é, o princípio da legalidade por excelência.¹³²

Já o Direito Penal em sentido amplo compreende o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito de Execução das Penas ou Direito Penitenciário. Estes encontram-se incorporados e, de acordo com Cavaleiro de FERREIRA, a sua distinção é de carácter formal ou metodológico.¹³³ Refere ainda Cavaleiro de FERREIRA que no passado estudava-se conjuntamente o Direito Penal e o Processo Penal.¹³⁴

Contudo, não é correto ajuizar que o Processo Penal tem carácter exclusivamente instrumental para o Direito Penal, que só concretiza pelo processo, antes pelo contrário, sem o Processo Penal o Direito Penal não se realiza. Outrossim, mesmo os princípios constitucionais que informam e conformam o Direito Penal, dizem respeito e derivam em grande medida do próprio Processo Penal, e a história mostra que a sua afirmação provém da ordenação normativa do processo, quando ainda era consuetudinária a fonte principal do Direito Penal.

No mesmo diapasão prossegue Cavaleiro de FERREIRA, referindo que de certo modo, a natureza do Direito Penal o autonomiza em relação a todos os outros ramos do Direito: o Direito em geral tem a função de dirigir (função diretiva) a atividade humana na vida social, e o Direito Penal tem a função específica de – finalidade coativa, parcimoniosamente admitida – de, em função da aplicação das penas, salvaguardar o bem comum e bens jurídicos da Sociedade. Isto não impede, porém, que haja uma fundamental convergência quanto ao objeto do Direito, que é sempre a atividade humana na vida em Comunidade.¹³⁵

Deste modo, Caeiro da MATTA levando em consideração o Direito Penal ou Criminal em seu sentido positivo, define-o como “o conjunto de disposições legais que regulam o exercício do Direito de punir.”¹³⁶ Este conjunto de disposições legais abarca obrigatoriamente, de acordo com o autor supra citado três partes, nomeadamente:

¹³² Na República de Moçambique essas condições estão estabelecidas a partir do capítulo III (Direitos, liberdades e garantias individuais). Vide art. 56 e ss da CRM de 2004.

¹³³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal** – Parte Geral I – a lei penal e a teoria do crime no CP de 1982 – II Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina, 2010, p. 35.

¹³⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**, p. 35.

¹³⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições...**, p. 13.

¹³⁶ MATTA, José Caeiro da. **Direito...**, p. 24.

- a) O Direito substantivo, responsável pela determinação dos factos puníveis e suas correspondentes sanções;
- b) A estrutura das judicaturas que devem sentenciar os sujeitos pelos crimes cometidos, bem como a execução as penas.
- c) O Direito adjetivo ou parte processual, que corresponde aos meios utilizados a garantia da aplicação do Direito substantivo.¹³⁷

A Ciência Criminal tem por escopo o estudo dos delitos e, tendo em conta a forma como se vai estudar, ela reparte-se distintivamente, embora interligados, em Direito Criminal e Sociologia Criminal, sendo portanto, o delito e as correspondes sanções, fenómenos jurídicos e sociais, simultaneamente. No primeiro aspecto, isto é, atendendo o delito e as sanções como fenómenos jurídicos, corresponde a alçada do Direito Penal, que deve examinar as bases e os limites do *jus puniendi*; demarcar as vantagens e desvantagens das sanções para a Sociedade, mesmo em termos de prevenção e reparação e determinar as formas e procedimento de execução e cumprimento das penas.¹³⁸

Se nesta pesquisa falamos de crimes de natureza cultural e as formas Costumeiras de resolvê-los, vale realçar que no campo de atuação da Sociologia Criminal examina-se o delito como fenómeno social, procurando se questionar as razões das patologias e apontar os seus antídotos. Portanto, a Sociologia Criminal não trata de questões legais que cabe única e exclusivamente ao Direito.

¹³⁷ Um dos grandes desafios da Administração da Justiça Penal em Moçambique é assegurar e garantir a execução e eficácia das penas e medidas alternativas já previstas no CP.

¹³⁸ MATTA, José Caeiro da. **Direito...**, p. 24.

2. DIREITO PENAL SETECENTISTA E SOBRIEDADE PUNITIVA

2.1. A Contribuição do Direito Penal Setecentista para a Humanização do

Direito Penal

É nosso entendimento que, ao se pretender falar da humanização do Direito Penal, é importante não olvidar o período setecentista, o séc. XVIII, por tratar-se de uma “época de febre”¹³⁹ para o Direito Penal, caracterizado por transições, mudanças, continuidade e contradição. Em outras palavras, o período que se identifica com o nascimento da própria Ciência Penal.¹⁴⁰

Michel FOUCAULT caracteriza esta época da seguinte forma:

Trata-se de uma época de grandes escândalos para a Justiça tradicional, mas com grandes vantagens, pois que foi reorganizada, na Europa e nos Estados Unidos, toda a economia do castigo; o desaparecimento dos suplícios, a supressão do espetáculo punitivo, o desaparecimento do corpo como alvo principal da repressão penal; a ocultação da punição no Processo Penal; de inúmeros projetos de reforma, nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do Direito de punir, abolição das antigas ordenanças, redação de códigos modernos; em que o sofrimento físico e a dor do próprio corpo já não são elementos constitutivos da pena e o castigo deixou de ser uma arte das sensações insuportáveis e tornou-se uma economia de Direitos suspensos, ou seja a “era da sobriedade punitiva”.¹⁴¹

Sobre a pena em específico, Sílvia ALVES observa que a teoria geral da pena encerra na sua origem e na sua evolução um paradoxo. Por um lado, do ponto de vista formal, a teoria geral da pena é enunciada depois da teoria geral do crime. A abstração e aglutinação de regras ou princípios sobre a punição caminham do crime – ou melhor, dos crimes – para a pena. De facto, o tratamento das penas, o seu elenco e a sua arrumação sistemática apresentam-se já no desfecho do processo de construção do Direito Penal Geral.¹⁴² Para os penalistas, à forma perfeita do crime corresponde a pena ordinária e à forma imperfeita a pena extraordinária. Identificar, colecionar e sistematizar as imperfeições do crime é ao mesmo tempo estudar a anatomia do crime.

¹³⁹ De acordo com Pierre CANNAT, “(...) *cette grande période de fièvre qu'est la fin du XVIII siècle (...)*.” “(...) *période de transition dans tant de domaines, carrefour d'ou les idées vont fuser dans des directions nouvelles*”. CANNAT, Pierre. **La Réforme Pénitentiaire**. Paris, 1949, p. 48-49, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir e Humanizar: o Direito Penal Setecentista**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 3

¹⁴⁰ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 3. Vide também VALIENTE, Francisco Tomás y. **El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)**, Madrid, 1992, p. 13.

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, p. 22.

¹⁴² ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 13.

Desentranhada essa coleção anatómica do estudo das causas de afastamento da pena ordinária, vemos aparecer a moderna teoria geral do crime. E foi nesta que a partir de então se concentrou o esforço de construção dogmática. De tal forma que o tempo mais não fez do que acentuar o carácter derivado, acessório ou instrumental da doutrina das consequências jurídicas do crime, ao ponto de ser remetida para o domínio da Política Criminal e de alegadamente perder a sua natureza dogmática, para onde hoje regressa, ao encontro da sua origem.¹⁴³

Não surpreende, portanto, que os primeiros enunciados definidores da pena sejam pouco frequentes e apareçam quase incidentalmente. LISZT assinala que a própria palavra pena (*strafe*) só se encontra a partir do séc. XIV.¹⁴⁴ A lei, como seria de esperar, não proporciona grande esclarecimento. Ao invés, ainda no séc. XVIII, o vocábulo pena significa sanção, ainda que não penal. Apesar de se encontrar utilizado com o sentido estrito ou rigoroso de sanção penal, são múltiplos os diplomas que dão conta de uma dupla valência da palavra. Em todo o caso, emerge na lei o conceito de sanção punitiva e a diferenciação entre a pena criminal e a pena civil.

À medida que as definições se avolumam e a doutrina vai coligindo algumas regras gerais sobre a punição dos crimes, constatamos como elementos integrantes do conceito de pena três ideias essenciais. Em primeiro lugar, a pena significa um mal ou sofrimento. Ou a perda de um Direito. Praticamente apenas BECCARIA¹⁴⁵ substitui este termo tradicional por expressões que exibem modernidade. As penas são obstáculos políticos ou argumentos sensíveis. Em segundo lugar, a pena reconduz-se a um mal infligido pelo legítimo superior, pelo poder, com afastamento da vingança privada, tem por isso carácter legal.

Mello FREIRE¹⁴⁶ detém-se ainda na distinção entre a pena e a reparação do dano (restituição ou injúria) e isola três traços diferenciadores:

- a) O primeiro reside na identificação daqueles a quem incumbe a pena e o dever de reparar o dano. E, em consequência, na transmissibilidade do dever de reparar. Conclui-se que a titularidade do dever de reparar o dano é suscetível de maior amplitude. Em princípio, a pena incumbe apenas ao delincente e não é, portanto, transmissível. O dever

¹⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português:** as consequências jurídicas do crime. Lisboa, 1993, p. 39-41.

¹⁴⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal** – Tomo III. Madrid. 1999, p. 197.

¹⁴⁵ BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas.** (tradução de José Faria Costa), Lisboa, 1998.

¹⁴⁶ MELLO, Pascoal José Freire de. **Instituições de Direito Criminal Português.** Tradução de Miguel Pinto de Meneses. B.M.J., n.º 155, 1966, pp. 43-2002 e n.º 156 (1966), pp. 66-168, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 13.

de reparar o dano ou de indemnizar é, ao invés, transmissível aos herdeiros. Por outro lado, há pessoas que não podem delinquir, mas que o Direito obriga à reparação do dano.

b) Em segundo lugar, Mello FREIRE aponta para o dever de reparar e o dever de sofrer a pena causas distintas. A causa do dever de reparar reside na violação e na lesão de um Direito perfeito, enquanto que a pena nasce com a violação da lei. Por outras palavras, e como consequência, o autor entende que o dever de reparar nasce do Direito natural e, concretamente, do dever de não prejudicar outrem, não dependendo, portanto, de sentença. Ao invés, a pena nasce com a sentença do juiz. A argumentação de Mello FREIRE compreende-se na medida em que a necessidade de sentença judicial expressa um garantismo de expressão moderna (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) mas claudica quando fundamenta a diferença no facto de apontar como especificidade do dever de reparar a violação do dever natural de não prejudicar outrem.

c) Em terceiro lugar, apesar de a satisfação abranger quer a reparação do dano quer a reparação penal, a diferente causa do dever de reparar e do dever de sofrer a pena tem uma importante consequência no que toca à determinação da respetiva natureza e medida. Enquanto o dever de reparar é medido ou determinado pela extensão ou medida da lesão do Direito violado, pela quantidade da lesão, a medida da pena é determinada por um juízo de desvalor, pela quantidade de moralidade e, mais exatamente, pela valoração que o poder político faz da violação da lei.

Em suma, para Mello FREIRE, punir ou não punir e como punir são decisões (variáveis) do poder político.¹⁴⁷

Pereira e SOUSA alinha no essencial pelo mesmo diapasão. Sem usar a palavra mal, reconduz a pena à expiação do crime determinada por legitimo superior para a reparação do dano feito ao interesse geral, ou dos particulares.¹⁴⁸

Estas definições encontram-se em total conformidade com a análise de IMMINK, segundo o qual os conceitos de pena e de Direito Penal pressupõem necessariamente subordinação jurídica de

¹⁴⁷ MELLO, Pascoal José Freire de. **Instituições...**, pp. 66-168.

¹⁴⁸ SOUSA. Joaquim José Caetano Pereira e. **Classes dos crimes, por ordem sistemática com as penas correspondentes, segundo a legislação atual por Joaquim José Caetano Pereira e Sousa**. Lisboa: Advogado na Casa da supplicação, 1803, p. 18, *apud* ALVES, Sílvia. Punir..., *op cit.*

quem sofre a pena e em relação a quem a faz aplicar. Em sentido jurídico, a pena corresponde a um mal infligido, em consequência de um delito, por alguém que se encontra de *jure* colocado num plano superior. Subjacente está um conceito de "liberdade" que pressupõe dependência.¹⁴⁹

As mutações políticas ocorridas com a formação do Estado e a transformação da liberdade dos indivíduos encontram-se, nesta perspectiva, ligadas ao nascimento do Direito Penal. O processo tem início nos alvares do feudalismo. Apesar de muito diferente, o poder real de então apresenta um decisivo traço de ligação com o Estado Moderno, se atendermos à relação entre o monarca e o indivíduo, desenhada como subordinação. Na terminologia de IMMINK, o Direito que disciplina aqueles seres livres e soberanamente independentes é qualificado como "Direito das gentes". A expressão "Direito nacional" é reservada para as normas que regem as relações entre o senhor e os não livres. O Direito Penal público é, em suma, o Direito daqueles que são fiéis ao seu monarca, é o Direito dos súditos.

Os conceitos abstratos de pena encerram em alguns casos elementos que por sua vez se podem encontrar repetidos noutros locais da teoria geral da infração ou até no próprio conceito correlativo de crime. Lardizabal y URIBEL define a pena como "*el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa.*"¹⁵⁰ Do cotejo deste fraseado resultam quatro elementos integrantes do conceito de pena:

1. A pena é imposta por um poder superior, na medida em que é estabelecida por uma sentença judicial e na medida em que não há pena sem lei. Assim como não há lei sem legislador. E não há legislador sem soberania. A vingança não constitui, nesta perspectiva, verdadeira pena;
2. A pena é imposta contra a vontade do que a padece e pela vontade do que a impõe. Não são, portanto, consideradas penas: as mortificações e as penitências voluntárias, os males e incomodidades que resultam de certos vícios e delitos, e as calamidades que ocorrem natural ou indiretamente;

¹⁴⁹ IMMINK, P.W.A. *La liberté et la Peine*. Pays-Bas: Assen, 1953, p. 224.

¹⁵⁰ Apesar de ser vulgarmente considerado como o "Beccaria espanhol", Lardizabal é um típico representante penal da ilustração, sem o ímpeto revolucionário de Cesare Beccaria. RIVACOBBA, Manuel de Ryvacoba y. *Lardizabal, um Penalista Ilustrado*. Santa Fé (Argentina), 1964.

3. A pena impõe um mal que tem por objeto o corpo, a honra ou os bens do criminoso. Não pode impor-se pena por delito que outrem haja cometido;
4. Finalmente, para incorrer em responsabilidade penal é necessário que o dano se tenha produzido voluntariamente, com malícia ou por culpa.

Sem este requisito, explica Lardizabal y URIBEL, falta a moralidade da ação e, por consequência, inimputabilidade. Donde se segue que nunca se pode impor pena a atos puramente internos nem a ações externas que ou são positivamente boas ou verdadeiramente indiferentes ou que se executaram sem deliberação alguma.¹⁵¹

Já para o séc. seguinte, a teoria das penas legais de BENTHAM ajuda-nos, até por contraste, a lançar luz sobre o Direito Penal legal de setecentos. O conceito de pena ou castigo legal é sucessivamente dissecado e afinado em direções e com desenvolvimentos interessantes. Ora, o Direito Penal da monarquia absoluta usa recorrentemente a pena como um instrumento de constrangimento que faz reunir no Direito Penal legal quase todos os diplomas que produz.

Não há praticamente lei que não lance mão da pena para assegurar a observância dos deveres e obrigações que impõe. Esta consideração de BENTHAM pretende afastar do Direito Penal a instrumentalização abusiva da pena. Da mesma forma, são excluídos do conceito de castigo ou pena em sentido amplo outros atos em que o mal provocado tem um carácter instrumental ou constitui um meio: a tortura; a defesa pessoal; os atos de conservação pessoal; e os atos de reparação ou satisfação pecuniária.¹⁵²

Em sentido restrito (definição particular da pena legal ou castigo legal), e segundo o princípio de utilidade, as penas legais são males, que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro.

Numa síntese que não encerra novidades em relação ao séc. anterior, as especificidades da pena legal são três:

¹⁵¹ URIBE, Manuel de Lardizabal y. *Discurso Sobre las Penas: contraído a las leyes criminales de Españã para facilitar su reforma*. Madrid, 1782. Edição digital da Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes baseada na edição de Madrid, Joaquín Ibarra, 1782, p. 19-21.

¹⁵² ALVES, Sílvia. *Punir...*, p. 17.

- a) A exigência do poder ou Direito de punir (*ius puniendi*);
- b) O carácter pessoal, que significa administrar o castigo exclusivamente ao réu;
- c) O fim (preventivo).

A pena, segundo a lógica do cálculo utilitário, é um mal orientado a produzir um prazer: a prevenção geral. O Direito, o CP e a ciência da legislação – ou a aritmética legislativa – obedecem à moral da utilidade.

Os penalistas de setecentos dirigem essencialmente em dois sentidos o estudo das penas. Por um lado, detêm-se na enunciação das qualidades que as penas devem ter para que sejam úteis e convenientes. Por outro lado, examinam os respetivos fins, de que depende também a sua Justiça.

O problema dos fins das penas adquire, portanto, uma superior elevação e sérias consequências políticas. No pensamento setecentista, uma pena gratuita é simultaneamente uma crueldade ou injustiça, uma inutilidade e também uma tirania. O tema dos fins das penas consente por sua vez dois níveis de análise. A um nível mais elevado, o fim primordial das penas está ligado ao fim do próprio poder. Sem o poder de impor as penas, a Sociedade não poderia subsistir. O fim do poder de punir é o próprio fim da Sociedade: a segurança dos cidadãos. Estes são por consequência também os fins primordiais das penas.

Na terminologia das leis, as penas destinam-se a proporcionar paz, quietação e segurança aos vassallos ou à realização do bem público e governo político. Manuel Fernandes THOMAZ enuncia com base nos textos legais uma máxima segura: os castigos dos delitos conduzem para se viver em paz e tranquilidade.¹⁵³ Para BECCARIA, as penas têm como único fim impedir o delinquente e os restantes membros da Sociedade da prática de novos crimes – a finalidade, por conseguinte, não é outra senão a de impossibilitar o réu de cometer novos delitos, bem como dar exemplo e chamar atenção à Sociedade.¹⁵⁴

A pena fundamenta-se exclusivamente na medida em que se dirija, com a maior eficácia possível, a este fim preventivo. Na medida em que tem utilidade futura. Neste entendimento, castigar

¹⁵³ THOMAZ, Manuel Fernandes. **Repertório Geral, ou Índice Alfabético das Leis Extravagantes do Reino de Portugal, Publicadas depois das Ordenações, compreendendo também algumas anteriores, que se acham em observância** – Tomo I. n.º 574. Lisboa, 1815 e 1819, p. 167, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir...**, *op cit.*

¹⁵⁴ BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos...**, p. 85.

como ato de Justiça em relação a um crime já cometido deixa de fazer sentido. A imposição da pena encontra-se totalmente desligada do passado porque nada o poderá fazer apagar, como havia já escrito PLATÃO no Protágoras. Quanto aos fins das penas, o lema da boa legislação é apenas um: prevenir os delitos.¹⁵⁵

Igualmente nos antípodas de BECCARIA estão as formulações bem pouco originais de Pereira e SOUSA – os fins das penas nos crimes públicos são três, a saber:

- a) Reparar o dano feito à ordem social;
- b) Dar o exemplo aos membros da Sociedade;
- c) Impedir o culpado de repetir o dano.

Em relação aos crimes particulares, adiciona às penas outro fim: a reparação do dano provocado ao cidadão ofendido.¹⁵⁶

Segundo Ribeiro dos SANTOS, a lei não vinga, impõe pena para reparar, emendar, corrigir, e prevenir os crimes.¹⁵⁷

Jeremy BENTHAM constitui um bom exemplo na forma como reúne e hierarquiza os vários fins da lei penal, que derrama por longas páginas: o exemplo, a correção, a eliminação do poder de cometer crimes, a compensação e a economia para o Estado.¹⁵⁸ Freire de MELLO, apesar de eleger a emenda dos delinquentes como o fim principal das penas, adota igualmente uma fórmula heterogénea: o fim das penas é emendar o delincente, impedir o dano da Sociedade, dar exemplo aos maus cidadãos, e nunca a vingança ou satisfação do ofendido.¹⁵⁹

Em relação à vítima, tratando-se de crimes particulares, a pena proporciona a reparação do dano provocado, em consequência, a sua segurança. Apesar da face eminentemente eclética do discurso setecentista sobre os fins das penas, é notório, contudo, o predomínio da satisfação pública sobre a reparação que tem em vista a vítima ou os seus familiares.

¹⁵⁵ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 19.

¹⁵⁶ SOUSA. Joaquim José Caetano Pereira e. **Classes...**, pp. 27 e 28.

¹⁵⁷ SANTOS, Ribeiro dos. **“Discurso Sobre a Pena de Morte e Reflexões Sobre Alguns Crimes”**. In: Jornal de Coimbra, n.º XXXIII, Parte II, pp. 101-147.

¹⁵⁸ BENTHAM, Jeremy. **Theoria das Penas Legaes** – Tomo II. Lisboa, 1822, p. 154 e ss, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir...**, *op cit*.

¹⁵⁹ MELLO, Francisco Freire de. **Discurso Sobre Delictos e Penas, e Qual Foi a Sua Proporção nas Diferentes Epocas da Nossa Jurisprudência: principalmente nos Tres Seculos Primeiros da Monarchia Portuguesa**. Londres. 1816, p. 38, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir...**, *op cit*.

Finalmente, em relação ao delinquente, a pena é o castigo ou a expiação da sua culpa. Pretende dissuadi-lo da prática de outros crimes, ou seja, impedir a reincidência ou a repetição do dano (prevenção especial). É o freio que impede novo tropeço. Constitui por isso o instrumento da sua emenda ou correção.

Podemos, pois, concluir que a prevenção está muito longe de esgotar o problema dos fins das penas, tal como é tratado ao longo do séc. XVIII. Reconduzir as penas, durante este período, à sua faceta preventiva encontra duas importantes limitações. Em primeiro lugar, a punição não significa, como vimos, apenas prevenir. Significa muito mais. Significa sempre mais. Em segundo lugar, a prevenção não constitui uma novidade do séc. XVIII. São TOMÁS coloca o castigo dos delinquentes ou a pena humana num plano diverso da retribuição, entendendo que o mal não pode ser superado com o mal, mas com o bem. A ideia é que as penas da vida presente são medicinais e devem servir à emenda do pecado pessoal. Simultaneamente, são aplicadas em benefício do Estado, cuja tranquilidade se procura.¹⁶⁰

Federico SCHAFFSTEIN¹⁶¹ liga o humanismo a aparição das doutrinas relativas da pena, embora naturalmente sob a forma de reflexões mais ou menos ocasionais. De facto, não se pode dizer que sejam abundantes as indicações sobre o sentido e os fins das penas na literatura secular. Afloraram em todo o caso aí as ideias de retribuição e de intimidação geral preventiva.

Com efeito, a teorização sobre os fins das penas gira em torno de tópicos como utilidade, eficácia, Justiça, dissuasão, proporcionalidade, clareza, exatidão e humanidade, *versus* atrocidade ou crueldade. A opção quanto ao fim prevalente das penas tem como consequência uma escolha variável do elenco das mesmas.

O utilitarismo de expressão social, por exemplo, reconhece inquestionáveis virtudes nas penas que se traduzam na participação em obras públicas, trabalhos forçados, serviço no exército. E é precisamente a incapacidade de a vingança privada prosseguir os fins das penas que leva à sua postergação.

¹⁶⁰ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 17.

¹⁶¹ SCHAFFSTEIN, Federico. **La Ciencia Europea del Derecho Penal en la Época del Humanismo**. Madrid, 1957, p. 52, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir...**, *op cit.*

O afínco sistematizador do pensamento da época conduz ainda à enunciação de máximas ligadas aos fins das penas. Por exemplo: é suficiente a pena que prossegue os seus fins; as penas inúteis ou desnecessárias devem ser proscritas; a pena cruel gera impunidade e logo perde utilidade ou eficácia; a lei penal deve ser clara, exata e produzir forte impressão nos destinatários.

A hermética dos fins das penas é ainda um problema eminentemente político. Se as penas não prosseguem os fins que lhe são indicados, devem ser proscritas. E o poder que as prescreve é um poder tirânico. Os fins das penas desenham os limites ou as fronteiras das penas, ou seja, do poder de punir. E, em consequência, as fronteiras ou limites do próprio poder.

Ainda hoje há correntes que pensam que fazer Justiça significa primordialmente punir – a Justiça punitiva satisfaz-se e enche os seus fins com a imposição da pena. Segundo as leis, os delitos ocasionam grave escândalo e injúria da Justiça. Por isso, castigos e prémios são os dois polos em que se conserva a balança da Justiça. Ao delito deve corresponder o castigo. Premiar e punir são a mola universal de todo o género de governo.

O mais louvável princípio de todo o bom governo consiste em premiar os bons e castigar os maus. O equilíbrio da Justiça e o bom governo das repúblicas realiza-se na igualdade do prémio e do castigo. E é a partir deste sólido e fundamental princípio que se estabelecem as leis da distribuição. O castigo dos crimes constitui em primeiro lugar uma exigência da Justiça, da razão natural ou da lei da natureza que satisfaz a Deus e à vítima. As leis referem-se ao castigo justo ou ao castigo devido.

2.1.1. Da repressão à prevenção

No setecentismo a repressão agregava duas ideias:

- a) Na perspectiva do delinvente, a expiação do culpado e;
- b) Na perspectiva da Sociedade, a ideia de exemplo através do medo.

Ora, por um lado, a doutrina da prevenção reacomodou sem esforço algum a utilidade do medo. Ou até da correção. Por outro lado, os fins dirigidos à Sociedade e, concretamente, a utilidade social nunca estiveram desligados do Direito Penal. A precaução não é alheia à repressão. Neste sentido, o utilitarismo está longe de representar uma completa e absoluta inovação.

Federico SCHAFFSTEIN assinala, aliás, que a redescoberta da filosofia platónica produzida pelo humanismo conduziu ao restabelecimento de uma teoria preventiva da pena.¹⁶² Esse sentido do útil no Direito Penal está presente quando se impõe a pena de galés. Quando se procede à comutação de penas. Quando as penas pecuniárias e de confisco têm em consideração as necessidades da fazenda real. Ou quando, correlativamente, se considera a mutilação de membros prejudicial à República.

A primeira forma da prevenção geral corresponde à dissuasão da prática dos crimes pelo terror das penas. Segue-se então a lógica: quanto mais desumanas são as penas, mais medo inspiram. Daqui decorrem como consequências naturais a atrocidade e a publicidade das punições. Em suma, antes e depois do reformismo humanitarista, encontramos o mesmo sentido do útil e a mesma utilização do medo coletivo.

Na superfície do discurso doutrinário e legal de setecentos encontra-se repetida à saciedade – e até, na verdade, para além dela – a ideia de prevenção. As penas foram estabelecidas não tanto para punir mas para prevenir os delitos – eis a grande máxima ou, por fim, a máxima trivial no que toca aos fins das penas. Encontramo-la erigida em axioma do Direito Criminal por Mello FREIRE, Pereira e SOUSA, Lardizabal y URIBE, PASTORET e nas instruções russas.¹⁶³

Esta máxima, em que mesmo a fórmula é repetida sem grandes variações, constitui o exato reflexo da prevalência da prevenção sobre a repressão. Não nega uma nem outra. Centra-se no estabelecimento da respetiva hierarquia. Castigar é predominantemente – mas não apenas – prevenir os crimes. A prevalência da prevenção encontra o seu fundamento na utilidade. A prevenção prevalece porque é mais útil. De acordo com o adágio popular, mais vale prevenir do que remediar. Eis, portanto, que a sabedoria popular se parece reunir com êxito à concepção platónica da pena como remédio.

Para Thomas HOBBS, a punição pretende que a escolha dos homens fique sujeita à submissão. A pena e o medo são aliados da prevenção.¹⁶⁴

Melhor do que punir os crimes com penas justas, é antever e precaver os crimes, diz Mello FREIRE. Essa devia ser a escolha de um Estado bem policiado, havia já proclamado VOLTAIRE.¹⁶⁵

¹⁶² SCHAFFSTEIN, Federico. *La Ciencia...*, p. 51, *apud* ALVES, Sílvia. *Punir...*, *op cit.*

¹⁶³ ALVES, Sílvia. *Punir...*, p. 22.

¹⁶⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Segunda Parte. Capítulo XXVIII (Das Punições e das recompensas). S/I, 2012, p. 247.

As leis são movidas pelo interesse público; buscam um exemplo para o futuro, e não uma vingança pelo passado. Nesta perspectiva que centra a Política Criminal na prevenção, o legislador não se importa com o passado, que já não pode alterar. Perante a irreversibilidade do crime, que não pode ser apagado, preocupa-se sobretudo com o futuro. Tal como havia defendido PROTÁGORAS, não se deve castigar em função do passado porque nada poderá impedir o crime que foi praticado, mas em função do futuro, para que o culpado não reincida e para que os restantes retenham o exemplo do castigo.

De acordo com a fórmula que expressamente atribui a PLATÃO, Sílvia ALVES citando SÉNECA, defende também o carácter essencialmente preventivo da pena. O homem sábio admite as punições não porque foi praticado um crime mas para que não sejam praticados outros crimes (*nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*). Uma vez que todo o facto consumado é irrevogável, nada mais se pode fazer do que prevenir os delitos. BLACKSTONE citado por Sílvia ALVES remete para o Tribunal divino a expiação do crime praticado e atribui à Justiça dos homens o objetivo de impedir crimes futuros.¹⁶⁶

De forma semelhante, segundo Pereira e SOUSA, as penas não pretendem ser meros suplícios; não se dirigem a atormentar os homens porque nada pode fazer com que o crime que alguém cometeu seja apagado. As penas são mais remédio do mal futuro do que reparação do mal passado.¹⁶⁷ O discurso preventivo e a política penal passam a contemplar uma reflexão mais sistemática sobre as causas dos crimes e as formas de os evitar. Pereira e SOUSA se detêm longamente no problema da prevenção e elenca os meios de prevenir os crimes – não basta aterrar o crime: é necessário animar a virtude.¹⁶⁸

2.1.2. A geometria do medo

Na mente do criminoso, dilui-se o nexa entre o delito e a pena. O medo da punição perde-se. Se o legislador persistir na intimidação pelo medo, terá então ser mais duro. Novamente sem êxito, porque os criminosos são conduzidos aos maiores excessos. Na mente de todos, gera-se uma perigosa

¹⁶⁵ “Un État bien policé ne doit-il pas les prévenir autant qu’il est possible, avant de penser à les punir?”. VOLTAIRE. **Prix de La Justice et de l’humanité**. Paris, 1999. (Gazette de Berne, n.º XIV, 15 de fevereiro de 177), p. 10.

¹⁶⁶ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 21.

¹⁶⁷ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 22.

¹⁶⁸ SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Classes...**, pp. 27 e 28.

insensibilidade face às penas. Os castigos violentos irritam e fazem as leis odiosas – não fazem impressão.

Sem dúvida que para o legislador setecentista as leis penais devem fazer impressão. Com alguma frequência, declara-se escandalizado quando os súbditos atuam sem temor das penas. Na punição dos delitos de uma Comunidade, Mello FREIRE prefere punir de forma atenuada para evitar males maiores, como tumultos ou o enfraquecimento do poder político. Advoga nesses casos que deve punir-se de forma a que o medo atinja a todos, e a pena a poucos.¹⁶⁹ A geometria do medo procura o ponto de equilíbrio entre o controlo do cidadão e a proporcionalidade da pena que permita simultaneamente evitar a prática de crimes e a atrocidade brutal.

A legislação penal deve ser afinada pelo exato ponto geométrico em que a ameaça da força é suficiente e não mais que a suficiente. Fora desse ponto ou a insuficiência da ameaça gera ineficácia dissuasora ou o excesso de força encontra o território da tirania que constrange a liberdade do cidadão. Embora de forma empírica, as leis não são totalmente alheias à necessidade de calcular a medida certa de brandura e de horror que o castigo deve encerrar. Desta forma, seguindo a regra que impele à moderação das penas, o governo deve empregar os meios mais eficazes causando o menor sofrimento possível.

Para Gaetano FILANGIERI, o legislador não deve permitir-se senão o grau de severidade necessário para prevenir os crimes. Se através de penas leves atinge esse objetivo, não pode fazer uso de penas mais duras.¹⁷⁰ Para BECCARIA, a pena legal configura-se como cálculo. Um duplo cálculo. Do legislador e do delincente. O legislador deve calcular a pena infalível através de um novo exercício psicológico. Perscrutando o cálculo do próprio criminoso. O mal da pena deve ser superior ao bem que o criminoso espera do crime. A simples apologia do terror das penas é tida como incompatível com tempos tão ilustrados como o séc. XVIII. Mas, como vimos, os penalistas não deixam de reconhecer as suas virtualidades preventivas. Recusam o medo pelo medo mas não o medo útil e na estrita medida da sua utilidade.

¹⁶⁹ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 22.

¹⁷⁰ Para este autor, a prevenção não deixa de envolver a correção do criminoso. O fim da pena é prevenir pelo exemplo, defendendo a Sociedade do mal que este lhe pode causar, quer corrigindo as suas inclinações perversas, quer colocando-o numa situação que o impeça de provocar qualquer dano. FILANGIERI, Gaetano. **Oeuvres de G. Filangieri** – Tomo II, Livro III. Paris, 1840, p. 75, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 13.

2.1.3. A prevenção especial ou a emenda dos delinquentes

Na perspectiva do criminoso, a pena pode dirigir-se à emenda ou correção e até à sua reinserção. Esta finalidade não teve, porém, no séc. XVIII o peso que no passado lhe chegara a ser atribuído. Segundo TIRAQUEAU, o primeiro fim do castigo é a emenda e a correção do culpado. E leva às últimas consequências esta prioridade da finalidade corretiva. Quando se verifica a impossibilidade de realizar este fim, na medida em que o indivíduo parece ter-se emendado, considera lógico não lhe infligir o castigo correspondente ao seu crime ou, pelo menos, puni-lo com um rigor atenuado.¹⁷¹

De forma semelhante, PASTORET enuncia um axioma que faz da emenda um outro fator de cálculo: a pena é suficiente se impede o criminoso de delinquir novamente. A ideia é que o criminoso é ainda um filho da Sociedade e do Estado, que não podem desesperar da sua emenda. Independentemente de outras finalidades e até apesar delas, a emenda tende a conduzir de uma forma ou de outra à diminuição das punições. As leis setecentistas mencionam por vezes a emenda dos delinquentes.¹⁷² No entanto, essas referências têm ínsita uma certa ambiguidade.

A preocupação com a emenda do criminoso não significa que este seja mais poupado. Ao invés, pode implicar e implica na maior parte dos casos que seja punido com mais severidade. A ideia de emenda está de facto mais ligada ao Direito Canónico do que ao Direito Laico. Sem surpresa, o projeto de regimento para o santo ofício de Mello FREIRE antepõe a emenda ao castigo dos pecadores. A emenda é perspectivada em primeira linha de forma negativa, ou seja, através da reincidência, como manifestação da falta de emenda. Configura-se, portanto, como um dever do delincente, responsável, dotado de livre arbítrio e entregue a si mesmo. Por isso, em regra, o legislador não pensa a emenda prospectivamente. Nas leis, a emenda é sobretudo um fator de determinação da responsabilidade penal. Em consequência, não conduz a um tratamento penal de benevolência.

A pena cominada – é rigorosa, mas deparamo-nos com a realização possível da prevenção especial à época. O delito da ociosidade proporciona que a emenda seja cogitada. A pena escolhida faz parte do esforço de adequação ao tipo de crime. Por fim, o trabalho é remunerado. Esta situação constitui um dos raros exemplos em que a emenda é pensada prospectivamente. A emenda

¹⁷¹ TIRAQUEAU. *De Poenis Temperandis*. (Tradução, introdução e notas de André Laingui), Paris, 1986, pp. 161 e 162, *apud* ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 13.

¹⁷² “*Lá peine est suffisante, si ellempêche le coupable de le devir de nouveau*”. PASTORET, M. de. (Claude-Emmanuel Joseph Pierre). *Des Loix Pénales* – Tomos I. Paris, 1970, p. 22, *apud*, ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 13.

pode chegar a proporcionar um tratamento penal de benefício. Não para que o delinquente se emende, mas porque se emendou.

O endurecimento das punições com fundamento na falta de correção pode apresentar uma forma mais branda e, na verdade, mais adequada à ideia de emenda. Trata-se de uma forma condicional que subordina de forma expressa o agravamento à ausência de emenda. As leis usam então expressões como: se não se emendarem; não se emendendo. Ali, a lei irrompe depois de um novo delito lançando sobre a cabeça de um incorrigível uma pena mais severa que se justifica porque este não se emendou.¹⁷³

3. A CONTRIBUIÇÃO DE CHRISTIAN THOMASIVS PARA A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SUPRESSÃO DA TORTURA DO PROCEDIMENTO LEGAL

Na presente Tese – conforme já foi dito – escolhemos a contribuição de Christian THOMASIVS, pela relevância da sua luta para a humanização do Direito Penal e Processual, bem como pela sua contribuição no processo de supressão da tortura do procedimento legal, que constituiu sem sombra de dúvidas uma das bases essenciais para o reconhecimento da dignidade humana e dos Direitos fundamentais no Processo Penal e que – no nosso entender – enquadra-se perfeitamente no modelo de Justiça Restaurativa, que ora propomos.¹⁷⁴

Com efeito, de acordo com Marcos GARCIA, na elaboração histórica das ideias modernas de humanização do Direito Penal, Christian THOMASIVS¹⁷⁵, se destaca entre muitos pensadores. Na Alemanha, geralmente é tido como *o iniciador da Ilustração (Aufklärung)*, tendo suas ideias sido retomadas principalmente por Cesare BECCARIA, VOLTAIRE e MONTESQUIEU, que deram um passo importante rumo à chamada posituação dos Direitos Fundamentais.¹⁷⁶ Fora isso, Christian THOMASIVS

¹⁷³ ALVES, Sílvia. **Punir...**, p. 27.

¹⁷⁴ A ideia de se trazer na Tese a contribuição de Christian Thomasius como um dos percursores da luta pela humanização do Direito Penal e pela sua contribuição no chamado jusnaturalismo e como pioneiro em trabalhos que viriam ser retomado por autores relevantes como Cesare BECCARIA e VOLTAIRE, partiu das aulas do Mestrado em Ciência Jurídica na UNIVALI no ano letivo de 2013, ministradas pelo Prof. Dr. Marcos Leite Garcia e, especificamente na leitura do artigo científico intitulado *A Contribuição de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Humanos*. GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Humanos**. In: *Novos Estudos Jurídicos* - v. 10 - n. 2 - p. 417- 450 jul/dez. 2005.

¹⁷⁵ FASSÒ, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho: la Edad Moderna**. Tomo II. Traduç. Madrid: Pirâmide, 1966, p. 167, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005. Ver também SERRA, Antonio Truyol y. **Historia de la Filosofía y del Derecho: del Renacimiento a Kant**. Tomo II. Madrid: Alianza, 1988, p. 272.

¹⁷⁶ A posituação dos Direitos Fundamentais é definida por José CANOTILHO como a incorporação na ordem jurídica positiva dos Direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377. Para Marcos GARCIA, o processo de posituação consiste na passagem da discussão filosófica do Direito natural

é visto como pioneiro do Iluminismo¹⁷⁷ e do liberalismo¹⁷⁸ alemão. Entretanto nos dizeres de Norberto BOBBIO, citado por Marcos GARCIA, Christian THOMASIVS não deve ser visto como liberal na acepção moderna da palavra, pois este não formulou um entendimento liberal de Estado. Podemos referir a uma concepção liberal religiosa e não política, ou também, de uma concepção de absolutismo liberal na percepção de um Estado absoluto nas suas atuações, mas com a finalidade de satisfazer os interesses dos cidadãos.¹⁷⁹

Ora, entre os principais trabalhos de Christian THOMASIVS destacam-se não só a sua fundamental contribuição para a humanização do Direito Penal e processual, como já se disse, e a sua luta contra os princípios absolutistas da monarquia, a separação entre Direito e moral, bem como a distinção entre a ética pública e a ética privada.

Nascido de uma família de estudiosos, no ano de 1655, em Leipzig, durante a sua formação Christian THOMASIVS foi decisivamente influenciado por PUFENDORF que formou a sua base intelectual voltada para as ideias do iluminismo.¹⁸⁰ Por conseguinte inovou nos seus métodos de lecionação, em Leipzig, o que lhe trouxe grandes problemas, principalmente com os teólogos luteranos conservadores, tendo sido, por isso, obrigado a deixar a função de professor. Por essa razão transferiu-se para Academia de Nobres em Halle, no ano de 1690 onde em 1694 viria a ser reitor da universidade então criada na mesma cidade.

Uma outra luta travada por Christian THOMASIVS foi em relação à liberdade, tolerância de pensamento e tolerância religiosa que era um dos grandes problemas do seu tempo.¹⁸¹ Também escreveu importantes teorias sobre a necessidade de separação entre Direito e Moral, por causa da sucessiva intromissão do Estado absoluto em assuntos particulares dos cidadãos, que consubstanciavam em violações dos Direitos de 1ª geração.

racionalista ao Direito positivo, realizada a partir das revoluções liberais burguesas, isto pode parecer paradoxo, na medida em que o positivismo vem combater qualquer possibilidade de existência do Direito que não é instituído por lei, que no entender de BOBBIO, por causa do positivismo jurídico, há uma redução de todo o Direito por Direito positivo e o Direito natural passa a ser excluído da categoria de Direito. Tomas Hobbes (1588 - 1679) acreditava que sem o Poder do Estado, o Direito natural já mais teria eficácia, pois ficaria apenas na consciência de cada homem, uma vez que não haveria obrigatoriedade de cumprimento. Portanto, Hobbes vislumbra que o Estado é o único detentor do poder e o único capaz de garantir a eficácia dos Direitos, e como tal, possui monopólio do poder normativo, cabendo unicamente a ele produzir leis.

¹⁷⁷ CATTANEO, Mario A. *Delitto e Pena nel Pensiero di Christiano Thomasius*. Milano: Giuffrè, 1976, apud GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁷⁸ TARELLO, Giovanni. *Storia Della Cultura Giurídica Moderna*. Tomo I: Assolutismo e codificazione. Bologna: Il Mulino, 1976, apud GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁷⁹ SOLARI, Gioele. Christiano Thomasio. In: *Studi Storici di Filosofia del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1949. p. 157-178, apud GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁸⁰ BLOCH, Ernest. Christian Thomasio. *Un Intelectual Alemán Sin Miseria*. In: *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Tradução espanhola de Felipe González Vicent. Aguilar, Madrid, 1980. p. 285-318, apud GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁸¹ ORTEGA, Manuel Segura. *El Iusnaturalismo Racionalista*. Thomasius y Wolf. In: GARCÍA, Eusebio Fernández; PECESBARBA, Gregorio (org.). **Historia de Los Derechos Fundamentales**. Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I: El contexto social y cultural de los derechos. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 2001. pp. 220-250.

Em relação a sua contribuição para o Direito Natural Racionalista e o Direito Penal, Christian THOMASIVUS começou por travar uma forte batalha contra o sistema de penas cruéis da monarquia absoluta e a ausência de garantias processuais e propôs alguns princípios no Direito Penal, tais como o da racionalidade; da legalidade; publicidade e igualdade. Propôs ainda que a regra para dosear o delito fosse o dano que aquele produz para a Sociedade e que, não fazia sentido serem mensurados valores de ordem moral, como se fazia naquela época que vigorava uma dualidade de poderes e jurisdições.

Christian THOMASIVUS também foi um dos primeiros a trazer a ideia de que a gravidade das sanções não contribui em nada para a redução do crime. No seu entender era melhor que as penas fossem concebidas como moderadas mas justas e não como cruéis mais incertas. Advindo disso estava a necessidade de se ter penas proporcionais aos delitos cometidos. Igualmente criticou a pena de morte, por considerar que esta não cumpre os objetivos das finalidades das sanções, assim como não dá oportunidade do infrator se arrepender e se retratar.¹⁸²

O trabalho de Christian THOMASIVUS é geralmente separado em duas fases, a sua obra de 1688 e a de 1705. Na primeira obra considera que o Direito natural provem de Deus.¹⁸³ Já na segunda obra vai mais longe e indica que apesar do Direito natural ter origem divina, sem a razão do homem seria improvável que ele existisse. Portanto, no seu entender, o Direito natural deve ser visto como simples propostas para o Direito positivo e não como verdadeiramente um Direito.¹⁸⁴ É nesta segunda obra, de 1705, que também se debruçou sobre a separação entre moral e Direito.¹⁸⁵

Christian THOMASIVUS também identificou o que ele chamou de sistemas de normas para que homem pudesse ser feliz, justo e viver em harmonia, que são: a moral, a política e a jurídica. Para ele, as duas primeiras criam obrigações imperfeitas e a segunda cria obrigações perfeitas. Blanco GONZÁLEZ exprime a diferenciação dessa ideia de Christian THOMASIVUS assinalados na vertente do *honestum*, *decorum* e do *iustum*. O *honestum* – honesto –, encontra fundamento nos princípios éticos e morais e traduz a ideia de que “não faças a ninguém o que não queres que seja feito a si.” Trata-se de um princípio reflexivo que preceitua o campo dos bons atos do homem. O *decorum* – decoroso –, é

¹⁸² VALIENTE, Francisco Tomás y. **La Tortura Judicial en España**. Crítica, Barcelona: 2000, pp. 160-162, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁸³ THOMASIVUS, Christian. **Historia Algo Más Extensa del Derecho Natural**. Tradução espanhola de Salvador Rus Rufino e M. Asunción Sanches Manzano. Madrid: Tecnos, 1998, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁸⁴ GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Volume I. tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 40. Título original: *De Jure Belli ac Pacis*.

¹⁸⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **La Dignidad de La Persona y la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 42-43.

o reflexo do *honestum*, que pretende dizer que “faça aos outros aquilo que queiras que façam a ti.” Trata-se de um princípio biunívoco que traduz a existência da relação entre sujeitos. Finalmente, o *iustum* – justo –, que se equipara ao Direito, e traduz a ideia de que “seja o que você quer que os outros sejam.” Trata-se de um princípio proibitivo de condutas, cujo objetivo é manter a harmonia entre as pessoas. É assim que se estabelece a principal separação entre Direito e moral, quando se desvincula o *iustum*, que é matéria do Direito, do *honestum*, que é o propósito da moral individual, assim como do *decorum*, tema da moral social.¹⁸⁶

Contudo, há uma apreciação feita por Blanco GONZÁLEZ de que na essência não existe uma nítida distinção nos domínios exteriores e interiores da pessoa, muito embora se aceite que com esta diferenciação Christian THOMASIVS pretendia se convencer de que apenas as obrigações jurídicas eram coercíveis para determinar a conduta humana necessária para a harmonia social.¹⁸⁷

É também a partir dessas premissas que Christian THOMASIVS se debruça em volta da separação entre Ciência Jurídica da teologia, principalmente aquela que diz respeito a moral, que circulam em volta do comportamento humano e do *iustum* e *honestum*, importantes para a paz e concórdia social, que tocam também o campo do *decorum*. A partir daqui constrói-se a separação nítida entre Direito e moral e se promove a liberdade de religião como semente de todas as liberdades, como de pensamento e de associação. O objetivo desta teorização é estabelecer que cabe ao Estado promover a paz e concórdia entre os homens dentro da Sociedade.

3.1. A Monarquia Absoluta e a Luta de Christian Thomasius para a Humanização do Direito Penal e Supressão da Tortura do Procedimento Legal

Nas conclusões de Marcos GARCIA é quase impossível entender a relevância da humanização do Direito Penal e eliminação das penas cruéis sem examinar o regime jurídico-penal que vigorou durante a monarquia absoluta, que se caracterizou por ausência concreta da tipificação dos crimes; ausência de garantias do acusado; atrocidades no tratamento dos casos; excessiva intromissão do Estado na vida da Sociedade; ligação entre delito e pecado; um vasto número de delitos religiosos, especificamente da igreja católica, os chamados *Crimina Laesae Majestatis Divinae*, tais como a heresia, a magia, o sacrilégio, blasfêmia, bigamia, perjúrio, entre outros.

¹⁸⁶ GONZÁLEZ, Antonio Blanco. *El Iluminismo: Thomasio, Montesquieu*. In: *Filosofía del Derecho: Las concepciones jurídicas através de la historia*. 2. Ed. Madrid: UNED, 1999. pp. 133-144, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁸⁷ BLANCO GONZÁLEZ, Antonio. *El Iluminismo...*, p. 140, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

Nestes e noutros casos, a igreja – por meio da inquisição, secretismo e desproporcionalidade – punia severamente os seus desertores e aqueles que punham em causa os seus princípios e dogmas. Eram visíveis julgamentos parciais, penas bárbaras, utilização da tortura como meio de aquisição de provas (*quaestio ad eruendam veritatem*), entre outras. Com métodos brutais de aquisição de confissão, era possível comprovar toda acusação, porque o acusado não teria escolha se não se declarar culpado para escapar da dor e da brutalidade. Regra geral é que toda a confissão obtida por meio da tortura devia ser ratificada posteriormente pelo acusado, sob pena de ser submetido novamente ao mesmo procedimento até que este a ratificasse. Os juizes tinham de um vasto poder discricionário e podiam dosear ao seu bel prazer as penas aplicáveis em cada caso concreto e em nome do segredo do processo faziam o que bem entendiam, sem o conhecimento do público, o que os tornava muito temidos.

Estes procedimentos geraram grandes contradições e enfrentaram oposição sendo que com base neles lançou-se as sementes dos movimentos de luta pela humanização do Direito Penal e eliminação da tortura como meio de obtenção de provas, bem como o delineamento da esfera de atuação do poder estatal, expostos na obra *De Tortura ex Foris Christianorum Proscribenda*.

De acordo com Marcos GARCIA, os referidos movimentos – liderados por Christian THOMASIVS com base no *Fundamenta Júrís Naturae et Gentium* e apoiado por pensadores do iluminismo, especialmente MONTESQUIEU, VOLTAIRE e Cesare BECCARIA –, elaboraram princípios para a segurança jurídica através de garantias processuais, da igualdade formal, do Direito à presunção de inocência e a garantia da ampla defesa.¹⁸⁸ Muitos dos resultados dessas formulações de Christian THOMASIVS estão expostas na obra *Fundamentos*, de 1705, em que enuncia a teoria do delito e o que deve ou não ser alvo de punição e de tutela penal. Também traz uma esclarecedora distinção de pecado e infração penal bem como o campo de atuação da igreja e do Estado, que se resumem no chamado individualismo liberal do Direito Penal.¹⁸⁹

Vale referir que a supressão da tortura dos procedimentos legais bem como a humanização do Direito e do Processo Penal foi gradativo nos vários países e chegou a enfrentar fortes resistências do Estado e da igreja que viam esses procedimentos como eficazes. De acordo com Giovanni TARELLO,

¹⁸⁸ GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁸⁹ SANCHIS, Luis Prieto. **La filosofía Penal de La Ilustración: Aportación a su estudio**. Anuario de Derecho Humanos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos. Universidad Complutense. 1985, p. 287-356, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

A questão do emprego da crueldade no Processo Penal não foi sugerido muito menos, foi aceita globalmente até a segunda metade do séc. XVIII e que, porventura, a diferença de Christian THOMASIVS é que a concepção antecedente tornou-se algumas vezes crítica com as instituições de controle penal do antigo regime ou, ao menos, sua rejeição necessitou de uma orientação geral.¹⁹⁰

Ainda assim, as críticas aos procedimentos cruéis daquele regime já vieram muito tarde, tornando-se saber taxativamente os porquês. Entretanto, Giovanni TARELLO citado por Marcos GARCIA avança a possibilidade de ter sido a quebra da unanimidade dos valores jurídicos que determinou a secularização e como consequência a separação entre infração penal e religiosa.¹⁹¹

Não há dúvidas que os princípios da desvinculação do Direito da moral proposto por Christian THOMASIVS trouxe resultados satisfatórios para a humanização do Direito Penal. Portanto, não se pode impor sanções aos comportamentos que atingem somente o campo da consciência dos indivíduos na perspectiva do *honestum* e do *decorum*. Foi assim que Christian THOMASIVS deu sua contribuição para a extensa lista de princípios para a humanização do Direito Penal, reprovando todo anacronismo de sua época e argumentando que a tortura era contra os princípios do Direito natural. Conforme se disse anteriormente, os trabalhos de Christian THOMASIVS viriam a ser retomados por outros pensadores iluministas e nesse viés, a obra *Dei Delitti e Delle Pene*, de 1764, de Cesare BECCARIA viria a ser então a continuidade daquele pensamento.

¹⁹⁰ TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giurídica Moderna*. Bologna: Il Mulino, p. 384. GARCIA, Marcos Leite. A Contribuição de Christian Thomasius..., 2005, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

¹⁹¹ TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura...*, p. 384, *apud* GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius...**, 2005.

CAPÍTULO II – SOCIOGÉNESE DO CRIME, TEORIAS E PROBLEMAS DOS FINS DAS PENAS

Pretende-se neste Capítulo II abordar sobre o pensamento do crime e responder à questão sobre: ***quais os principais problemas apontados aos fins das penas no atual modelo de Justiça Penal, que justificam um novo paradigma de punição e de Justiça Penal?***

Para tal, ilustrar-se-ão algumas correntes filosóficas sobre os fins das penas, especificamente o crime e sua sociogénese, onde se revisita os clássicos do pensamento criminológico, especificamente o crime na idade antiga, idade média, a criminologia clássica e positivista. Posteriormente faz-se abordagem em volta das teorias absolutas e relativas e o debate entre retribuição e prevenção no âmbito do penalismo moderno, incluindo a questão da proporcionalidade, sobretudo, no que diz respeito a aplicação judicial da pena.

Posteriormente far-se-ão críticas à pena, olhando para a questão da retaliação que se caracterizou sempre como uma forma de fazer Justiça. Outra corrente que será apresentada é a abolicionista, e neste caso, com perspectiva de negar parte de suas teses, como por exemplo, aquela que propõe a eliminação total do modelo vigente de Justiça Penal. Contudo outras teses são aproveitadas, tal é o caso da proposta de alternativas aos regimes de segregação. Posteriormente discutir-se-á o problema dos fins das penas e a consagração legal em Moçambique.

1. O CRIME E SUA SOCIOGÉNESE: REVISITANDO OS CLÁSSICOS DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

1.1. O Crime na Antiguidade: justificação a partir de causas externas e sobrenaturais

Embora o séc. XIX tenha marcado uma grande viragem na abordagem sobre o crime, com o aparecimento de várias perspectivas de estudo (desde os seus fatores biológicos, psicológicos e sociais), as preocupações sobre este “fenómeno” remontam já desde a antiguidade.

Com efeito, na idade antiga predominava o pensamento de que o criminoso era um sujeito diferenciado dos outros e que o cometimento de crimes se devia a causas externas aos sujeitos,

especificamente de origem sobrenatural e divina e, por conseguinte, difícil ou quase impossível de explicar. Apesar disso, havia forte preocupação de se saber se de facto não existia fatores intrínsecos entre o crime e o ser humano ou o sujeito que o cometia. Dessas preocupações surgiram duas correntes de pensamento: a primeira, buscou entender o crime a partir dos traços dos indivíduos (maldade, imoralidade, egoísmo, irracionalidade), e a segunda procurou compreender o crime a partir de condições internas do sujeito, isto é, questões biológicas.¹⁹²

ALMECEON, de Cretona, filósofo e médico grego do séc. VI a.C., considerado por muitos o pai fundador da patologia fisiológica, considerava que o homem tinha tanto de animal como de divino, pelo que o criminoso, tal como o doente, era um desequilibrado que potenciava a face animal do ser humano. Diz-se que ALMECEON, já na sua época, “foi demasiado longe” ao dissecar animais com o intuito de examinar as conexões entre as condutas e características biológicas do ser humano e dos animais, pois, acreditava que existiam muitas semelhanças.¹⁹³

Por seu turno, SÓCRATES, que viveu entre 469-399 a.C., trouxe grande contribuição sobre o comportamento criminoso ao defender, já na época, que a instrução e a formação de caráter proporcionaria a reabilitação do criminoso, prevenindo-se assim a reincidência.¹⁹⁴

Já PLATÃO, discípulo de SÓCRATES, que viveu entre 428-347 a.C., elencou na sua famosa obra *A República*¹⁹⁵ alguns fatores, que poderiam contribuir para o cometimento de crimes, mormente, fatores políticos, económicos e sociais. Destes fatores, concluiu que os mais determinantes eram a ignorância, a miséria e a cobiça. PLATÃO retoma estas conclusões na sua obra as *Leis*¹⁹⁶ e fundamenta que o crime é na verdade uma doença de causa que se apresenta como uma tríade: fruto de paixões (inveja, cobiça e cólera), da ignorância e da busca desenfreada pelo prazer.¹⁹⁷ Nesse contexto, PLATÃO propôs que, a pena deveria ser não apenas como um castigo, mas como um antídoto para o mal, quer dizer como forma de curar a doença que assolou o delinquente. Assim, como conclui Helena MACHADO,

se a concepção platónica de Estado se funda na ideia de que este deve proporcionar ao homem as melhores condições para desenvolver as suas virtudes e eliminar os seus males,

¹⁹² MACHADO, Helena. **Manual de Sociologia do Crime**. Porto: Edições Afrontamento, 2008, p. 58-59.

¹⁹³ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 54.

¹⁹⁴ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 54.

¹⁹⁵ Cf. PLATÃO. **A República**. 7. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

¹⁹⁶ Cf. PLATÃO. **As Leis e Epinomes**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Vol. XII-XIII. Pará: Universidade Federal do Pará, 1980.

¹⁹⁷ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 54.

as penas assumirão uma vertente pedagógica, um papel educativo, destinado a conduzir o homem para o Bem (ideia suprema). Nunca na perspectiva de PLATÃO, o cumprimento das leis de uma Sociedade deve ser feito por temor à punição, mas sim por vontade de manter a coesão social.¹⁹⁸

ARISTÓTELES, aluno de PLATÃO, que viveu entre 384-322 a.C., nas suas reflexões sobre a moral e a política e nas obras *Ética a Nicómaco*¹⁹⁹ e *Política*²⁰⁰, retomou as discussões sobre o crime, sobretudo as causas e ações para a sua prevenção. Das reflexões feitas por ARISTÓTELES, Helena MACHADO conclui que, há uma larga contradição nas análises do filósofo grego, na medida em que,

se por um lado, na *Ética a Nicómaco* adota uma visão repressiva do crime, considerando o criminoso um inimigo da Sociedade que deve ser castigado pela força, na *Política* considera a miséria a principal causa do crime e da revolta e os delitos mais graves seriam os cometidos para consumir o supérfluo.²⁰¹

Portanto, como se pode notar, as preocupações sobre o crime remontam desde a antiguidade clássica, em que o cometimento dos crimes tinha explicações subjetivas, associada a causas sobrenaturais e divinas. ALMECEON, de Cretona, associou o comportamento criminoso com o comportamento selvagem dos animais, acreditando mesmo haverem fortes ligações entre o cérebro humano e animal. Sócrates, por outro lado, considerou que a instrução e a formação eram grandes antídotos contra a reincidência. Já PLATÃO cingiu-se mais na personalidade dos indivíduos e constatou que o comportamento criminoso é resultado da inveja, cobiça, ignorância e procura desenfreada do prazer, ao passo que ARISTÓTELES também vem a procura de consumo como causa do comportamento criminoso.

1.2. O Crime na Idade Média: uma justificação espiritual

Tal como na Idade Antiga, na Idade Média o comportamento criminoso era justificável por fatores divinos e sobrenaturais e o crime não passava de um pecado punível com penas cruéis e torturas. Contudo, conforme nota Helena MACHADO citando George VOLD, a justificação por fatores

¹⁹⁸ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 54.

¹⁹⁹ Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova, 1984.

²⁰⁰ Cf. ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Martins Fontes. São Paulo, 2000. Título original: *La Politique*.

²⁰¹ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 54-55.

divinos evidenciou-se mais e a chamada “justificação espiritual” para ocorrência de crimes alicerçou a Justiça Criminal na Europa durante séculos.²⁰² Esta quimera de se identificar o crime como um pecado conferia, sem restrições, um amplo poder à igreja e ao poder político para, em nome de Deus, levarem a cabo torturas e penas cruéis.²⁰³

Entretanto, essa visão sustentada por vários séculos foi refutada por S. Tomás de AQUINO, que viveu entre 1226-1274, cultor da filosofia aristotélica em conciliação com o cristianismo e defensor da justiça distributiva. É certo que S. Tomás de AQUINO deu seguimento ao pensamento da justificação espiritual da ocorrência do crime, mas acessível ao entendimento humano devido à componente da fé que deve pertencer aos homens. Nesse contexto, o crime seria uma violação também à lei divina, prejudicando tanto a vítima como o agente infrator. Outra grande contribuição de S. Tomás, exposto na *Summa Theologica*, foi a de constatar que o roubo, tido como o crime mais vulgar, tinha como catalisador a pobreza. Defendeu igualmente que a finalidade da pena era de ser uma medida de defesa social que possibilita a regeneração do agente, o exemplo para a Sociedade, além de, é claro, conter uma ameaça.²⁰⁴

Thomas MORE, que viveu entre 1478-1535, devoto de PLATÃO, embora considerado “idealista” por muitos, nos seus estudos sobre a Sociedade perfeita, trouxe uma visão “realista” do fenómeno criminal ao considerar “o crime como um reflexo da própria Sociedade, que tem como principal causa a opulência dos ricos, que atrai os pobres para a cobiça e o roubo.”²⁰⁵ É assim que na visão deste filósofo exposta na obra *Utopia* na cidade imaginária que idealizara, não há espaço para o crime, uma vez que existem poucas leis, por haver comunhão entre de bens e inexistência da propriedade privada. Assim, não haveria necessidade do luxo – que seria tido como o principal fator da ocorrência do crime –, uma vez que as pessoas viveriam apenas com o necessário.²⁰⁶

Helena MACHADO²⁰⁷ destaca também Battista Della PORTA que viveu entre 1535-1615, renascentista, cujos trabalhos foram fundamentais para os fundamentos da frenologia, a ciência que estuda a estrutura do crânio humano e da fisionomia, cujo objetivo é explicar o comportamento humano com base nas características faciais. Esta abordagem teve forte impacto na Europa, nos

²⁰² VOLD, George *et alli*. **Theoretical Criminology**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 14, *apud*, MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 55.

²⁰³ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 55.

²⁰⁴ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 55.

²⁰⁵ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 56.

²⁰⁶ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 56.

²⁰⁷ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 56.

séculos XVII e XIX e foram fundamentais para a análise biológica dos criminosos, especificamente para o trabalho que viria a ser desenvolvido por LOMBROSO, conhecido como o precursor da criminologia científica.

1.3. A Criminologia Clássica: justificação a partir do contrato social e da racionalidade

A chamada criminologia clássica surgiu com o iluminismo, que foi pródigo em reflexões sobre as articulações entre o criminoso, a Sociedade e as leis. Esta corrente caracteriza-se pela negação das anteriores concepções sobre a criminalidade, essencialmente às explicações divinas e sobrenaturais. A tese principal defendida pela criminologia clássica é de que o crime resulta de um ato individual de livre vontade, de caráter racional e calculista, com base no princípio do mínimo esforço e máxima obtenção de ganhos e de prazer. Por isso, ao fazê-lo o criminoso calcula os riscos, ganhos e desvantagens.²⁰⁸

De entre os principais representantes da criminologia clássica encontra-se Cesare BECCARIA, que viveu entre 1738-1794. Entretanto, o trabalho de outros filósofos anteriores, especificamente os chamados contratualistas, foi fundamental para dar bases a esta corrente, entre eles, Thomas HOBBS, MONTESQUIEU, VOLTAIRE e ROUSSEAU.

Thomas HOBBS, por exemplo, que viveu entre 1588-1678, autor da obra *Leviatã*, refletiu em torno da ordem social e examinou as dificuldades de obter uma Sociedade justa e pacífica com indivíduos egoístas, individualistas e predisponíveis a praticarem o mal aos outros homens. Essas características, diga-se natas, dos homens geram a guerra, daí a necessidade de organizar a Sociedade, isto é, um contrato social para evitar os conflitos e a autodestruição. Na essência, este contrato social não seria nada mais nada menos que um pacto em que os indivíduos abdicariam de parte de seus direitos em troca de segurança e bem comum. Assegurada a ordem social, cada indivíduo espera proteção por parte do soberano (*Leviatã*) e acordasse, conscientemente, o cumprimento escrupuloso do acordo, estando cada um ciente das perdas e ganhos.²⁰⁹

²⁰⁸ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 56.

²⁰⁹ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 57.

Assim, o criminoso seria um indivíduo egoísta, que se furta do cumprimento deste pacto, isto é, do contrato social estabelecido livre e conscientemente, sendo por isso, legítima a ação pela força por parte do soberano (Estado) para assegurar a manutenção da ordem social acordada e punir a ação perturbadora da concórdia, harmonia, ordem e paz social.²¹⁰

MONTESQUIEU, que viveu entre 1689-1755, autor da obra *O Espírito das Leis*, procurou entender as regras impostas pela Sociedade e como estas se relacionam com as condutas dos homens e a estrutura geral do meio social. Neste caso, a diversidade e as especificidades das Sociedades e culturas humanas é resultado da diferenciação do clima, da educação, da cultura e das condições de vida. Para este filósofo, o bom legislador seria aquele que se empenha na prevenção do crime e não se contenta, simplesmente em aplicar sanções. Portanto, MONTESQUIEU procurou trazer um sentido reeducador da pena e classificou os crimes em função do bem jurídico atingido.²¹¹

Outro importante filósofo, Jean Jacques ROUSSEAU, que viveu entre 1712-1778, autor da obra *O Contrato Social*, trouxe uma ideia de crime muito interligada à origem natural da Sociedade e ao contrato social ao abordar sobre o estado natural, defendeu os direitos à liberdade e à igualdade, como sendo inalienáveis ao indivíduo. Quanto ao contrato social, o filósofo advogou que, havendo uma Sociedade organizada em que cada indivíduo doa parte de seus direitos para receber em troca à segurança, certamente o crime reduziria drasticamente.²¹²

As reflexões de Jean Jacques ROUSSEAU seriam retomadas por VOLTAIRE, que viveu entre 1712-1778 e apresentou uma concepção da criminalidade voltada para a pobreza. Entretanto este filósofo era contra as penas cruéis, os martírios e os suplícios aplicados na época, incluindo a pena de morte. Mas Voltaire, tal como Christian THOMASIIUS teve grande importância na luta pela humanização das penas e reforma das prisões.²¹³

César BONESANA, o Marquês de BECCARIA, que viveu entre 1738-1794, precursor de Jean Jacques ROUSSEAU, autor da obra *Dos Delitos e Das Penas*, aparece no grupo dos filósofos contratualistas e suas principais contribuições foram de estabelecer uma separação entre a Justiça divina e Justiça humana e exposição de um conjunto de propostas para a reforma do sistema de Justiça Criminal, por forma a torná-lo mais racional, evitando-se penas cruéis e desumanas. Para

²¹⁰ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 57.

²¹¹ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 57.

²¹² MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 57.

²¹³ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 57.

BECCARIA as penas têm sua utilidade, mas a pena a ser atribuída a cada indivíduo deve ser proporcional à sua liberdade.

Em suma, os contratualistas têm como ponto comum o facto de considerarem a vontade e o livre arbítrio do indivíduo para o cometimento ou não do crime, que pode ser controlado pelo medo ao castigo.

1.4. A Criminologia Positivista: justificação empiricista e da negação do livre-arbítrio

As teses da criminologia clássica foram colocadas em “xeque” quando em 1827 começaram a ser publicadas estatísticas anuais na França. Estas publicações refutavam a ideia defendida pela criminologia clássica de que o crime resulta de um ato de livre vontade, pois se, por um lado, evidenciavam a regularidade do crime e não a sua variação, por outro, constatava que ao contrário das conjeturas dos contratualistas, a criminalidade estava a aumentar drasticamente e não estava a ser controlada socialmente. Desde então, o positivismo criminológico vem se firmando a partir dos seguintes postulados:

- a) negação do livre-arbítrio e a certeza do determinismo e previsibilidade dos fenómenos humanos, reconduzíveis a leis;
- b) a crença da neutralidade axiológica e separação entre a ciência e a moral;
- c) recurso privilegiado aos métodos experimentais e ao empiricismo.

De entre as questões que alteraram radicalmente o estudo do crime pode-se destacar: a expansão demográfica, a acelerada urbanização e a industrialização. Nesse sentido houve diminuição das expectativas otimistas criadas pelas teorias reformistas do sistema penal do iluminismo e intenso questionamento da natureza e causas da criminalidade.

Neste contexto Cesare LOMBROSO que viveu entre 1835-1909, influenciado por Charles DARWIN (*A Origem das Espécies*) e pela frenologia, conhecido como o fundador da antropologia criminal, aparece como o pensador que mais impulsionou os estudos da criminalidade no séc. XIX que

se estenderam até ao séc. XX e que até os dias de hoje continuam a marcar o pensamento do crime, sobretudo, as teorias biopsíquicas mais ortodoxas e radicais, como considera Helena MACHADO.²¹⁴

De entre as principais contribuições de Cesare LOMBROSO destacam-se os fundamentos da criminologia científica, na qual advoga que as causas do crime são procuradas pela observação empírica de traços físicos de criminosos e características inatas dos indivíduos. Tendo como suporte estudos genéticos e evolutivos influenciado por DARWIN, LOMBROSO defende que alguns criminosos têm traços de “atavismo” físico e psíquico (reaparição de características que foram apresentadas somente em ascendentes distantes), de tipo hereditário, reminescente de estágios mais primitivos da espécie humana e que se traduz em formas e dimensões anormais do crânio e da mandíbula e assimetria da face. Com base nisso afirmou que há indivíduos já predispostos à prática de crimes. O que LOMBROSO referia é que as características acima descritas fazem-se acompanhar de certos traços de personalidade, tais como falta de sensibilidade diminuta à dor, leviandade, crueldade, instabilidade, aversão ao trabalho e tendências a superstições.²¹⁵

Enrico FERRI e Rafael GARÓFALO, discípulos de LOMBROSO, também deram suas contribuições ao positivismo criminológico, na mesma perspectiva de LOMBROSO, mas, o primeiro chamou atenção para a importância dos elementos sociológicos na ocorrência do crime e o segundo apontou para a lei da adaptação e a questão psicológica como preponderante para o cometimento de crimes.

Helena MACHADO esteando-se em Carvalho FERREIRA²¹⁶ conclui que neste conjunto de autores assistimos a uma concepção de Política Criminal assente na ideologia do tratamento do criminoso, e à ampliação das exigências e direitos da Sociedade sobre o criminoso, reforçando-se assim o primado da defesa da Sociedade perante a ameaça da criminalidade. Ainda de acordo com Helena MACHADO²¹⁷, a criminologia clássica e o positivismo criminológico adotam posições diferentes sobre o crime e o criminoso, o que permite formular diferentes Políticas Criminais.

²¹⁴ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 59.

²¹⁵ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 59.

²¹⁶ FERREIRA, José Manuel Carvalho *et alii*. **Sociologia**. Lisboa: Mc Grawhill, 1995, p. 3 e ss. *apud* MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 60.

²¹⁷ MACHADO, Helena. **Manual...**, p. 60.

Se o indivíduo possui livre arbítrio e coteja as vantagens e desvantagens da prática do crime, guiando-se pela racionalidade e pelo cálculo, permitindo-o adotar uma postura hedonista²¹⁸, pela qual procura maximizar o prazer e evitar a dor e o sofrimento, então o sistema de Justiça Criminal deverá punir o criminoso, procurando desse modo evitar ou diminuir a prática do crime. Mas se o comportamento do criminoso resulta de fatores biológicos e/ou psicológicos então a saída – pelo menos como se defendeu – seria a eliminação do criminoso ou o seu tratamento.

2. CRÍTICA DA PENA: “OLHAR O PASSADO”

Na história da humanidade a retaliação sempre foi uma forma de fazer Justiça e se baseava muitas vezes na pena de morte e na lei de Talião.²¹⁹ Portanto, confundia-se retaliação como sendo pena, ou seja, era prática fazer com que o suposto agressor “sentisse a mesma coisa que a vítima sentiu ao ser agredida”.²²⁰ No período da Grécia antiga, por exemplo, num primeiro momento imperava à “vingança de sangue” e posteriormente um dos primeiros sistemas de aplicação de penas foi instituído pelo rei Hammurabi da Babilônia que se baseava na lei do Talião, que estabelecia punições cruéis.

Por outro lado, no Império Romano, foram instituídas penas como a crucificação, aplicada por Pôncio Pilatos, imperador de Roma aos que eram considerados criminosos, tal como aconteceu a Jesus.²²¹

De outra forma, o Direito canônico que teve vigência na idade média, que predominou na idade média, propagou o carácter sagrado do castigo, que muito embora permanecesse cruel, mas já havia a intenção de recuperação do agente.²²² O Direito canônico concebeu inicialmente o Direito de

²¹⁸ A essa postura hedonista do cidadão, isto é, essa vontade de procura de maximização do prazer, pelo consumo, Gilles LIPOVETSKY chama de “prazer narcísico”, e que de certa forma faz o indivíduo sentir uma distância em relação à maioria das pessoas, beneficiando-se de uma imagem positiva de si para si. LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a Sociedade de hiperconsumismo. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 2007, p. 9.

²¹⁹ Caeiro da MATTA ao falar das limitações ao princípio da vindicta privada, talião e composição diz que, o exercício da vingança privada tem o duplo inconveniente, ou seja, do excesso e de envolver uma provocação a novas violências, determinando assim lutas intermináveis. A vingança, descreve ele, citando Von IHERING, não conhece outra medida senão o grau, puramente acidental e arbitrário. Em lugar de tirar força a injustiça, tem como único efeito duplicá-la, acrescentando à injustiça existente - uma nova injustiça. Caeiro da MATTA. **Direito...**, p. 18. Também, Alves de SÁ, comenta que como primeira limitação ao exercício da *vindicta privada* surgiu o talião pelo qual o mal causado a título de represália nunca podia exceder a gravidade da ofensa. As leis mosaicas definem bem essa forma atenuada da vingança: “*fracturam pro fractura, oculum pro oculo, dentem pro dente restituet*”. Vide também SÁ, Eduardo Alves de. **Código das Leis (Direito privado) de Hammurabi rei de Babilônia (a. 2285-2242 a. C.)**. Lisboa: Lisboa Editora, 1903.

²²⁰ LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, p. 10.

²²¹ E a este propósito veja-se ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. 1ª Ed. Trad. Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

²²² SILVA, Douglas Pereira da. **O Fracasso do Sistema Penal Retributivo e Considerações Teóricas Sobre a Justiça Restaurativa**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?art.s&ver=2.53484&seo=1>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

punir como um poder disciplinar, que a Sociedade exercia sobre os membros que voluntariamente se haviam submetido as suas regras. Mais tarde, os bispos vieram a ter jurisdição penal, por delegação soberana, revestindo o Direito Penal o carácter romano de *pública disciplina*. Com o decorrer do tempo, usurpado o poder soberano, a igreja assume o magistério punitivo como delegação divina para exercer a *vindicta* contra os delinquentes.

É uma *vindicta* determinada pela necessidade de manutenção da ordem jurídica, cuja distinção da ordem moral já aparece fixada no Direito canónico. E se a pena tem, por um lado, o carácter de retribuição, por outro apresenta o de intimidação, estendendo-se aos mortos e aos parentes inocentes do malfeitor.²²³ O carácter desumano das penas influenciou vários filósofos e penalistas que fizeram emergir novas correntes de pensamento.

Também, na mesma linha, o trabalho de Cesare BECCARIA, foi importante para o surgimento da Escola Clássica, que se opõe não só a pena capital, como também às penas desumanas. Portanto, a partir desta Escola começa a falar-se com mais ênfase da proporcionalidade entre o ato cometido e a correspondente sanção.

Sobre a questão da punição BECCARIA advertiu o seguinte:

A moral política não pode oferecer à Sociedade nenhum benefício duradouro, se não for fundamentada sobre afeições indeléveis do coração do homem. Toda lei que não for fundada sobre essa base encontrará uma oposição à qual será compelida a ceder. Se analisarmos as profundezas do homem, encontraremos nelas os princípios do Direito de punir.

Portanto, defendia BECCARIA a questão da proporcionalidade e da humanização das penas. Acontece que já na Roma antiga podia se observar os primeiros passos para a humanização da pena, mesmo que de forma involuntária, pois, não mais se pagava os crimes com a vida, mas com a transformação do criminoso em escravo, não havendo mais mutilações e penas de morte.

Esta questão da racionalização, humanização e proporcionalidade das penas deu ímpeto ao chamado procedimento de modernização do Direito Penal e do avanço da Escola Clássica, que teve participações também de colaborações do inglês Jeremy BENTHAM, dos Franceses MONTESQUIEU e VOLTAIRE, dos Alemães HOMMEL e FEUERBACH e dos Italianos BECCARIA, FILANGIERI e PAGANO.

²²³ MATTA, Caieiro da. **Direito...**, p. 260.

Na sua essência, a Escola Clássica aparece e se solidifica em confronto com a Escola Positiva. Cesare LOMBROSO, por exemplo, considerado o criador da antropologia criminal contribuiu bastante para o progresso da então chamada “nova teoria penal”, especificamente quanto a contribuição da sanção aplicável, que ele chamava de personalidade da conduta criminal.

Já no trabalho *O Homem Delinquente (1876)*, Cesare LOMBROSO, argumentou que o homem é susceptível de já nascer criminoso, por questões biológicas e anomalias físico-psíquicas. Com este pensamento dá-se o início à chamada Escola Positiva de pensamento, que aparece, como se disse, em oposição à Escola Clássica, especificamente quanto a questão do livre-arbítrio. Assim, para a Escola Positiva, o fundamento da punição seria a proteção da Sociedade e a prevenção do cometimento de novos crimes.

A Escola Positiva exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena, princípio que rege o Direito Penal até hoje, levando em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do delinquente para o estabelecimento da justa sanção.

Ora, examinando estas duas opostas escolas de pensamento denota-se que uma e outra diferem na forma de observar o crime. De acordo com a Escola Clássica, por exemplo, o homem tem a liberdade para executar ou não a ação delituosa, mas esta corrente não analisa os traços do sujeito dessa ação²²⁴, por outro lado, a corrente Positivista preocupa-se com os traços do criminoso, auxiliando-se para tal de várias áreas do saber social, a psicologia, a sociologia do crime e do desvio, a antropologia e a psiquiatria, só para citar.

3. PONTOS CRÍTICOS DO SISTEMA PENAL VIGENTE: A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E ACEITAÇÃO PARCIAL DE ALGUMAS TESES DO ABOLICIONISMO PENAL

Mais do que apresentar as incongruências das penas, nos propusemos em apresentar na Tese os pontos críticos do sistema penal vigente, que justificam à Justiça Restaurativa. Portanto, pretendemos demonstrar a importância da chamada criminologia crítica²²⁵ para a Justiça Restaurativa.

²²⁴FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime; prefácio de Beleza dos SANTOS; tradução de Paolo Capitanio. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 61.

²²⁵ Cláudia SANTOS refere à criminologia crítica, como a crítica do positivismo criminológico surgida na segunda metade do séc. XX. Refere ainda que não se desconhece, porém, o pensamento de autores que fazem coincidir tal denominação apenas com a nova criminologia de TAYLOR, WALTON e YOUNG, expoente da crítica materialista do idealismo criminológico dos anos sessenta ou com o surgimento de um conjunto de correntes criminológicas posteriores à criminologia radical, nomeadamente, o realismo de esquerda. Cláudia SANTOS. **A Justiça...**, p. 62-63. Mais detalhes sobre a criminologia crítica encontram-se em SANTOS, Cláudia. **O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na Administração da Justiça Penal)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 135 e ss.

A pergunta que se pretende responder nesta parte é: ***quais são os pontos críticos da Justiça Penal vigente que justificam outra forma de Justiça, mais inovadora e menos formalizada e burocrática?*** Mas também, pretende-se nesta parte comprovar as seguintes hipóteses:

O Tratamento punitivo que se dá aos seres humanos no atual sistema de Justiça Criminal é do Estado absolutista, diferenciado e provoca incoerência entre a doutrina penal e os princípios constitucionais do Estado de Direito Democrático em virtude de se exercer um poder punitivo estruturalmente discriminatório, obsoleto, ineficaz e que favorece a superlotação das prisões representando elevados custos ao Estado.

A impiedade do sistema vigente de Justiça Penal, o seu caráter seletivo, as suas dificuldades, a ineficácia, a questão estatística e das cifras negras, por um lado, e por outro, as possibilidades de abertura a outros mecanismos de resolver litígios, fora deste sistema burocrático, leva os penalistas a repensarem em outras formas alternativas de Justiça Criminal.

Para tal, socorremo-nos inicialmente de uma das correntes da chamada criminologia crítica, que, na essência, se têm mostrado reversa ao sistema penal vigente, e neste caso concreto, para a Tese, escolhemos o abolicionismo penal.

O estudo da criminologia crítica é importante porque se julga que a grande mudança do paradigma criminológico resultou da crítica do paradigma positivista encetada pelos criminólogos que escolheram como objeto de estudo a crítica das instâncias de controlo estatal, que surgiu – como veremos – do interacionismo simbólico e com a *labeling approach* ou teoria da rotulagem.²²⁶

Entretanto, antes de entrarmos ao cerne desta corrente, é importante lembrar que na Introdução da Tese fizemos referência que, embora se reconheçam muitas falhas e problemas no sistema penal vigente, e em *ultima ratio* a Crise da própria Justiça estatal, e, apesar de se propor um novo paradigma para a restauração e superação dessa Crise, não se cogita em nenhum momento a substituição do Direito estatal.

²²⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, p. 63.

Por outro lado, mencionamos que ainda que a Justiça Restaurativa é hoje concretamente uma proposta já em consideração por parte de muitos penalistas, é preciso cautelas para evitar correr uma série de riscos para que as suas designações e propostas não possam ser eivadas de preconceitos. E no caso, as cautelas que nos referimos definem – *a priori* – o sentido de uma provável institucionalização dos princípios da Justiça Restaurativa, e para tal, afastamos parcialmente algumas teses do abolicionismo penal, que assumem a natureza não jurídica da pena. Entretanto, amparamos algumas teses desta corrente que são de extrema relevância para a nossa proposta.

3.1. Raízes e Traços do Abolicionismo Penal

Na essência, conforme dissemos, o abolicionismo penal faz parte da chamada criminologia crítica²²⁷ que surgiu na década de 60 (criminologia de 60), a partir da etnometodologia²²⁸, da antipsiquiatria²²⁹ e do interacionismo simbólico, que diante de um contexto social fértil abriu-se espaço para críticas aos postulados da criminologia positivista²³⁰ – que se baseava no paradigma etiológico, que vê a criminologia como sendo a ciência que explica os porquês do cometimento de crimes.²³¹ Mas também outras correntes encontram-se agrupadas no abolicionismo penal, como a criminologia radical e a chamada criminologia marxista.

Os autores Ian TAYLOR, Paul WALTON e Jock YOUNG, foram preponderantes para esta nova abordagem do crime, ao elaborarem em 1973 um trabalho intitulado *A Nova Criminologia: para uma teoria social do desvio*, que foi especialmente importante para o desenvolvimento dessa nova forma de pensar a questão criminal. A obra apresentou um balanço crítico dos pensamentos criminológicos até o ano da sua publicação, numa clara tentativa de se desvincular do que se considerava como “criminologia oficial” daquela época.²³²

²²⁷ LARRAURI, Elena. *La Herencia de La Criminología Crítica*. 2ª Ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1992, p. 38.

²²⁸ Surgida nos EUA, com os trabalhos de Alfred SCHUTZ, que a partir da chamada sociologia da fenomenologia, concluiu que a realidade social não se pode ver apenas por um prisma objetivo, mas sim como construção social cotidiana a partir da interação entre os diversos segmentos sociais. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 92.

²²⁹ SPOHR, Bianca; SCHNEIDER, Daniela Ribeiro. *Bases Epistemológicas da Antipsiquiatria*: a influência do Existencialismo de Sartre. Rev. Abordagem Gestalt. v.15 n.2 Goiânia, dez./2009.

²³⁰ É preciso também referir e conforme mencionou Segundo Van SWAANINGEN que “na Europa a criminologia crítica se tornou uma vítima de seu próprio sucesso: muitos dos temas abordados por acadêmicos críticos nos anos 1960 e 1970 tiveram respaldo legislativo nas duas décadas seguintes, fazendo com que parte do projeto crítico passasse a integrar o discurso e a política oficial do Estado.” SWAANINGEN, René Van. *Reclaiming Critical Criminology: social justice and the European tradition*. In: *Theoretical Criminology*, vol. 3, n. 1. Londres: SAGE, 1999, p. 15.

²³¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 66.

²³² DEKESEREDY, Walter S. *Contemporary Critical Criminology*. Londres e Nova York: Routledge, 2011.

A proposta dos autores era construir uma nova criminologia – radical, crítica e materialista – que deveria se comprometer “com a abolição das desigualdades de riquezas e de poder a partir de uma perspectiva marxista, à qual se propunham completar com a percepção do delito como uma consequência da estrutura social na qual acontece,” visualizando “as origens estruturais e superestruturais do desvio, assim como as reações mais imediatas das instâncias oficiais e do público.”²³³

Caracterizando a chamada virada criminológica, surge, então, a teoria da etiquetamento (*labeling approach*) também chamada de teoria da reação social.²³⁴ Em conformidade com a *labeling approach*, cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós. Nessa ordem de ideia, o aprisionamento nada mais é que uma “caixa de ressonância” que reproduz tão somente aquilo que lhe é entregue, sem criticar e nem examinar.

É disto que a *labeling approach* veio contrapor, questionando as respostas dadas pelas instituições de controlo e prevenção da criminalidade, desde a Polícia, o Ministério Público, os Tribunais e os próprios estabelecimentos prisionais.²³⁵

Aprofundado pela corrente interacionista e construtivista – para a explicação do comportamento humano, a *labeling approach*²³⁶ parte do pressuposto dos comportamentos desviantes e respostas a estes comportamentos como recíprocos, mas independentes, concluindo que não existe ação recíproca entre crime e desvio, de tal sorte que as duas categorias não constituem traços ontológicos do ser humano, mas sim rótulos imputados aos sujeitos, através de processos selectivos.²³⁷

Neste sentido, Alessandro BARATTA comenta que:

O entendimento de que não é provável observar a criminalidade como um dado pré-estabelecido, às acepções legais de determinados comportamentos e sujeitos é própria (...) das diferentes disposições da nova criminologia suscitada neste paradigma – *de reação social*. A apreciação do crime como uma conduta determinada pelo Direito, e a rejeição do

²³³ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 666.

²³⁴ ZAFFARONE, Eugénio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 60.

²³⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia...**, p. 86.

²³⁶ Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria da etiquetagem e a teoria sociológica do interacionismo simbólico ver DIAS, Jorge de Figueiredo. **A Perspectiva Interacionista na Teoria do Comportamento Delincente**. In: Separata do n.º especial do BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, 1981.

²³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão...**, p. 205.

casualismo e da ponderação do criminoso como sujeito *diferente*, são traços essenciais da nova criminologia.²³⁸

A criminologia crítica também pode ser dividida em duas fases: a primeira, denominada de nova criminologia marxista, que se caracterizaria por uma forte presença da economia para expor o crime e o Direito Penal, e a segunda, resultado da revisão dos próprios criminólogos críticos, denominada criminologia crítica propriamente dita, em que se soma à economia o contexto sociológico, político e cultural na explicação da delinquência e do Direito Penal.²³⁹

A nós interessa o abolicionismo penal, que tende a criticar o sistema de controlo estatal, que justificam esses outros novos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, no caso vertente, à Justiça Restaurativa, de acordo com a nossa proposta.

3.2. As Propostas do Abolicionismo Penal e a Justiça Restaurativa

Na essência, como já se vem afirmando, a proposta da Justiça Restaurativa se afasta da natureza ontológica do crime e critica os mecanismos estatais de controlo penal e, nas palavras de Cláudia SANTOS, “acompanhadas pela convicção de que os danos resultantes do cometimento daquilo a que se quis chamar de crime poderiam encontrar solução mais adequada, sob a perspectiva da vítima, mas também à luz dos interesses do agente e da Comunidade [...]”²⁴⁰ Por coincidência, conforme foi esclarecido anteriormente, a proposta do abolicionismo penal, também reage contra as instituições de controlo estatal, defendendo mesmo a eliminação da Justiça Penal nas mãos do Estado e consequente substituição por outros mecanismos fora do alcance do Estado.²⁴¹ De acordo com Luigi FERRAJOLI, esta corrente abolicionista leva em conta a ilegitimidade do Direito Penal por considerar proficua a eliminação da punição de forma como vem sendo feita e por considerar oportuno abrir espaço para outros mecanismos, diga-se informais de resolução de conflitos de natureza penal.²⁴²

Contudo, uma chamada de atenção é preciso fazer: já mais se deve associar o abolicionismo penal das teorias *substitutivas*, pois, estas últimas alvitram a comutação do tipo de resposta penal com procedimentos educativos informais, que na verdade nunca deixam o seu caráter

²³⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia...**, p. 30.

²³⁹ LARRAURI, Elena; MOLINÉ, José Cid. **Teorías Criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia.** Barcelona: Bosch, 2001.

²⁴⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, p. 91.

²⁴¹ ZAFFARONE, Eugénio Raúl. **Em Busca...**, p. 86.

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

coercivo, mesmo com as esperadas reformas, que na verdade não passariam de formas de punição pouco severas, mas sempre punições. Ao passo que a corrente abolicionista propugna que, uma vez que o Estado não consegue fazer face à sua tarefa de controlar e reagir contra a criminalidade, muito menos é proporcional, a solução é dissolver o Direito Penal e as instituições estatais que têm tais atribuições, propondo-se outras alternativas – como já foi dito –, para cumprir tais objetivos.

Neste sentido, Louk HULSMAN entende que a saída, como tem propagado, não é apenas humanizar as cadeias ou eliminar essa forma de punição, antes pelo contrário, todo sistema deve “cair”. Ainda de acordo com este autor “querer transfigurar a prisão – somente ela – implica apenas olhar por dentro do problema, sem olhar o que se passa por fora dele. Por isso, é necessário colocar-se por cima do processo, que inicia com a rotulagem e seleção dos sujeitos que serão encarcerados.”²⁴³

Diante do acima exposto, surge a nossa primeira objeção, no sentido de que entendemos que não é necessário desfazer o sistema penal no seu todo, mas sim, restaura-lo através de outros princípios alternativos, tal é o caso da Justiça Restaurativa e da valorização das formas comunitárias de resolução de conflitos.

Contudo, concordamos com Thomas MATHIENSEN, um dos acérrimos defensores do abolicionismo penal, quando destaca que “é necessário perceber que a hipótese de se aprisionar alguns indivíduos deve permanecer. Entretanto, o modo como estes devem ser tratados deverá ser totalmente diverso do que é praticado atualmente.”²⁴⁴

Como se pode concluir, esta corrente se contrapõe em relação a forma como o Estado executa as suas punições, que ficou deveras ultrapassada para os dias atuais. E mais ainda, com este método pouco eficiente, o Estado é incapaz de reduzir a reincidência, ressocializar o recluso e de modo geral diminuir a criminalidade, além, é claro, de propagar injustiças.²⁴⁵

²⁴³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 93.

²⁴⁴ MATHIESEN, Thomas. **The Politics of Abolition**. In: Contemporary Crises (atualmente, Crime, Law and Social Change), vol. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986. Ver também MATHIENSEN, Thomas. **A Caminho do Séc. XXI – Abolição, um sonho possível?** – Conversações abolicionistas. São Paulo. In: IBCCRIM, v.4. 1997, p. 227.

²⁴⁵ ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: Justiça terapêutica, instantânea e restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Desde já e como foi referido, reiteramos que a presente Tese não propõe a substituição do modelo atual da Justiça Penal – como faz parte da corrente abolicionista –, mas sim, a complementaridade com a proposta de Justiça Restaurativa com vista a melhorá-lo.

Portanto, do que foi aludido, observa-se que a proposta da Justiça Restaurativa não olvida, quer para aquilo que os aproxima, quer para aquilo que os afasta o “voltar de olhos”, nas palavras de Cláudia SANTOS, para o pensamento abolicionista. De forma simplificada, como bem retrata a autora supramencionada, talvez possa antecipar-se de que a proposta da Justiça Restaurativa tem na sua origem um património de ideias de inspiração abolicionista, ainda que a dado momento comece a encontrar o seu próprio caminho, muito por conta mesmo do conhecimento das limitações e dificuldades do abolicionismo penal.

4. DE NOVO A HERMÉTICA DOS FINS DAS PENAS: OS PROBLEMAS DA PREVENÇÃO GERAL, PREVENÇÃO ESPECIAL E DA RETRIBUIÇÃO

A hermética dos fins das penas não é nova e surge mesmo desde a antiguidade onde pensadores como EURÍPEDES e PÍNDARO apregoavam a pena como uma retribuição assente no dano, o que pressupunha um castigo igual ao mal praticado, numa correspondência que se pretendia objetiva. Nessa época não se exigia qualquer juízo de censura como requisito da sanção retributiva, mas sim o simples dano.

Entretanto, PLATÃO propôs uma posição diferente em que se privilegiava a substituição daquela teoria por uma outra de índole preventivo. Entendia este filósofo da idade antiga que as penas deveriam ser dirigidas para evitar futuras violações. Como corolário desta tese adveio o princípio da irretroatividade da lei penal. O crime é um facto consumado que não se apaga, mas a punição ao agente deveria atuar de um modo tal que ele no futuro não repetisse, nem os seus semelhantes o fizessem depois de presenciarem a punição.

Na Idade Média, as concepções religiosas influenciaram as teorias retributivas. Com o renascimento, uma nova separação surge apoiando-se os autores nas ideias de PLATÃO e preferindo a prevenção quando sob o ponto de vista prático, as penas continuam a ser aplicadas numa base retributiva. Este processo dinâmico e cíclico passou pela observação de KANT e HEGEL que defenderam uma posição retributiva em nome, para o primeiro, de um “imperativo categórico de

Justiça” e para o segundo “da pena que surge como reafirmação dialética do Direito de obediência do Estado violado pelo crime”.²⁴⁶

Já no séc. XIX na Alemanha, a escola correcionista atribui um papel prevalecte à prevenção especial, passando-se o mesmo com a escola lombrosiana na Itália. Hodiernamente Eduardo CORREIA é, sem dúvida, representante do pensamento retributivo refletindo-se o seu posicionamento em os fins das penas.²⁴⁷

Entretanto é preciso não olvidarmos duas questões que se colocam permanentemente, designadamente a primeira que se prende com a necessidade de esclarecer o que justifica a punição pelo Estado, isto é, de onde provem o *jus puniendi* de que é, em regra, o único detentor e, a segunda, que se prende com a necessidade de se saber se o Estado tem legitimidade para exercer o *jus puniendi*.

Para responder estas questões verifica-se que o Estado no prosseguimento de seus fins preconiza objetivos a alcançar em cada etapa do seu exercício, fixando assim os fins imediatos e fins mediatos.²⁴⁸ Dentro dos fins imediatos e no que concerne à prevenção e repressão da criminalidade – cuja realização está cometida ao Direito Criminal – as penas visam impedir que as pessoas cometam crimes. Com fins mediatos, o Estado pretende garantir a Justiça, a segurança e o bem-estar das pessoas e seus bens. Esta realidade, a propósito do Direito Criminal, é também defendida por Figueiredo DIAS.²⁴⁹

Na ótica do pensamento dos contratualistas, encontra-se BECCARIA que defende que o Estado se constitui por acordo social com base numa aceitação voluntária no sentido de abdicarem de parte da sua liberdade de modo a obter-se a estabilidade e a segurança e é por virtude desse acordo que fica legitimada a atuação do Estado que age em representação e como equilibrador restabelecendo a paz social sempre que se registre uma violação das regras básicas de convivência social.²⁵⁰

²⁴⁶ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal** - Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2015.

²⁴⁷ CORREIA, Eduardo. **Direito...**, p. 39 e ss.

²⁴⁸ GUEDES, Armando Marques. **Ciência Política** - Teoria Geral do Estado. Lisboa, ed. da AAFDL, 1982.

²⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. Editora: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983.

²⁵⁰ BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito Penal I**. Lisboa: AAFDL, 1985.

4.1. A Prevenção Geral

A ideia subjacente à teoria da prevenção geral consiste na visão da pena como uma ameaça penal explícita através de normas jurídicas, em que, anunciando o legislador uma determinada pena para um determinado crime, se supõe que os indivíduos abster-se-ão de praticá-lo por temerem as consequências legais.

Trata-se de uma ameaça legal que se consegue com a afixação e pronunciamento de medidas correspondentes ao mal, adotando-se molduras penais. Na verdade, aqui o legislador mais não faz que agrupar situações da vida real, que devido à sua especial perigosidade, merecem uma repressão penal em tutela de bens jurídicos relevantes.

A prevenção geral traduz-se também na aplicação concreta da pena ao criminoso sob o olhar da Sociedade, para que esta aprenda a respeitar a lei. Nela o elemento fulcral para a atuação da lei é o criminoso e a pena visa prevenir a prática de crimes futuros, tal como assinalava FEUERBACH, “a psicologia ensina que o homem age em vista de resultados que lhe dão prazer, nisto se traduz o poder apetitivo dos homens”.²⁵¹

É, pois, na esteira deste pensamento que, para retrain ou sustar essa tendência, o legislador profere uma ameaça suscetível de abalar o poder apetitivo, pronunciando penas para a generalidade das pessoas que possam vir a cair na “tentação”, negando valores jurídico-penais.

BECCARIA defende a prevenção geral pretendendo que o fim da pena é o de evitar que as pessoas cometam crimes e que a sua aplicação se deve restringir ao estritamente necessário, o que comporta, em si, a ideia da utilidade das penas.

A ideia de prevenção geral está ínsita, como vimos, na teoria do contrato social em que, para obterem a paz, segurança e estabilidade, os indivíduos alienam uma parte da sua liberdade, devendo o Estado restringi-lo ou pô-lo em causa na medida estritamente necessária e quando se justificar (visando evitar que se cometam crimes).

²⁵¹CORREIA, Eduardo. **Direito...**, p. 47.

4.2. A Prevenção Especial

O momento da prevenção especial é aquele em que se executa a pena correspondente ao sofrimento pelo criminoso, das consequências legais previstas, por não ter acatado a advertência legal. Ele surge, como resposta à não conformação do agente com as normas. A prevenção especial, assumindo-se como execução efetiva da ameaça anunciada na prevenção geral a quem agiu contrariamente ao “apelo” do legislador, pode concretizar-se de diferentes formas: a segregação do criminoso do meio social – visando a defesa da Sociedade ao perigo que representa o criminoso – significando prisão ou até a eliminação física do delincente (nos países onde vigora a pena de morte).

A ideia fundamental é permitir que, no isolamento, o criminoso possa ter tempo de corrigir a sua personalidade deficiente, optar-se pela sua ressocialização, em que se corrigem os considerados corrigíveis, adotando-se medidas consideradas curativas, tendentes a “recuperar” e adotar a indivíduo à vida social e, intimidar os suscetíveis de intimidação. A pena não assume aqui um carácter de castigo, mas um meio de defesa social que se fundamenta e justifica na perigosidade (atual ou futura) demonstrada pelo agente. O criminoso é tido como um indivíduo perigoso que instabiliza a Sociedade, daí decorrendo a necessidade de se adotarem meios de defesa.

Na prevenção dá-se primazia à perigosidade sobre a qual os fins das penas atuam. A teoria da prevenção especial foi particularmente defendida pela escola correcional da Alemanha que, na sua essência, comportava a ideia de recuperação dos criminosos pelo trabalho; daí que a cadeia assumisse o estatuto de um centro de recuperação, reeducação ou correção.

4.3. A Retribuição

A retribuição consiste na imposição ao criminoso de um mal igual ao crime que cometeu. Trata-se de fazer pagar o mal pelo mal e aqui, funciona a pena como um castigo. Para se retribuir é necessário que tenha sido praticado um ato ilícito sobre o qual recai um juízo de censura. Há aqui um juízo de culpa que se faz ao criminoso e que funciona como pressuposto para a aplicação da sanção retributiva. Modernamente, a culpa, entendida como “censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido atuar contra o dever quando podia ter querido atuar de acordo com ele”²⁵², doseia

²⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade...**, p. 22

a pena a sofrer pelo delinquente: “igualdade entre crime e pena significa, assim, proporção entre a gravidade da pena e a gravidade de ilicitude do facto e da culpa do delinquente”.²⁵³

A retribuição surge historicamente ligada às concepções religiosas que, influenciaram enormemente a dogmática criminal em diferentes épocas. Deste modo aparece a ideia retributiva conexas com as concepções divinas, com uma sustentação bíblica donde deriva a pena de Talião. Castigar os que pecam, corresponde no fundamental a punir os que cometem crimes e exige-se que ao crime corresponde uma pena “*talis*”. É na teoria retributiva baseada em princípios taliônicos que se encara a pena de morte para castigar os que matam, naquilo que podemos considerar, um dos poucos exemplos de correspondência perfeita entre o mal do crime e o mal a sofrer pelo criminoso.

KANT, um dos defensores das teorias retributivas, proclama que as penas teriam de ser aplicadas por “imperativo categórico de Justiça”.²⁵⁴ Esta ideia que no fundo reclama a punição dos criminosos porque assim “é” ou porque assim “deve ser”, encarava a punição como algo de inevitável, infalível, comportando também a ideia de indiscutibilidade da absoluta necessidade de se punir quem comete crimes, reiterando por um lado, com a indiscutibilidade do carácter divino da pena e por outro, com a absoluta necessidade de se punir, o pensamento de que o Direito é algo que tem de ser necessariamente cumprido.

Portanto, o enunciado da tese Kantiana conduz ao reconhecimento de que o Direito Penal é algo que se impõe e supera a vontade dos homens com carácter absoluto e indiscutível. Para KANT o imperativo categórico “seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”.²⁵⁵

Como se alcança desta escola de pensamento, castiga-se para retribuir um mal e nada mais. Não se prossegue daí qualquer outro fim. A pena visa, tão só, alcançar a Justiça. É assim, que para os defensores da teoria retributiva ela, não auxilia nada, abarcando um fim em si mesmo, que tem de haver para que a Justiça prevaleça. Este mesmo pensamento é comungado por teólogos das confissões cristãs que sustentam esta posição, considerando “a Justiça como mandato de Deus e a pena como execução da função judicial divina”.²⁵⁶

²⁵³ CORREIA, Eduardo. **Direito...**, p. 46

²⁵⁴ CORREIA, Eduardo. **Direito...**, p. 44.

²⁵⁵ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. De Edson Bini. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. 1 Ed. São Paulo, 2003.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal**. 2ª Ed. Lisboa: Vagas, 1968.

Para HEGEL, a pena como retribuição surge como reafirmação dialética do Direito do Estado violado ou negado pelo crime. Na verdade, HEGEL tinha como postulados filosóficos do seu idealismo dialético a prevalência da ideia sobre a matéria que, aplicada na relação entre o Direito e os cidadãos, levaria a encarar-se o crime como a negação do Direito pelo criminoso ao que o Direito deveria reagir, impondo-se sobre o indivíduo, num processo dialético de negação da negação para se atingir uma terceira etapa.²⁵⁷

Assim, o cometimento do crime representa o desequilíbrio dos laços contratuais que unem os indivíduos numa Sociedade, constituindo uma recusa do Direito e a punição seria uma negação do crime, restaurando-se o equilíbrio num teorema dialético de tese e antítese.

5. FINS PREVENTIVOS OU FINS RETRIBUTIVOS: A CONSAGRAÇÃO LEGAL EM MOÇAMBIQUE

Foi referido que a retribuição consiste na inflicção ao criminoso de um mal, um castigo, e esse mal, devia ser idêntico ao mal do crime praticado e como pretendia KANT e seus seguidores, tal seria por imperativo categórico de Justiça, em que, a pena não desempenharia outro papel, considerando-se o castigo, fim último em que se reprimem males passados, como modo de a Justiça impor-se.

Especificamente no ordenamento jurídico-penal moçambicano, o CP no Capítulo III, sobre a responsabilidade criminal, o art. 27º somente estabelece que “a responsabilidade criminal, consiste na obrigação de reparar o dano causado na ordem moral da Sociedade, cumprindo a pena estabelecida na lei e aplicada pelo Tribunal competente”. Por via disso, parece-nos estar patente o fim retributivo da pena ao pretender-se que a sanção se traduz num meio de reparar o dano que foi provocado na Sociedade.

De facto, esse modo de reparar o dano faz-se pelo cumprimento de uma pena, (pena de prisão, pena de multa ou até pena de prisão e multa) e pode abarcar eventuais indemnizações por perdas e danos, contribuindo, de certa maneira – sobretudo as sanções privativas de liberdade – para o arrependimento ou correção do indivíduo visado; o que, poderá induzir-nos a pensar que aí consagra-

²⁵⁷ BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito...**, 1985.

se também os fins preventivos, posição que é sustentada por alguns autores como é o caso de Beleza dos SANTOS.²⁵⁸

Mas pensamos que o cumprimento da pena imposto como um castigo e considerando o enunciado das teorias retributivas não é compatível com os objetivos da prevenção especial sobretudo se se consideram os fins que esta prossegue. Na realidade, quando se fala da pena retributiva e nos termos em que já nos referimos, o sentido que se deve alcançar é o de castigo, uma medida que se pretende “*retaliatio*” ao passo que na prevenção especial o objetivo é essencialmente corretivo. O cumprimento da pena no domínio da retribuição mais não constitui que a materialização do castigo para quem cometeu uma infração com culpa e parece-nos ser esta, a correta interpretação que deve resultar do art. 27º do CP.

Olhando, por um lado, aos fins que as reações criminais visam prosseguir – sobretudo os fins preventivos – e observando, por outro lado, o princípio da intervenção mínima que informa ao Direito Criminal, entendeu o legislador que se tratando de uma infração criminal mesmo grave, punível com uma pena até seis meses, poderia ser perfeitamente substituída por igual período de multa, evitando-se desse modo, a reclusão do indivíduo, protelando-se o seu convívio na cadeia.

Sob o ponto de vista de uma medida corretiva, entende-se haver inconvenientes derivados das penas curtas de prisão, daí, que se tenha dado a faculdade de se substituir as penas curtas de prisão até ao limite de seis meses, para evitar que se produzam efeitos penais contrários. A liberdade condicional funda-se na presumida readaptação social do delinquente, pois, com o cumprimento da metade da pena, acredita-se haverem sido cumpridos os fins da prevenção especial. Assim, verificando-se os dois requisitos importantes por lei: que o recluso tenha cumprido a metade da pena e que a demonstração da capacidade e vontade de se adaptar à vida honesta, estarão criadas as condições para ser solto. Pela interpretação, constatamos que formando embora – as disposições acima citadas – um conjunto harmónico, numa relação entre si de complementaridade, sendo dotadas de um pendor preventivo, não se ajustam ao conteúdo do art. 27º do CP que é acentuadamente retributiva, como já antes havíamos referenciado.

²⁵⁸ Cf. SANTOS, Beleza dos: **Rev. De Leg. E Jurisp.**, 1978, pp. 85 e ss

PARTE III

A CRISE DA JUSTIÇA PENAL E DO SISTEMA PRISIONAL EM MOÇAMBIQUE

1. A CRISE DA JUSTIÇA PENAL

Nesta parte pretendemos responder às seguintes questões de pesquisa: ***para além da questão dos fins das penas, quais são os pontos críticos da Justiça Penal vigente que justificam outra forma de Justiça, mais inovadora e menos formalizada e burocrática? O sistema penal vigente em Moçambique fornece ferramentas suficientes para a administração dos conflitos criminais?***

Já referimos na Introdução que a Justiça Penal em Moçambique está em Crise permanente, ou seja, para além de ser morosa, muitas vezes, há garantias constitucionais que não se cumprem, sendo exemplo disso, só para citar, entre outros, os prazos de prisão preventiva e as condições desumanas nos estabelecimentos prisionais.

Por outro lado, não são raras as vezes que o próprio Direito em si não consegue dar respostas eficazes, o que traz dificuldades mesmo aos próprios magistrados, advogados e os demais interessados nos processos criminais em Moçambique e em boa parte do mundo.²⁵⁹

Nesta parte, trataremos especificamente do caos e da Crise da Justiça moçambicana.

1.1. O Caos nos Tribunais e a Morosidade Processual

O Tribunal, conforme Marcello CAETANO, “é um órgão singular ou colegial, que por meio de uma petição, e procedendo com imparcialidade e independência segundo as normas legais, tem arbítrio para estabelecer a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto a fim de determinar

²⁵⁹ Atualmente, em vários países do mundo a Política Criminal (programa do Estado para controlar a criminalidade) tem sido motivo de preocupação e questiona-se a capacidade do Estado para fazer face aos problemas e soluções de conflitos, pois, o modelo tradicional de Justiça Penal (retributivo-punitivo) tem demonstrado fracasso. O tratamento punitivo que se dá neste sistema de Justiça, em Moçambique, por exemplo, aproxima-se ao do Estado de Polícia, que é obsoleto e diferenciado entre os cidadãos, podendo se dizer que desliza para o absolutismo. É um verdadeiro Direito Penal do inimigo diferente do Direito Penal do cidadão, se emprestarmos expressões de Günther JAKOBS. JAKOBS, Gunther; MELIÀ, Manuel Cancio. ***Derecho Penal del Enemigo***. Primera edición, Espanha: Thomson Civitas, 2003. Além do mais este sistema de Justiça Criminal não favorece as próprias instituições de Administração da Justiça e promove a superlotação nas prisões, que por sua vez constituem verdadeiras faculdades de criminalidade. Trata-se portanto, de um sistema de Justiça ineficaz que provoca uma contradição entre a doutrina penal e a teoria do Estado de Direito Democrático, pois, esta última não abre espaço para o exercício estruturalmente discriminatório do poder punitivo, conforme referiu ZAFFARONI. Cf. ZAFFARONI, E. Raúl. ***O Inimigo no Direito Penal***. Trad. de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Editora Revan, 2ª Ed, Rio de Janeiro, 2007.

o Direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados.”²⁶⁰ Entretanto, verifica-se em Moçambique que os Tribunais são verdadeiros domicílios da Crise, pois, é aí que se lhe podem surpreender os sintomas mais importantes.²⁶¹

Uma primeira objeção, na qual comungam magistrados, advogados e funcionários, é a de que os quadros dos Tribunais não acompanharam o ritmo de crescimento dos pleitos, pelo que a Justiça teve de se fazer apressada sem conseguir com isso deixar de ser vagarosa, e a qualidade das decisões veio a ter de ser sacrificada à quantidade.

Aos funcionários das secretarias pode-se exigir muitas vezes que sacrifiquem os seus domingos ou que permaneçam nos cartórios muito para além das horas que a lei marca para a duração do serviço, e com esse esforço, que na verdade é grande e merece agradecimento, os processos lá vão andando.²⁶² Mas é evidente que dos magistrados, forçados a intervir em inúmeros atos de mera tramitação ou a proferir decisões secundárias, a exercer competência disciplinar e administrativa nos serviços do seu Tribunal e a cumprir uma burocracia cada vez mais minuciosa e exigente, não se pode esperar que ainda descubram tempo para estudar, investigar nos livros e refletir longamente sobre os problemas novos que se lhes deparam.²⁶³

Marques VIDAL refere que a Justiça nunca poderá ter a celeridade que os demandantes pretendem na sua ansiedade por uma pronta definição dos seus Direitos. E isto por duas razões:

- a) Atua a Justiça, *a posteriori*, sobre factos passados e por si não diretamente observados;
- b) Necessita de indispensável período de ponderação das provas recolhidas e do Direito aplicável.²⁶⁴

²⁶⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4.ª Ed., Lisboa: Almedina, 1963, pp. 540-141.

²⁶¹ A este propósito veja-se CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Lider, 2004.

²⁶² Referindo-se a Crise da Justiça em Portugal, Marques VIDAL relata que de há uns anos para cá, a Crise da Justiça em Portugal é uma realidade e sofre-lhe as consequências magistrados, advogados, oficiais de Justiça e, muito em especial, os cidadãos que demandam os Tribunais em busca de uma rápida definição dos seus Direitos. Ela aí está aos olhos de todos, próxima do caos, perante o clamor desesperado dos que não a esperavam e o desânimo dos que a anunciaram atempadamente e não foram ouvidos. Principalmente nos grandes centros populacionais a degradação da Justiça mostra-se em Tribunais improvisados, de instalações inapropriadas para a dignidade do exercício da função judiciária. [...]. VIDAL, José Marques. **Justiça em Crise?** Lisboa: Quetzal Editores, 2004, p. 19.

²⁶³ As soluções refletem, como não pode deixar de ser, esse condicionalismo, e acabam por resultar mais do bom senso e da força do hábito que de um estudo exaustivo da problemática que dos autos emerge. Estas razões seriam por si suficientes para explicar o facto, que também creio que ninguém põe em dúvida, da pobreza doutrinal da nossa jurisprudência. SARAIVA, José Hermano. **A Crise...**, p. 43.

²⁶⁴ VIDAL, José Marques. **Justiça...**, pp. 20-21

Mas a Justiça – refere Marques VIDAL – não pode sofrer de uma morosidade tal que faça perder a utilidade da sua intervenção e a transforme em expediente de denegação da Justiça. Portanto, impõe-se à Justiça a atuação em tempo útil, sob pena de se transformar em instrumento de iniquidade.

Outro fator decisivo para o rápido andamento dos processos, mas que neste caso coloca a celeridade processual em “contramão” é a falta de uso dos mais modernos equipamentos fornecidos pelas novas tecnologias da informática, que são indispensáveis para o reforço da produtividade de magistrados e funcionários do sistema de Administração da Justiça.²⁶⁵

Diariamente várias novas demandas judiciais são propostas perante os diversos Tribunais moçambicanos, aumentando ainda mais o já pesado fluxo de processos no Judiciário. Não obstante o enorme volume de ações em trâmite e a alimentação diária dessa colossal montanha processual perante o Poder Judiciário, a peculiar litigiosidade do cidadão enseja a existência de um verdadeiro exército de funcionários e magistrados para fazerem face as demandas dos cidadãos. Agravando a situação, ainda que contem com proporcional força de trabalho para solução, na média, os processos judiciais em Moçambique não têm solução antes de alguns bons meses e porque não anos de tramitação, até se chegar a concretização do pedido inicial a sua improcedência. Ora, as tecnologias de informação e comunicação podem muito bem ajudar a desanuviar essa carga de processos e facilitar a celeridade processual.

Outro tema a considerar nesta questão do caos nos Tribunais e a morosidade processual é que, contrariamente ao que se argumenta, a irresponsabilidade e inamovibilidade dos juízes (art. 217º da CRM) não são garantias da independência do magistrado, pois esta resulta apenas da sua capacidade para apreciar e julgar em liberdade e alheio a pressões de qualquer ordem. A independência do magistrado é um estado espírito, que nele funciona como uma segunda natureza.

Por outro lado, a manutenção do magistrado por largos anos nas mesmas funções – conforme vem acontecendo, quer por opção ou por situação – convida a rotina burocratizante e constitui empecilho ao espírito de iniciativa, criatividade e inovação necessárias à sua permanente atenção sobre a evolução dos fenómenos sociais envolventes com repercussão na Administração da Justiça. Acrescente-se que os

²⁶⁵ Já não são incomuns ferramentas de gestão de processos conectadas diretamente aos Tribunais que trazem ao operador do Direito um compilado do processo que este patrocina, sem que o advogado precise voluntariamente acessar os sítios eletrônicos ou mesmo jornais oficiais para ter acesso ao conteúdo dos andamentos processuais. A tecnologia tem – inquestionavelmente - a possibilidade de facilitar a vida dos sujeitos processuais na condução de seu labor. Crê-se também que a tecnologia pode (e deve) auxiliar ao magistrado da causa, mediante ferramentas de leitura de documentos, localização jurisprudência, análise do perfil dos tutelados nas demandas, provas e documentos a serem analisadas. Contudo, é inegável que o uso da tecnologia não deverá suprimir a figura humana do juiz natural, mas é certo que o Poder Judiciário tem muito a ganhar, especialmente em demandas repetitivas, tarefas mecânicas e procedimentos administrativos burocráticos e protelatórios. Entretanto, as críticas a esse tipo de uso da tecnologia são legítimas, especialmente sob o prisma da humanização do julgador, principalmente quando da decisão envolvendo causa sensível, como as demandas envolvendo Direito de família, guarda de menores e matérias de ordem criminal que requerem outro tipo de atenção.

interesses da Justiça reclamam que o magistrado esteja onde as necessidades o exigem. Isto é, os interesses públicos devem prevalecer sobre as conveniências do magistrado.²⁶⁶

1.2. A Subjetividade das Decisões Judiciais, o Descrédito do Sistema de Administração da Justiça e as Manifestações da Justiça Pelas Próprias Mãos (Linchamentos)

Uma outra crítica, igualmente generalizada, é a da incerteza e da subjetividade das decisões, bem como a questão do princípio da razoabilidade. O princípio universal de que as mesmas causas, nas mesmas circunstâncias, produzem os mesmos efeitos, só é verdadeiro se o efeito considerado não for uma decisão judicial.²⁶⁷ Ora, esta imprevisibilidade da solução de um problema do qual todos os dados são

²⁶⁶ A este propósito Marques VIDAL refere que se porventura a colocação do Magistrado em lugar não desejado se afastar dos objetivos e fins da lei, pode ele, como qualquer cidadão, impugna-la por ilegalidade ou vício de desvio de poder. VIDAL, José Marques. **Justiça...**, p. 29.

²⁶⁷ Só para exemplificar, trouxemos dois casos que ilustram essa incerteza e subjetividade das decisões dos Tribunais e sobre tudo, um grande debate sobre o princípio da razoabilidade e da igualdade nas decisões dos Tribunais. Vejamos: o caso do menino Hélio de 11 anos de idade morto por uma bala “perdida” da Polícia no dia 1 de setembro de 2010 na Av. Acordos de Lusaka, Cidade de Maputo. Aconteceu que a população decidiu sair a rua para protestar contra o elevado custo de vida e a Polícia na tentativa de conter a situação e evitar uma desordem pública e o caos nas ruas, disparou alguns tiros contra os manifestantes, tendo um deles alvejado fatalmente Hélio que estava a caminho de casa, ido da escola. Rute Muianga, mãe do pequeno Hélio, processou o Estado. Em 2012, saiu a sentença do Tribunal Administrativo a indemnizar a mãe do falecido Hélio com uma quantia de 500 mil Meticais, cerca de 6.500,00 Euros. De outro lado, um caso de violência doméstica que levantou debate em Moçambique. No dia 21 de Fevereiro de 2017, o cidadão Rafael Licuco foi condenado a três anos e quatro meses de prisão, convertidos em pagamento de uma indemnização de 200 milhões de meticais, cerca de 2.600.000 Euros, por ter cometido o crime de violência doméstica, que se traduziu em ofensas corporais qualificadas à sua namorada Josina, que perdeu a visão de um olho como consequência da agressão, embora, por um lado o bastonário da Ordem dos Médicos provou em Tribunal que com um “soco” era impossível criar o dano ao olho naquelas proporções, por outro lado, já teria havido uma decisão de um Tribunal sul-africano que não viu matéria de violência doméstica, pois, após o incidente, a vítima e o acusado andaram a mimosear-se. Após se conhecer a sentença neste segundo caso, várias foram as pessoas que se indignaram pelo desfecho, questionando o valor luxuoso da indemnização e a rapidez com que o caso foi julgado, a que atribuem à influência da família da vítima. Muitos lembraram que há milhares de outros casos semelhantes em Moçambique que estão esquecidos. Estes dois casos foram descritos e comparados em um editorial *on-line* mais lido, o Canalmoz, da seguinte forma: “EDITORIAL - O princípio da razoabilidade. No dia 1 de setembro de 2010, a população decidiu sair a rua, na cidade de Maputo, para protestar contra o elevado custo de vida, houve uma alma inocente, que nada tinha a ver com as manifestações, que deu um abraço à mãe e saiu de casa para a escola, ali no Bairro da Maxaquene “B” e nunca mais voltou. Hélio era o seu nome, e só tinha 11 anitos. Quando as escaramuças atingiram o auge, que obrigou ao encerramento das aulas, Hélio, como todas as outras crianças, foi obrigado a ir para casa. Pelo caminho, na Av. Acordos de Lusaka, um agente da Polícia da República de Moçambique disparou com intenção de matar e atingiu o pequeno Hélio na cabeça, que desamparado, tombou no asfalto quente, com a sua sacola ao ombro, com a cabeça desfeita por uma bala. Rute Muianga, mãe do pequeno Hélio, foi à 12ª Esquadra pedir responsabilização e não logrou sucesso. Um familiar ajudou Rute Muianga a apresentar o caso a Liga dos Direitos Humanos, que processou o Estado. Em 2012, saiu a sentença do Tribunal Administrativo a indemnizar a mãe do falecido Hélio com uma quantia de 500.000,00 meticais. Hélio está morto. Prestem atenção. No dia 21 de fevereiro de 2017, numa terça-feira, o Tribunal Judicial da Cidade de Maputo proferiu uma sentença condenatória na qual estipula uma luxuosa indemnização de mais de 200 milhões de meticais (rigorosamente: 200.575.000,00 MT) sobre um caso de “desentendimento” de namorados, em que a vítima ficou sem um olho. Vamos ignorar que o incidente se deu sob comprovado efeito de embriaguez. Vamos ignorar que há um bastonário da Ordem dos Médicos que provou em Tribunal que com um soco era impossível criar o dano ao olho naquelas proporções. Vamos ignorar que o relatório médico anexo à queixa foi feito em casa da mãe da vítima, que convocou a Direção da Medicina Legal aos seus aposentos. Vamos ignorar que há mensagens da vítima depois do incidente a indicar que a sua família iria indiciar um caso de violência doméstica. Vamos ignorar que há uma decisão de um Tribunal sul-africano que não viu matéria de violência doméstica, pois, após o incidente, a vítima e o acusado andaram a mimosear-se. Vamos ignorar que há um presidente de uma associação de juizes que, com o caso a ser julgado, convoca a imprensa para dar indicações de que a pena do julgamento que está a decorrer devia ser histórica. Vamos ignorar tudo isso, pois, aquilo sobre o que pretendemos refletir são os critérios de razoabilidade que a Justiça de um mesmo país usa para encontrar o termo ou diferença compensatória decorrente dos danos causados por ilícitos culposos. Se há alguém que perde um olho e é compensado com 200 milhões de meticais, e se há quem perde a vida e é compensado com 500.000,00 meticais, então a Justiça está a mostrar-nos, com base em números, que há neste país vidas que valem mais do que as outras, na ótica do Estado. Há aqueles que são considerados moçambicanos de primeira, e há os moçambicanos de segunda. Bem-feitas as contas, um olho dos moçambicanos de primeira equivale, para a Justiça moçambicana, 400 vidas dos moçambicanos de segunda, entre os quais o Hélio. É preciso que fique claro que não temos qualquer intenção de desvalorizar uma situação de perda de um olho. Concordamos que os casos de violência doméstica devem ter responsabilização exemplar para desencorajar tal prática, que esmaga muitos anónimos que não têm a sorte de serem mediatizados. Na nossa modesta opinião - e se assumirmos que uma indemnização não é nada mais do que um meio compensatório dos danos causados por uma ação culposa - é caso para perguntar à juíza Marina Augusto, que lavrou a sentença do caso de violência doméstica e aos juizes do Tribunal Administrativo, que lavraram a sentença do caso do Hélio, com que critérios trabalha o Estado, afinal. Em

conhecidos afeta a confiança que a Justiça tem de inspirar. O motivo dela é a subjetividade pessoal do julgador, seu conceito pessoal de Justiça, que se introduz precisamente no momento da fixação da matéria de facto.

Isto gera – como já havíamos dito – o descrédito e a desconfiança dos cidadãos para com todo o sistema de administração da Justiça, incluindo Polícia e Ministério Público. Como consequência são os casos de Justiça pelas próprias mãos – os chamados linchamentos. De acordo Carlos SERRA, os linchamentos são uma forma de “Justiça privatizada” também conhecida por “Justiça pelas próprias mãos” e ocorre essencialmente por falta de confiança dos cidadãos para com o sistema de administração da Justiça.²⁶⁸

O linchamento aparece como a única garantia de punição. Trata-se, neste sentido, de uma alternativa à Justiça institucional que já não se mostra credível. A punição, que é a sanção já estabelecida pelos linchadores, consiste em infligir no suspeito algum sofrimento como forma de compensar a Sociedade pelo seu comportamento antissocial.

Ora, há um debate que se levanta, que é, se haverá apenas a intenção de punir ou se não será o linchado um mero bode expiatório do descontentamento perante as autoridades e as mudanças sociais. A conclusão a que se chega (no campo da sociologia) é a que os linchamentos são uma forma de punição popular e demonstração de desabono e descrédito à administração da justiça estatal, mas sobretudo, nos dizeres de Alcídio SITOI, “para assinalar a sua discórdia relativa às alternativas de alteração social que quebram concepções, valores e normas de conduta da Sociedade”.²⁶⁹

Importa referir que o linchamento não se confunde com os crimes plurisubjetivos, que são aqueles, de acordo com Eduardo CORREIA, cuja realização supõe a colaboração ou intervenção de várias

todos os manuais sobre o princípio compensatório decorrente de danos culposos o que se extrai é que a ponderação sobre a gravidade do dano não patrimonial e, correspondentemente, do valor da sua reparação deve ocorrer sob o signo do princípio da proporcionalidade, segundo o qual a danos mais graves deve corresponder uma indemnização mais alta - e numa perspectiva de uniformidade: a indemnização deve ser fixada tendo em conta os parâmetros jurisprudenciais geralmente adotados para casos análogos, isto é exatamente para evitar que a ciência compensatória seja uma espécie de lotaria com requintes de fortuna ou azar. Nestes dois casos, qual deles é o mais grave? Qual é o caso análogo ao de violência doméstica, do qual se extraiu o parâmetro jurisprudencial que levou a juíza Marina Augusto a desaguar numa indemnização luxuosa? De todas as formas, o que mais se evidencia aqui é uma marcha muito séria rumo à ridicularização da Justiça moçambicana, porque não cabe na cabeça de ninguém que uma indemnização por uma situação de perda de uma vida seja apenas uns trocos, quando comparada com uma indemnização pela perda de um olho. O raciocínio mais provável para justificar, isto é, o de que talvez seja uma espécie de padronização que a Justiça previamente tipificou sobre a qualidade humana das vítimas e sobre a sua dose de moçambicanidade. No nosso entender, há aqui uma vítima que é mais humana e mais moçambicana do que a outra. Ou, se calhar, o Hélio teve o azar de ter o apelido errado, e a Justiça não lhe ligou grande importância. Dito de outra forma: na ótica da Justiça moçambicana, há um olho que vale 400 vidas humanas de moçambicanos de segunda. Resumindo, o menino Hélio foi morto e depois enganado 400 vezes.” *In*: Canalmoz. Disponível em http://macua.blogs.com/moambique_para_todos/2017/02/editorial-o-princ%C3%ADpio-da-razoabilidade.htm. Acesso em 22.02.2017.

²⁶⁸ SERRA, Carlos. **Linchamentos em Moçambique**: Uma desordem que apela à ordem. Maputo: Universidade Eduardo Mondlane, imprensa universitária, 2008.

²⁶⁹ SITOI, Alcídio Sidónio. **Uma Abordagem Jurídica á Volta dos Linchamentos**. Contributo para o Sistema de Administração da Justiça em Moçambique. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária – Ministério da Justiça, 2012, pp. 32-33.

peças.²⁷⁰ Mas uma coisa é certa, a possibilidade de existência de um grupo permanente e duradouro cuja função seja protagonizar ações de linchamento, pode consubstanciar no crime de associação de malfeitores.

271

Carlos SERRA refere que os linchamentos, cada vez mais, têm sido recorrentes e ocorrem igualmente nos diferentes países dos PALOP e, se caracterizam por espancamentos mortais protagonizados por populares contra alegados criminosos.²⁷²

Ora, o Processo Penal moderno surge em contraposição ao castigo através da justiça privada²⁷³ e com os fundamentos do Estado de Direito Democrático, tal como está estabelecido no art. 3º da CRM.

Contudo, a lista de preocupações não termina por aí e podemos citar também a acumulação de processos nos Tribunais Judiciais. Outro sinal de Crise do sistema penal é a superlotação nas prisões – com todos os custos daí resultantes, o aumento de reincidências criminais e a fraca ressocialização dos criminosos.

Para já, e como foi referido, há um outro problema, o desajustamento entre o CP e o Processo Penal. Portanto, o CP aprovado pela Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro, coexiste com um Processo Penal de 1929. Resultado disso? É uma desarticulação total entre esses dois regimes. Por um lado, um CP moderno e progressista mas que somente serve como “objeto de adorno”, por ter um código de Processo Penal atrasado e que não se adequa a realidade.²⁷⁴

Ademais, o conforme muito bem adverte André GIAMBERTINO,

O CPP constitui uma peça fundamental de diálogo sempre em aberto e renovado entre a vertente liberal e a vertente social do Estado de Direito democrático, entre a Justiça e eficiência na aplicação

²⁷⁰ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Vol. I, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001, p. 254.

²⁷¹ Maia GONÇALVES ao fazer anotações refere que é claro que neste caso de associação para delinquir, previsto no art. 263 do CP Português, cada um será punido de acordo com a sua participação. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **CP Português**. Na doutrina e na jurisprudência. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 440.

²⁷² SERRA, Carlos. **Linchamentos...**, 2008.

²⁷³ GIAMBERTINO, André. **Crítica...**, p. 14. Para leitura complementar pode-se ver ZAFFARONE, Eugénio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

²⁷⁴ Em Portugal, por exemplo, diz Marques VIDAL que “o Código de Processo Penal continua nimbado de excesso de garantismo, apegado a formalismos escusados e obsoletos que são obstáculos indesejáveis a decisão dos problemas substantivos, facultando uma Justiça a dois tempos, célere ou vagarosa, conforme a capacidade financeira dos inculcados. Exemplifica este asserto, do excesso de garantismo processual penal, os incidentes de suspeição do juiz levantados pelos advogados de defesa em dois processos pendentes no Juízo de Instrução Criminal e num dos juízos criminais da Câmara de Lisboa. Acusaram-se os respetivos juizes com base em falta de imparcialidade, porque indeferiram determinados requerimentos apresentados pelas defesas. Qualquer leigo na matéria sabe que de uma decisão judicial se recorre em caso de discordância. Mas não, agora descobriu-se a artimanha de suspeitar da imparcialidade do juiz, se este decidir de modo oposto ao que se requer, como forma de protelar o normal andamento dos processos, fenómeno que alastra pelas demais comarcas do País, feito nódoa de azeite em papel pardo. Certo é que a artimanha é sufragada pelo CPP e, da decisão que se sobre ela recai, há recurso para as instâncias superiores. Assim se permite, o que é caricato, que se atrase por uns meses, no mínimo, o andamento normal de um processo-crime”. VIDAL, José Marques. **Justiça...**, p. 27.

da lei penal, entre as exigências da segurança da Comunidade e do respeito pelo Direito das pessoas.²⁷⁵

Consideramos que a reforma geral do CPP moçambicano é um passo decisivo rumo a uma racional possibilidade de sucesso no controlo da criminalidade e para a Justiça Restaurativa, pois, irá diminuir as dificuldades no campo teórico e na aplicação concreta da lei que caracteriza o Código de Processo Penal vigente, de 1929 e o manancial das leis extravagantes, que constituem reformas parcelares e pontuais e que, não poucas vezes, contribuem para enfermar de contradições, desfasamentos e disfuncionalidades.

Também, a propósito, podemos nos socorrer das lições de Figueiredo DIAS, para o qual, “a falta de sincronismo entre o CP e o CPP constitui um óbice de tomo, se não mesmo insuperável a um exercício eficaz de toda a Justiça Penal e a uma plausível possibilidade de sucesso no controlo da criminalidade.” E mais, em alusão a realidade portuguesa e com a devida ‘relação de semelhança’ por nós aqui feitas, afirma Figueiredo DIAS que, “se nos deixarmos abater pela magnitude e pela dificuldade previsíveis – tanto do ponto de vista jurídico, como político – da reforma global do Processo Penal, é seguro que ficarão prejudicadas as vantagens que da nova codificação penal haveria o Direito de esperar para um controlo eficaz da criminalidade.”²⁷⁶

É nosso entender que o novo Processo Penal deverá estar assente nos princípios do Estado de Direito democrático e, nessa medida, idealizado sob uma perspectiva que tem como escopo a concretização do Direito e da Justiça, através de procedimentos processuais compreensíveis e adequados, que respeitem a dignidade humana, os Direitos Fundamentais dos cidadãos e a Justiça Restaurativa como modelo mais adequado as necessidades atuais.

Embora nevrálgica a preocupação de erigir um Processo Penal subjacente aos Direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, com princípios bem estruturados e com a devida vereda jurídica, deve procura-se também uma disciplina jurídico-penal sem formalismos excessivos, dotado de mecanismos processuais rigorosos e expeditos na ânsia de obter uma eficaz aplicação da Justiça Penal.

Há que considerar, igualmente, que existe uma ação recíproca e subsidiariedade entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, o que nos possibilita olhar estes dois ramos como unos e indivisíveis na mesma ideia fundamental, sem contudo quebrar as liberdades peculiares de cada uma delas em concreto. Por isso, a partir do momento em que passou a vigorar o novo CP, tornou-se mais do que preponderante a

²⁷⁵ GIAMBERTINO, André. **Crítica...**, p. 14.

²⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para Uma Reforma...**, p. 192.

conexão com um CPP a altura dos desafios que se impõem, isto é, respostas eficazes e em conformidade com as exigências da Sociedade e desafios do Estado.

É neste contexto que a proposta da reforma devia ser arquitetada visando a promoção e abertura entre as partes (vítima e agressor), que para além de se manter coerente com as regras jurídico-processuais tradicionais, incorpora o espírito democrático e os valores refletidos no sistema de Direitos, liberdades e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, incluindo o Pluralismo Jurídico disposto no art. 4º da CRM e o reconhecimento da importância do “acordo” entre as partes envolvidas.

Vale referir que há ausência de um Código de Execução de Penas e Medidas Privativas e não Privativas de Liberdade, não obstante de já estarem previstas no novo CP, *Cf.* art. 85º e ss do CP, o que torna imaterializável essa pretensão.²⁷⁷

Concluimos assim, esta parte, referindo que, a aposta do iluminismo não conseguiu ultrapassar o risco de que o Direito Penal viesse ele mesmo a ser suscetível de ser o propagador de crueldades no seio das relações sociais – e aqui chame-se o exemplo dos linchamentos, já abordados anteriormente –, deixando de ser remédio, tornando-se ele mesmo nocivo para a Sociedade e para o Estado.

2. A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL EM MOÇAMBIQUE

2.1. As Prisões: Breve Contextualização

De entre vários autores o que melhor aborda – no nosso entender – o surgimento das prisões é Michel FOUCAULT, cuja obra *Vigiar e Punir: nascimento das prisões* é uma referência quase que obrigatória. Nesta obra Michel FOUCAULT divide o seu trabalho em quatro partes: Suplício, Punição, Disciplina e Prisão. O autor aborda os aspectos de punição que perdurou entre os finais do séc. XVII, XVIII e passagem para o séc. XIX, predominantemente na Europa onde vigorava a monarquia. Através do método que lhe é característico – o histórico –, faz referência à prisão e ao castigo como meio de coerção, suplício e disciplina do ser humano, relatando a brutalidade e a face social e política daquele tipo de punição que caracterizou a monarquia absoluta.²⁷⁸

²⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para Uma Reforma...**, p. 192.

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, p. 8.

No capítulo – O Corpo dos Condenados – relata a estória de Damians, um homem que em março de 1757, foi condenado, a fazer confissão pública defronte da porta principal da Igreja de Paris. Descreve Michel FOUCAULT que Damians foi queimado com enxofre e esquartejado por seis cavalos e para tal, tiveram que lhe cortar os nervos e lhe rasgar as articulações. Posto isto, os seus membros e o resto do corpo foram colocados nas chamas ardentes que havia sido preparado para o efeito no recinto em frente ao cadafalso.²⁷⁹ Este era a forma de aplicação das penas da época, por meio do espetáculo e dos suplícios.

Ora, volvidos três quartos de séculos, eis que as coisas mudam de paradigma, tendo sido redigido um Regulamento por Léon Faucher, para a casa dos jovens detidos em Paris. Neste Regulamento há emprego do tempo, há espaço para o ensino e Direito de alimentação e descanso.

Diz Michel FOUCAULT que,

Estas duas formas não sancionam os mesmos crimes nem punem o mesmo género de delinquentes. Mas cada um deles define bem um certo estilo penal. Estão separados por menos de um século. É a época em que foi reorganizada, na Europa e nos Estados Unidos toda a economia do castigo. É época de grandes escândalos para a Justiça tradicional, época de inúmeros projetos de reforma; nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do Direito de punir, abolição das antigas ordenanças, projeto ou redação de códigos modernos: Rússia 1769, Prússia 1780; Pensilvânia e Toscana, 1786; Áustria, 1788; França, 1791, Ano IV, 1808 e 1810.²⁸⁰

Portanto em cerca de 75 anos houve uma mudança radical na Política Criminal e no tratamento da pena; desapareceu o suplício e o corpo como alvo principal da repressão penal; há supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena tende a desvanecer-se e transforma-se num novo ato processual ou administrativo.

Em França a confissão pública foi abolida pela primeira vez em 1791 e depois em 1830, após um breve restabelecimento; o pelourinho foi suprimido em 1789; o mesmo sucedeu em Inglaterra em 1817.

Em finais do séc. XVIII e na primeira metade do séc. XIX são suprimidos gradualmente os trabalhos forçados públicos que a Áustria, a Suíça e alguns estados-norte americanos como a

²⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, pp. 9-12.

²⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, pp. 12-14.

Pensilvânia expunham, em qualquer lugar, condenados com coleiras de ferro, roupas coloridas, grilhetas nos pés, trocando injúrias e ofensas com as pessoas. A partir daquele momento, a pouco e pouco, a punição deixa de ser um espetáculo. E tudo o que pudesse ter a ver com o espetáculo adquiriu cariz negativo. A execução pública começou a ser tida como uma fogueira onde se reacende a violência e o desprezo ao ser humano.²⁸¹

A punição torna-se então a parte mais oculta do Processo Penal, o que tem por conseguinte várias consequências: sai do domínio da percepção quase quotidiana para enfrentar no da consciência abstrata, a sua eficiência decorre da sua infortúnio e não da sua intensidade visível; é a certeza de ser punido, e já não o teatro abominável, que deve desviar as pessoas do crime. Por conseguinte, diz Michel FOUCAULT que “a Justiça deixa de assumir publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício. O facto de também matar ou ferir já não é a glorificação da sua força. Na Justiça moderna e naqueles que a distribuem, existe uma vergonha de punir.”²⁸²

Para a Justiça Penal é uma nova era, a era da sobriedade punitiva. Quanto a nós essas mudanças devem prevalecer, tendo em conta as necessidades atuais de um novo paradigma face a insuficiência e decadência da Justiça Penal vigente, conforme referimos na introdução deste trabalho.

2.2. As Prisões em Moçambique: Período Colonial e Pós-Colonial

Tendo visto o contexto do surgimento das prisões e para fundamentar a Crise do Sistema Prisional, como parte da Crise da Justiça Penal vigente, passemos então a análise do Sistema Prisional moçambicano, sendo imperioso para tal separar em dois períodos, mormente, o período colonial e pós-colonial.

O sistema prisional no período da administração portuguesa tinha como base legal o Decreto-Lei n.º 26.634, de 20 de maio de 1936, que teve algumas modificações introduzidas a 29 de dezembro de 1954, através do Decreto-Lei n.º 39.997. Com estas alterações foram implementados três tipos de estabelecimentos prisionais privativos:

- a) Estabelecimentos de detenção destinados à prisão preventiva;

²⁸¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, pp. 15-22.

²⁸² FOUCAULT, Michel. **Vigiar...**, pp. 15-22.

b) Estabelecimentos destinados só ao cumprimento de penas, nomeadamente: penitenciárias e colónias destinadas ao cumprimento de penas de prisão maior, colónias correcionais, destinadas ao cumprimento de penas correcionais e granjas correcionais destinadas ao cumprimento de penas correcionais;

c) Estabelecimentos especiais, destinados à prisão-hospitalar e delinquentes políticos.²⁸³

Ebenezário HAMELA, citando MAHOMED e MASSAI, afirma que o sistema prisional na era colonial refletia a filosofia de governação da época, perseguindo na maior parte apenas interesse do fascismo em Portugal e Itália e nazismo na Alemanha.

Portanto, a política adotada foi a de construir estabelecimentos prisionais nas províncias ultramarinas para encarcerar indígenas e igualmente expurgar a Sociedade portuguesa dos indesejáveis, tais como delinquentes perigosos, vagabundos, mendigos, prostitutas, presos de delito comum e ainda os opositores políticos do regime de Salazar.²⁸⁴ As províncias ultramarinas eram assim uma espécie de colónia penal que absorvia essa massa dos indesejáveis da metrópole, aos quais eram aplicados as penas de degredo.

A classificação das prisões estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 26.634, de 20 de maio de 1936, com algumas modificações introduzidas através do Decreto-Lei n.º 39.997, de 29 de dezembro de 1954, viriam mais tarde a ser extintas, sendo instituídos dois tipos de prisões, tendo em conta a classificação dos presos, nomeadamente:

a) Cadeias para presos políticos, tal era o caso do complexo prisional do vale do infulene, hoje conhecida por cadeia da Machava e a cadeia da ilha da Inhaca, no âmbito da repressão dos antifascistas da metrópole e do crescente movimento revolucionário nacionalista nas colónias;

b) Cadeias para delitos civis, tal é o caso da Cadeia Civil da Cidade de Maputo e as demais cadeias provinciais que foram surgindo a partir dos anos de 1940 e que executavam a ordem jurídico-penal imposta pela administração colonial.

²⁸³ PINTO, Roberto; FERREIRA, Alberto. **Organização Prisional**: Decreto-lei n.º 26.643 de 28 de Maio de 1936. Coimbra: Quarteto Editora, 1995.

²⁸⁴ HAMELA, Ebenezário. **Os Custos das Cadeias para a Sociedade**: Que contribuição ao desenvolvimento de Moçambique? Maputo: Centro de análises de Políticas – Universidade Eduardo Mondlane, 2011, p. 35.

Os dois tipos de cadeias acima referidas estavam sob égide da Administração Geral dos Serviços Prisionais de Portugal que por sua vez estava sob tutela do Ministério da Justiça. Na província ultramarina de Moçambique, cuja capital era a então Lourenço Marques, a Administração Geral dos Serviços Prisionais era representada por um Inspetor dos Serviços de Segurança Pública que tinha o mesmo estatuto com o Procurador-Geral-Residente.

Um estudo realizado pelo PNUD no ano de 2000, citado por HAMELA, indicou que em cada província, antigamente distritos da província ultramarina, existia uma cadeia comarcã, maior parte delas construídas nas décadas de 1930 e 1940. Apesar de naquela altura o sistema prisional se subordinar a inspeção prisional, a maioria das cadeias comarcãs eram propriedades dos municípios e alguns Tribunais de comarcã.²⁸⁵

Em seguida, na década de 60 foi construída a Cadeia Central da Machava com capacidade para 700 reclusos e na década de 70 foram construídos os Estabelecimentos Penitenciários industrial de Nampula e agrícola de Manica, este último conhecido por cadeia cabeça de velho, por se encontrar próxima a misteriosa montanha que se parece com a cabeça humana, de um idoso careca, barbudo, deitado de costas e a chorar.

Portanto, o propósito era de descongestionar a Cadeia Central da Machava que se encontrava na então cidade de Lourenço Marques, para que esta servisse somente a região sul e a de Nampula e Manica para as regiões norte e centro respetivamente.

Posteriormente foram construídos mais dois Estabelecimentos Penitenciários, designadamente o Estabelecimento Penitenciário de Lourenço Marques, que era industrial e contava com oficinas de mecânica-auto, serralharia, carpintaria e outras e o Estabelecimento Penitenciário de Mabalane, com uma área agrícola considerável.²⁸⁶ Importa referir que no período de luta de libertação nacional a Cadeia Central da Machava e de Mabalane serviram para acolher prisioneiros políticos.

Já no período de transição, a cláusula 5ª dos Acordos de Lusaka outorgou ao Governo de Transição competências para, entre outras: c) A defesa e salvaguarda da ordem pública e da segurança das pessoas e bens; g) A reestruturação da organização judiciária do território. A cláusula 11ª estabelecia que, “o Governo de Transição criará um corpo de Polícia encarregado de assegurar a

²⁸⁵ PNUD. **Sistema Prisional em Moçambique**. Programa de apoio ao sector da Justiça. Maputo: PNUD, 2000.

²⁸⁶ HAMELA, Ebenezerio. **Os Custos...**, p. 36.

manutenção da ordem e a segurança das pessoas. Até à entrada em funcionamento desse corpo o comando das forças policiais atualmente existentes dependerá do Alto-Comissário de acordo com a orientação geral definida pelo Governo de Transição.”²⁸⁷

Desde a independência de Moçambique, conforme referido anteriormente, o principal objetivo do novo governo era de se desfazer da administração colonial portuguesa e instituir um “Novo Estado” e uma nova administração.

Com efeito, registou-se no país a saída de todo o corpo da guarda prisional que então existia, não obstante do “Novo Estado” não ter quadros formados suficientes para fazer face a situação. Aprovado na mesma data da proclamação da independência nacional, 25 de junho, o Decreto n.º 1/75 definiu as funções e atribuições do Ministério da Justiça, onde entre outras, superintendia a Procuradoria da República e a PJ.

Depois a PJ foi extinta e substituída pela PIC, hoje SERNIC tutelada pelo MINT e os estabelecimentos penitenciários passaram para o MINT, cabendo o Ministério da Justiça fazer a inspeção destes.

Entretanto, não havia ainda nenhuma política de ressocialização dos reclusos. Por isso, o Governo de Transição através do Decreto-lei n.º 15/74, de 21 de novembro, introduziu medidas com vista a reorganizar o sistema prisional, sendo uma delas a ocupação dos reclusos por meio do trabalho. Este Decreto-lei pretendia ser o principal caminho para a introdução da política de regeneração e ressocialização dos condenados a penas privativas de liberdade por meio do trabalho produtivo, pois, pela primeira vez, abriu-se a possibilidade para que os reclusos pudessem trabalhar fora das prisões para órgãos públicos e privados por meio de acordos estabelecidos entre as penitenciárias e a instituição empregadora.

Naqueles casos, de acordo com o estabelecido, as remunerações seriam pagas diretamente aos estabelecimentos prisionais e de acordo com a legislação 40% do valor total do pagamento seria para o recluso e os restantes 60% para o estabelecimento, sendo os encargos de alimentação, vestuário e outros a cargo dos próprios estabelecimentos prisionais.

²⁸⁷ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Acordos de Lusaka**. Coimbra: Centro de Estudos 25 de Abril, 2012. Publicado nos termos da Lei n.º 7/74, de 27 de julho. Publicado no Diário do Governo, I Série, n.º 210, de 9 de setembro de 1974.

De acordo com a Política Sectorial da Direção da Administração Prisional, os Centros de Reeducação deviam ser escolas de transformação do criminoso e do marginal num cidadão útil, digno e trabalhador. A reeducação foi concebida como um processo, no qual se integrava o trabalho produtivo socialmente útil para a formação profissional, cultural e literária, com vista a conduzir a ressocialização do delinquente.

Contudo, de acordo com o PNUD, os centros de reeducação tiveram inúmeras dificuldades, de entre as quais, o facto de serem enviados indivíduos indiciados de crimes sem definição da pena e de indicação do período de reclusão a cumprir e o facto de serem dirigidos por pessoal sem formação na área da administração penitenciária e sem outra específica. Nestas condições, tornou-se impraticável a continuidade dos centros de reeducação, pois, não seria possível a viabilização da ressocialização e reeducação dos reclusos, além de que acarretavam custos, pelo que foram logo encerrados os centros de reeducação que haviam sido abertos.²⁸⁸

De qualquer das formas, nos finais da década de 80 a criminalidade ganhou novas proporções em Moçambique e este programa passou a ser criticado pela Sociedade. Antes, porém, outro instrumento legal que teria sido aprovado no âmbito de reorganização do Sistema Prisional foi o Decreto-Lei n.º 58/75, de 31 de maio, que adotou medidas com vista a assegurar maior eficiência na gestão administrativa e disciplinar nos Estabelecimentos Penitenciários.

Foi também fixado pelo mesmo diploma o fundo de auxílio aos reclusos, destinado a suportar os encargos com a assistência social aos reclusos, aos libertados condicionalmente, aos regressos definitivos da prisão, aos abrangidos por medidas detentivas e de liberdade e respetivas famílias.

Entretanto, apesar das medidas legislativas de vulto introduzidas após a independência, os investimentos foram exíguos. A cadeia Central da Manica, por exemplo, foi ocupada antes da conclusão das obras, tendo sido abandonado o projeto inicial. Já a Cadeia Central de Nampula foi transformada em uma instituição de ensino e a penitenciária agrícola de Mabale foi destruída durante a luta armada com a Rodésia do Sul.

²⁸⁸ PNUD. **Sistema ...**, p. 32.

As cadeias comarcas e os julgados municipais que passaram a ser designadas Cadeias Provinciais e Distritais, respetivamente, deixaram de receber obras de conservação, o que originou a deterioração das condições de reclusão.

Por estes motivos houve necessidade de reformar o Decreto n.º 39.997, de 29 de dezembro de 1954, pela sua inviabilidade. Por conseguinte, foi aprovada a Resolução n.º 65/2002, de 27 de agosto, pelo Conselho de Ministros, que regula a Política Prisional e Estratégia de sua Implementação. Esta Resolução prevê reformas, a destacar a aprovação da unificação do Sistema Prisional com a criação da Unidade Técnica de Unificação do Sistema Prisional, não obstante não produzir os resultados esperados. Sobre a Política Prisional e estratégias de sua implementação, veremos no ponto 5, Capítulo II, Parte IV.

2.3. O Custo das Prisões Hoje: Dados Colhidos em Alguns Estabelecimentos Prisionais

Do levantamento de dados feito no ano de 2017, nos meses de agosto e setembro²⁸⁹, nos estabelecimentos prisionais localizados na cidade e província de Maputo, nomeadamente, a Cadeia de Máxima Segurança (B.O), Cadeia de Marracuene, Cadeia Civil, e Estabelecimento Penitenciário Especial de Recuperação Juvenil de Boane, constatamos o seguinte:

a) O Estabelecimento Penitenciário Especial de Máxima Segurança da Machava (B.O): é o maior estabelecimento prisional do país e foi construído para albergar 600 reclusos e atualmente alberga um efetivo prisional de 766 reclusos com Processo de Querela, aproximadamente mais 28% acima da capacidade. Deste universo, o efetivo geral dos reclusos em regime de prisão preventiva são 170 reclusos, sendo que 596 reclusos foram condenados. Dos 170 reclusos em prisão preventiva há 16 reclusos com prazos de prisão preventiva expirada há mais de 10 meses, deste número 04 reclusos são da alçada dos Tribunais e 12 são da responsabilidade SERNIC;

b) Estabelecimento Penitenciário da Cidade de Maputo, a chamada Cadeia Civil: foi construída no tempo colonial, com uma capacidade instalada de 250 presos. Porém, a mesma alberga 405 presos, estando, portanto, superlotada quase ao dobro da sua capacidade. Desse número, 347 presos encontram-se em situação de prisão preventiva e 59 foram condenados. A existência de

²⁸⁹ Os dados foram atualizados em 2018.

crianças menores no recinto prisional que acompanham as mães é outra preocupação. Na ala feminina existe uma cela que alberga mulheres grávidas e mães de bebés e existem 3 crianças pequenas, cujas mães se encontram em estado de reclusão e as 3 crianças vivem dentro da cadeia;

c) Cadeia Distrital de Marracuene: foi construída em 1914, com uma capacidade para albergar 40 reclusos, mas que no presente momento alberga 39 reclusos. Deste número 8 detidos estão na situação de prisão preventiva e 1 recluso com o prazo da sua prisão preventiva expirada, porque o seu processo encontra-se ainda na fase de instrução. A pena máxima para os reclusos que são albergados naquela cadeia é de 1 ano e para o caso de cumprimento da pena, os reclusos condenados a penas superiores de 1 ano, são encaminhados à cadeia provincial e, neste caso, à cadeia central da Machava;

d) Estabelecimento Penitenciário da Machava tem um total de 3.041 reclusos, incluindo nas cadeias distritais de sistema fechado e abertos (cadeias distritais da província de Maputo sob tutela desta cadeia, nomeadamente, as cadeias abertas da Matola, Massindla em Matutuine e Mabalane. Daquele número 1.011 reclusos estão em prisão preventiva e 2.030 são condenados. Especificamente a Cadeia Central da Machava foi construída para receber 800 reclusos, mas atualmente alberga 2732 reclusos internos, dos quais 908 em prisão preventiva e 1.824 condenados;

e) Penitenciária Especial de Recuperação Juvenil de Boane que entrou em funcionamento em 2011 e foi concebida especialmente para jovens condenados por delitos de vária ordem e tem uma capacidade para albergar 200 reclusos e atualmente tem 82 reclusos, com idades entre 16 anos até 21 anos. Há jovens reclusos condenados e que partem de delitos classificados como de processos crimes sumários, até a penas maiores e, alguns com molduras penais de mais de 20 anos de pena maior;

f) Para além destes reclusos que somam 3.928 só na Cidade e Província de Maputo, o universo total do país é de cerca de 18 mil reclusos encarcerados nas 11 províncias que compreende 81 estabelecimentos prisionais em Moçambique. Ora, fazendo uma proporção com o número total da população moçambicana, pode-se ver que este número corresponde a aproximadamente 0,7% do universo da população.

Já em termos de custo, cada um dos 18 mil reclusos tem um custo médio diário estimado em 674,10 MT (cerca de 20 Euros), se somados todos os gastos, água, luz, alimentação, produtos de

limpeza e higiene, medicamentos, entre outros, sendo que em conjunto representam 491.661.720 Meticais (cerca de 14 milhões de Euros), por ano. Paradoxalmente a alimentação é de péssima qualidade e não atende os requisitos básicos de nutrição. Estima-se que apesar do custo diário de cada recluso ser de mais de 600,00 MT em alimentação por refeição, cada detendo gasta em média 50,00 MT (0,66 cêntimos em Euros).

O estudo realizado por HAMELA e citado neste trabalho sobre os custos das cadeias para a Sociedade, refere que o Estado moçambicano gasta mais dinheiro nas prisões, do que investindo no ensino superior.²⁹⁰

As cadeias não têm nenhuma fonte de rendimento, dependendo apenas do Orçamento Geral do Estado, facto contrário ao período colonial, no qual existiam alguns parques industriais, como o da Cadeia Civil de Maputo, que fornecia mobiliário e serviços de gráfica ao mercado da Cidade de Maputo. Só as prisões preventivas consomem mais de 90% do Orçamento Geral das Cadeias, o que é extremamente caro para Moçambique, principalmente por ser um país que depende em mais de 50% do Orçamento do Estado de financiamentos e doações pelos parceiros de cooperação.

Portanto, isto constitui um dos grandes problemas, não só para a administração penitenciária, mas também para todo o sistema de administração de Justiça e Justiça Penal vigente.

²⁹⁰ HAMELA, Ebeneirão. **Os Custos...**, p. 36.

PARTE IV

O CAMPO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

CAPÍTULO I – A PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

1. SÍNTESE DO PENSAMENTO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA – HULSMAN, MATHIESEN E CHRISTIE – E APROXIMAÇÃO À JUSTIÇA RESTAURATIVA

No ponto 3 do Capítulo II, Parte II, teceu-se considerações sobre a criminologia crítica e afirmou-se que esta corrente tem em vista reagir contra as instituições de controlo estatal, defendendo a eliminação da Justiça Penal nas mãos do Estado e consequente substituição por outros mecanismos fora do alcance estatal. Trata-se, portanto, de uma corrente que leva em conta a ilegitimidade do Direito Penal por considerar vantajosa a eliminação das formas atuais de punição e dar-se espaço para outros mecanismos, diga-se informais, de resolução de conflitos de natureza penal. A ideia desta corrente é que o Estado não consegue fazer face à sua tarefa de controlar e reagir contra a criminalidade, muito menos as suas punições são proporcionais, pelo que a solução é dissolver o Direito Penal e as instituições estatais que têm tais atribuições, propondo-se outras alternativas para cumprir tais objetivos.

Entretanto, colocamos nossa objeção, no sentido de que entendemos que não é necessário desfazer o sistema penal no seu todo, mas sim, restaura-lo através de outros princípios alternativos, tal é o caso da Justiça Restaurativa que engloba a valorização das formas comunitárias de resolução de conflitos. Ora, ficou claro que, apesar desta objeção, a corrente do abolicionismo penal é importante por tratar-se de uma teoria criminológica que oferece novas possibilidades de discussão dos procedimentos punitivos estatais, por ser ela uma antítese aos procedimentos de punição vigentes.

Entre os principais expoentes do abolicionismo penal, destacamos HULSMAN, MATHIESEN e CHRISTIE, que em síntese muito apertada passamos a apresentar seus pensamentos – embora já feito –, que consideramos aproximarem-se a proposta da Justiça Restaurativa.

Na essência, Louk HULSMAN procurou refazer o conceito de crime, considerando que esta categoria não é nada mais nada menos que o resultado de uma Política Criminal que visa legitimar a punição. Por outro lado, o crime não é inerente às características humanas e sociais, mas sim, ela existe porque qualquer ser humano pode praticá-lo em função da sua situação e necessidade. Por isso, é imperioso repensar a Política Criminal e afastar todos os seus traços de seletividade dos cidadãos, bem como abrir caminhos para a eliminação, das formas punitivas do Estado, baseadas no pensamento ontológico do crime.²⁹¹

No pensamento de Louk HULSMAN, se se pensar o crime como fenômenos sociais em que só a Sociedade pode resolver este problema, haverá muitas possibilidades e caminhos para erradicar este fenômeno. Um desses caminhos seria, como já se disse, a desconstrução da categoria de crime como valor ontológico do ser humano e a adoção de novas nomenclaturas da criminalidade. Ainda de acordo com o mesmo autor, a tipificação legal dos crimes e o carácter formal do processo compromete as partes a procurarem outras soluções. O sistema penal é fechado e dificilmente consegue observar soluções fora do processo, além do que está legalmente estabelecido.²⁹²

Além disso, o sistema criminal estatal por si só cria estigmas e diferenciação em que muitas vezes uma parte da Sociedade é que cai nas malhas do sistema, por problemas que podiam ser solucionados fora do processo criminal. A outra proposição é certamente romper com o binómio delito-pena e procurar outras soluções, como por exemplo, devolver os problemas para a Comunidade, conforme as proposições da Justiça Restaurativa, que recomendam, abertura de espaços para encontro entre os sujeitos em causa e participação da Comunidade.

Outro teórico da corrente abolicionista, Thomas MATHIESEN, num dos mais famosos dos seus trabalhos, denominado *As Políticas da Abolição*, propôs três caminhos – que consideramos moderados – para a consagração desta corrente:

1. Reconhecer que a eliminação das prisões é uma utopia, uma vez que a privação da liberdade por meio das prisões, oriunda do mundo ocidental, está enraizada em constante aprimoramento em toda a parte, o que será muito difícil eliminar esta forma de punição. Por isso;

²⁹¹ HULSMAN, Louk. *Critical...*, p. 67.

²⁹² HULSMAN, Louk. *Critical...*, p. 77.

2. Ainda que a privação da liberdade seja um modelo a ser considerado, é necessário repensá-lo com formas alternativas. Mas é preciso ter cautela com essas formas alternativas, para não serem a “mesma coisa” com as prisões a moda atual. Por conseguinte, a solução é examinar todas as propostas alternativas de punição, o que ele chamou de *unfinished policies*, em uma tradução não direta seria estratégia do incompleto, que consiste em observar todas as propostas estatais de punição como não acabadas e averigua-las minuciosamente.²⁹³
3. Tratar as reformas prisionais em fases, quer dizer, examinar as propostas de curto e longo prazo. As propostas de curto prazo devem ser contrariadas porque a possibilidade de sua ineficácia é maior. Já as propostas de longo prazo devem ser examinadas a sua viabilidade e incrementadas progressivamente.²⁹⁴

Nils CHRISTIE, outro defensor da corrente abolicionista, na mesma esfera dos anteriormente apresentados, tece muitas críticas à forma como o Estado vem fazendo o controlo social, por meio das prisões. Para este autor citado por Cláudia SANTOS, o crime não existe, o que não pode ser interpretado como significando atos desvaliosos. Considera ainda que o crime é um produto de processos culturais, sociais e mentais. Para ele o delito pode ser tantas coisas e, ao mesmo tempo, nenhuma.²⁹⁵

A sua principal constatação é que normalmente os representantes das instituições de administração da justiça, desde o MP, os juizes, os representantes legais, os oficiais de justiça e outros, não são partes envolvidas no processo, pelo que, a sua sensibilidade para o caso é geralmente diferenciada e distante. Por isso, na sua óptica a solução seria desconstruir/descentralizar essa forma de resolução e envolver mais as partes em litígio que têm mais legitimidade para buscarem soluções para os seus problemas. Portanto a ideia é que o Estado não furete essa possibilidade dos sujeitos se envolverem na busca de soluções, uma vez que os problemas representam uma grande oportunidade para que as pessoas se reencontrem, se arrependam e estabeleçam harmonia. Não quer isto dizer que ao se proceder assim, o Estado iria perder a sua autonomia, antes pelo contrário, cada situação seria

²⁹³ MATHIESEN, Thomas. *The Politics...*, p. 81.

²⁹⁴ MATHIESEN, Thomas. *The Politics...*, p. 82.

²⁹⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça...*, p. 61.

tratada de forma particular e o Estado pode monitorar sem necessariamente intervir na sua totalidade.

296

Entretanto, nas propostas de Nils CHRISTIE, o que mais chama atenção para a Tese é o seu conceito de *neighbourhood courts*, uma espécie de Tribunais/Justiças Comunitária(o)s, que seriam espaços de conciliação de problemas, por forma a que os valores comunitários estejam sempre presentes. Estes Tribunais/Justiças resolveriam os problemas observando quatro fases fundamentais:

1. Averiguação da acusação, isto é, se a matéria e os fatos alegados procedem, para que não sejam conhecidas matérias e factos que não fazem sentido, mas sobretudo para que examine a ligação entre os factos levantados e o acusado para que não se pratique uma injustiça.
2. Dá-se oportunidade a vítima para que esta faça o levantamento minucioso dos danos e prejuízos que lhe foram causados e indicar as formas de restituição, reparação do dano ou minimização do problema.
3. O Tribunal acolhe o levantamento feito pela vítima e faz suas ponderações e cotejos de acordo com o dano causado, os valores da Comunidade e a finalidade da reparação do dano e da sanção.
 - a) Abre-se espaço para o diálogo entre as partes, participação de outros interessados e da Comunidade. Também discute-se a situação do agente infrator, em todas as vertentes, incluindo as suas necessidades para averiguar a viabilidade e formas de reparação do dano.²⁹⁷

Estas fases comportariam elementos da Justiça Estatal/formal como valores da Comunidade.

As teses defendidas por Louk HULSMAN, Thomas MATHIESEN e Nils CHRISTIE, oferecem-nos elementos para criticar o sistema penal vigente e avançar para outras propostas.

²⁹⁶ CHRISTIE, Nils. *Conflicts...*, p. 8

²⁹⁷ CHRISTIE, Nils. *Conflicts...*, p. 11.

2. O CONTEÚDO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITO, ABORDAGEM HISTÓRICA E TEÓRICA

Tendo-se visto – na Parte III – todas as incongruências do sistema penal vigente em Moçambique e – na Parte I – as vantagens das Justiças Comunitárias em razão da realidade sócio cultural, assim como veremos no ponto 6 do Capítulo II da Parte IV, as questões de pesquisa que se pretende responder são: ***será possível implementar outra forma de Justiça, portanto, a restaurativa como paradigma alternativo à Justiça Criminal vigente que se encontra em constante decadência?***

Com efeito, comprovaremos as seguintes hipóteses:

A Justiça Restaurativa representa é um caminho adequado na medida em que articula ações de disseminação de informação sobre Direitos e mediação de conflitos, tendo como protagonistas o Poder Público e própria Comunidade.

Através da Justiça Restaurativa será possível, no próprio ambiente comunitário, discutir e resolver questões de índole criminal de uma forma célere, valorizando as práticas ali consolidadas sem, contudo, deixar de criticá-las e/ou se necessário, revê-las – promovendo, assim, a transformação social.

Ficou provado que a Justiça Penal vigente não ajuda o sistema prisional e este por sua vez não ajuda o sistema de Justiça Penal vigente. Ademais, de acordo com Cesare BECCARIA, a prisão é quase inútil, pois, ela se caracteriza como verdadeira escola para o delinquente, aumentando a reincidência e a transfiguração do delinquente casual em habitual.²⁹⁸

Ora, comprovada a ineficiência e decadência da Justiça Penal vigente, hoje, procuram-se outros caminhos que sejam mais inclusivos e participativos, voluntários, democráticos e que efetivamente contribuam para a redução da criminalidade, da reincidência e reinserção social.

Portanto, distinta do sistema vigente – a Justiça Redistributiva –, que se baseia na administração de penas através da valoração de comportamentos por um Tribunal, o novo paradigma que se propõe – a Justiça Restaurativa – procura maior envolvimento e entendimento entre os sujeitos, que têm a chave para a solução do conflito.

²⁹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Ridendo Castigat Mores, 1764.

2.1. Breve Resumo Histórico da Justiça Restaurativa

Sobre a abordagem histórica ou gênese da Justiça Restaurativa, a partir da década de 1960 este modelo começa a “dar as caras” como uma alternativa ao paradigma de Justiça Criminal, até então dominante. A busca de alternativas em algumas áreas (cultural, ideológica, política) propiciou algumas mudanças também no campo da justiça. Estas mudanças foram irreversíveis na medida em que paulatinamente outros movimentos foram nascendo, como os movimentos feministas, os movimentos pró-negritude, os pacifistas, aqueles a favor da abolição e descolonização, só para citar alguns, entre outros, que a própria conjuntura do momento assim o exigia.

Ora, conforme se disse, esta efervescência foi sentida também no judiciário, em que verificam-se movimentos de busca de alternativas penais, como é o caso, por exemplo, dos movimentos que exigiam o encerramento das prisões e das clínicas de psiquiatria consideradas desumanas. Desde então começam a surgir nos EUA os processos de mediação de litígios, que foram amplamente difundidos. Houve casos mesmo em que obrigatoriamente a mediação foi agregada à própria justiça formal/estatal. O exemplo mais notório é o do Estado da Califórnia em que é obrigatória, principalmente na fase anterior ao julgamento do caso, dando espaço e abertura para que as partes se reconciliem, possibilitando que não haja necessidade de se prosseguir para as fases subsequentes. Posteriormente, em Nova York, no ano de 1971, o Instituto de Mediação e Resolução de Conflitos de Manhattan, foi pioneiro em métodos de mediação penal. Atualmente os pequenos casos criminais são submetidos a esses métodos e procedimentos de mediação entre os envolvidos e chega a ser desnecessário a remessa do processo a um juiz, porque a mediação entre as partes acaba dando resultados satisfatórios.²⁹⁹

Conforme já referido, Flávia LOUREIRO salienta que a Justiça Restaurativa, inicialmente apareceu como uma hipótese sobretudo direcionada para crimes de menor gravidade – *os street crimes* –, na cultura anglo-saxônica, ou aquilo a que, se designa também por pequena ou média criminalidade, usualmente correspondentes a crimes semipúblicos ou particulares.³⁰⁰ Ainda nos dizeres da mesma autora, a partir dos anos de 1970, o paradigma da Justiça Restaurativa tem-se desenvolvido muitíssimo, apresentando-se cada vez mais como um modelo alternativo ou, ao menos, complementar ao habitual modelo de Justiça Criminal.³⁰¹

²⁹⁹ McCOLD, Peter. *Primary Restorative Justice Practice*. In: MORRIS, Allison; MAXWEL, Gabrielle. *Restorative Justice for Juvenile Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart, 2001.

³⁰⁰ LOUREIRO, Flávia Novera. *A Justiça Restaurativa...*, pp. 63-86.

³⁰¹ LOUREIRO, Flávia Novera. *A Justiça Restaurativa...*, pp. 63-86

No caso da Europa, em 2008, a AGFEJR levantou acesas discussões com escopo de ampliar a interpretação da Justiça Restaurativa para outros fóruns, porque até então estavam somente adstritos aos órgãos judiciais. Porém, devido a complexidade da questão, não foi tomada nenhuma decisão sobre esse ponto e encaminhou-se o tema para a Assembleia Geral que viria a se realizar nos finais do ano de 2010.

Quanto a utilização do termo Justiça Restaurativa, Albert EGLASH é tido como o primeiro autor a fazê-lo, no trabalho intitulado *Beyond Restitution: creative restitution* (além da restituição: restituição criativa), de 1977. De acordo com Albert EGLASH existem três formas de responder à criminalidade, designadamente: a Justiça Distributiva, que se preocupa em reeducar o agente; a Justiça Retributiva, cuja preocupação é punir o agente e a Justiça Restaurativa, cujo foco é a reparação.

Entretanto, Howard ZEHR, autor da obra *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*, é tido como precursor máximo das práticas restaurativas em decorrência deste trabalho. Em linhas gerais, a sua tese é de que, a questão da superlotação nas cadeias, o crescimento exponencial dos casos criminais, a perda de credibilidade da Justiça Penal estatal colocam em “cheque” este paradigma dominante de Justiça Criminal. Por isso, é preciso repensar seriamente em outras propostas, sendo a Justiça Restaurativa uma alternativa adequada. Ainda de acordo com o autor, muitas vezes entendesse a criminalidade de maneira totalmente deturpada, induzidos pelo próprio sistema em vigor.³⁰²

Por isso, esta nova proposta parte do pressuposto de que é preciso olhar as necessidades de ambas as partes envolvidas no conflito – agente infrator e vítima –, incluindo a Comunidade que não sendo parte diretamente envolvida, tem igual interesse no desfecho do caso. Portanto, a finalidade não é tão-somente punir, mas, também, propiciar um bom ambiente entre as partes e fazer com que haja reparação voluntária e espontânea do dano causado.

Para além de Howard ZEHR, Lode WALGRAVE é outro autor que se considera revelante para as propostas da Justiça Restaurativa. Lode WALGRAVE tem-se especializado em novos métodos de mediação de problemas criminais, muito em especial para a juventude que se encontra em conflito com a lei. Considera este autor que esta nova proposta de Justiça – a restaurativa –, abre a

³⁰² ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. Ver também ZEHR, Howard. **The little Book of Restorative Justice**. Intercourse: Good Books, 2002.

possibilidade de reparação do dano individual, sem descorar o relacionamento entre as partes e a Comunidade.³⁰³ É o mesmo entendimento de Tineke VAES³⁰⁴, para a qual, os resultados deste novo paradigma são imensuráveis desde que se incluiu a Sociedade, que no fim é mais interessada.

2.2. Conceito e Abordagem Teórica da Justiça Restaurativa

Conforme já foi dito, a Justiça Restaurativa aparece como uma proposta alternativa adequada às necessidades atuais, que parte do princípio de que num conflito criminal é necessário aproximar as partes e a Comunidade e propiciar um bom ambiente para que haja reparação voluntária e espontânea do dano causado além, é claro, da satisfação de todos. Flávia LOUREIRO observa que, “muito embora nas suas primeiras aparições a Justiça Restaurativa tenha estado centralizada em países com forte legado histórico de resolução alternativa de conflitos, muito rapidamente a sua reflexão se generalizou para várias frentes de manifestações criminais.”³⁰⁵

Deste modo, a designação Justiça Restaurativa nos dizeres de Cláudia SANTOS, “engloba construções teóricas de natureza sobretudo criminológicas de normas e de práticas de reação de conflito criminal, sujeitas ao denominador comum da reparação dos danos causados à vítima através de uma responsabilização voluntária do agente infrator.”³⁰⁶ É na verdade, uma forma de ponderar sobre a necessidade de se construir práticas de reação à criminalidade que sejam democráticas, não burocráticas, participativas e reparadoras ao mesmo tempo, sem que ninguém não haja quem saia insatisfeito, incluindo a própria Comunidade, que não estando diretamente envolvida no caso, ainda assim, é parte interessada.

Importa referir que a Justiça Restaurativa não tem uma única definição, pragmática e consensualmente aceite. Antes pelo contrário, há quem a considere um “modelo eclodido”³⁰⁷, devido a sua pluralidade de sentidos. Há mesmo quem vê nela uma ambiguidade e pluralidade de discursos e dificuldades

³⁰³ WALGRAVE, Lode. *Met hetoog op Herstel In View of Repair*. Leuven: Universitaire Pers, 2000.

³⁰⁴ VAES, Tineke. *The Restorative Justice Model and its Corruption: an outlook at the Canadian Experience towards the development of a values – based evaluation tool*. Leuven: Katholieke Universiteit Leuven, Facultiet Rechtsgeleedheit, 2002, p. 15.

³⁰⁵ LOUREIRO, Flávia Novera. *A Justiça...*, pp. 63-86.

³⁰⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça...*, p. 9.

³⁰⁷ JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In: Slakon, C. R. De Vitto e R. Gomes Pinto (Orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2005, p. 163.

de definição, sendo o caso de André Lamas LEITE diz que, a Justiça Restaurativa – *grosso modo* –, arrisca-se a ser um instituto poliédrico com várias faces.³⁰⁸

Entretanto, esta pluralidade de termos e definições que se destacam na Justiça Restaurativa, justificam-se porque, na maior parte dos casos, os seus objetivos não se alcançam num único passo ou momento. Há um conjunto de ações/princípios, como é normal, que são desenvolvidos para o desfecho desejável do caso, que no fim das contas responde os desideratos também da chamada justiça tradicional estatal³⁰⁹

Por isso na presente Tese ao procurarmos responder à questão ***para além da proposta da Justiça Restaurativa stricto sensu, quais outras medidas devem ser levadas a cabo no sistema de Justiça Criminal vigente em Moçambique, com vista a sua melhoria?*** Proporemos no Capítulo II desta Parte IV outras medidas que chamamos de ações para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique.

Em termos de conceito, conforme já avançado na Introdução, Mário MONTE, entende que com a Justiça Restaurativa,

Pretende-se (...) sob diversas formas, tratar diferentes questões, entre as quais as de natureza penal, de um modo mais desformalizado que o sistema tradicional, que envolva tanto quanto possível diretamente a vítima e o agente, com vista à obtenção de um acordo, visando a reparação dos danos causados, a restauração dos interesses das vítimas e a reintegração do agente.³¹⁰

No mesmo diapasão, Cláudia SANTOS expõe que a Justiça Restaurativa engloba construções teóricas de natureza sobretudo criminológicas de princípios e de *práxis* de respostas à criminalidade, que têm traços em comum, isto é, o restauro das ofensas cometidas à vítima, pela responsabilização espontânea do sujeito.³¹¹ Não distante das definições apresentadas, Mylène JACCOUD³¹², examina e aborda a Justiça Restaurativa, como um mecanismo de, num conflito, poder haver livre participação das partes envolvidas e a respectiva correção do conflito e aproximação e reconciliação das partes sob o olhar da Comunidade.

³⁰⁸ LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, p. 37-38.

³⁰⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM. 2009, p. 54.

³¹⁰ MONTE, Mário Ferreira. **Multiculturalismo...**, p. 103.

³¹¹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, p. 9.

³¹² JACCOUD, Mylène. **Princípios...**, p. 169.

2.3. Algumas Vantagens e Finalidades da Justiça Restaurativa Frente à Justiça Penal Vigente

Algumas vantagens que a Justiça Restaurativa apresenta frente à Justiça Penal vigente foram muito bem sintetizadas por Mário MONTE em um artigo recente (2018) intitulado *Justiça Restaurativa: porquê e porque não*.³¹³ Nesse trabalho o autor identifica quatro categorias que, *prima facie*, demonstram as vantagens deste novo paradigma, nomeadamente, vítima, responsabilidade, reparação e ressocialização.³¹⁴

A primeira entre todas as vantagens da Justiça Restaurativa, apresentada pelo autor é a do resgate da vítima, pois, nesta, a infração é essencialmente o dano a determinada pessoa e à relação interpessoal.³¹⁵ Portanto, o mais importante é a relação entre o agente infrator e a vítima.

A segunda vantagem apresentada pelo autor que, em sua dicção, apresenta efeitos ao abaixamento das taxas de reincidência, é a questão da responsabilidade, ao contrário da culpa que é a condição essencial da Justiça Penal vigente,³¹⁶ neste caso, o que importa é a responsabilidade pelo dano e obrigações.

A terceira vantagem apresentada pelo autor diz respeito a reparação, que corresponde o mais importante em relação a sanção e a prevenção.³¹⁷ Na verdade, a reparação acaba também tendo repercussão para a prevenção.

A quarta vantagem apresentada é que a Justiça Restaurativa tem uma enorme capacidade de ressocialização do agente, através dos seus vários mecanismos e processos, tendo em conta que o que interessa é a aproximação do agente com a vítima e com a Comunidade.³¹⁸ Aqui também vislumbra-se a vantagem de baixar consideravelmente os níveis de reincidência.

Em relação as finalidades, Howard ZEHR³¹⁹ aponta três, inerentes ao processo restaurativo, nomeadamente:

³¹³ MONTE, Mário Ferreira. *Justiça Restaurativa: porquê e porque não*. In: **Diálogos em torno da Justiça Restaurativa**. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos. Direitos Humanos – Centro de Investigação interdisciplinar (DH - CII). Universidade do Minho. 2018, pp. 159-170.

³¹⁴ MONTE, Mário Ferreira. **Justiça...**, pp. 159-170.

³¹⁵ MONTE, Mário Ferreira. **Justiça...**, pp. 159-170.

³¹⁶ MONTE, Mário Ferreira. **Justiça...**, pp. 159-170.

³¹⁷ MONTE, Mário Ferreira. **Justiça...**, pp. 159-170.

³¹⁸ MONTE, Mário Ferreira. **Justiça...**, pp. 159-170.

³¹⁹ ZEHR, Howard. *Journey to belonging: Restorative Justice – Theoretical Foundations*. Devon: Willan Publishing, 2002, pp 21-31; ZEHR, Howard/MIKA, Harry. *Fundamental concepts of Restorative Justice*. In: *The Contemporary Justice Review*. Vol 1, n. ° 1, 1998, pp. 47-55.

- a) Atender às necessidades das vítimas, sem descorar os anseios e necessidades do agente infrator;
- b) Buscar e facilitar a aproximação entre as partes e permitir a participação democrática da Comunidade;
- c) Resolver o caso contando que seja um bom caminho para boas relações futuras entre as partes.

O quadro a seguir ilustra bem essa discrepância entre o sistema de Justiça Penal vigente e a Justiça Restaurativa, conforme se apresenta:

	Justiça Penal Vigente	Justiça Restaurativa
Crime/infração	Tem uma noção abstrata; trata-se de uma infração à lei; é um ato contra o Estado.	Tem uma noção concreta; trata-se de uma infração contra a Comunidade (há um valor da Comunidade que está em causa); é um ato contra pessoas/Comunidade.
Infrator	É definido em termos de suas deficiências; faz-se referência ao delito.	É definido pela sua capacidade de reparar danos; faz-se referência aos prejuízos causados.
Vítima	É um elemento periférico no processo.	É um elemento preponderante na solução do conflito.
Comunidade	É deixada à margem do processo.	Participa do processo e viabiliza a negociação.
Compromisso do infrator	Cumprimento da pena e ou pagamento da multa	Compromissos e responsabilidades para com a vítima/Comunidade.
Realce	Relações formais e adversativas.	Diálogo e negociação; valorização dos compromissos assumidos pelo infrator.
Controlo	Estado.	Comunidade.

Quadro 1: Comparação entre a Justiça Penal vigente e a Justiça Restaurativa

Como se pode depreender do quadro acima, a Justiça Restaurativa aparece em oposição, ao modelo vigente, mas de maneira nenhuma sem tentar substituí-la. Seu princípio básico – a restauração (*creative restitution*) –, fundamenta a sua existência. No concreto, é uma forma de solução de litígios cujo escopo é também contrapor a ineficiência do modelo criminal atual, procurando, na verdade compreender o crime, seus impactos e a melhor forma de solucioná-lo. A ideia é que haja consensos e escrutínio da Comunidade, que não sendo parte diretamente interessada, tem um olhar e uma palavra a dizer.

3. UMA BREVE ALUSÃO SOBRE O ENCONTRO ENTRE A VÍTIMA E O INFRACTOR

Conforme já dito, a Justiça Restaurativa se constitui como uma panóplia distinta de princípios e de práticas de resolução de litígios no âmbito criminal, que pretendem afastar o máximo possível a hipótese de condenação à pena de prisão, através da mediação, conciliação, encontro entre agente agressor e vítima, assim como a participação da Comunidade. Para Tony MARSHALL, a Justiça Restaurativa “compreende o procedimento através do qual os sujeitos envolvidos num problema se encontram para demarcar coletivamente sobre como irão lidar futuramente com o caso.”³²⁰

Portanto, a Justiça Restaurativa na sua essência, se caracteriza por ser um modelo inovador de Justiça Criminal, que mais do que a reparação do dano, procura conciliar as partes, isto é promover um encontro entre o agente infrator e a vítima. Entretanto, não se pretende aqui afirmar que no Processo Penal tradicional/estatal não haja espaços de consenso entre as partes. Contudo, essa prática não é muito usual ou convencional, exceto em raríssimas situações.

Ora, o escopo da Justiça Restaurativa é ampliar esses espaços de consensos e permitir que, por ventura, não seja necessário levar o caso em litígio nem as partes litigantes ao juiz para um julgamento aos modelos “convencionais” do Estado, burocráticos, rígidos em que o próprio Tribunal passa a ser o centro das atenções, ignorando, muitas vezes a vontade das partes. Portanto, esta proposta, mais do que garantir que haja reparação dos danos causados, oferece uma oportunidade também ao infrator de voluntariamente e de forma espontânea se arrepender, prevenindo assim futuras ações criminosas, contribuindo naturalmente para a queda da reincidência. Mas também oferece uma oportunidade à vítima, pois, lhe dá a oportunidade de ver o problema numa outra perspectiva em que ele se coloca no lugar do outro, um ser humano igual a si, que por vários motivos (sejam psicológicos, sociais ou outros) cometeu uma ilicitude. Esta relevância que se dá à própria vítima, muitas vezes ela não tem, ou perde com o andamento do processo, em que o Tribunal acaba monopolizando o litígio através do processo e fases suas burocráticas.

Outra menção importante nestes encontros é sobre o ambiente e as circunstâncias a que se vão promover. Também importa mencionar que com estes encontros – vítima-infrator – promovidos sob o olhar atento da Comunidade, não está em causa o desmerecimento ou desvalorização da Justiça estatal nem se pretende “fugir à jurisdição” – conforme chamamos atenção na Introdução da Tese,

³²⁰ MARSHALL, Tony. *The evolution of restorative justice in Britain*. In *European journal on criminal policy research*, vol. 4, n.º. 4 dezembro 1996, p. 37.

quando nos referíamos à substituição da Justiça estatal pela Justiça meramente comunitária. Embora se reconheça a ineficácia do e problemas no sistema penal vigente, e em *ultima ratio* da própria Justiça estatal, ela ainda continua e deve continuar a ser importante e ter um papel preponderante do controlo da criminalidade.

De outro lado ainda, reconhecendo o papel preponderante do Estado no controlo à criminalidade e a própria Política Criminal, não se pretende, que à promoção destes encontros se tornem óbice ao processo, durante a instrução na sua fase probatória.³²¹

Finalmente importa salientar que os encontros vítima-infrator – *prima facie* –, ganham corpo em função da natureza tipo, natureza e gravidade dos crimes e, em concreto em Moçambique, é preciso observar a risca os art's. 85º, 87º, 88º, 89º e 102º do CP, assim como o disposto no n.º 1 do art. 3º da Lei n.º 4/92 de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários. Mas também, a outra hipótese, apontada por Lode WALGRAVE³²², implica na aplicação de sanções restaurativas ou procedimentos restaurativos durante o cumprimento das penas, até mesmo para ajudar na ressocialização de recluso. Neste caso, é claro que, muito mais importante que a punição, é a forma de cumprimento e as possibilidades existentes para que o recluso possa se arrepender e assim se evitar que no futuro possam ser cometidos crimes pelo mesmo sujeito.

4. ALGUMAS EXPERIÊNCIAS POSITIVAS COM CASAS DE JUSTIÇA E MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.1.As Experiências do Canadá, Alemanha, México e Argentina

Conforme já foi visto, a abordagem da Justiça Restaurativa tem como foco as necessidades das partes conflituantes e da Sociedade. Trata-se na verdade de um conjunto de práticas que vem se consolidando gradativamente em vários países com forte tradição na mediação de conflitos, e cujos resultados são encorajadores, tal é caso do Canadá, Alemanha, México e Argentina.

No Canada existe o *Youth Criminal Justice Act* (Acto de Justiça Criminal Juvenil), de 2003, cujo escopo é ajudar na redução das taxas de reincidência juvenil, através do processo de limitação do

³²¹ LETSCHERT, Rianne; STAIGER, Ines; PEMBERTON, Anthony. *Assisting Victims of Terrorism*. Springer: Towards a European standar of justice, 2010, p. 53.

³²² WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Willan, 2008, p. 21.

aprisionamento dos jovens. Para tal a Justiça recorre a outras alternativas como determinadas medidas extrajudiciais. Mas também, para além de se focar na vítima e no infrator, a família desempenha um importante papel como núcleo central da Sociedade. Fora isso, há os chamados círculos de paz que desenvolvem atividades de mediação penal.³²³

A experiência da Alemanha assenta nas *Volkshochschule*, que são universidades populares que oferecem cursos para o aperfeiçoamento de práticas que se aproximam ao modelo da Justiça Restaurativa.

No caso do México existem as chamadas *Casas de la Cultura Jurídica*, uma espécie de Centros da Corte Suprema de Justiça da Nação, estabelecido em todos os Estados da República, com o objetivo comum de servir os funcionários do Poder Judiciário a Comunidade jurídica e a Sociedade em geral, através da promoção da cultura e dos Tribunais, bem como através de serviços de consulta patrimônio documental da instituição. Desempenham um extraordinário trabalho de disseminação da cultura jurídica e assessoria aos cidadãos, o que também se aproxima ao modelo de Justiça Restaurativa.

De outro lado, temos o exemplo da Mediação Comunitária na Argentina, que é subordinada ao Ministério de Governo e Justiça. A Lei n.º 4045, no seu art. 3º, outorga a atividade de mediação para as associações civis e fundações. Neste modelo dá-se liberdade aos funcionários locais e as *asociaciones civiles y fundaciones, con personería jurídica debidamente outorgada*. Estas associações demonstram total empenho para os desideratos para os quais foram criadas que é a mediação nas Comunidades tendo como princípio o respeito às práticas e Costumes locais.

4.2. A Experiência de Portugal Sobre a Mediação Penal de Adultos Como Novo Paradigma de Justiça e Instrumento de Política Criminal

Em Portugal, tem-se a Mediação Penal de Adultos, reconhecida pelo legislador como uma prática restaurativa. De acordo com Mário MONTE, a mediação penal em Portugal foi proposta à União Europeia, com base na Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, referente ao estatuto da vítima em Processo Penal, tendo-se transportado para o ordenamento jurídico português³²⁴,

³²³ LIEBMANN, Marian. *Restorative Justice: how it works*. London: Jessica Kingsly Publishers, 2007.

³²⁴ MONTE, Mário Ferreira. **O Princípio da Legalidade Criminal**: uma revisitação à luz de concretas exigências de Justiça material, p. 153. Texto resultante do escrito de uma intervenção oral, realizada na Universidade Lusófona do Porto, no dia 28 de maio de 2014, no Ciclo de Conferências dos 250 Anos da obra de Cesare Beccaria, "Dos Delitos e das Penas". [artigo cedido gentilmente pelo autor].

através da Lei da Mediação Penal, Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Refira-se também que esta lei foi aprovada no âmbito da execução da Lei-Quadro da Política Criminal, Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, com a qual a AR aprovou a Lei n.º 51/2007, de 31 de agosto, que determina que “a Mediação Penal deve ser privilegiada pelos magistrados do MP no âmbito dos crimes a que alude o seu art. 11.º.”³²⁵

Trata-se, portanto, de um mecanismo enxertado no próprio Processo Penal que, contudo, não é a única prática restaurativa reconhecida pelo legislador português, mas, é, a única reconhecida como mecanismo de diversão processual penal.

Cláudia SANTOS esclarece que existem outras soluções restaurativas no ordenamento jurídico português, quer no contexto da denominada delinquência juvenil, quer no âmbito da Justiça aplicável aos adultos, quer também as práticas restaurativas pós-sentenciais previstas especificamente para as ocorrências de violência doméstica e genericamente no regime de execução das penas privativas de liberdade.³²⁶

Especificamente sobre a Mediação Penal de Adultos, Cláudia SANTOS explica que,

Trata-se sobretudo da mediação penal que o legislador português admitiu para alguns crimes na fase de inquérito, por várias razões: em primeiro lugar, porque é sobretudo nesta fase que o recurso às práticas restaurativas pode contribuir para tornar o funcionamento da Justiça Penal ‘mais mínimo’, surgindo a resposta restaurativa como alternativa; em segundo lugar, porque as práticas pós-sentenciais ‘de adultos’ têm limitada expressão na lei e, de momento, uma quase nula prática.³²⁷

Uma nota importante sobre a Mediação Penal de Adultos, trazida por Mário MONTE³²⁸, é a de que, na essência, a lei abre a hipótese de a pena ser fixada pelos sujeitos processuais, conforme certos limites, sem necessariamente ter que ser aquela legalmente tipificada. Quer isto dizer, que é possível contornar o princípio da legalidade, sem dele fugir, visto que a lei assim admite.

³²⁵ LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, 25.

³²⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, p. 665.

³²⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, p. 665.

³²⁸ MONTE, Mário Ferreira. **O Princípio...**, p. 153.

4.3. Uma Outra Experiência Positiva de Humanização das Punições e Aproximação à Justiça Restaurativa: *Detenção Versus Princípio da Remissão e Oportunidade para a Juventude no Uruguai*

Vejamos agora uma outra experiência positiva sobre as penas alternativas e aprisionamento de jovens que se pretende estabelecer no Uruguai. Esta experiência foi escolhida para o trabalho pelo facto de o Uruguai ser um dos países no mundo que atravessa uma Crise no SIRPA e que não poupa esforços para reverter a situação. Com ela, pretendemos demonstrar que não só o aprisionamento é caro, como também por vezes não educa e não recupera.

Com efeito, a Comissão dos Direitos Humanos da ONU tem apontado graves problemas no Uruguai no que diz respeito a maus tratos e torturas em Estabelecimentos Penitenciários. Estes problemas foram levados à CDHCONU e CIDHOEA e endossados pelas respectivas representantes, nomeadamente Sara OVIEDO e Rosa María ORTIZ.

Como provas, no princípio do mês de agosto de 2015, circulou um vídeo em várias plataformas em que um agente do INAU espancava um jovem que ali estava internado, o que serviu também de pretexto para se repensar as formas alternativas de encarceramentos de jovens e adolescentes.

Como consequência de pressões de vários sectores da Sociedade ligadas a matéria, realizou-se no dia 19 de agosto de 2015, no Uruguai o seminário intitulado sistema penal juvenil. Dada a importância do assunto e pelos resultados alcançados, a matéria foi levada ao debate no Congresso Nacional do Uruguai, onde no final foram colocadas várias propostas de formas alternativas de tratamento de jovens e adolescentes em conflito com a lei.³²⁹

Na ocasião, o representante da UNICEF, Paolo MEFALOPULOS, afirmou que

O que se pretende não é tão-somente aplicar a pena em forma de castigo para quem cometeu uma infração, mas sim, é preciso olhar para a ressocialização e reintegração. [...]. A adolescência é uma faixa de muitas, na qual é preciso prestar atenção nos jovens e ajudá-los e a simples punição por meio da privação da liberdade e castigo, não resolve o problema, antes pelo contrário, só aumenta os casos de reincidência e marginaliza os jovens.³³⁰

³²⁹ SANTINI, Daniel. **'Encarceramento é caro, não recupera e não educa'**: Uruguai debate medidas alternativas para adolescentes infratores. Opera Mundi, Montevideo, 2015. Disponível em <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/41462/encarceramento+e+caro+nao+recupera+e+nao+educa+uruguai+debate+medidas+alternativas+para+adolescentes+infratores.shtml>

³³⁰ SANTINI, Daniel. **Encarceramento...**, *op cit.*

Acrescenta ainda Paolo MEFALOPULOS que, enquanto no Uruguai para uma população estimada em de 3,5 milhões, há cerca de 700 jovens e adolescentes em prisão, o que faz uma proporção de 20 a cada 100 mil pessoas. No caso da Itália com uma população estimada em 60 milhões, os jovens que se encontram em estabelecimentos socioeducativos é de cerca de 300, o que faz uma proporção de 1 pessoa a cada 200 mil. Portanto, há extrema necessidade de reverter o padrão uruguaio e de outros países sul-americanos.³³¹

De acordo com Paolo MEFALOPULOS, isto não quer dizer, de forma alguma, que, os adolescentes daquele país europeu não cometem ilícitos, ou que as autoridades fazem “vista grossa”. O que está em causa é que as autoridades de justiça saibam dar o devido tratamento a estes casos. Naturalmente há uma série de medidas alternativas que são aplicadas para os jovens em conflito com a lei, que torna os números de aprisionamento baixos. A questão a ter em conta é que a violência aplicada aos jovens pode gerar violência em maiores proporções para a Sociedade.³³²

Por outro lado, o representante do INDHU, Álvaro COLISTRO, que esteve presente no encontro, fez menção sobre a legislação internacional que regula as matérias em questão. De acordo com Álvaro COLISTRO, o aprisionamento deve ser considerado só em última instância. E mais, não se pode falar de reeducação de jovens através da privação de liberdade, isto é uma ficção.

Outros especialistas internacionais também deixaram seus contributos no encontro. Mary BELOFF, por exemplo, autora do *Estudo Sobre a Menoridade e Maioridade Penal; Justiça Especializada Para Menores Infratores*, entre outros, fez duras críticas à legislação penal do Uruguai, que no capítulo dos menores infratores não abre espaço para outras formas de punição, se não somente a privação de liberdade. Ressaltou ainda Mary BELOFF que,

Na verdade as outras medidas é que deviam ser regras e a prisão devia ser alternativa, e não o inverso. Só se deve recorrer à prisão quando houver fortes razões. A privação é cara, não educa e não recupera. É chegado o momento de se examinar o assunto com base científica e elementos objetivos. Deve é se lutar contra o sentimento de impunidade e não apenas encarcerar todos os cidadãos, isso não resolve o problema.³³³

³³¹ SANTINI, Daniel. **Encarceramento...**, *op cit.*

³³² SANTINI, Daniel. **Encarceramento...**, *op cit.*

³³³ Entre as obras de BELOFF destacam-se: BELOFF, Mary (dir.). **Estudios sobre la edad penal de menores de dieciséis años Inimputables**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013. BELOFF, Mary. **La reclusión de niños y adolescentes en situación de la niñez y adolescencia en Argentina**. En: Tercer Foro de la salud y la cuestión social. Situación de la niñez y de la adolescencia en Argentina. Buenos Aires: Fundación FEMEBA, pp. 75/91. 2009. BELOFF, Mary. **La justicia especializada para menores infractores**. En: Niños víctimas. Revista de derecho penal y procesal penal. Buenos Aires: Lexis Nexis. pp. 1032/1038. ISSN 1851-0353. 2008. BELOFF, Mary. **Los adolescentes y el derecho penal: una relación conflictiva**. En:

Por outro lado, Castro MORALES, autor da obra *Direitos Fundamentais dos Reclusos*, propôs que a Justiça Penal para menores seja eclética, para julgar forma branda as infrações cometidas por menores. Outro aspeto levantado por Castro MORALES tem que ver com os prazos para o julgamento, que na maior parte dos casos se estende larga e desnecessariamente. Segundo ele, é preciso encurtar no máximo os prazos para o julgamento de modo diminuir o sofrimento do jovem e evitar expô-lo (privacidade) por muito tempo ao sistema penal para que ele não possa se habituar e achar normal aquela vida. Ora, caso a solução seja mesmo o encarceramento, esgotadas todas as possibilidades, é preciso então atender um procedimento fundamental que é a separação entre separação entre jovens e adultos. De acordo com Castro MORALES, não é admissível que um jovem esteja na mesma cela com um adulto, pois as experiências podem ser desastrosas. Parte-se do pressuposto de que o adulto provavelmente seja um criminoso habitual ao passo que o jovem ou adolescente por descuido, desconhecimento ou outras razões está naquela situação.³³⁴

Em relação ao Processo Penal em si, Castro MORALES sublinhou a necessidade de outras formas alternativas que se assentam em princípios, como por exemplo, o da *remissão e oportunidade*, no qual o Estado pode afastar o Processo, podendo examinar se aquele ato é gravíssimo ou não e se põe em causa o interesse coletivo. Portanto, seria uma forma de aproveitar os princípios da Justiça Restaurativa para o bem do próprio sistema criminal e da Sociedade. Defende ainda a hipótese de acordos reparatórios e serviços comunitários, bem como liberdade observada, como outras formas de punição, que não seja necessariamente a privação de liberdade. Destacou também que, mesmo nos casos de condenação deve haver a possibilidade de suspensão de penas leves quando não há susceptibilidade de reincidência por parte do adolescente.

Para finalizar esta parte, ressalta-se que a prisão deve ser considerada a última das medidas a ser adotada, e que o tempo dos adolescentes é diferente e, por isso, a privação de liberdade deve ser limitada, pois, as possibilidades de recuperação diminuem com penas prolongadas.

Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 275/278. ISBN 978-987-592-222-8 (a partir de 2008 ISSN 1851-0353). 2007. BELOFF, Mary. *Los adolescentes y el Sistema penal*. In: Revista Mexicana de Justicia Número 13, pp. 105-140. ISSN 0136-3878. 2006.

³³⁴ MORALES, Álvaro. *Direitos Fundamentais dos Privados de Liberdade*. (título em espanhol). Outra publicação ver MORALES, Álvaro Castro & DÜNKEL, Frieder. *Sistemas de Justicia Juvenil y Política Criminal en Europa*. Referência obtida: Universidad Diego Portales, 2013. Disponível em: <<http://justiciainfancia.udp.cl/wp-content/uploads/2013/08/D%C3%BCnkel-Castro.pdf>>, acesso em: 14 abr. 2015.

5. ALGUMAS CRÍTICAS APONTADAS À JUSTIÇA RESTAURATIVA

Muito embora a proposta da Tese seja a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique, ela não é de todo um “mar de rosas” e os seus princípios e procedimentos enfrentam algumas críticas.

Ilustrou-se, na Introdução, algumas notas, para que as proposições adoptadas não sofram conotações que de antemão possam comprometer a pesquisa e para evitar correr-se uma série de riscos. Entre essas notas, a sexta, refere sobre a necessidade de se estabelecer fronteiras entre a empatia e a identificação, quer dizer, a relação entre o pesquisador e o seu objeto de pesquisa, que muitas vezes acaba por gerar um sentimento de empatia e esta acaba por ser tão inevitável quanto indispensável para uma boa investigação. É assim se sucede: procuramos de toda a forma não ultrapassar as barreiras da empatia, pois, apesar de identificarmos as fragilidades do sistema de Justiça Penal vigente, reconhecemos o seu papel no controle da criminalidade, mas também reconhecemos algumas críticas e fragilidades da proposta da Justiça Restaurativa.

De facto, as propostas restaurativas, nos dizeres de Mário MONTE, não são, em todo o caso, como muitas vezes se quer fazer parecer, um verdadeiro oásis da justiça.³³⁵ Pelo contrário, ela enfrenta várias críticas, sobretudo, dos penalistas chamados de “conservadores”, que vêm nesta proposta uma ambiguidade da sua formulação, pluralidade de discursos e dificuldades de definição. André Lamas LEITE diz que “a mediação e, de modo geral a Justiça Restaurativa – grosso modo, a *‘justice douce’* –, não são panaceias universais nem substitutos do sistema Jurídico-penal, arriscando-se, porém, a serem institutos poliédricos que, de tantas faces desejam conter, nenhuma delas serem capazes de desenvolver de forma adequada.”³³⁶

Ainda de acordo com Lamas LEITE, a mediação e, em geral, os mecanismos de resolução alternativa de litígios, vivem num aparente paradoxo: por um lado querem fazer parte do sistema judicial dito “clássico”, por forma a beneficiarem do seu apuro técnico, fruto de séculos de evolução, bem como das adequadas proteções aos Direitos Fundamentais do arguido e do ofendido, e, por outro lado, revelam-se muito diferentes e até, por vezes, quase sobranceiros face à “antiga” maneira de administrar a Justiça, assim evitando as dificuldades que os sistemas enfrentam.³³⁷

Neste sentido, a constatação feita por Figueiredo DIAS, é de que,

³³⁵ MONTE, Mário Ferreira. **Justiça...**, pp. 159-170.

³³⁶ LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, p. 37-38.

³³⁷ LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, p. 46.

A Justiça Restaurativa, pelos seus traços, precisa de se estabelecer longe das imperfeições do Processo Penal, mas, por ser assim, alguma solução não deixa, porém, de acarretar riscos, relacionados com a hipótese de as soluções comunitárias de apaziguamento dos litígios poderem desaguar em formas de controlo social mais vastas, repressivas e sem as garantias previamente pretendidas.³³⁸

Outra objeção apontada por Lamas LEITE é que parece haver uma ideia de que a Justiça Restaurativa é dotada de uma “superior moralidade” e de uma capacidade de influenciar (ou mesmo criar) novos valores sociais, quando comparada com a administração clássica, porquanto é mais adequada a reestabelecer os laços sociais quebrados pelo crime, a reintegrar o agente e reparar a vítima. Porém, é por demais conhecida a imperatividade da diferenciação entre Direito e moral, a que se junta a falta de dados empíricos comprovativos de afirmação tão apodítica.³³⁹

Lamas LEITE ataca ainda Nils CHRISTIE, por considerar que este entende o Direito como *leading process* na axiologia comunitária, esquecendo que, muitas vezes, é a Sociedade que se impõe à nossa disciplina normativa, a qual se limita a corporizar uma dada perspectiva de valores, olvidando-se que a mediação e, em geral, a Justiça Restaurativa, não são mecanismos assépticos da Sociedade, dela desligados, quase como um olimpo a comandar os humanos.³⁴⁰

Outra contestação é levantada por George PAVLICH, no sentido de considerar a Justiça Restaurativa uma utopia, ou seja, de que ela não é capaz de cumprir suas promessas de menos prisão e mais atenção às necessidades dos que sofrem privações, reparação e humanização da resposta ao crime.³⁴¹

Voltando as objeções levantadas por Lamas LEITE – que consideramos muito relevantes – temos aquela segundo a qual a Justiça Restaurativa – ao menos no entendimento de CHRISTIE – apresenta uma contradição: defende uma administração da Justiça muito chegada aos cidadãos e pronta para curar as “úlceras” sociais, em um tempo marcado pelo excessivo egoísmo individual.³⁴²

Acresce ainda ao rol de objeções a fluidez do termo e a acentuada confusão terminológica, porque a Justiça Restaurativa surgiu como uma prática que, apenas numa segunda

³³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Processo Penal Português: problemas e prospetivas”. In: Que Futuro para o Direito do Processo Penal. Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 816.

³³⁹ LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, p. 22.

³⁴⁰ LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, p. 23.

³⁴¹ PAVLICH, George. **Deconstructing restoration: the promise of restorative justice**. Restorative Justice – Theoretical Foundations, Eds. Elmar Weitecamp/Hans-Jurgen Kerner, Devon: Willan Publish, 2002, pp. 90-92.

³⁴² LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, p. 23.

fase, buscou um enquadramento teórico, o que explica a miríade de construções, tantas vezes conflitantes entre si. Da mesma maneira, têm-se apontado como fatores que provocam a confusão terminológica assinalada, o facto de os movimentos da Justiça Restaurativa não terem somente uma feição jurídica, conhecendo influências relevantes na sociologia, psicologia, antropologia e outras ciências sociais e humanas, o que, no entender de Lamas LEITE introduz ruído conceptual.³⁴³

O outro sentido negativo que se atribui à Justiça Restaurativa é o referente à sua "suposta" (des)adequação teórica e prática como solução para infrações económicas. Entretanto, esta é uma hermética já superada e muito bem escalpelizada por Flávia LOUREIRO num trabalho recente – já referenciado na Tese –, intitulado *A Justiça Restaurativa e a Criminalidade Económica: reforço ou afastamento do Direito Penal*.³⁴⁴ Portanto, conforme já dito anteriormente na parte introdutiva, grosso modo os crimes económicos se caracterizam pelo baixo nível de detecção e subconhecimento, o que torna a sua percepção especialmente complexa, uma vez que depende de conhecimentos técnicos e científicos apenas ao alcance de alguns, fazendo com que a generalidade das pessoas nem consiga sequer aperceber-se que um crime está a acontecer.

Além de que, conforme a mesma autora, as atividades económicas são desenvolvidas no seio de pessoas coletivas (empresas), onde vigoram regras estritas de segredo, hierarquia e estratificação, bem como a falta de consciência da vitimização, uma vez que os crimes em causa ou não têm vítimas (diretas) ou estas estão muito distantes dos atos lesivos.³⁴⁵

Entretanto, de acordo com a autora supracitada as soluções restaurativas têm papel preponderante na medida em que podem ter um profundo impacto sobre os infratores que regra geral são indivíduos socialmente competentes e profissionalmente e familiarmente integrados.³⁴⁶

O mesmo acontece em relação à reincidência, que cujas soluções restaurativas podem assumir extrema importância a partir do momento em que façam o agente compreender a dimensão do seu ato e possam leva-lo ao respeito pelas normas da Comunidade. Outrossim, tanto mais quanto o agente infrator é um cidadão integrado na Comunidade – como o são em muitos casos desta natureza –, com formação e educação, capacidades linguísticas e de persuasão, menos suscetível à “vergonha reintegração” que caracteriza o processo restaurativo.³⁴⁷ Pense-se por exemplo nas penas alternativas à

³⁴³ LEITE, André Lamas. **A Mediação...**, p. 23.

³⁴⁴ LOUREIRO, Flávia Novera. **A Justiça...**, pp. 63-86.

³⁴⁵ LOUREIRO, Flávia Novera. **A Justiça...**, pp. 63-86.

³⁴⁶ LOUREIRO, Flávia Novera. **A Justiça...**, pp. 63-86.

³⁴⁷ LOUREIRO, Flávia Novera. **A Justiça...**, pp. 63-86.

pena de prisão, sobretudo na prestação de trabalho socialmente útil, conforme consta no art. 90 e ss do CP.

5.1. A Questão da (Des)conformidade da Justiça Restaurativa Com os Princípios Estruturais do Direito Penal, Particularmente o *Princípio da Legalidade e da Culpa*

Uma outra crítica ainda relaciona-se com a denominada “*fuga à jurisdição*” e o esquecimento da dimensão pública do crime e a desconsideração das garantias processuais, como os Direitos a confrontar testemunhas, ser representado por advogado, ser julgado por um Tribunal e o direito de recorrer.³⁴⁸ Há ainda por solucionar a questão da (des)conformidade da Justiça Restaurativa face aos princípios estruturais do modelo tradicional de reação ao crime.

Com efeito, sobre este último, diz Cláudia SANTOS, e concordamos perfeitamente, que existe um conjunto de princípios considerados essências na definição da resposta dada ao crime em um Estado de Direito Social que parecem, pelo menos até certo ponto, postos em causa pela Justiça Restaurativa, sendo de entre eles, o da culpa, da oficialidade da legalidade e promoção processual e o da reserva do juiz.³⁴⁹ A ideia principal a que Cláudia SANTOS chegou é de que tais princípios devem permanecer irrenunciáveis no plano da resposta penal ao crime e não têm de vincular tão estreitamente uma forma de reação que comporta notas de diversidade.³⁵⁰

De outro lado, reconhece-se que mesmo no âmbito da Justiça Penal surgem entraves a estes princípios, pelo que se vai distanciando da Justiça Penal tradicional. Para além da legalidade e da culpa, há novos valores que devem ser tomados em conta sobretudo para fazer o cotejo com a Justiça Restaurativa, entre eles, a igualdade, a oportunidade, consenso, celeridade, mediação e reparação, ou seja, na resposta ao crime é preciso experimentar novas saídas.

Ora, há um aspeto muito fundamental levantado por Cláudia SANTOS, é que a diversidade das práticas restaurativas bem como a sua definição podem limitar ou pelo menos dificultar a

³⁴⁸ DELGADO, Richard. *Goodbay to Hammurabi: analyzing the Atavistic Appeal of Restorative Justice*. Stanford Law Review, vol. 52, 4, 2000, pp. 751 ss.

³⁴⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça...*, p. 484.

³⁵⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça...*, p. 484.

aplicação desses princípios.³⁵¹ Para a presente Tese consideraremos os princípios da legalidade e da culpa para análise, conforme se segue.

5.1.1. O princípio da legalidade

O princípio da legalidade é em primeiro lugar reconhecido e abre as disposições dos códigos penais modernos. A sua matriz é a Carta Magna da Inglaterra, de 1215, e as *petitions of rights* dos EUA. Mas também, este princípio foi enunciado em termos concretos no art. 8º da DDH, que resultou da Revolução Francesa, que diz o seguinte: “Ninguém pode ser punido senão nos termos de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime e legalmente aplicada.”

Em termos gerais, a legalidade reproduz a legitimação formal do Direito Penal pela ordem constitucional e uma das suas principais características. Consagrado no art. 60º da CRM e estabelecido no art. 7º do CP, o princípio da legalidade ou de reserva legal, conforme Faria COSTA³⁵² “possibilita afirmar que, via de regra, ao legislador é impedido a elaboração de leis penais que recaiam sobre factos precedentes à sua vigência, tipificando-os como crimes ou empregando pena aos agentes.

O brocardo jurídico *Nullum crimen sine lege* – que de acordo com Germano Marques da SILVA, se desdobra em *nullum crimen, nulla poena sine lege previa; nullum crimen, nulla poena sine lege certa; nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; nulla poena sine iudicio* – é expressão máxima e traduz a essência do princípio da legalidade, estabelecendo que todo crime deve resultar de uma lei que a tipifica como tal, ou seja, é imprescindível que a conduta delituosa tenha sido definida como tal pelo Estado.³⁵³

De acordo com Mário MONTE, ainda que o princípio da legalidade não seja tudo no Direito Penal, é e será sempre a chave para a segurança dos cidadãos³⁵⁴, pois este apresenta duas garantias fundamentais, particularmente, a proteção jurídica e certeza e segurança perante o próprio Estado, visto que tendo o Estado o poder exclusivo de punir, os seus destinatários devem saber claramente quais atos são puníveis e quais atos não são.³⁵⁵ Ainda de acordo com o mesmo autor, examinar este princípio à luz de um tal paradigma (Justiça Restaurativa), seria uma empreitada deveras ociosa, uma

³⁵¹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, p. 484.

³⁵² COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 131.

³⁵³ SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português**. Parte Geral I. introdução e teoria da lei penal. Lisboa: Editorial Verbo, 1997, p. 224 e ss.

³⁵⁴ MONTE, Mário Ferreira. **O Princípio...**, p. 152.

³⁵⁵ MONTE, Mário Ferreira. **O Princípio...**, p. 152.

vez que este paradigma não está devidamente encaixado ao sistema penal e isso, em suas palavras, comporta grandes riscos.³⁵⁶

Contudo, trata-se de críticas improcedentes ou superáveis visto que o próprio princípio da legalidade sofre algum desgaste, muito em particular porque o próprio Direito Penal tem expandido o seu campo de atuação e os tipos legais de crime. Consequentemente, contrariamente ao que pode parecer, isto leva à necessidade de ampliação dos espaços de mediação e consenso. Em termos gerais, a negociação surge em contraposição ao crescente alargamento da atuação do Direito Penal, que por consequência leva-nos ao restringimento do próprio princípio da legalidade, tanto materialmente como processualmente.

5.1.2. O princípio da culpa

A culpabilidade está diretamente relacionada ao princípio da inocência ou da não culpabilidade, pois apesar da aparente antinomia, trata-se de imputação pessoal fundada em dolo ou culpa que gerará efeitos penais e extrapenais após o trânsito em julgado, ou seja, verdadeira materialização da liberdade como regra, da responsabilidade subjetiva e dos limites ao poder punitivo do Estado. Figueiredo DIAS ensina que “o princípio da culpabilidade constitui uma componente inibidora do poder e do intervencionismo do Estado, guiado por imposições inabdicáveis de respeito pela dignidade humana.”³⁵⁷

Ainda de acordo com Figueiredo DIAS o princípio da culpa consiste em um princípio jurídico-constitucional imperativo. No mesmo diapasão, Cláudia SANTOS esteando-se em Figueiredo DIAS remata que “a culpa é um pressuposto imprescindível para se poder afirmar a responsabilidade penal do sujeito, porque é ela que permite sustentar o merecimento de uma pena por parte daquele agente, e só esse merecimento de punição é ainda coerente com a afirmação da dignidade da pessoa que é punida.”³⁵⁸ Claus ROXIN também já havia mencionado que a culpa continua a ser o pressuposto decisivo – ainda que não o único – da responsabilidade jurídico-penal.³⁵⁹

³⁵⁶ MONTE, Mário Ferreira. **O Princípio...**, p. 152.

³⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 281.

³⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Direito Penal do Bem Jurídico como Princípio Jurídico-constitucional** – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 41 – 42.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, Tomo I, trad. da 2ª Ed. alemã, reimpressão, Thomson/Civitas: 2003, p. 798.

O princípio da culpabilidade é então, sem dúvidas, um dos princípios fundamentais do Direito Penal. Mas também, como diz Cavaleiro de FERREIRA,

É um princípio que desfalece em vários aspetos, nos novos códigos penais. Este princípio foi largamente coartado em diversos campos da concepção jurídico-penal, apesar de quase que exclusivamente, contra o prisma que observa a culpa como fundamento da pena, ganhou unanimidade. [...].³⁶⁰

Ora, as reflexões feitas por Cláudia SANTOS em volta da pena e das finalidades da solução restaurativa – passando pela questão da função da Justiça Restaurativa *versus* a função da Justiça Penal – se conduziu ao abandono da contraposição radical com base no binómio reparação/retribuição, nada permitiu concluir quanto à transposição (ou não) do princípio da culpa do domínio penal para o domínio restaurativo. Concluiu ainda que a finalidade da pena não é a retribuição da culpa manifestada no facto pelo agente e que a culpa constitui uma barreira para o poder estatal de punir, ao ser apresentada como pressuposição e limite intransponível da pena.³⁶¹

Em relação ao papel do princípio da culpa na Justiça Restaurativa, vale dizer que esta é um elemento central na distinção entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal chamada de clássica. Na prática é que o princípio da culpa implica necessariamente que a resposta criminal se faz acompanhar sempre por um juízo de reprovação ao infrator e que somente o Tribunal é a única instância formal e material para materializar essa censura, por isso, a intrínseca conexão entre os princípios “*nulla poena sine lege*”, “*nulla poena sine culpa*” e “*nulla culpa sine iudicio*”. Ora, aqui podemos tirar uma primeira conclusão de que pelo princípio da culpa nenhuma decisão de reação criminal possa ser tomada fora do judiciário, portanto, este princípio não aceita informalidade.

³⁶⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições...**, p. 56.

³⁶¹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça...**, pp. 413-414.

CAPÍTULO II – AÇÕES PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MOÇAMBIQUE

Este derradeiro Capítulo foi costurado tendo em conta os seguintes aspectos:

1. A premissa de partida da Tese, de que a Justiça Penal vigente encontra-se em Crise – conforme foi demonstrado –, e requiere, por isso, uma alternativa, isto é, um novo paradigma;
2. O objetivo principal da Tese que é constituir um novo marco de Política Criminal para a construção de formas de promoção das Justiças Comunitárias e do Pluralismo Jurídico, através da implementação e realização da Justiça Restaurativa como paradigma alternativo e complementar ao sistema de Justiça Criminal;
3. A proposta da Justiça Restaurativa – para a presente Tese – que é na verdade não só a valorização das Justiças Comunitárias, mas também, uma série de fatores ou medidas, as chamadas ações, que devem ser fomentados pelo Estado para a restauração e melhoria do atual sistema de Justiça Penal.

Por isso, pretendemos expor ações para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique.

Assim, comprovar-se-á a última hipótese da Tese que é: **para além da valorização das Justiças Comunitárias, é necessário que outros fatores e ações sejam levados em conta pelo Estado, tais como a Política Criminal, a atuação das instituições de Administração da Justiça, a Segurança Pública e a prevenção da criminalidade no geral, através do Policiamento Comunitário, a adequação do CP com o CPP, as penas e medidas alternativas à prisão e a Política Prisional.**

1. A POLÍTICA CRIMINAL COMO PEÇA-CHAVE PARA MATERIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Moçambique diferentemente de outros países não tem uma lei de Política Criminal. Mas esta não é a questão para a Tese. Até porque consideramos que a ausência de uma lei de Política Criminal não coloca em questão o funcionamento normal das instituições de Administração da Justiça e a realização da Justiça. Se cada uma destas instituições – Polícia, MP, Tribunais e SERNAP –, desenvolverem rigorosamente as suas atribuições e competências, legalmente atribuídas e havendo estrita coordenação entre elas, a ausência desta lei não se faz sentir. Até porque, também, a CRM estabelece claramente o campo de atuação de cada uma delas.

Por isso, quanto a nós, a Política Criminal deve ser vista não como uma lei específica, mas sim como o conjunto de ações que devem ser levadas a cabo pelo Estado – composto por essas instituições –, para fazer face a criminalidade e em última análise para a Justiça Restaurativa que, como referimos, comporta também várias ações.

Na verdade, quanto a nós, a Política Criminal (não no sentido da lei, mas sim das ações) é necessária, porque, nas palavras de Guedes VALENTE, trata-se de “princípios sistemáticos assentados na investigação das causas do crime e dos correspondentes resultados das penas, para as quais, o Estado prosseguir no controlo da criminalidade por meio das suas instituições.”³⁶²

Von LISZT considera que a Política Criminal como ciência deve indicar as soluções tanto da razão jurídica, quanto das finalidades das penas levadas a cabo pelo Estado, bem como apontar à génese do crime.³⁶³

Também a Política Criminal compete apontar-nos a regra para apreciação do valor do Direito em vigor, e indicar o Direito que deve prevalecer, cabendo-lhe inclusive fazer compreender o Direito à luz de apreciações constatadas das finalidades das penas e aplica-lo em situações concretas. Portanto, aqui quanto a nós uma boa Política Criminal tem em atenção os valores Costumeiros e hábitos tradicionais de resolução de conflitos, que ajudam o próprio sistema a reduzir o número de processos nos Tribunais.

³⁶² LISZT, Franz Von. **Tratado...**, p. 72. Vide também DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia...**, p. 93.

³⁶³ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal** – Tomo I. tradução do alemão de José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russels Editores, 2003, p. 72.

De acordo com Guedes VALENTE a expressão Política Criminal é de autoria do penalista alemão FEUERBACH e significa a “teoria e prática de sistema penal”. Dito de outra forma, corresponde ao conjunto das atuações repressivas que o Estado faz frente à criminalidade.³⁶⁴

Em termos históricos, entre o início do séc. XIX e meados do séc. XX, a Política Criminal foi concebida como ciência intrassistêmica à dogmática jurídico-criminal. Portanto, o conceito de FEURBACH é um conceito intrassistêmico face ao Direito Penal, à Criminologia e à Sociologia Criminal no tempo e no espaço do Estado de Direito formal. O estatuto de ciência transsistêmica a todo sistema penal é alcançado pela Política Criminal no Estado de Direito material social democrático.

A Política Criminal evolui quanto ao espaço e âmbito de intervenção e, nesse sentido, o conceito de Política Criminal ganha os contornos da visão não só do modelo de Direito Penal implantado na Sociedade, como também ganha os contornos da visão que o ser humano tem sobre o próprio ser humano: se é um ser reduzido a instrumento do coletivo ou se é um ser que se afirma como ator principal e sem o qual o coletivo não existe, ou seja, se em uma posição de subalternidade ou de superioridade ao coletivo.

A Ciência Criminal, segundo Von LISZT, incumbe apontar-nos a regra com a qual se deve examinar o valor do Direito vigente. A ideia de Política Criminal reveste, em cada tempo e espaço históricos, o tecido do pensar da Sociedade (povo), do pensar o ser humano e do pensar o Estado. Por isso, perante as Crises do sistema penal vigente e a necessidade de sua restauração, entendemos que é preciso que o Estado, através da sua Política Criminal, “acompanhe este desiderato.”³⁶⁵

O ponto importante para a nossa Tese é que a comunicabilidade intersubjetiva sociojurídica exercida pelos seres humanos, como pessoas individualmente consideradas, base em que assenta Niklas LUHMANN, não é esquecida na concepção da Política Criminal que partilhamos em que o ser *humano* é ator ou “instrumento funcional de manutenção da identidade social”.³⁶⁶

A Sociedade é (e será) o resultado da comunicabilidade social produzida pelos *individuos*, ou seja, a participação e comunicação das pessoas envolvidas e da própria Comunidade no processo em geral é importante. Esta comunicação cria e mantém uma determinada identidade social.

³⁶⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia...**, p. 28.

³⁶⁵ LISZT, Franz Von. **Tratado...**, p. 72

³⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS/Instituto Goethe, 1997, citado por SCHMIDT, André Zenkner. Considerações sobre um modelo teleogico-garantista a partir do viés funcional-normatista. *In: Política Criminal Contemporânea*. Criminologia. Direito Penal e Direito Processual Penal. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 95.

A Política Criminal será em cada momento (e sempre), reflexo da concepção identitária social com a função de regular a complexidade do sistema, ou seja, o Direito tem como missão a preservação da identidade do sistema social, o que torna fundamental para a Justiça Restaurativa, uma vez que esta tem na sua essência, e de acordo com a nossa proposta, a valorização da identidade cultural, dos hábitos Costumeiros e normas tradicionais, sem no entanto retirar o papel legítimo do Estado.

A pena em abstrato e em concreto, para Von LISZT, é (e será sempre) o critério seguro para que a Política Criminal, como ciência, promova a crítica ao Direito Penal em vigor e seja linha de partida para desenvolver um programa de legislação penal futura.³⁶⁷ Mas consideramos que não é único critério, apesar de ser o critério mãe para nos situar a Política Criminal dentro de tempo e espaço conceptual de Estado. A Política Criminal intrassistémica esgota a sua função no quadro de uma reforma penal, isto é, no âmbito do *iure constituendo* para orientação do jurista/legislador.³⁶⁸ Como afirma Von LISZT “o Direito Penal é o intransponível impedimento da Política Criminal,”³⁶⁹ devendo esta estar subordinada a dogmática jurídico penal e deter natureza de ciência auxiliar da reforma penal.

Enrico FERRI³⁷⁰ considera que o conceito de Política Criminal, desenvolvido por Von LISZT, não é um conceito exato, porque a política não é uma ciência, mas uma arte. FERRI considera que a Política Criminal, como política, é arte de utilização (pelo legislador) dos desfechos e das propostas que a ciência dos crimes e das sanções lhe apresenta, com as devidas adaptações as condições do próprio Estado. E aqui mais uma vez, quanto a nós a cada momento o Estado deve acompanhar as necessidades da Sociedade.

Na linha de uma construção doutrinal da sociologia criminal como ciência da criminalidade e da respetiva defesa social, a Política Criminal é arte (do legislador) de adaptar às exigências de cada povo as propostas da sociologia criminal para defesa preventiva e talvez mesmo repressiva³⁷¹ da Sociedade.

Marc ANCEL, respeitando a autonomia conquistada pela Política Criminal face a ciência jurídico-penal, a criminologia e a sociologia criminal, considera-a como a reação, organizada e

³⁶⁷ LISZT, Franz Von. **Tratado...**, p. 153.

³⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte geral – Tomo I, 2ª Ed. Coimbra editora, 2007, p. 26 e 34.

³⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito...**, p. 26 e ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Tradução do alemão de Francisco Munoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 31.

³⁷⁰ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Tradução do italiano Luiz de Lemos d'Oliveira. Campinas: Russel editores, 2003, p. 68 (nota 142).

³⁷¹ FERRI, Enrico. **Princípios...**, p. 99

deliberada, da coletividade contra atividades delituosas, desviantes ou antissociais.³⁷² Esta noção congrega uma dupla ideia da Política Criminal: por um lado, Marc ANCEL atribui a Política Criminal a qualidade de ciência, mas resume-a a uma ciência de observação, e, por outro lado, atribui-lhe a qualidade de arte ou de estratégia metódica da reação anticriminal.³⁷³

Esta concepção não se adequa a realidade hodierna e de resposta aos novos problemas que se impõem a ciência conjunta do Direito Penal, não obstante reconhecermos, com Figueiredo DIAS³⁷⁴, que o objeto da Política Criminal – que não se esgota no crime, mas abraça todos os fenómenos sociopatológicos suficientemente próximos do crime, sejam qualificados de marginalidade social sejam de desvio social – e que o método da Política Criminal, como da criminologia, não se confunde com os métodos científicos da dogma jurídico-penal – de raiz positivista, de dogmas logicistas do carácter intocável da lei na sua expressão formal e da atividade puramente silogística do jurista.

Conforme Guedes VALENTE, consideramos, em sentido amplo, que a Política Criminal não é uma arte, mas uma ciência autónoma cuja ação ultrapassa o intervir e o orientar a reforma penal, que entra na construção dogmática jurídico-penal, porque são dois sistemas de um único sistema social construído e extraído dentro de uma constituição subordinada ao respeito pleno pelos Direitos humanos.³⁷⁵ Só uma visão integrante das ciências criminais no quadro jus constitucional pode obter frutos desde o início da interpretação e aplicação operada pelos primeiros atores da Política Criminal.³⁷⁶

A Política Criminal evoluiu de um posicionamento (positivista), que circunscrevia o seu âmbito a lei penal incriminadora, apartada do saber e da preocupação do *antes*, do para além ou do que está por detrás da lei penal, ou seja, que se circunscrevia a um pensamento rarefeito no seu objeto problemático, circunscrito a escolha das reações criminais e da sua forma de aplicação e curto no horizonte, porque imanente a lei penal (e a dogmática penal), até a Política Criminal, cujos problemas se desdobram e se multiplicam numa pluralidade de direções e de destinatários, que

³⁷² Marc ANCEL fundou, em 1975, *os archives de politique criminelle*. DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes...**, p. 3.

³⁷³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes...**, p. 3.

³⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito...**, p. 24.

³⁷⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia...**, p. 32.

³⁷⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte General – Tomo I. tradução da 2ª edição alemã de Diego – Manuel Luzon Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, p. 217.

espreita o antes e se projeta para além da reação penal indo ao encontro da reação social, económica e de solidariedade social, que procura substituir o Direito Penal por coisa melhor que o Direito Penal.³⁷⁷

Há muito que Gustav RADBRUCH escrevera que poderá ocorrer exatamente o contrário: “que o desenvolvimento do Direito Penal seja grande e que seu aprimoramento não desagúe em Direito Penal melhor, mas em Direito de aperfeiçoamento ou de correção e prevenção, que seria, com certeza, o mais desejável.”³⁷⁸ Nesta linha evolutiva, DELMAS-MARTY baseia-se na concepção de Von FEUERBACH, para considerar a Política Criminal como o conjunto das ações através das quais a própria Sociedade (considerando que o Estado está dentro dela) faz frente à criminalidade, sendo, todavia, teoria e prática das várias formas de controlo social. Quanto a nós, mas uma vez havendo espaço para as propostas conciliatórias e restaurativas.

Esta concepção teórica e prática rebusca-nos a memória para a ação não só do jurista – juiz, MP, jurisconsulto e Advogado –, que, neste quadro, deve adotar um novo estatuto interpretativo e aplicativo da lei penal, ou seja, tem de abandonar o estatuto de criador de silogismos e passar a assumir a “inevitável obrigação de investigar e descobrir – se bem que de modo jurídico-formalmente válido – a decisão mais adequada”³⁷⁹, para o caso *sub Júdice*.

A Política Criminal, para Taipa de CARVALHO, “é a ciência que se debruça sobre o conjunto dos princípios ético-individuais e éticos sociais que procuram difundir, direcionar e inspecionar a luta contra a criminalidade.”³⁸⁰ Esse conjunto de princípios – *legalidade, culpabilidade, humanidade e ressocialização ou tratamento* – estão subjugados a dois grandes vetores ou pilares fundamentais: o pilar da legitimidade e o pilar da eficácia, sendo este último tão relevante quanto o primeiro.

Aqui vale enunciar novamente Claus ROXIN quando defende que só uma concepção político-criminal deve ser imparcial e conciliadora. Esta construção viu os seus reflexos no projeto alternativo de 1962 na Alemanha e nos Códigos Penais da Europa ocidental da segunda metade do séc. XX, como o CP português, por exemplo, em que o fim da retribuição é substituído pelo fim da prevenção geral e especial, sendo que a ressocialização – melhor, o tratamento – do ser humano assume-se como a grande finalidade da intervenção penal e da Política Criminal.

³⁷⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Lei-quadro da Política Criminal**. /r: RLJ, n.º. 3938, p. 263.

³⁷⁸ RUCH, Gustav Rad. **Filosofia do Direito**. Tradução do alemão de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 246.

³⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito...**, p. 27.

³⁸⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito**. Parte geral. Questões fundamentais – I porto: publicações da Universidade Católica, 2003, p. 22.

A Política Criminal, como escreve Taipa de CARVALHO, tem por finalidade prevenir a criminalidade e reestabelecer a confiança da Sociedade, afirmando e fazendo vigorar de modo efetivo os valores sociais exigíveis para que cada pessoa se realize livremente integrada na Comunidade.³⁸¹

Mas a prevenção criminal não pode ser alcançada a qualquer custo, devendo, sempre, promover-se e efetivar-se no respeito, na defesa e na prossecução dos valores e princípios que ela própria objetiva, porque, nem todo o que parece adequado ao fim é também justo.

Mesmo para terminar, refira-se que a Política Criminal não está subalternizada face ao Direito Penal ou a Criminologia ou a sociologia criminal. Todas têm o seu objeto de intervenção e todas contribuem, sem ocupação do espaço adstrito a cada uma, para a reafirmação científica das outras e da afirmação do sistema social como denominador comum de intervenção.

Quanto a Política Criminal, como ciência não jurídica, mas que delinea o teor e os fins do Direito Penal – neste caso que é ciência jurídica –, atrelada a todos os seus princípios, deve, ainda assim, inclinar-se sobre as causalidades do crime e a precisa elaboração dos tipos legais de crime por forma a fazer adequar ao facto ilícito e resultados das penas e o próprio campo de atuação do Direito Penal. Igualmente, cabe-lhe indicar a conexão, complementaridade e distinção entre o Direito Penal na sua feição material e o Direito Penal na sua face Processual. Finalmente, importa referir que ao fixar a função de controlo social da Política Criminal, DELMAS-MARTY³⁸² congrega na Política Criminal o Direito Penal e as reações não penais, não repressivas e até mesmo extrajudiciais, tal é o caso da prevenção, da mediação e da reparação.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA E O POLICIAMENTO COMUNITÁRIO E ORIENTADO AO PROBLEMA COMO PADRÕES PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

2.1. As Políticas Públicas de Segurança

As Políticas Públicas “são programas de ação governativa que têm por objectivo organizar e coordenar os recursos que o Estado dispõe, bem como as ações particulares para a execução dos

³⁸¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução do alemão de Ana Paula Dos Santos Luiz Natscheradetz. 3ª Ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 76.

³⁸² DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes...**, p. 4.

objetivos de interesse colectivo”.³⁸³ A Segurança Pública é uma das áreas prioritárias das Políticas Públicas e, como tal, se constitui por um conjunto de estratégias desencadeadas pelo Estado, representado pelo governo, com vista enfrentar a criminalidade e manter a ordem e segurança públicas.³⁸⁴

Entretanto, hoje, frente aos problemas apresentados pela Justiça Criminal, e com vista a alcançar a Justiça Restaurativa, é preciso superar os modelos atuais de Segurança Pública, focado para a repressão do crime e implementar modelos que garantam a prevenção e mantenham intactos os princípios basilares do Estado de Direito Democrático.³⁸⁵ A segurança pública, no entender de Robert SEGAL, citando José da SILVA,

Compreende uma situação de defesa ou restituição da harmonia e sã convivência social, que permite que os cidadãos desfrutem livremente de seus direitos e exerçam suas ações/atividades sem perturbação de outrem, excepto nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos subjetivos e interesses legítimos, estabelecidos por lei.³⁸⁶

Por isso, o nosso entendimento é que a Segurança Pública tem um grande papel na promoção da Justiça Restaurativa, uma vez que dela “depende o aumento ou diminuição” dos casos criminais e da reincidência. Por outro lado, e muito atrelado aos modelos atuais e às estratégias para a prevenção do crime e manutenção da ordem e segurança pública. Por outro lado ainda, no mesmo diapasão de propostas inovadoras para fazer frente ao crime, entendemos que o Policiamento Comunitário constitui novo paradigma de prevenção e controlo da criminalidade, que se caracteriza essencialmente pelo envolvimento da Comunidade e se aproxima aos moldes da Justiça Restaurativa, uma vez que a própria Comunidade avança com soluções muito particulares dos seus problemas de segurança pública e aponta os caminhos para a mitigação dos delitos.

De facto, hoje, de acordo com José de OLIVEIRA,³⁸⁷ os modelos tradicionais de prevenção criminal já enraizados, um dos grandes desafios das reformas policiais em várias partes do mundo é de tornar a atividade de prevenção mais próxima dos cidadãos e da Comunidade. Mas para que isso seja possível é preciso que sejam executadas reformas profundas, reformas estas que não só trarão

³⁸³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241-278

³⁸⁴ FILOCRE. D’Aquino. **Classificações de Políticas de Segurança Pública**. In: *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 3, Edição 5, ago/set, 2009, pp. 146-158.

³⁸⁵ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

³⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 710, *apud* SEGAL, Robert. **Direitos Humanos, Cidadania e Segurança Pública: Conexões do século XXI**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1970, p. 139.

³⁸⁷ OLIVEIRA, José Ferreira de. **As Políticas de Segurança e os Modelos de Policiamento - A Emergência do Policiamento de Proximidade**. Coimbra: Almedina. 2006.

modificações estruturais para a instituição responsável pela manutenção e garantia da segurança pública – a Polícia –, mas também, no que concerne à gestão e o relacionamento com as Comunidades e com a Sociedade no geral.

2.2. O Policiamento Comunitário

Portanto, o Policiamento Comunitário (*community policing*), em seu significado original – Comunidade desenvolvimento ações de combate a criminalidade e controlo social –, corresponde ao conjunto de estratégias levadas a cabo pelo Estado frente à criminalidade, executando-as de mãos dadas com a Comunidade.

Trata-se de um modelo surgido nos EUA entre os anos de 1960 e 1970, tendo sido rapidamente implementado e aprimorado na Inglaterra e outros países da Europa nas décadas seguintes.³⁸⁸

Como se referiu, na sua essência, o Policiamento Comunitário corresponde a um conjunto de iniciativas desenvolvidas pelas Comunidades, apoiadas pelo Estado na identificação dos focos criminais, causas e os respectivos remédios. Normalmente, os meios utilizados são da própria Comunidade que se organiza em grupos ou redes de prevenção e nunca implicam em formas violentas de repressão. Antes pelo contrário, sua filosofia reside na prevenção.³⁸⁹

Policiamento Comunitário conforme originariamente criado fundamenta-se no seguinte:

- a) O infrator reside dentro da Comunidade e é lá onde o crime acontece;
- b) Qualquer pessoa dentro da Comunidade é susceptível de ser vítima, mas também, qualquer membro da Comunidade pode cometer alguma infração e se tornar infrator;
- c) A Polícia é apenas uma instituição de apoio as necessidades das Comunidades que deve – quando solicitada –, intervir de forma coordenada e harmoniosa com a Comunidade para ajudar a resolver o problema;

³⁸⁸ Cf. SKOGAN, Wesley G; *et alli*. **Public Involvement: Community Policing in Chicago**. Institute for Policy Research Northwestern University. Whashington, DC: V. S. Department of Justice, 2000.

³⁸⁹ BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento: Uma Análise Internacional Comparativa**. Tradução de René Alexandre Belmonte. 2ª Ed. 1. Reimpr. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

d) A Polícia tem capacidades limitadas, mas a Comunidade possui força maior e pode complementar as autoridades.³⁹⁰

Deste modo, podemos concluir o seguinte:

- a) As preocupações da Comunidade servem de orientação para as ações policiais e por conseguinte, as ações policiais devem ter por escopo resolver os problemas da Comunidade e exigir o seu envolvimento;
- b) A tarefa da Polícia muito embora desencadeada pela própria força policial, deve ser promovida em estrita cooperação com a Comunidade.³⁹¹

Como se pode notar, a proposta de policiamento comunitário se ajusta perfeitamente aos modelos da Justiça Restaurativa e comunitária, ao procurar colocar a Comunidade no centro das soluções e a máxima aproximação entre ela e as estruturas oficiais de controlo da criminalidade e manutenção da ordem e segurança pública.³⁹²

Esta é uma saída que igualmente conduzirá o controlo social e de modo geral a Justiça Penal vigente para à Justiça Restaurativa, pois que, conforme aludido, da segurança pública depende o aumento ou a diminuição dos casos criminais e da reincidência. Dar centralidade aos problemas apontados pela Comunidade aperfeiçoa o trabalho de quem por incumbência legal tem a missão de garantir a segurança pública, por meio da melhoria da troca de informações e eficiência e eficácia nas respostas. Isto tudo é garantia necessária para a redução dos casos criminais, o que ajuda significativamente a diminuição dos processos nos Tribunais, com autores conhecidos ou desconhecidos.

Wesley SKOGAN afirma que em muitos países do mundo, a Segurança Pública, através de medidas preventivas, não é apenas uma cura paliativa, antes pelo contrário, trata de uma medida decisiva. De acordo com este autor,

³⁹⁰ ZACKSESKI, Cristina. **Da Prevenção à “Nova Prevenção”**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 29, pp. 167 – 192, Jan/Mar, 2000.

³⁹¹ Para mais detalhes ver NETO, Theodomiro Dias. **Policiamento Comunitário e Controle Sobre a Polícia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Ed., 2003.

³⁹² ROSENBAUM, Dennis P. **The Challenge of Community Policing: Testing the Promises**. Newbury Park, CA: Sage, 1994, p. 167-181.

Em primeiro lugar, por meio de diferentes formas preventivas para coibir, sustentar e reduzir o crime, limitando assim, com mais eficiência, danos para à Sociedade, em segundo lugar, por causa da redução da criminalidade, é possível economizar meios (materiais e financeiros) no cumprimento da lei, empregando-os para a investigação, por forma a ampliar a taxa de esclarecimento e resolução e permitir a segurança e ordem social.³⁹³

Economizar meios significa racionaliza-los para utiliza-los quando haja necessidade. Em casos necessários, a Polícia e outros órgãos de controlo social devem mobilizar todos meios à sua disponibilidade e coloca-los em atividade em suas áreas de jurisdição para a prevenção da criminalidade, que é o chamado tratamento sistemático, uma das teorias de prevenção criminal mais recomendadas e adoptadas. Esta teoria parte da ideia de que a criminalidade é um fenómeno social e de difícil compreensão, que contrapõe a ordem pública, sendo por isso, necessário serem diversificados os meios para o seu controlo.³⁹⁴

Por essa razão, as novas correntes da criminologia consideram que a prevenção e controlo da criminalidade deve partir da Comunidade e a as autoridades tomarão as medidas necessárias, utilizando os meios ao seu dispor, permitindo um ambiente saudável.³⁹⁵ Mas por outro lado, é trabalho das autoridades criarem dificuldades nos espaços susceptíveis de ocorrência de crimes, isto é, “cortar o mal pela raiz”, a partir de estudos das causas e motivações do crime nesses espaços.³⁹⁶

Outrossim, a participação popular é o fator mais importante na teoria da prevenção criminal, o que faz com que as autoridades tenham a obrigação de sensibilizar à Comunidade sobre a importância do seu envolvimento na tarefa de controlo social e prevenção da criminalidade, colocando esta como ator principal e a necessidade de apoio mútuo entre os cidadãos na Comunidade e esta com as autoridades e vice-versa.³⁹⁷ Estes entendimentos levarão, como se disse, não só a criação de um bom ambiente de trabalho de controlo social, como também o engajamento motivado da Comunidade, permitindo prevenir com maior eficiência a criminalidade, reduzindo a reincidência e a remessa de inúmeros processos ao Tribunal, aproximando-se da Justiça Restaurativa.

³⁹³ SKOGAN, Wesley G. Participação da comunidade e Policiamento Comunitário. In: BRODEUR, Jean Paul (org.). **Como Reconhecer um Bom Policiamento**: Problemas e temas. Trad. de Ana Luisa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Edusp, 2002, pp. 119-155.

³⁹⁴ HUGHES, Gordon. **The Politics of Crime and Community**. New York: Palgrave Macmillan, 2007.

³⁹⁵ CRAWFORD, Adam. **Crime Prevention and Community Safety**. New York: Oxford University Press, 1998. Vd também CRAWFORD, Adam. **The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships**. New York: Oxford University Press, 2004.

³⁹⁶ BRAGA, Anthony A. **Problem-Oriented Policing and Crime Prevention**. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 2002.

³⁹⁷ VAGUANAS, Stanley. Planeamento dos Serviços Policiais Urbanos. In: GREENE, Jacks. (org.). **A Administração do Trabalho Policial**. Trad. de Ana Luisa Amêndola Pinheiro. São Paulo. Edusp, 2002, pp. 43-59.

2.3. O Policiamento Orientado ao Problema Como Estratégia de Segurança Pública e Desiderato de Justiça Restaurativa

O planeamento estratégico é visto como sendo o método de escolha dos objetivos de uma organização, isto é, a determinação das políticas e dos programas estratégicos necessários para atingir objetivos específicos rumo à consecução de metas.³⁹⁸ O planeamento estratégico se tem mostrado uma ferramenta de organização essencial às instituições, sejam públicas e privadas.

Em relação ao policiamento orientado pelo problema, de acordo com José de OLIVEIRA, oferece uma estratégia que visa aprofundar os conhecimentos acerca dos problemas apresentados, a fim de, trazer soluções ou respostas focadas nas causas que os geram, com intuito de eliminar ou reduzir os problemas apresentados de forma efetiva.³⁹⁹ Trata-se conforme Herman GOLDSTEIN, citado por Débora dos SANTOS e Jorge TASCA, de um modelo que surgiu nos Estados Unidos da América, na década de 1960, a partir das cobranças acerca da efetividade do modelo profissional de policiamento.⁴⁰⁰

Os questionamentos levantados sobre o trabalho policial na época, trouxeram ao de cima a constatação segundo a qual o trabalho policial cobre não somente o crime, mas também comportamentos que não cobrem somente a esfera penal. São muitos os exemplos que podem ser citados, desde a própria prevenção em si; os casos em que não há crime, mas é preciso aplicar o poder de polícia – que é o poder do Estado de limitar e disciplinar interesses, bens e direitos dos particulares em prol da coletividade, cujo mesmo pode ser restringido pela lei e regido pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação⁴⁰¹; chamadas de atenção a jovens susceptíveis de cometerem crime; contactar autoridades municipais, por exemplo, para reporem a postura camarária em caso de lixo ou poluição sonora; casos em que é necessário dar alguma formação e informação aos moradores do bairro sobre a necessidade de tomada de medidas para se evitar furtos, roubos, assaltos, entre outras situações.⁴⁰²

³⁹⁸ STONER, James A. **Administração**. Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1985.

³⁹⁹ Cf. OLIVEIRA, José Ferreira de. **As Políticas de Segurança e os Modelos de Policiamento**: a emergência do policiamento de proximidade. Coimbra: Almedina, 2006.

⁴⁰⁰ GOLDSTEIN, Herman. **Problem Oriented Policing**. New York, EUA: Copyright, 1990, *apud* SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento Orientado ao Problema como Estratégia para Elaboração e Gestão por Projetos de Acordo com o Plano de Comando da Polícia Militar de Santa Catarina**. In: Revista Ordem Pública e Defesa Social. Vol. 7, n° 1, Florianópolis, 2014, p. 179-200.

⁴⁰¹ PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴⁰² Para mais detalhes ver BRODEUR, Jean-Paul. **Como Reconhecer Um Bom Policiamento**. São Paulo: EDUSP, 2002.

Na verdade, estas medidas consubstanciam o desiderato da Justiça Restaurativa, uma vez que não só há prevenção do crime, mas como também, há um trabalho de proximidade levado a cabo pelas autoridades de tutela da ordem e segurança pública, pois, *contrario sensu*, resvala-se para um grande distanciamento entre a Polícia e a Comunidade e daí por consequência podem advir a agressividade nas medidas repressivas e discrepâncias judiciais como factos geradores de desigualdade, conforme constataam Débora SANTOS e Eduardo TASCA.⁴⁰³

Aliás, estudo realizado entre 1972 e 1973, no Kansas, EUA e relatado pelos autores supracitados, relativo à eficácia das patrulhas preventivas, desvelou que o aumento ou redução das patrulhas de rotina, não exerceu incidência alguma sobre a criminalidade ou mesmo no sentido de segurança, antes pelo contrário, verificou-se um grande distanciamento entre a Polícia e a Comunidade e o mais grave ainda, verificou-se extrema agressividade nas medidas repressivas desencadeadas pela Polícia, hostilidades entre a Polícia e as Comunidades dos guetos, o que gerou revoltas sociais.⁴⁰⁴

Diante da situação, concluiu-se que havia necessidade de se aprimorarem os modelos de policiamento, tentando-se fazer a máxima aproximação com as Comunidades, dando-se início ao modelo de polícia de proximidade e à teoria da resolução de problemas com a Comunidade, que se traduz num sistema cooperativo com objetivo de trazer soluções preventivas para os problemas locais.⁴⁰⁵

Para ilustrar ainda mais o exemplo da relação entre patrulhas intensivas e queda ou não da criminalidade, citemos outro estudo, o de Steven LEVITT e Stephen DUBNER, que diante da redução drástica da criminalidade a partir de 1990, procuraram formular perguntas – e responder a elas sobre as principais causas dessa redução. A “sabedoria convencional” – termo utilizado pelos autores para explicar a relação entre verdade e conveniência –, referia que a criminalidade que abalava a Sociedade americana na época era propiciada pela pobreza e desemprego e que a saída era inovar no policiamento, controlar a venda de armas, fazer a economia crescer e dar sentenças alternativas que permitissem a reinserção mais rápida do preso na Sociedade.⁴⁰⁶

⁴⁰³ MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia Comunitária**: construindo segurança nas comunidades. Florianópolis: Insular, 2009, p. 46, *apud*, SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

⁴⁰⁴ SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

⁴⁰⁵ HIPÓLITO, Marcello Martinez; TASCA, Jorge Eduardo. **Superando o Mito do Espantalho**: uma polícia orientada para a resolução dos problemas de segurança pública. Florianópolis: Insular, 2012, *apud* SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

⁴⁰⁶ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**. O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Tradução de Regina Lyra. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 4 e ss.

O problema constatado pelos autores é que estas teorias – “sabedoria convencional” – são muitas vezes validadas por correlações que não significam necessariamente causa e efeito. O exemplo disso é que, a ideia de que, mais prisões com sentenças mais duras ou aumento do policiamento são inúteis. Um número maior de presos não está diretamente ligado a um aumento da criminalidade? Se quando o número de crimes aumenta o de polícias e de presos também aumenta, o que vale a pena incrementar mais polícias nas ruas e prender mais pessoas? Não será este um caso típico de alta correlação entre as variáveis, mas de relação causa e efeito equivocada?⁴⁰⁷

Entretanto, para Steven LEVITT e Stephen DUBNER dois fatores geraram ótimas oportunidades de análise, sendo: a) a mudança de costumes e percepções da Sociedade americana nos anos setenta, que gerou uma tendência a leniência quanto a criminalidade e a sentenças mais brandas, junto com a reversão desta tendência nos anos noventa; b) o facto de que para angariar votos, os presidentes dos municípios normalmente aumentam o policiamento das cidades pouco antes das eleições.⁴⁰⁸

Da análise desses dois fatores depreendeu-se, como se esperava, que, mais patrulhamentos e mais detenções associadas à penas duras diminuíam a criminalidade. Entretanto, estes dois fatores apenas explicavam em conjunto apenas 40% da redução observada da criminalidade nos Estados Unidos, a partir de 1990. O que explicaria o resto? Crescimento da economia? Pouco, uma vez que 1% de redução no desemprego gera apenas igual redução da criminalidade. Técnicas policiais inovadoras? Muita espuma e pouco efeito. Controle de venda de armas? Não, dada a facilidade com que os criminosos continuavam a ter acesso a elas.

A conclusão é que, uma mudança de legislação, ocorrida alguns anos antes e fora do radar da “sabedoria convencional” teria sido decisiva: a legalização do aborto, ocorrida nos Estados Unidos em 1973, que abrangeu todo país. O ponto de partida desta análise é que a pobreza na infância e um lar com pai e/ou mãe ausentes são importantes fatores que explicam o futuro comportamento criminoso. Como a maioria dos cerca de um milhão e meio de mulheres que abortaram, anualmente, utilizando-se da legislação eram pobres, adolescentes e solteiras, era de se esperar que, caso aquelas crianças tivessem nascido, o número de criminosos quinze a vinte anos à frente teria sido maior. Logo, a redução da criminalidade teria sido um bônus, não previsto, da

⁴⁰⁷ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics...**, p. 4 e ss.

⁴⁰⁸ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics...**, p. 4 e ss.

legalização do aborto. Portanto, os autores estimaram que a legalização do aborto explica cerca de metade da queda de criminalidade nos Estados Unidos entre 1990 e 2000.⁴⁰⁹

Retomando ao ponto inicial do policiamento de proximidade, importa referir que a Polícia comunitária e o policiamento orientado ao problema embora não constituam sinônimos, também não se excluem e sim complementam-se. O policiamento orientado ao problema no entender de Débora dos SANTOS e Jorge TASCA, é uma *expertise*, na linha da Polícia comunitária, mas dotada de uma ação mais proactiva e preventiva na qual a Comunidade é convidada a participar. O policiamento voltado ao problema é também uma estratégia moderna que reúne os preceitos de aproximação da Polícia comunitária com o desenvolvimento de uma metodologia prática, na qual a identificação, análise, resolução e avaliação dos resultados são etapas a serem rigorosamente seguidas para que se alcancem respostas eficazes.⁴¹⁰

Assim depreende-se que o policiamento voltado ao problema demanda a implementação de uma estratégia voltada ao melhoramento do policiamento, valendo-se da proximidade e da participação de outros intervenientes, como os cidadãos, mas também é susceptível de utilização de medidas repressivas para fazer cessar a contingência imediata.

Como referem Débora SANTOS e Jorge TASCA, para implementação dessa estratégia, John e William Spelman, em 1987 fizeram um modelo, denominado *Model Scanning, Analysis, Response and Assentment* (SARA), que contém uma orientação mais específica, aplicado no Departamento de Polícia de Newport News, supervisionados por Herman Goldstein cujo objetivo era mesmo o policiamento orientado ao problema. O modelo impõe que a primeira fase consiste na identificação do problema. Entretanto, para que considere a existência do problema deve haver incidentes repetidos e relacionados e estes incidentes devem ter pelo menos um ponto em comum; por outro lado, estes incidentes devem causar preocupação para a Comunidade e para a Polícia. Em relação a estas preocupações comuns, leva-se em consideração os tipos de infrações (furto, roubo, ofensas corporais, assaltos) os *modus operandi*, local, horário, os suspeitos, tipo de vítimas, contexto (se esses crimes acontecem motivado de algum evento).⁴¹¹

⁴⁰⁹ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics...**, p. 4 e ss.

⁴¹⁰ SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

⁴¹¹ SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

Posteriormente a identificação do problema há uma fase de análise, denominada *brainstorming*, na qual são reunidas preliminarmente várias ideias não só da Polícia, mas da Comunidade e de outros participantes para identificação de possíveis soluções. Para a sua eficácia há uma ação conjugada e uma matriz considerando a gravidade, a urgência e a tendência e que desta matriz se agrupam os problemas segundo: a gravidade (o impacto), a urgência (tempo disponível e necessário para estancar a ação) e a tendência (susceptibilidade de aumento ou diminuição do problema). A fase posterior é a da análise que se caracteriza por um conhecimento profundo do problema para se descobrirem as suas causas.⁴¹²

Roberson BONDARUK, citado pelos autores supra, destaca uma outra modalidade, que é a estratégia de prevenção do crime através do desenho urbano, que envolve técnicas como a melhoria da vigilância natural, controle dos acessos para maior visibilidade do ambiente bem como o reforço territorial através da presença policial.⁴¹³

Existem também algumas técnicas que facilitam o desencadeamento dessas ações, tais como, o Triângulo de Análise de Problemas (TAP), que leva em consideração a vítima, o infrator e o ambiente, para com base em ações criativas e menos onerosas, dar respostas sobre as causas dos problemas e suas soluções. Nesta fase a ferramenta utilizada é a chamada 5W2H, na qual lançam-se cinco perguntas *what? why? who? where? when? how? how much?*⁴¹⁴

Finalmente passa-se a avaliação do emprego de toda a estratégia para se apontarem as críticas, as falhas e os acertos com vista ao seu aprimoramento e melhoria.

Como se pode constatar, o policiamento voltado ao problema é um mecanismo eficaz de prevenção da criminalidade muito mais profundo que o policiamento comunitário, porque envolve estudos e análises rigorosas dos focos, tipo de crimes, causas e proposta de soluções. Se bem implementado – e porque se levam em consideração a vítima, o infrator e o ambiente (incluindo-se a Comunidade), é um desiderato da Justiça Restaurativa.

⁴¹² SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

⁴¹³ BONDARUK, Roberson Luiz. **A prevenção do Crime Através do Desenho Urbano**. Curitiba: Do Autor, 2007, *apud* SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

⁴¹⁴ SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policiamento...**, p. 179-200.

3. A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – POLÍCIA E MP – COMO PREPONDERANTES PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Administração da Justiça é uma expressão polivalente que, ontologicamente, significa, a estrutura dos órgãos de soberania (esquemas organizacionais e institucionais) com a função de zelar pelo Direito e Justiça no seu sentido mais amplo, e, por outro, – o *ius dicere*, no sentido estrito.⁴¹⁵ Esta ambivalência do termo Administração da Justiça, que supera o âmbito da função jurisdicional (levada a cabo pelos Tribunais), compreende e revela-se um termo apto a tratar a realidade que nos ocupa na presente Tese.

Com efeito, de entre as instituições de Administração da Justiça que se destacam na República de Moçambique, encontram-se a Polícia, Ministério Público, Tribunais e Conselho Constitucional, sendo este último um órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a Justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional, *cf.* n.º 1 do art. 241º da CRM. Encontra-se igualmente o Provedor de Justiça que é um órgão com a função a garantir os Direitos dos cidadãos, a defesa da legalidade e da Justiça na atuação da Administração Pública, nos termos do art. 256º da CRM que, por isso, não será objeto de análise na presente Tese.

Em relação aos Tribunais, no ponto 1 da Parte II, fizemos uma abordagem sobre este órgão jurisdicional, no qual destacamos que são verdadeiros domicílios da Crise da Justiça, pois, é aí que se lhe podem surpreender os sintomas mais importantes. Levantamos uma primeira objeção, que é a de que os quadros dos Tribunais não acompanharam o ritmo de crescimento dos pleitos, pelo que a Justiça teve de se fazer apressada sem conseguir com isso deixar de ser vagarosa, o que afetou e afeta a qualidade das decisões.

A outra questão que levantamos foi em relação ao fluxo de processos no Judiciário. Não obstante o enorme volume de ações em trâmite e a alimentação diária dessa colossal montanha processual perante o Poder Judiciário, a peculiar litigiosidade do cidadão enseja a existência de um verdadeiro exército de funcionários e magistrados para fazerem face as demandas dos cidadãos. Outra situação já muito refletida nesta Tese é a distância dos Tribunais em relação ao cidadão, que não é próximo, acessível e saudável.

Assim, nesta parte, trataremos especificamente da Polícia e do MP.

⁴¹⁵ GUAIPA, Aurélio. *Administración de Justicia y Administración Judicial*. In: *Revista de Derecho Procesal*, n.º IV, 1968, pp. 11-60.

3.1. Polícia: o *first-line enforcer*

A Polícia que anteriormente se compreendia na expressão administração pública, correspondia a toda ação que o príncipe dirigia de modo a promover o bem-estar e a comodidade dos vassallos. Estas ações, nos dizeres de Marcello CAETANO, desenvolveram-se extensamente em vários campos, nomeadamente o relativo ao progresso moral, económico e cultural, sendo, no entanto, desenvolvida através de meios arbitrários que,⁴¹⁶ só com o advento da Revolução Francesa é que abandona-se o Estado de polícia – autoritário – para se constituir um Estado subordinado ao império da lei.

Hoje, conforme retrata Guedes VALENTE,⁴¹⁷ a Polícia é vista como o garante da liberdade dos cidadãos face às ofensas ilícitas concretizadas por outros cidadãos e mesmo pelo Estado (ainda que se diga que este último não pode delinquir). Portanto, a sua legitimidade assenta na garantia dos direitos dos cidadãos, sendo um ator imbuído de *ius imperii*, ao serviço dos cidadãos, da defesa do Estado de Direito e da democracia. Seu histórico objeto e finalidade, estabelecido na França, pelo Código dos Delitos e das Penas, promulgado a 3 do Brumário do ano IV, determina que a Polícia é instituída para manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade e a segurança individual, sendo o seu carácter principal a vigilância e a Sociedade em massa seu objecto.

Ora, recentemente, a avaliação realizada em diversos países a programas de prevenção da criminalidade demonstra que uma estratégia de prevenção bem planeada e executada de forma rigorosa tem melhor relação custo-benefício do que a simples aplicação de medidas de Justiça Penal.⁴¹⁸ A longo prazo, as medidas de prevenção criminal têm impacto mais significativo na redução da criminalidade e representam um investimento muito inferior ao da manutenção de Sistema de Justiça Penal.

Regra geral, a prevenção da criminalidade e dos atos contrários à lei são tarefas que Polícia realiza no quadro da sua missão de manutenção da ordem, segurança e tranquilidade públicas, *cf.* art. 254º da CRM e especificamente Lei n.º 16/2013, de 12 de agosto, Lei da Polícia da República de Moçambique.

⁴¹⁶ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol II, 7ª Reimpressão da 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1145.

⁴¹⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 53.

⁴¹⁸ MORGAN, Anthony; HOMEL, Peter. **Evaluating Crime Prevention: Lessons from large-scale community crime prevention programs**. Trends & issues. In: *crime and criminal justice*, n.º 458, July/2013.

A Prevenção como medida das autoridades governativas de um Estado pode ser compreendida na perspectiva de duas políticas, designadamente a Política Social e a Política Criminal. Estas bases orientam para a elaboração de medidas que visam antecipar, abortar ou mitigar toda a manifestação de ocorrência e degeneração de um delito. A prevenção afigura-se como a grande modalidade de atuação da Polícia. Mas, mais do que evitar a ocorrência que antecipe a sua efetivação deve incidir sobre as prováveis causas quer sejam de carácter, social, económica, cultural, política, étnica ou até religiosa.

A Polícia, conforme Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, é a instituição mais visível do sistema formal de controlo e o mais presente no dia-a-dia dos cidadãos e, regra geral, o *first-line enforcer* do controle penal, tendo um papel determinante.⁴¹⁹ Localizada na entrada do complexo processo da *law in action*, a Polícia representa não só o órgão que processa a maior enxurrada da *deviance*, mas igualmente a que maior poder discricionário possui para a execução da sua função. Regra geral, considera-se que a Polícia se relaciona com “leigos”, isto é, os denunciantes ou suspeitos, e em alguns casos em flagrante delito. Normalmente a Polícia tem total domínio da situação, visto que os outros intervenientes processuais só entram em ação a posterior.

Em segundo lugar, a Polícia reduz drasticamente as alternativas ao dispor das instâncias de controlo situadas a jusante, condicionando mesmo o sentido das suas decisões. Lamar EMPEY citado por Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, conclui que, “apesar de haver forte discussão sobre o formato que a Justiça deve adotar, a questão é que pelo facto do Estado e da Sociedade terem emprestado à Polícia a tarefa de controlo social, quer dizer que é ela que deve prosseguir com esta missão.”⁴²⁰

É já consensual que a execução da lei penal aos moldes tradicionais do Estado e o processamento formal da criminalidade não são as únicas formas de que a Polícia dispõe para responder ao crime. Na verdade, esta forma, no entender de Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, “está muito distante de ser a mais significativa, pelo menos em termos quantitativos.”⁴²¹ Em outras palavras, no âmbito da sua discricionariedade, tendo tomado conhecimento, a Polícia pode, de forma espontânea, deter os infratores para reunir as provas ou reunir as provas para depois detê-los. Entre

⁴¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. o homem delincente e a Sociedade criminógena. 1ª Ed. (3ª reimpressão). Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 443.

⁴²⁰ EMPEY, Lamar T. **American Delinquency. Its Meaning and Construction**. Homewood: The Dorsey Press, 19978, p. 434, *apud*, DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 443.

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 445.

um momento e outro, o MP pode ser acionado, mas isso não impede que a Polícia já tenha desencadeado ou não a sua ação.

É nesta linha de raciocínio que hoje se pode afirmar que a Polícia tem discricionariedade de facto, ou discricionariedade em sentido sociológico. É a autonomia que a Polícia tem de, no enfrentamento de casos concretos, poder escolher um só caminho e uma só solução, que seja mais adequada, conveniente e oportuna, dentro do possível e desde que não ultrapasse os trilhos da lei. Portanto as palavras de ordem são oportunidade, adequação ou conveniência e lei. Para traduzir esta situação, Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE falam em poder de definição da Polícia, que descrevem como “a possibilidade socialmente pré-estruturada – legal ou ilegal – de definir uma situação e impô-la vinculativamente a outros”.⁴²² Isto a partir da ideia de que a identificação de um delinquente constitui um processo social de definição cujo resultado final depende do poder relativo dos intervenientes.

Na mesma lógica, dentro da mesma margem de discricionariedade, a Polícia pode partir para outros mecanismos – de Justiça Restaurativa – para a pacificação de conflitos, ou de aproximação das partes, em primeira mão, sem que disso resulte uma usurpação de competências ou poderes do *ius dicere*. Até porque, esta discricionariedade da Polícia reduz-se com a gravidade das infrações.

3.1.1. A Polícia como rosto da materialização da Política Criminal e da Justiça Restaurativa

No ponto 1 desta Parte II fizemos abordagem da Política Criminal e destacamos que a ela cabe trazer as respostas científicas dos porquês do crime e as finalidades que o Estado pretende alcançar com as punições. Igualmente cabe a Política Criminal apontar a regra para se examinar o valor do Direito em vigência; cabendo-lhe inclusive fazer perceber o Direito em conformidade com as ponderações retiradas das finalidades a que ele se destina e aplica-lo nas situações concretas.

Destacamos também que a Política Criminal, visa prevenir o crime e dar estabilidade ao sistema jurídico e à Sociedade, afirmando e fazendo vigorar de modo efetivo os valores sociais exigíveis para que cada pessoa se realize livremente integrada na Comunidade. Por outro lado, a comunicabilidade intersubjetiva sociojurídica exercida pelos seres humanos, como pessoas

⁴²² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 445.

individualmente consideradas, base em que assenta a doutrina da *autopoiese* de Niklas LUHMANN, não é esquecida na concepção da Política Criminal que partilhamos em que o ser humano é ator ou “instrumento funcional de manutenção da identidade social.

Como referimos, em função dessa teoria, a Sociedade é (e será) o resultado da comunicabilidade social produzidas pelos indivíduos, ou seja, a participação e comunicação das pessoas envolvidas e da própria Comunidade no processo em geral é importante. Esta comunicação cria e mantém uma determinada identidade social.

A Política Criminal será, em cada momento e sempre, reflexo da concepção identitária social com a função de regular a complexidade do sistema, ou seja, o Direito tem como missão a preservação da identidade do sistema social, o que torna fundamental para a Justiça Restaurativa, uma vez que esta tem na sua essência e de acordo com a nossa proposta, a valorização da identidade cultura, dos hábitos Costumeiros e normas tradicionais, sem, no entanto, retirar o papel legítimo do Estado.

Neste ponto, pretendemos destacar o papel da Polícia como o primeiro rosto visível da lei (Estado) e fundamental para a materialização da Política Criminal e conseqüentemente para a Justiça Restaurativa. Trata-se, pois, do primeiro ator a interpretar e aplicar a Política Criminal identificada e determinada pela doutrina, pela jurisprudência, pela lei positivada e pelos princípios gerais do Direito Penal, da Política Criminal e do Direito como macro sistema. O *modus operandi* da Polícia é (será), caso ela exista, o rosto visível da Política Criminal de uma determinada identidade social: se a Política Criminal for repressiva e reativa, a Polícia será repressiva e reativa ao fenómeno criminal.

Justino de FREITAS, citado por Guedes VALENTE, define a Polícia como a “parte da administração que tem por objecto a manutenção da ordem pública e a segurança individual”, sendo que podia ser vista como *polícia política, administrativa* – “a que consiste em impedir as infrações das leis e na sustentação da ordem pública em cada lugar, bem como em toda a parte do reino” – e *judiciária*.⁴²³

Numa apertada e bem conseguida síntese, Figueiredo DIAS diz que a razão de ser da Polícia é “a manutenção da ordem e Segurança Pública.”⁴²⁴ Em termos de conceito, Marcello CAETANO

⁴²³ FREITAS, Justino A. **Instituições de Direito Administrativo Português**. 2ª Ed, 1861, p. 192, *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral...**, p. 54.

⁴²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. (Coleção Clássicos Jurídicos). Reimpressão da 1ª Ed., de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 397-400.

define Polícia como sendo “o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir.”⁴²⁵

Guedes VALENTE constata que a Polícia na esteira de Marcello CAETANO encerra em si o exercício do poder – material – que limita a conduta humana que se garante por estar dotada de coação, que se manifesta na intervenção sobre o exercício de atividades individuais –, pois, o ordenamento prescreve normas de conduta para os cidadãos que são suscetíveis de fazer perigar interesses gerais ou coletivos. Só a violação das normas, cujos danos se projetam na vida da Comunidade, devem ser evitados pela Polícia – cujo fim se embrenha na prevenção dos danos sociais –, por ação de cautela, de vigilância, pois, se há perigo de constituição de dano, a Polícia deve evitá-lo e, restringi-lo.⁴²⁶

Para Guedes VALENTE a concepção de Polícia não se esgota nos nossos dias neste quadro de Marcello CAETANO, centrado na prevenção de perigos gerais que afetem interesses gerais. A Polícia cabe prosseguir uma atividade de prevenção criminal na função de vigilância e de prevenção criminal *stricto sensu* capaz de evitar o perigo dessas lesões ou a colocação em perigo de lesão desses bens jurídicos, cujas condutas potencialmente lesivas podem ser desenvolvidas por uma pessoa singular (ser humano) ou por uma pessoa coletiva.⁴²⁷

Portanto, a Polícia deve ser o garante do bem-estar e da qualidade de vida em liberdade, em Justiça e em segurança de todos os cidadãos (sem qualquer discriminação, inclusiva de condição de arguido ou de vítima), marcando-se com atuação no respeito e na defesa da dignidade da pessoa humana. Na consecução deste desiderato, a Polícia é e deve ser um ator decisivo na concretização da aspiração da Política Criminal como ciência materializante de um sistema social livre, justo e seguro enraizado no respeito da dignidade da pessoa humana.

O que se impõe é que a Polícia esteja a par das normas constitucionais aplicáveis a cada caso concreto, por ser ela uma instituição preponderante na salvaguarda dos Direitos Fundamentais e promoção do Estado de Direito Democrático.⁴²⁸ Essa interpretação constitucional, obrigatória num Estado de Direito, deve ser ao mesmo tempo aberta e fechada. Aberta porque, os princípios

⁴²⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I e II. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1149.

⁴²⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 52.

⁴²⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria...**, p. 52-53.

⁴²⁸ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e procedimental da Constituição. Tradução do alemão de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002, p. 11.

orientadores da ação policial são e devem ser do conhecimento de todos, ao mesmo tempo que são regras gerais, abstractas, e não apenas “papelocracias”. São regras que promovem também a participação dos cidadãos e da Sociedade, sendo a Polícia apenas um dos contribuintes para o exercício livre de Direitos Fundamentais e liberdades dos cidadãos. Fechada porque, não obstante, o trabalho policial é de risco e envolve complexidades que só ofício e a prática podem explicar. Cada caso que se deve intervir é um caso e carece de estudo minucioso, devendo apenas serem divulgados publicamente os seus resultados, depois que a ação for executava. É chamado segredo de ofício.⁴²⁹

É à Polícia que o cidadão recorre em primeiro lugar para a tutela dos seus Direitos e liberdades fundamentais pessoais, sociais, culturais, económicos e políticos. A Polícia é a primeira força pública (estatal) para a tutela efetiva dos Direitos e liberdades fundamentais do ser humano – valores axiológicos – constitucionais-lesados ou postos em perigo de lesão por comportamentos ilícitas, assim como lhe promover o equilíbrio da tutela desses direitos e liberdades e os possíveis abusos de intervenção no espaço subjetivo do infrator.

Podemos então afirmar que a Política Criminal que deve pronunciar-se sobre as causas da criminalidade, sobre a escrupulosa redação dos tipos legais de crime, para que correspondam à realidade delituosa, sobre os resultados e consequências das punições penais, sobre o campo de atuação e os limites do Direito Penal e ainda sobre a harmonia e adequação deste com o Direito Processual Penal, tem como desafio responder a “pergunta sobre como dirigir o Direito Penal para poder cumprir da melhor forma possível a sua missão de proteger a Sociedade.⁴³⁰

Esta proteção da Sociedade (será) tanto melhor se a Política Criminal determinar os valores que a maioria dos seres humanos considerar, em cada espaço e tempo, que devem ser tutelados pelo Direito Penal,⁴³¹ e, extensivamente como a Comunidade deve participar.

Se a Polícia, assim como os demais atores judiciais e sociais, souber quais os valores e os partilhar como merecedores da tutela penal – Polícia ao serviço do cidadão e da Comunidade inserida no sistema social e subordinada ao Estado de Direito –, a proteção da Sociedade ganha em tempo e

⁴²⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Os Desafios Emergentes de uma Polícia de um Estado Democrático e de Direito**. In: Politeia – Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e segurança Interna, 2012, p. 235.

⁴³⁰ JESCHEK, Hans-Heinrich e Weigend, TOMAS. **Tratado de Derecho Penal** – Parte geral. Tradução da 5ª Ed., alemã de Miguel Olmedo Cardente. Granada: Comares Editorial, 2002, p. 24.

⁴³¹ Neste sentido, MERLE, Roger e VITU, André. **Traité de Droit Criminel** – Tome I. 7ª Ed. Paris: Editions Cujas, 1997, p. 30. Em uma ideia de proteção de novos valores e interesses individuais comunitários, emergentes da ideia de efetiva tutela de Direitos humanos, tendo em conta a mutabilidade social – as novas necessidades vitais convertidas em bens jurídicos –, subordinada a uma lógica de garantismo, CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 99. Esta ideia assenta no pensamento hegeliano de que “um CP pertence sobretudo a sua época e a situação da Sociedade civil burguesa nessa época”. DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes...**, p. 47.

em qualidade de intervenção. Ganha também por emergir do princípio da prevenção do perigo de condutas que lesam ou colocam em perigo de lesão bens jurídicos, assim como a liberdade individual do delinquente face ao poder punitivo do Estado.

Ademais, ganha espaço e afirma-se como fundamento e limite intransponível de qualquer ação restritiva estatal⁴³², sendo dessa forma que quanto a nós a Polícia é o *first-line enforcer*, ou seja, aquele que se encontra na linha da frente para a concretização da Política Criminal e da valorização das aspirações sociais e da Comunidade, na gestão e prevenção da criminalidade. Estas finalidades em última análise estão alinhadas com a nossa proposta de Justiça Restaurativa.

3.2. Ministério Público – MP: o *gate-keeper*

O MP é a instituição com elevado carácter idiossincrático e a mais nacional das instâncias de controlo e, por isso, na ótica de Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, aquela em relação a qual, a análise comparativa e a valoração secundária de dados se revelam mais difíceis e aleatórias.⁴³³ Entra no segundo momento de “filtragem” dos conflitos. Trata-se da instituição de Administração da Justiça que se diferencia pela dimensão do seu espaço, isto é, pelo número e relevância das atribuições que lhe são legalmente imbuídas, desde logo, a de representar o Estado, *cf.* art. 4º da Lei n.º 4/2017, de 18 de janeiro que altera a Lei n.º 22/2007 de 01 de agosto, Lei Orgânica do MP.

Em conformidade com o art. 234º e ss da CRM e art. 5º e ss do CPP, ao MP como instância formal de controlo do crime, cabe, exclusivamente deduzir a acusação penal ou em caso de insuficiência de provas ou evidências suficientes e bastantes, ordenar o arquivamento no Processo Penal. A sua importância como Instituição de Administração da Justiça ocorre do facto de ele ser o *gate-keeper* do sistema jurisdicional de resposta ao crime e, por isso, o responsável principal pela “mortalidade” ou não dos casos criminais. Como assevera SESSAR citado por Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, “se a vítima é a instância mais importante quanto à iniciativa de controlo do crime, o MP é seguramente a mais importante no que toca ao seu desfecho.”⁴³⁴ Apesar disso, o MP foi a última instância de controlo a suscitar o interesse sistemático da criminologia e da sociologia.

⁴³² Para uma análise mais aprofundada sobre a prevenção do perigo ver VALENTE, Manuel Monteiro Gudes. **Do Ministério Público...**, p. 229.

⁴³³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 474.

⁴³⁴ SESSAR, K. **Ein Bürokrastischer Faktor im Prozess der Verbrechenskontrolle: der Staatsanwalt**. Mkrim, 1997, p. 131, *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 471.

Portanto, o MP tem uma importância criminológica e, igualmente, uma certa margem de discricionariedade entre as instituições de Administração da Justiça. Ao que acresce o seu relevo pragmático-político é que o MP, em última análise, determina se a Sociedade deve ou não dar uma resposta formal a um caso concreto. É sobre essa margem de discricionariedade e seu fundamental papel no que toca ao desfecho do caso que consideramos ter o MP espaço para aproximação das partes e solução dos casos, sem, necessariamente, ter que os encaminhar todos – e dependendo dos casos – aos Tribunais, tornando mais fácil a vida dos envolvidos e em última análise dos Tribunais, o que facilitará a própria Justiça.⁴³⁵

A outra situação favorável ao MP é reside na possibilidade de acionar o *princípio da oportunidade ou da legalidade*, que é um tópico privilegiado para o processo. Neste caso, abre-se ainda mais a discricionariedade de atuação do MP e tanto na fase do *preliminar screening* (em que o MP considera ou não procedente a participação da Polícia e, em conformidade, decide aceitar ou não o processo), o procurador move-se seguindo princípios de pura oportunidade, ao contrário *sensu*, fica o MP vinculado à mais estrita pura legalidade.

Um bom exemplo para trazer a colação nestes casos é o da *plea bargaining* nos EUA, que revela a demonstração mais expressiva, embora não a única, da discricionariedade – tanto formal como real, podendo assumir várias formas e graus, desde a *preliminar screen*, em que o MP toma pela primeira vez, contacto com o processo e decide da sua aceitação ou não, passando pela *plea negotiation* que consiste essencialmente na negociação entre o MP e a defesa, com objetivo de se obter uma confissão de culpa e, podendo em troca, o acusado receber benefícios, como ser acusado pelo crime menos grave, tal é o caso da *manslaughter* em vez de *murder*, ou por número reduzido de crimes. A *plea bargaining* tem um alcance prático, sendo através dela que são resolvidos mais de 80 a 90% dos crimes. Além do mais, averiguações feitas a uma amostra considerável demonstram mais de 85% dos casos criminais foram remetidos e tiveram sucesso através do *plea bargaining*.⁴³⁶

Portanto, estamos perante exemplos de que o MP pode muito bem ser responsável pela facilitação de resolução de casos criminais, através de vários mecanismos ao seu dispor para o bem dos cidadãos, da Comunidade e da própria Justiça, sendo assim um grande passo rumo a institucionalização da Justiça Restaurativa.

⁴³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 483 e ss.

⁴³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**, p. 483 e ss.

4. O NOVO CP E AS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO COMO ASSERÇÕES FUNDAMENTAIS, PORÉM NÃO SUFICIENTES, PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MOÇAMBIQUE

Pretendemos aqui demonstrar que o novo CP vigente em Moçambique, desde 1º de junho de 2015, aprovado pela Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro, é um passo necessário rumo à institucionalização da Justiça Restaurativa, por prever como novidade às medidas alternativas à pena de prisão e medidas educativas e socialmente úteis, estabelecidas nos art.ºs 85º e 88º.

Entretanto, estas medidas não são suficientes porque:

- a) Não estão regulamentadas, ou seja, não existe um código de execução dessas medidas alternativas à prisão, apesar de previstas no CP;
- b) Não encontram amparo no CPP. Em outras palavras o CPP já descontextualizado com o novo CP, não as prevê.

É sobre estes dois pontos e em relação ao novo CP que iremos nos debruçar.

Em relação ao primeiro, que refere que as medidas alternativas à pena de prisão e medidas educativas e socialmente úteis não estão regulamentadas, ou seja, não existe um código de execução, apesar de previstas no CP, importa citar Cavaleiro de FERREIRA, que afirma: “as normas jurídicas como regras gerais e abstratas formam o conteúdo do Direito positivo e destinam-se a dirigir ou regular as ações humanas na vida social”.⁴³⁷ Portanto, a falta de um código de execução pode levar a situação de que essas medidas fiquem apenas na pretensão e nunca sejam executadas.

Em relação ao segundo, que destaca que as medidas alternativas à pena de prisão e medidas socialmente úteis não encontram amparo no CPP, isto é, o CPP já descontextualizado com o novo CP, não prevê essas medidas e no que diz respeito ao próprio CP já em vigor, vamos analisar dois princípios ou brocardos jurídicos: *Nullum crimen sine lege* e *Lex non est textus sed contextus*. Trata-se de dois axiomas jurídicos, que expressam concisamente conceitos ou regras maiores.

O primeiro, *Nullum crimen sine lege*, traduz a essência do princípio da legalidade, estabelecendo que não há crime sem lei, ou seja, é imprescindível que a conduta delituosa tenha sido

⁴³⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições...**, p. 41.

definida como tal pelo Estado. De modo paralelo, *Lex non est textus sed contextus*, quer dizer, a lei não é só o texto, mas o contexto. Em outras palavras, toda lei está inserida num contexto social, histórico ou político. Este princípio é consentâneo com a Teoria Tridimensional do Direito ou da Norma Jurídica que define o Direito como "uma realidade histórico-cultural, ordenada segundo valores de convivência."⁴³⁸ Para a mesma teoria, o Direito é um fenómeno histórico e uma realidade cultural, porque é o resultado da experiência do homem.

Portanto, reside a percepção de que factos e valores estão sempre interligados na Sociedade de forma intransigente e mutuamente dependentes, na seguinte forma:

- a) Normativa, ou seja, o aspeto de ordenamento do Direito;
- b) Fáctica, ou seja, o seu nicho social e histórico e;
- c) Axiológica, ou seja, os valores buscados pela Sociedade, como a Justiça.

Por isso, as normas jurídicas ou legislações constituem conquistas históricas e processos gradativos, que nascem em certas circunstâncias e de modo gradual, a partir de vários eventos que levam a uma mudança na estrutura da Sociedade e na forma de pensar dos cidadãos.⁴³⁹ Como diz, Hannah ARENDT "as legislações não são oferecidas, são construídas".⁴⁴⁰

É dessa forma que a aprovação do novo CP é resultado de transformações ocorridas em Moçambique ao longo dos tempos na estrutura da Sociedade e a na mentalidade dos cidadãos.

O anterior CP, ora revogado, foi aprovado por um Decreto de 16 de setembro de 1886 e foi o código que, tanto em Portugal, de onde era originário, como em Moçambique, teve mais tempo de vigência, tratando-se do diploma legal mais antigo em Moçambique. Com a proclamação da Independência Nacional e da Constituição, a 25 de junho de 1975, novos princípios estruturantes conduziram a alteração ao CP.

De acordo com a CACDHL da AR,

⁴³⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, ver também REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1994 e REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1968-1992.

⁴³⁹ Sobre esta matéria ver os seguintes autores: LOCK, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Ver também COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Ed. rev. e actual. São Paulo: Saraiva, 2008. PEREZ LUÑO, António. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995 e MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª Ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

⁴⁴⁰ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

As alterações constitucionais de 1990 e de 2004 denunciaram a obsolescência e o desajustamento do CP à realidade política, social, cultural e económica do país e, nestes termos, houve necessidade de reformar o CP de 1886, com vista a garantir o gozo de Direitos e liberdades aos cidadãos e a sua conformação com as hodiernas concepções da dogmática penal.⁴⁴¹

Assim, ao abrigo do n.º1 do art. 179º da CRM, a AR aprovou o novo CP, através da Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro que entrou em vigor, a 1º de junho de 2015, revogando o anterior.

4.1. A Sistemática do Novo CP

O novo CP compreende X títulos e 567 artigos, dos quais 412 correspondem a Parte Especial e 154 a Parte Geral. Entretanto, mantém a sistemática do código anterior, com a separação em dois livros, nomeadamente o livro primeiro e livro segundo. O livro primeiro corresponde à parte geral e se debruça sobre criminalidade e agentes do crime e penas, medidas criminais e efeitos. O livro segundo corresponde à parte especial e se debruça sobre os tipos legais de crime, mormente, os crimes contra as pessoas, crimes contra o património em geral, crimes informáticos, crimes de perigo comum, crimes contra o Estado, crimes contra a ordem e tranquilidades públicas, crimes cometidos no exercício de funções, falsidades, provocação pública ao crime e contravenções de Polícia. Esta subdivisão é meramente formal, na medida em que não há balizas estanques entre a Parte Geral e a Parte Especial, pois, são partes de um todo.

Outro aspeto que vale a pena destacar é que no livro segundo, o legislador inicia a abordagem com o título I que se refere aos crimes contra as pessoas, protegendo-se a vida e a integridade física da pessoa humana, contrariamente ao anterior código que era introduzido pelos crimes contra a religião e dos cometidos por abuso de funções religiosas, crimes estes que deixaram de existir dado ao princípio de laicidade do Estado Moçambicano.

Em relação ao CP anterior, o novo CP apresenta no livro primeiro muitas novidades. De entre as principais destacam-se o alargamento do número de infrações, através da consagração de novos tipos legais de crime em relação ao regime precedente. Não só foram tipificados novos factos

⁴⁴¹ Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade (1ª Comissão), AR. www.gov.co.mz/ar.

criminais, como algumas contravenções tomaram a forma de lei, designadamente as infrações migratórias.

A consagração legal da possibilidade de punição por omissão é uma outra novidade. Trata-se de uma nova disposição, que apenas estava prevista na doutrina sem nenhuma experiência da jurisprudência. Portanto, o art. 2º do CP oferece a solução para a punição nos casos de omissão. O n.º 2, do mesmo artigo, esclarece que, "a omissão só é punível quando recair sobre o omitente um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado".

Além do mais, a mesma lei revoga alguns artigos de outras leis, de entre elas, avulsas e extraordinárias, a destacar, a Lei n.º 6/2004, de 17 de junho, que introduz mecanismos complementares do combate a corrupção, a Lei n.º 4/92, de 6 de maio, que cria os Tribunais Comunitários e define suas competências. Ainda neste código está anexa a legislação complementar, entre elas: a Lei de Branqueamento de Capitais, a Lei de Amnistia, a Lei do Direito a Informação, a Lei de Proibição Pública, a Lei de Extradicação e a Lei da Proteção de Testemunhas.

Entretanto, quanto às contravenções, o legislador, à semelhança do regime anterior, continua reticente na definição das contravenções. Assim, o CP no art. 5º, diz que considera-se "contravenção o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica."

Pode-se dizer que contrariamente ao crime ou delito, o legislador não procurou dar uma conceituação clara sobre a contravenção, não sendo, por conseguinte, possível uma conclusão sobre o conceito. Porém, podemos dizer que não estão definidas as ditas disposições preventivas das leis e regulamentos podendo se referir as violações dos regulamentos, posturas camarárias, entre outras de proveniência intraestadual.

Quanto aos novos tipos legais de crime, alguns dos exemplos de novas infrações, são os crimes hediondos, linchamentos, rapto, tráfico de pessoas, violação, atos sexuais com menores, utilização de menores na pornografia, discriminação, violência doméstica, venda de terra, extorsão e chantagem, agiotagem, administração danosa, crimes informáticos, danos em árvores, machambas e em animais, exploração ilegal de recursos naturais, imigração ilegal, entre outros crimes que constituem novos desafios para o Sistema de Administração da Justiça.

4.2. Alguns Princípios Orientadores do Novo CP

O Direito Penal é parte do ramo do Direito Público que tem por finalidade estabelecer o conjunto de regras e princípios instituídos pelo Estado para fazer face à criminalidade, imputando sanções a quem comete desvios. Mas o seu objetivo não é apenas reagir a uma conduta ilícita contra a Sociedade através de imputação de penas, mas também prevenir qualquer agressão das normas pacíficas de convívio social, através de ações e proibições de determinadas condutas.

Além dos factos tipificados como sancionáveis, o Direito Penal se apoia em princípios constitucionais e gerais no Direito. Esses princípios são diretrizes e indicações que regulam o direito, sendo verdadeiros pressupostos técnico-jurídicos. Vejamos alguns princípios que fundamentaram o novo CP.

a) O princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana

Trata-se dos mais importantes princípios constitucionais de Estados civilizados e se traduz na necessidade de, no seu exercício o Estado em qualquer das suas ações respeitar incondicionalmente o ser humano como sujeito de direitos inerentes a sua natureza. Nos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, podemos encontrar estabelecido no art. 4º e 5º da CADHP⁴⁴², e art. 10º do PIDCP.⁴⁴³ Na CRM este princípio está estabelecido no art. 40º e 41º. A força imperativa deste princípio é indubitável e nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvidas, é a base ou alicerce de todos os demais princípios penais. Este princípio sustenta a proibição de se declarar culpa a uma pessoa antes do trânsito em julgado da sua condenação. Trata-se, portanto, do princípio da presunção da inocência, por excelência.

b) O princípio da igualdade

Decorre do art. 35º da CRM, do art. 2º da CADHP e do art. 2º do PIDCP, na sua essência proíbe que coisas e situações iguais sejam tratadas diferentemente, apelando a não discriminação. Muito mais que o plano formal, a proibição da discriminação é deve ser alcançada na perspectiva

⁴⁴² Ratificada pela Resolução n.º 9/88, de 25 de agosto.

⁴⁴³ Ratificado pela Resolução n.º 5/91, de 12 de dezembro.

material. Nenhuma pessoa ou grupo pode ser discriminado, sobretudo com base em princípios de influência moral, costumeira, ética ou de trato social.⁴⁴⁴

c) O princípio da mínima intervenção do Direito Penal

Consideramos um dos principais princípios para a nossa proposta, uma vez que decorre deste princípio que a intervenção do Direito Penal só se mostra aplicável como imperativo de necessidade, ou seja, quando a pena se apresentar como o único e último recurso para a proteção do bem jurídico. Trata-se da pretensão segundo a qual, o Direito Penal deve ser considerado como *ultima ratio*, devendo ser aplicado só e somente quando esgotado todos os meios disponíveis de garantia de paz e concórdia social.

De acordo com Ricardo LORENZETTI,

Através da mínima intervenção do Direito Penal, a criminalização de um facto só se justifica quando for mecanismo necessário para a proteção de um bem jurídico fundamental. Contudo, desde que outras formas de sanção se mostram suficientes para a tutela desse bem, a criminalização torna-se nula e inexcusável.⁴⁴⁵

Uma das grandes manifestações do princípio em apreço no direito comparado tem a ver com a tendência moderna do pensamento penal de descriminalização do crime de duelo, uma realidade da Sociedade rural do séc. XIX.

d) O princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade corresponde ao segundo corolário lógico do princípio da legalidade e exprime a imposição que as leis penais sejam claras e precisas. A lei penal deve ser clara, precisa e exata. Deve poder ser interpretada por qualquer cidadão. Por outro lado, é também o desdobramento do princípio do *nullum crimen sine lege*, que refere que só existirá crime se houver um facto lesivo a um bem jurídico e desde que esteja devidamente tipificado pela lei penal. É, pois, importante que a lei defina o facto criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais

⁴⁴⁴ MOCO, Marcelino. **Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção**. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 53- 88.

⁴⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.

da conduta humana, de forma a torná-la distinta da outra e lhe comine uma pena. A lei penal que descreve a conduta e comina a pena não deve ser generalista, mas sim, precisa, taxativa e determinada, sem qualquer indeterminação com a pré-fixação a respeito dos dados que permitem a qualificação e assimilação das figuras típicas. Em suma, este princípio tem por maior finalidade evitar que o direito penal se transforme numa arma infalível nas mãos de um Estado arbitrário.

e) O princípio da humanização do Direito Penal

Sem dúvidas também um dos mais importantes princípios para a nossa proposta. O entendeu necessário incluir, em forma de normas emblemáticas, outras soluções com expresse apoio constitucional e tradução do que se chama princípio da humanidade, com concretização, sobremaneira, no domínio das consequências jurídicas do crime. Este princípio consubstancia a necessidade de humanização, a qual, nenhuma pena ou medida de segurança tem como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos.

4.3. As Medidas Alternativas à Pena de Prisão e Medidas Educativas e Trabalhos Socialmente Úteis

Outro tema que representa um grande avanço no novo CP é o da aplicabilidade das medidas alternativas à pena de prisão e medidas educativas e socialmente úteis – conforme já foi referido. Trata-se do cerne da nossa pesquisa, a possibilidade legal de aplicação das penas e medidas alternativas em detrimento das penas privativas de liberdade. Portanto, já se apresenta como possível e eficaz outra forma de punição que não seja necessariamente à prisão, nos termos legalmente estabelecidos.

A superlotação das cadeias é um problema que vai afligindo o Sistema da Administração da Justiça, dia após dia. Portanto, estas são formas de solução de casos de índole criminal que irão ajudar a diminuir os custos das reclusões e reduzir o risco de reincidência na prática de crimes através da aplicação dessas medidas. As organizações de defesa dos Direitos humanos têm feito o seu papel no sentido de pressionar o judiciário a zelar pela boa administração das cadeias e o executivo, por via do Ministério da Justiça também se mostra algo apreensivo no concernente a gestão das condições

prisionais existentes. Assim, destaca-se que desta vez coube ao legislador fazer “alguma coisa” para ajudar na resolução do problema da superlotação das cadeias através deste instrumento que permite a substituição das penas de prisão preventiva e de cumprimento efetivo de uma pena de prisão em liberdade.

É com esta base que o novo CP introduz estas medidas alternativas à pena de prisão, prevendo-as nos art.ºs 88º, 89º e 102º, que têm por finalidade a prossecução dos fins de aproximação entre o infrator e a vítima, sob mediação do MP e obstaculizam o andamento do processo penal para as suas fases subsequentes.

De modo idêntico, as medidas educativas e socialmente úteis, dispostas no art. 87º do CP, são destinadas às chamadas infrações de pequena gravidade e devem ser antecedidas de uma negociação pacífica entre a vítima e o infrator, sob o olhar da Comunidade. O objetivo é claro, não é ilibar o infrator, mas sim, não só a reparação imediata do dano por ele causado, o seu arrependimento e a aproximação pacífica e saudável entre as duas partes. Igualmente, prevê-se o trabalho socialmente útil no art. 90 do CP, que consiste na “prestação gratuita de uma atividade, serviço ou tarefa à Comunidade, a entidades a entidades públicas ou entidades privadas que prossigam fins de interesse público ou comunitário, sem prejuízo da atividade laboral normal do infrator ou do condenado.”

Entretanto, para que estes desideratos sejam alcançados é preciso que seja aprovado um novo CPP para se ajustar ao CP em vigor, porque caso contrário, se verifica uma desarticulação entre esses dois regimes. Por um lado, um CP moderno e progressista, mas que somente serve como “objeto de adorno”, por ter um CPP atrasado e que não se adequa a realidade. Ademais, o CPP constitui um elemento indispensável na interlocução sempre aberta e renovada entre a parte mais liberal e a mais social e conservadora do Estado de Direito democrático, a eficácia na execução da lei criminal, as reivindicações da Sociedade sobre a segurança e Comunidade e o respeito da dignidade humana.

Para finalizar, importa referir também – e como já havia sido dito – que há ausência de um Código de Execução de Penas e Medidas Privativas e não Privativas de Liberdade, não obstante de já estarem previstas neste novo CP, o que torna difícil a imaterialização dessas pretensões.

5. A POLÍTICA PRISIONAL E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO RECLUSO COMO PREMISSAS BÁSICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

No ponto 3 do Capítulo II da Parte II e no ponto 1 do Capítulo I da Parte IV, detivemos nossa atenção sobre as prisões. Igualmente, na Introdução – e na esteira de Michel FOUCAULT –, “reconhecemos a importância das prisões na panóplia punitiva e no Sistema de Administração da Justiça.”⁴⁴⁶ Contudo, por vezes as prisões têm seus inconvenientes e chegam a ser verdadeiras escolas de criminosos, dificultando a ressocialização e facilitando a reincidência – como já visto no ponto 2 da Parte III.

A questão é que durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, na prisão, o recluso enfrenta uma gradual degeneração com o afastamento das suas relações familiares e sociais, sentindo-se rejeitado e em autodepreciação. Nesta situação o que sucede é que, muito embora o Estado tenha o elóquio da ressocialização do recluso como sua marca, ela não chega a ser efetivada, ocorrendo a chamada “eficácia invertida”, que desempenha um papel totalmente inverso. Querendo ou não os Estabelecimentos Penitenciários acabam sendo escolas ou universidades do crime. Os presos acabam sendo cidadãos piores do que eram antes de entrarem nas cadeias e o Estado fica limitado perante tal situação.

Isto relembra-nos alguns pontos colocados por Thomas MATHIESEN, sobre as inconveniências das prisões, que destacamos:

1. As prevenções da criminalidade, levada a cabo pelas instituições de controlo social, por vezes são fictícias, na medida em que há um distanciamento entre o discurso e a prática. Isto faz com que aumentem as taxas de reincidência.

2. As cadeias, mais do que regenerarem os presos, aumentam a sua autodegradação física, psicológica e moral;

3. A relação custo-benefício no sistema de controlo penal é insustentável e prejudicial, visto que o Estado acaba gastando mais com os Estabelecimentos penitenciários e as Instituições de Administração da Justiça sem no entanto ter os retornos e ganhos que a Sociedade espera;

⁴⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar...*, p. 264.

4. Políticas públicas (educação, emprego, ocupação de jovens e outras), se bem planeadas e executadas têm maior eficácia para a diminuição da criminalidade.⁴⁴⁷

Por isso, consideramos o melhoramento do Sistema Prisional bem como estratégias para a sua implementação, incluindo a observância estrita de alguns princípios, para a ressocialização dos reclusos e para evitar a reincidência como premissa preponderante para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique, pois esta terá em vista a ressocialização do recluso.

A ressocialização implica a criação de estruturas e condições para que cumprida a pena, o recluso possa retornar ao convívio social sem danos nem lesões que lhe tornam difícil levar uma vida social saudável. As estratégias de ressocialização do recluso devem ter por finalidade promover o bom comportamento do recluso fazendo-o cumprir os seus direitos e deveres como um cidadão normal.

Face a estas falhas do sistema criminal e de controlo social, é urgente a mudança de paradigma. A ideia é que desde o momento da entrada do recluso nas prisões, o sistema todo deve estar preparado para um trabalho de mudança de mentalidade e ensinamento de valores de cidadania, solidariedade entre outras artes e ofícios com vista à prepara-lo para o retorno saudável para a Sociedade.

A Resolução n.º 65/2002, de 27 de agosto, que regula a Política Prisional e sua estratégia, estabelece como uma das suas missões a transformação dos presos em cidadãos, respeitadores das regras de convivência social, através da sua ressocialização e reinserção na Comunidade. Para esse fim estabeleceu-se por parte do Estado uma série de estratégias, incluindo a relativa ao tratamento do recluso.

O Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de maio de 1936, deu base legal a Política Prisional, tornado extensivo a Moçambique, que teria algumas alterações a 29 de dezembro de 1954, pelo Decreto-Lei n.º 39.997.

Com a introdução do “Novo Estado” – conforme já visto no ponto 3 da Parte I – verificaram-se algumas modificações através da aprovação do Decreto n.º 1/75, de 27 de julho, que definiu as funções e atribuições dos vários Ministérios, tendo ficado as prisões subordinadas ao Ministério da Justiça. Posteriormente, com a extinção da PJ e a criação da PIC, colocada sob tutela do

⁴⁴⁷ MATHIESEN, Thomas. *The Politics...*, 1986.

MINT, os estabelecimentos de detenção preventiva passaram também a subordinar-se ao MINT, permanecendo os restantes na dependência do Ministério da Justiça pela via da Inspeção Prisional.

O Sistema Prisional, até então unificado, viu a sua administração partilhada, originando o dualismo que ainda existe. Ao mesmo tempo, surgiram sob tutela do Ministério do Interior os Centros de Reeducação, uma experiência que viria a ser abandonada na década 80. A missão dos Serviços Prisionais insere-se no âmbito mais vasto e complementar do sistema de Justiça Penal assente no respeito das normas de Direito Interno e do Direito Internacionalmente reconhecido.

Quanto à organização, esta deve seguir duas vertentes fundamentais. A primeira, que enfrenta o que é nuclear da missão, com o objetivo de contribuir para a proteção e harmonia social, através da observância estrita dos princípios orientadores dos estabelecimentos prisionais e implementação e consciencialização de práticas cidadãs aos presos.

A segunda, através do acompanhamento dos presos em regime semiaberto ou ex-reclusos, nas suas Comunidades de origem, incentivando-os a boas práticas na Comunidade para se tornarem cidadãos exemplares.

Contudo, um outro aspeto a se ter em conta é que há um conjunto de princípios que devem ser estritamente observados pelos serviços prisionais, de entre os quais podemos destacar:

a) O respeito da dignidade humana e dos Direitos dos reclusos: os reclusos à responsabilidade dos Serviços Prisionais conservam todos os seus Direitos, salvo os que lhes tenham sido expressamente limitados ou retirados por sentença condenatória que devem cumprir. Sem prejuízo da lei, são respeitadas suas diferenças culturais e religiosas;

b) Separação dos diferentes tipos de reclusos: os presos em prisão preventiva devem obrigatoriamente estar separados dos já condenados com sentença transitada em julgado. Mas essa separação deve ser observada em função do sexo, idade e a gravidade do crime cometido;

c) Regime progressivo do cumprimento das penas: nenhum recluso deve ser colocado num nível de segurança que seja mais que o necessário e indicado pela avaliação de perigosidade feita no momento da sua afetação a um determinado estabelecimento. O cumprimento das penas, em particular das penas de prisão maior, faz-se de acordo com um regime que, em função do bom comportamento dos reclusos, evolui no sentido da redução gradual da sua severidade;

d) Promoção do acompanhamento individual dos reclusos: devem ser desenvolvidas condições para que os reclusos sejam acompanhados individualmente de modo a simplificar a sua futura reinserção social. Esse acompanhamento deverá ser a base de decisão sobre a alteração do regime de cumprimento da pena, sobre a passagem a outros tipos de pena e sobre a atribuição de liberdade condicional;

e) Tratamento do recluso: durante a prisão, devem ser respeitados os direitos fundamentais dos reclusos e a dignidade humana em geral;

f) O respeito dos direitos fundamentais implica a observância dos padrões básicos de nutrição, saúde, assistência médica e medicamentosa, saneamento básico, água própria para o consumo humano, visitas, recreações e atividades de lazer, entre outros. Além do mais, durante o período de internamento dos reclusos, os Serviços Prisionais devem prestar um conjunto de serviços sociais básicos que compreendem o contacto do recluso com o mundo exterior, através de saídas organizadas e visitas de familiares, assim como atividades de recreio e facilitam a prática religiosa.

5.1. O Princípio da Humanidade: Recuperação e Ressocialização do Delinquente

O princípio da recuperação ou ressocialização ou do tratamento do delinquente é uma consequência do princípio da humanidade, que abrange também a execução da sanção penal de humanismo e de responsabilidade individual de modo a devolver o delinquente “curado” à sua vida em Sociedade. Trata-se, pois, de um princípio que encontra seu fundamento na Política Criminal, porque a imposição e execução das penas deve ter em conta a personalidade do acusado ou do condenado, se for o caso.⁴⁴⁸

Por outro lado, este princípio da humanidade é o reflexo, como não poderia deixar de ser, do princípio da dignidade humana, cuja afetação se verifica, desde logo, na estatuição da pena a aplicar a cada tipo legal de crime, conforme o princípio da legalidade imposto pela Política Criminal e que se apresenta como garantia contra o livre arbítrio do poder punitivo do Estado, quer no plano

⁴⁴⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia...**, p. 78.

judicial (penal e/ou administrativo) quer no plano jurídico (material e processual).⁴⁴⁹ Mas também, este princípio impõe que a pena a ser aplicada tenha de derivar da absoluta necessidade, caso contrário é tirânica e desumana e violadora da dignidade humana. É o que já teria se debruçado Cesare BECCARIA, para o qual,

a atrocidade das penas – se não imediatamente oposta ao bem público e ao próprio fim de impedir os delitos – é inútil não só àquelas virtudes benéficas que são o efeito de uma razão iluminada – que prefere dirigir homens felizes a um rebanho escravos onde circule perpetuamente tímida crueldade – mas também à Justiça e à natureza do próprio contrato social.⁴⁵⁰

Da mesma forma que se exige que o princípio da humanidade deva verificar-se na tipificação legal das condutas e das conseqüentes penas, exige-se também na aplicação e na execução daquelas. Em princípio proíbe-se a pena de morte, penas perpétuas e de tempo indeterminado, penas cruéis, degradantes e desumanas, mas também, se obriga ao legislador penal a tipificar penas enraizadas na teleologia do Direito Penal – equilíbrio entre a tutela dos bens jurídicos lesados e às garantias do delinquente face ao poder punitivo do Estado (que por vezes quer se exacerbar) – e adequadas às finalidades das penas – prevenção geral positiva e negativa e a prevenção especial positiva e negativa – e ao comando constitucional de respeito da dignidade humana, conforme remata Guedes VALENTE.⁴⁵¹

Mas também é importante que o legislador penal não se esgote na tipificação da pena única de prisão, mas sim tipificar penas alternativas abstrata e concretamente exequíveis.

Mais importante também é que o princípio da humanidade deve ser materializado no decurso do processo, isto é, desde o início da ação penal, passando pela fase da investigação criminal, a fase de carreamento de provas, até a fase do julgamento, da condenação e da execução das penas. Nesta última fase, Guedes VALENTE propõe que os estabelecimentos penitenciários devem ser idóneos, com condições dignas de habitabilidade e convivência e a execução das penas devem direcionar-se para a ressocialização e não dessocialização do delinquente.⁴⁵²

⁴⁴⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia...**, p. 72.

⁴⁵⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª Ed. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 64.

⁴⁵¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia...**, p. 79.

⁴⁵² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia...**, p. 81.

6. O PLURALISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA ADEQUADO FACE À LEGITIMIDADE DAS JUSTIÇAS COMUNITÁRIAS

A obra organizada por Boaventura SANTOS e João TRINDADE, *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças Moçambicanas*, de 1993, publicado pela Edições Afrontamento; a dissertação de Beatriz BUCHILLI, *O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sócio Cultural de Moçambique*, de 2006, publicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e os artigos científicos de Sara ARAÚJO, especificamente *Acesso à Justiça e Pluralismo Jurídico em Moçambique*, de 2008, publicado pela Universidade Nova de Lisboa, todos já citados na Tese, antecipam entre nós (em Moçambique) o reconhecimento da importância do Pluralismo Jurídico e do que chamamos de Justiças Comunitárias para a resolução de conflitos.

Conforme visto, na Parte I da Tese versamos sobre os hábitos e Costumes tradicionais, o sistema jurídico herdado de Portugal e as Justiças Comunitárias em Moçambique. Primeiramente demonstramos como eram os hábitos e os Costumes tradicionais de resolução de conflitos, mormente as Autoridades Tradicionais e as Justiças Comunitárias e depois fizemos uma abordagem histórica sobre como se sucedeu a recepção e herança do Sistema Jurídico de Portugal, através do fenómeno designado por *Transplante Jurídico*.

Concluiu-se que, na essência, Moçambique tal como outros países africanos, mantém seus hábitos e Costumes (que são centenários ou mesmo milenares, transmitidas oralmente de geração em geração) de resolução de conflitos, em línguas locais e por mediação de autoridades comunitárias.

Normalmente as regras que norteiam as Comunidades não precisam de ser impostas coercivamente, porque elas mesmas se impõem, pois, o contexto das normas ou princípios que regem os mecanismos comunitários de resolução de conflitos, estão de acordo com crenças sagradas, o culto aos antepassados, o respeito aos deuses e a divindades da natureza e princípios de justiça, equidade, solidariedade e coesão social, que no final não se contrapõem e até mesmo se ajustam e complementam com os princípios que regem a doutrina e dogmática jurídica estatal/formal.

O respeito pelas regras é uma obrigação moral e aceite pelas Comunidades. Existem conselheiros que auscultam as Comunidades e os seus membros e registam os sentimentos do grupo para a tomada de decisões. Por sua vez, estas decisões/soluções servem de precedentes para a

resolução casos futuros. Portanto, e assim vai se adoptando as condutas e vão se consolidando as regras e os princípios e vão se tornando regras Costumeiras. Conforme também já referido, o que caracteriza nesses casos o Costume é a nascença através dos casos concretos. Trata-se, pois, do uso ou prática que se transmite oralmente de geração em geração, uma vez que a oralidade e o diálogo caracteriza esses mecanismos comunitários de resolução de conflitos.

Estes mecanismos se mostram bastante eficazes e práticos, como se disse, pela sua proximidade com as Comunidades; pelo facto das partes litigantes estarem no centro e serem preponderantes no caso em questão; pela facilidade na interlocução através de línguas locais, entendidas na Comunidade; pela aceitação e abertura que estes mecanismos têm e sobretudo; pela rapidez e resultados que se alcançam. Em contraposição, o sistema estatal/formal de resolução de conflitos, através dos Tribunais Judiciais são considerados rígidos; excessivamente burocráticos; morosos; há uma figura (juiz) que centraliza as atenções em detrimento das partes; linguagem muito técnica que muitas vezes não facilita a compreensão dos cidadãos em causa, entre outras.

Por isso, face à realidade sociocultural e aos problemas (Crise) da Justiça Penal vigente, a valorização das Justiças Comunitárias é um caminho adequado para a restauração da Justiça Penal vigente e institucionalização da Justiça Restaurativa.

Entretanto, Boaventura SANTOS concluiu, muito embora o continente africano seja um espaço dominado pelo Pluralismo Jurídico, isto é, distintos modelos consuetudinários coabitam com a norma formal do Estado, estes modelos ou normas nem sempre são relevantes na gestão de litígios, pelo menos à nível estatal e nos centros urbanos.⁴⁵³ Já nos espaços mais afastados dos centros urbanos (bairros, povoações, localidades, distritos), o Estado não consegue se impor e impor as suas fontes e o seu modelo de tratamento de litígios. Muito pelo contrário, são aquelas fontes comunitárias que se impõem perante o Estado. Portanto, o Direito estatal vê-se, sem grandes margens de manobra, na possibilidade de se ajustar à essas realidades. É o que foi referido por Beatriz BUCHILI, citando Jaime ERIK, para o qual “a pluriethnicidade é o fundamento da elaboração dos ordenamentos jurídicos plurilegislativos na maior parte dos países africanos.”⁴⁵⁴

⁴⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado...**, p. 48.

⁴⁵⁴ Jayme ERIK. **Sociedade Multicultural e Novos Desenvolvimentos no Direito Internacional Privado**. Cadernos de pós-graduação da UFRGS, Porto Alegre vol. I, 2003, p. 96, *apud* BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo...**, *op cit*.

O Direito já não mais dita – quase que sem oposição – o que deve ou não prevalecer, ou como devem funcionar as relações sociais. Ao contrário, deve ele mesmo abrir-se as várias possibilidades e contingências existentes da Sociedade, que no final ditam qual é e qual deve ser o Direito que deve regular as suas relações sociais. É o que também foi constatado por Daniela BARROS, que considera que “ hodiernamente o Direito não deve se furtar da reintegração com as demandas sociais, pois, é a própria Sociedade que assegura a aplicação do Direito.”⁴⁵⁵ É dessa forma que diversos Estados já se abrem para a incorporação nos seus sistemas jurídicos de outras formas normativas para além do estatal, consubstanciando-se no Pluralismo Jurídico.

A relevância da incorporação das várias formas comunitárias de resolução de conflitos – conforme já mencionadas –, justifica-se porque, o sistema imposto pelo Transplante Jurídico nunca chegou a se implantar na sua totalidade e os sistemas comunitários sempre vigoraram na sua plenitude. Aliás, recordemos as advertências de Patrícia JERÓNIMO, que considera ser impossível transplantar na sua totalidade sistemas jurídicos de outros países, por causas culturais.⁴⁵⁶ É a mesma ideia já referida por Boaventura SANTOS, que considera:

Apesar desse fenómeno de Transplante Jurídico, se ter observado tanto em Moçambique como em outros países africanos, nunca se concluiu a troca efetiva de um sistema para o outro, tendo-se apenas recorrentemente comprovado superposições de componentes dos diferentes modelos jurídicos.⁴⁵⁷

Por outro lado, mesmo naquelas situações em que foi possível impor o sistema jurídico transplantado e utilizar-se deste para a resolução de controvérsias locais, nunca conseguiu recuperar e cumprir o seu papel tal como esperado, pois, sempre mostrou-se insuficiente e pouco eficaz, muito por conta das peculiaridades locais. De outro lado, os mecanismos tradicionais/comunitários de resolução de conflitos, muito por conta desta ligação umbilical com as fontes locais, sempre mostrou-se adequado e com legitimidade para enfrentar os vários desafios e solucionar problemas de naturezas distintas, sendo importante na gestão dos desacordos das Comunidades.

⁴⁵⁵ BARROS, Daniela Madruga Rego. **Pluralismo Jurídico uma Questão de Fato ou de Direito?** *Revista da Esmape*, Recife, v. 9, n. 1, p 185-222, jul./dez. 2004.

⁴⁵⁶ JERÓNIMO, Patrícia. **Interculturalidade...**, p. 4.

⁴⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **The Heterogeneous...**, pp. 39-76.

6.1. Noções Fundamentais do Pluralismo Jurídico

Foi definido anteriormente que Pluralismo Jurídico é a coexistência, no mesmo espaço, de mais de um sistema jurídico. Normalmente espera-se que todos os sistemas jurídicos em coabitação disponham da mesma eficácia. Entretanto, regra geral, sucede que um tem mais eficácia que o outro ou outros, não se querendo dizer que não haja situações em que todos se encontram em paridade.

António WOLKMER define o fenómeno de Pluralismo Jurídico como sendo “a manifestação de múltiplas práticas normativas no mesmo espaço, que se relacionam por meio de conflitos ou consensos, que por razões sociojurídicas têm razões de coexistirem.⁴⁵⁸ É o mesmo raciocínio apresentado por Sally FALK, que conclui que normalmente, para a coexistência dos diferentes mecanismos normativos, há uma articulação e correlação entre eles, até mesmo para torná-los eficientes.⁴⁵⁹

Em regra, o Pluralismo Jurídico é resultado de transplante de sistemas jurídicos de e para diferentes Estados. A colonização foi o principal fator e veículo desse processo, que por meio de choques de cultura teve que se socorrer de outros artifícios para impor o seu sistema. Lembramos aqui o dualismo e o indigenato como catalisadores do Sistema Jurídico Português em Moçambique, em que, durante a administração colonial, Portugal introduziu o sistema de indigenato, que consistiu na separação de classes entre cidadãos e indígenas, tendo os primeiros seus Direitos e deveres estabelecidos pela legislação portuguesa e os segundos governados pelo Direito local e pelas autoridades subordinadas ao Estado colonial. Este processo, como se concluiu, não só fortaleceu a implementação do Direito tradicional/local pela administração portuguesa, como também propiciou o surgimento e manutenção do sistema jurídico colonial.

Contudo, a colonização não foi o único processo responsável pelo transplante de ordens jurídicas. Desde a segunda metade do séc. XX a globalização⁴⁶⁰ favoreceu um novo processo de

⁴⁵⁸ WOLKMER, António Carlos. **Pluralismo...**, *op cit.*

⁴⁵⁹ FALK, Sally Moore. **Law And Social Change: the semi-autonomous social field as apropiat subject of study.** *Law ande society Review*, n 7, 1973, p. 722, *apud* BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo...**, *op cit.*

⁴⁶⁰ A globalização trouxe mudanças significativas para a humanidade. Marcio STAFFEN considera que, “em linhas gerais, a globalização promove uma radical mudança nos poderes em operação nos mais diversos níveis, incluindo o poder ideológico, institucional e normativo, com as respectivas interações sociais que a todo momento encontram novos arranjos.” STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 23. A globalização é um termo ambivalente e complexo, e abrange várias áreas, desde a esfera social, política, cultural e outras. Os fundamentos da teoria da Globalização se concentram na relação entre organização social e territorialidade, sendo que essa relação é determinada pelos tipos de trocas que em cada momento predominam nas relações sociais, sejam elas trocas materiais, políticas ou simbólicas. Habermas ao descrever como a Globalização afeta a soberania do Estado territorial e a legitimidade democrática do Estado nacional, conclui que “ (...). A Globalização pressiona do mesmo modo o Estado nacional a se abrir internamente para a pluralidade de modos de vida estrangeiros ou de novas culturas.” HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-nacional.** Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 108.

Pluralismo Jurídico. Nesta nova fase, uma das características é a aproximações entre países distantes geograficamente e a decomposição da soberania dos Estados e de suas funções mais tradicionais e a tendência de surgimento de um sistema jurídico mundial ou Direito global.

Pedro ABREU menciona que,

No plano externo do Estado verifica-se intensamente a relativização do conceito de soberania nacional, pelo fenômeno da globalização, com a formação de blocos econômicos continentais e regionais, subvertendo as regras do Direito político. Portanto, a soberania é um conceito, ao mesmo tempo político e jurídico, em que confluem todos os problemas e contradições da teoria positivista do Direito e do Estado.⁴⁶¹

Atualmente passou a se discutir a possibilidade da soberania se conformar com um fato evidente: que as Comunidades políticas – os Estados – passaram a fazer parte de uma Comunidade mundial/transnacional.

Por outro lado, de acordo com António PEREIRA, é preciso considerar que a Sociedade transnacional que é definida por um lado pela interação cultural e, por outro explicado pela globalização interdependente e em vigor no mundo não pode mais considerar a soberania absoluta no mundo.⁴⁶² O entendimento de Luigi FERRAJOLI é que o paradigma da soberania externa atinge seu máximo fulgor e, simultaneamente, sua trágica falência na primeira metade do séc. XX com aquela nova guerra europeia dos trinta anos (1914-1945), constituída pelos dois conflitos mundiais, e que assinala, por assim dizer, seu suicídio.⁴⁶³

Ainda em relação à globalização, Patrícia JERÓNIMO esclarece que,

⁴⁶¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 131.

⁴⁶² PEREIRA, António Celso Alves *et alii*. **Soberania e Pós-Modernidade**. In: O Brasil e os novos Desafios do Direito Internacional. Obra Coordenada por Leonardo Nemer Caldeira Brandt. R.J.: Forense/Konrad Adenauer Stiftung/Centro de Direito Internacional – CEDIN, 2004, p.163

⁴⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: La ley Del mas débil**. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999, p. 125. Esta ideia de falência e suicídio da soberania é alimentada por alguns autores que observam ela como uma das causas da Crise do próprio Estado-nação. Esta ideia de que o Estado-nação se acha em Crise não é recente. A percepção de que “todo o mundo contemporâneo é, pode dizer-se, uma permanente conspiração tácita contra a nação” é igualmente compartilhada pela *opinion communis*. São vários os fatores que configuram esta conspiração: a globalização da economia; a criação, a um nível intermédio, de blocos regionais (CEE, ASEAN, Mercosul e outros); a regulamentação operada por organizações internacionais (G8, FMI, Banco Mundial, OMC de entre outras); a mundialização dos mercados financeiros; a deslocalização de capitais e da própria produção de bens; o rápido desenvolvimento das tecnologias de comunicação e de informação; a emigração da mão-de-obra para países mais desenvolvidos, de entre outros fatores. Neste contexto altamente complexo, o Estado-nação perde progressivamente a sua posição de centralidade enquanto polo de iniciativa política e econômica. Aquela figura do Estado soberano, cioso das suas fronteiras, senhor da sua independência política e econômica, e lídimo decisor em tudo o que respeitasse a fluxos de pessoas, de bens e até de ideias, conhece, desde a II Guerra Mundial uma efetiva descaracterização. Aquela imagem do Estado como titular único de um poder interno fundado no monopólio do Direito (igual à lei) e como figura soberana nas relações internacionais é muito menos nitida do que outrora. Este declínio do Estado vestefaliano deve-se, em geral, a razões complexas tais como a partilha da soberania por parte do Estado com outras entidades públicas e privadas, a perda de protagonismo do legislador, a crescente porosidade das fronteiras, a Crise do modelo hierárquico e piramidal do Direito, entre outras. MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**. Vol I. 2ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 66.

A diversidade cultural é uma particularidade que domina as Sociedades contemporâneas. Por causa da globalização, as peculiaridades entre sistemas de valores, religiões e Costumes são nitidamente observáveis em todo o mundo, não somente quando se comparam diversos Estados entre si, mas igualmente quando se considera a organização interna de cada Estado.⁴⁶⁴

Desta forma, por causa da presença de vários processos de Transplante Jurídico que favorecem o Pluralismo Jurídico, é difícil defini-lo taxativamente. Até porque este desacordo é perfeitamente perceptível porque no entender de Maria FERRATER,

Os elementos levados em consideração podem ter marcas filosóficas, sociológicas e culturais. O pluralismo enquanto entendimento filosófico contrapõe-se ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo moderno, pois defende a autonomia e a complementaridade entre princípios e factos diferentes.⁴⁶⁵

No caso do pluralismo sociológico e pluralismo político, surgem como subterfúgio descentralizador em função do modernismo social e a teoria da soberania do Estado. Quanto ao pluralismo sociológico, especificamente, se fortifica a partir do momento em que socialmente se alargam, no capitalismo, os grupos e seus papéis.⁴⁶⁶ Quanto ao pluralismo cultural, compreende peculiaridades que cada grupo/Comunidade/Sociedade mantêm, no que diz respeito à sua organização e estilo de vida.⁴⁶⁷

Para além do aspecto sociológico, político e cultural, existem outros fatores que podem fundamentar a coexistência de mais de um sistema normativo, num mesmo espaço geopolítico. Por exemplo, pode acontecer que num determinado espaço haja uma revolução, ruptura social, alteração ideológica.

De qualquer das formas, seja de que tipo for, o Pluralismo Jurídico já existiu em muitas Sociedades. Embora de formatos distintos das de hoje, sempre existiu, primeiro como resultado da dinâmica e do desenvolvimento da própria Sociedade que sempre enfrentou desafios para a regulação das relações sociais e segundo na produção de leis que muitas vezes se recorreu a métodos comparativos.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ JERÓNIMO, Patricia. **Interculturalidade...**, *op cit.*

⁴⁶⁵ FERRATER, Maria José. **Pluralismo**. *In:* Dicionário de filosofia. Barcelona: Alianza, 1982.

⁴⁶⁶ MATEUCC, Nicola. Soberania. *In:* BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**, Brasília: UnB, 1986, p. 1186.

⁴⁶⁷ LEISERSON, Avery. Pluralismo. *In:* SILVA, Benedicto da. (Coord). **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: FGV/MEC, 1986, p. 1186.

⁴⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Icone, 2006.

Conforme Jacques VANDERLINDEN, Esta questão de múltiplos sistemas jurídicos no mesmo espaço, teve como percursores Otta Van GERK (Alemanha), Santi ROMANO, Giorgio Del VECCHIO e Cesarini SFORZA (Itália), Maurice HARRIOU e Georges RENAR (França).⁴⁶⁹ A ideia comum é que o sistema estatal deve ser receptivo a outros mecanismos socialmente reconhecidos pela Sociedade, já que o Estado encontra-se dentro dela. Por via disso, o Direito estatal não pode ser a única forma a regular as relações sociais, pois, nem mesmo ele consegue ser autossuficiente.⁴⁷⁰

Do mesmo modo, Jacques VANDERLINDEN corrobora a ideia de que o Pluralismo Jurídico como existência de diferentes sistemas normativos, não é uma concepção nova. De facto, historicamente é possível observar vários factos que comprovam esta situação, como por exemplo, o uso do Direito autóctone em países maioritariamente habitado por povos indígenas e índios.⁴⁷¹

Do que acima foi exposto, podemos concluir então que existem duas causas que determinam o surgimento do Pluralismo Jurídico, nomeadamente, a questão da colonização e questões não coloniais.⁴⁷²

No aspecto da colonização, como é natural, o fenómeno do Pluralismo Jurídico, pelo processo de transplante de ordens jurídicas europeias, foi imposta aos países africanos, através da dominação e ocupação territorial. Sem escolha estes países tiveram que aceitar a imposição de novos modelos jurídicos, administrativos e políticos, na maioria das vezes através da administração direta (Portugal e França).⁴⁷³

No aspecto não colonial, o Pluralismo Jurídico desenvolveu-se em países que, não sendo colonizados, transplantaram sistemas jurídicos de outros países como forma de aprimorarem os seus próprios sistemas normativos. É o caso da Turquia, Tailândia e Etiópia, este último, um dos casos raros de países africanos não colonizados. Mas também, existem casos de países que mesmo tendo passado por uma revolução não cederam e continuaram mantendo o sistema normativo primário, é o caso dos países de orientação islâmica e os desintegrados da então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Finalmente, há ainda os casos em que povos indígenas (que sofreram extermínio de invasores), depois de muita reivindicação chegaram a lhes ser concedido o Direito de manterem e

⁴⁶⁹ WOLKMEIR, António Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994, p. 181.

⁴⁷⁰ WOLKMEIR, António Carlos. **Pluralismo...**, p. 179.

⁴⁷¹ VANDERLINDEN, Jacques. **Le Pluralisme Juridique**. In: ESSAI de synthese. Bruxelles: Université de Bruxelles; 1972, p. 19.

⁴⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 272, 1980, p. 26.

⁴⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso...**, p. 26.

conservarem suas ordens normativas tradicionais (veja-se os casos dos índios, povos aborígenes da Nova Zelândia e Austrália).

Entre as vantagens que se podem destacar, Jacques VANDERLINDEN, aponta que com o Pluralismo Jurídico é possível harmonizar os vários traços e valores das Comunidades, e compatibilizá-los com princípios de justiça, equidade e diversidade e multiculturalismo, o que a unicidade e o monismo dos sistemas jurídicos não são capazes de considerar.⁴⁷⁴

6.1.1. Pluralismo Jurídico e juridicidade policêntrica

O Pluralismo Jurídico é uma marca já consolidada na Sociedade contemporânea, pois, vários sistemas normativos já o consagram constitucionalmente e, por conseguinte, há obrigatoriedade de reconhecimento dos diversos sistemas normativos vigentes, tal como está explícito no art. 4º da CRM. Portanto, nos espaços onde coabitam várias normas, o facto de uma só delas ser legitimada modifica a forma como as outras normas atuam, mas não impossibilitam a sua existência nem atuação.

A chamada *teoria da juridicidade policêntrica* defende que os traços culturais e valores da Sociedade são mais amplos que aquilo que o Direito estatal consegue decifrar e regular e, ultrapassa o âmbito do positivismo jurídico, que apenas reconhece as emanações jurídicas vinda do Estado. Contudo, reconhece-se que o próprio Direito em si – no sentido amplo – tem um vasto campo de abrangência em relação ao Direito meramente estatal, basta olhar para as suas fontes, em que o Costume é uma das principais.⁴⁷⁵ De resto é o que Francisco de SOUSA constata, quando afirma que “o Direito deve manter um diálogo franco e aberto com a cultura do povo, sem precisar de cristalizar nada.”⁴⁷⁶ De igual forma, Erik JAYME considera o seguinte: “o Direito faz parte da cultura do povo, encontra suas origens na tradição, mas, por outro lado, se deixa influenciar pela evolução da Sociedade.”⁴⁷⁷ Por isso, o Pluralismo Jurídico é de certa forma resultado do desenvolvimento da Sociedade contemporânea. Aliás, a este propósito, Francisco de SOUSA remata afirmando que não é de se espantar, pois, em relação ao Direito, este “é um instrumento de intervenção e aperfeiçoamento

⁴⁷⁴ VANDERLINDEN, Jacques. *Le Pluralisme...*, 1972, *apud* BUCHILI, Beatriz da Consolação. *O Pluralismo...*, *op cit.*

⁴⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado...*, p. 61.

⁴⁷⁶ ANTÓNIO, Francisco de Sousa. *Cultura e Direito...*, pp. 55-70.

⁴⁷⁷ JAYME, Erik. *Visões para Uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS, Porto Alegre, v. 1, 2003, p. 73, *apud* BUCHILI, Beatriz da Consolação. *O Pluralismo...*, *op cit.*

da Sociedade.”⁴⁷⁸ Assim, o Pluralismo Jurídico abre a possibilidade de se multiplicarem as fontes jurídicas para a resolução dos litígios.

De outro lado, não é difícil observar que uma das características da Sociedade contemporânea é a sua diversidade de formas de ser, antes desconhecidas. Uma coisa é certa, a Sociedade contemporânea tomou conhecimento que o respeito à diversidade cultural e identitária fortalece a própria humanidade. Por esse motivo, nos países onde há diversidade cultural, especialmente nos países africanos, multiétnicos por excelência, há um movimento de recuperação e valorização dos traços identitários e culturais e sua respectiva incorporação no ordenamento jurídico estatal.⁴⁷⁹

É o que sucedeu em Moçambique, que conforme foi aludido no ponto 3 da Parte I, a partir do momento em que começou a vigorar o “Novo Estado”, se previu a construção de uma Sociedade completamente nova, em que se assumiu distintos modelos de sistemas jurídicos que de certa forma acabaram por influenciar o modo como se relacionaram o Estado com as Autoridades Tradicionais. A Constituição de 1990 viria a ser revista, tendo-se previsto a existência dos Tribunais Comunitários, regidos pela Lei n.º 4/92, de 6 de maio e a inclusão do Pluralismo Jurídico no rol de princípios constitucionais em 2004, como demonstração do compromisso de valorização dos diferentes mecanismos de resolução de litígios. No mesmo ímpeto, a Lei da Família, Lei n.º 10/2004, de 25 de agosto, trouxe a possibilidade de admissibilidade de resolução de litígios por entidades religiosas e tradicionais, conforme consta no seu art. 16º e ss.

Como se pode constatar, a valorização e promoção das realidades socioculturais passa a ser bandeira da época contemporânea⁴⁸⁰, apesar disso, Boaventura SANTOS⁴⁸¹ verifica que essa multiplicidade de normas tornou mais complexa a realidade jurídica. Para aumentar ainda mais essa complexidade, verifica-se que atualmente emergem novas ordens jurídicas supranacionais, em função de novas realidades globais, que de certa forma acabam por interferir nos sistemas normativos já existentes, conforme veremos já a seguir.

⁴⁷⁸ ANTÓNIO, Francisco de Sousa. **Cultura e Direito...**, pp. 55-70.

⁴⁷⁹ EJAYME, **Visões...**, p. 74, *apud* BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo...**, p. 65.

⁴⁸⁰ KOSLOWSKI. **Die Postmodern Kultur**. 2ª Ed. Munchen. 1988, p. 151, *apud* BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo...**, *op cit.*

⁴⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Towards a New Legal Common Sense**. London: Words, 2002, p. 163.

6.2. Pluralismo Jurídico, Híbridação e Interlegalidade

Até aqui definimos e esboçamos os principais traços e as vantagens do Pluralismo Jurídico. Referimos que se trata de um fenómeno próprio da Sociedade contemporânea e que Moçambique à semelhança dos vários países africanos é um espaço por excelência de Pluralismo Jurídico e juridicidade policêntrica em que atuam simultaneamente várias normas que regulam as relações sociais, além da norma estatal/formal, devido as suas peculiaridades, quer da sua natureza fraccionada em múltiplas etnias, quer da sua variedade linguística, bem como pela legitimidade que esses diversos sistemas normativos têm nas suas respectivas Comunidades e mais ainda pela distância e inércia dos sistemas estatais formais.

O exame do Pluralismo Jurídico na presente Tese, vale também para mostrar que, nos espaços onde o sistema jurídico estatal pretende monopolizar a organização social e a resolução de litígios, eclodem sempre vários conflitos entre as Comunidades que não estão habituadas às normas e organização estatal, mas que devem obediência e as normas estatais que não encontram eficácia, mas que deve se impor.

O que sucede é que a norma imposta pelo Estado, porque tem mecanismos de se impor, domina o espaço mas não é considerada exclusiva nem a mais importante e, por conseguinte, encontra dificuldades para a sua aceitabilidade e acessibilidade. Por outro lado, as normas comunitárias dominam as pessoas e não encontram dificuldades de aceitabilidade nem acessibilidade. Eis aqui mais uma razão para que as normas comunitárias sejam inseridas gradativamente no ordenamento jurídico estatal, como uma forma alternativa para a resolução de problemas na Comunidade.

Importa destacar que, apesar de, como referimos, África no geral e Moçambique em particular serem espaços pluralistas, cada Comunidade tem a sua especificidade e peculiaridade, pois, conforme foi referido anteriormente, há uma enorme riqueza e complexidade. A riqueza reside no facto de vigorarem em Moçambique várias ordens jurídicas e sistemas de Justiças e a complexidade reside na intensa interpenetração ou contaminação recíproca entre essas diferentes formas de Direito e de Justiça⁴⁸², por isso, estamos perante um conjunto de situações de *hibridação jurídica*.

⁴⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado...**, p. 61.

Portanto, *hibridação jurídica* é na verdade o encontro e a difusão dos diferentes sistemas normativos (estatal, não estatal, religioso, e outros). Desse encontro surgem novos sistemas híbridos e assim por diante, o que também se denomina por *interlegalidade*, na medida em que estes sistemas ao mesmo tempo em que preservam sua autonomia vão se tornando dependentes uns dos outros.

O Direito e a Justiça, porque se orientam e mobilizam no seu quotidiano, são feitos de vários Direitos e Justças, uns usados preferencialmente na família, outros na Comunidade, outros no mercado, outros no trabalho e outros ainda no espaço público da cidadania.

A hibridação jurídica e a interlegalidade têm as vantagens de darem solidez ao sistema judiciário e própria democracia, impedindo rupturas; eleva a aceitabilidade, legitimidade e eficácia do sistema estatal e finalmente contribui para a diminuição de conflitos entre esses sistemas e ajuda no controle social e na própria justiça penal.

6.3. Pluralismo, Globalização, Ordens Jurídicas Supranacionais, Direito Global e Cosmopolitismo Jurídico

Foi visto anteriormente que, em regra, o Pluralismo Jurídico é resultado de transplante de sistemas jurídicos de e para diferentes Estados, sendo a colonização o principal fator e veículo desse processo. Contudo, foi também realçado que a colonização não foi o único processo responsável pelo transplante de ordens jurídicas. Desde a segunda metade do séc. XX a globalização favoreceu um novo processo de Pluralismo Jurídico. Nesta nova fase, uma das características é a aproximação entre países distantes geograficamente e a decomposição da soberania dos Estados e de suas funções mais tradicionais e a tendência de surgimento de um sistema jurídico mundial ou Direito global.

Essa multiplicidade de normas, de acordo com Boaventura SANTOS tornou mais complexa a realidade jurídica verificando-se a emergência de novas ordens jurídicas supranacionais, em função de novas realidades globais, que de certa forma acabam por interferir nos sistemas normativos já existentes.⁴⁸³

De facto, a análise do contexto jurídico global constitui, hoje, um ponto de partida comum e imprescindível o qual toda a pesquisa jurídica é forçada a enfrentar. Tal exigência metodológica e

⁴⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Towards a New Legal...*, p. 163.

axiológica é, contemporaneamente, causa e consequência da progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações.

O filósofo alemão Jürgen HABERMAS, por exemplo, no livro *Era das Transformações*, prevê a construção de novos espaços a partir da perspectiva de ampliação da esfera da influência da experiência das Sociedades democráticas para além das fronteiras nacionais. No entender deste autor, tal processo de democratização pode ser reproduzido no que chama de constelação pós-nacional (*Die postnationale Konstellation*) aberta a uma nova ordem jurídica cosmopolita, capaz de funcionar sem estrutura de um governo mundial.⁴⁸⁴

O entendimento de Rafael OSLE é de que neste novo paradigma global, as “coisas” (*res*) já não se referem exclusivamente as “relações entre Estados”, como no paradigma clássico, sendo que aqueles assuntos que realmente afetam a humanidade em seu conjunto, e que se materializam em bens públicos globais haverão de ser protegidos universalmente. Entre esses bens públicos globais podem se citar aqueles referidos à proteção do planeta (por exemplo, as mudanças climáticas ou a conservação do Meio Ambiente), à sobrevivência dos seres humanos (a erradicação da pobreza, a prevenção e reparação de desastres naturais, a supressão de armamento nuclear) e à segurança mundial (o terrorismo internacional, ou a perseguição de delitos de lesa humanidade).⁴⁸⁵ Ainda de acordo com Rafael OSLE, a proteção dos direitos humanos ocuparia um lugar prioritário, mas somente na medida em que estes não estiverem suficientemente amparados pelos ordenamentos jurídicos das distintas Comunidades políticas. Entretanto, a determinação e a proteção dos bens públicos globais deverão estar sempre informadas pelos princípios de subsidiariedade e solidariedade.⁴⁸⁶

O Direito global divide-se em dois níveis: o primeiro e o mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global, de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.

Por outro lado, Márcio STAFFEN constata que este Direito global se articula concomitantemente segundo as seguintes premissas:

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 50.

⁴⁸⁵ OSLE, Rafael Domingo. Prefácio. **Forjando o Direito Global**. In: STAFFEN, Márcio Ricardo. Interfaces do Direito Global, *op. cit.*, p. IX.

⁴⁸⁶ OSLE, Rafael Domingo. Prefácio. **Forjando o Direito Global**, p. IX.

- a) Esta lógica jurídica global baseia-se em normas sectoriais, relativas às matérias singulares ao caso;
- b) há um vazio hierárquico formal no sistema global (este composto de normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais);
- c) ausência de pretensões universalistas, exclusivas e homogeneizadoras;
- d) o sistema jurídico global não se presta somente aos sujeitos de Direito Público;
- e) a compreensão de um sistema voltado prioritariamente à resolução de controvérsias;
- f) a penetração do sistema global no Direito nacional, entre outras.⁴⁸⁷

O cosmopolitismo político liberal, o cosmopolitismo ético, o consenso sobre questões morais básicas e a ênfase a noções universalistas de uma humanidade com direitos e deveres recíprocos também são algumas das características deste cenário. A crença nas possibilidades de transnacionalização da democracia e a convergência sistêmica de uma Sociedade global multicultural, com a substituição da divisão territorial do mundo em moldes wesfalianos por uma federação internacional de poderes, são outras importantes características desse cenário.

As colocações acima foram sintetizadas por Jürgen HABERMAS da seguinte forma: “se, por um lado, não nos queremos conformar a tal, mas, por outro temos de admitir como irreversível a dependência crescente dos Estados nacionais dos constrangimentos sistêmicos de uma Sociedade mundial cada vez mais interdependente, impõe-se a necessidade política de alargar os procedimentos democráticos para lá das fronteiras do Estado nacional.”⁴⁸⁸

Há também quem veja o Estado mundial e o direito mundial na perspectiva do projeto cosmopolita Kantiano da paz perpétua e do Estado universal dos povos, com base na premissa de que a paz não é o estado natural do homem, mas consequência do império da razão no difícil terreno das relações entre os povos. Esta vertente parte da experiência acumulada em matéria de codificação da política internacional e dessa experiência de “constitucionalização” do Direito internacional para enfatizar o potencial de democratização contínua nos processos de política global, por um lado, e

⁴⁸⁷ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 62.

⁴⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa**, p. 127.

apontar as oportunidades de uma “política interna mundial” propiciada por uma globalização unitária, por outro. Estes são chamados de “hiperglobalistas”.⁴⁸⁹

O cosmopolitismo jurídico explora a tensão entre as reivindicações jurídicas formuladas em nome do sistema estatal e as reivindicações realizadas em nome de um princípio alternativo de organização da ordem mundial no qual todas as pessoas têm direito e obrigações equivalentes. O Direito cosmopolita neste caso transcende as demandas particulares dos Estados, estendendo-se a toda Comunidade universal. Universalizador e potencialmente voltado à inclusão social, ele é um complemento necessário das legislações vigentes nacionais e internacionais.

6.4. Direito Costumeiro, Direito Oficial/Estatal e Pluralismo Jurídico

As práticas sociais quando aplicadas reiteradamente e de forma generalizada formam o Costume e passam a ser vinculantes e obrigatórias.⁴⁹⁰ Para além da obrigatoriedade, os Costumes são genéricos e constantes para cada grupo. Por reconhecer a importância do Costume, o Direito consagra-o como a sua segunda fonte, depois da lei (constitucional) e antes da doutrina e da jurisprudência.⁴⁹¹ Existem correntes doutrinárias que defenderam que o Costume devia estar no mesmo patamar com a lei, pois, ambos encontram sua validade e fundamento a partir da vontade do povo, que é soberana, tal como foi defendido no *corpus jûris civilis*. Esta posição é também sustentada por René DAVID que considera que, na teoria a lei encontra-se numa posição de supremacia em relação ao Direito. Mas na prática assim não acontece, pois, o Costume apresenta um papel tão relevante quanto a lei.⁴⁹²

Entretanto, isto não quer dizer que todo o Costume vem a ser fonte do Direito, isto porque, existem Costumes que se consubstanciam apenas em simples hábitos. É por isso que o operador do Direito não pode aplicá-lo automaticamente, antes pelo contrário e, apesar de tudo, deve manter cautela e fazer as devidas ponderações bem como examinar a sua autonomia em relação ao Direito, na perspectiva de que este serve para indicar a uma solução justa.⁴⁹³

⁴⁸⁹ Vide ARCHIBUGI, Daniele e HELD, David. (Orgs.). *Cosmopolitan Democracy: an agenda for a new world order*. Cambridge: Polity Press, 1995.

⁴⁹⁰ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 121.

⁴⁹¹ Sobre o assunto ver LORENZETTI, Luís Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 272.

⁴⁹² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito comparado**. 2ª Ed. Lisboa: Meridiano. 1978, p. 147.

⁴⁹³ DAVID, René. **Os Grandes...**, p. 147.

A partir do momento em que se fazem essas ponderações e o Costume desempenha as mesmas funções da lei, podemos então dizer que estamos em presença de um Direito Consuetudinário.⁴⁹⁴ O Direito Consuetudinário corresponde a regras e normas provenientes do povo com objetivo de se alcançar a harmonia na Sociedade. Uma das características do Direito Consuetudinário é a sua abrangência ao englobar os valores e todas as peculiaridades dos diversos grupos sociais bem como levar em conta as crenças dos diversos grupos.⁴⁹⁵

É preciso destacar, conforme já elucidado na Parte I da Tese que, as normas que regem o comportamento humano nas Sociedades tradicionais provem de crenças como o culto aos antepassados, o respeito aos deuses e crenças e divindades da natureza. Há também a crença de que o homem na Terra está ligado aos antepassados por vínculo de sangue e que estes acompanham e protegem os vivos no dia-a-dia.

O Direito Costumeiro, portanto, reconhece todas essas particularidades, ainda mais que, cada grupo tem as suas crenças e características. Em muitos países africanos e em Moçambique, algumas crenças foram sendo “contaminadas” ao longo dos tempos, por ações externas, como pela proliferação do islamismo, principalmente na costa oriental e norte, nos séculos IV e V e atividades missionárias, bem como o processo de colonização que ocorreu posteriormente.

Por conseguinte os Direitos Costumeiros pré-existentes tiveram que se adaptar e se reajustarem para coabitarem com os Direitos advindos de outros espaços, havendo assim uma multiplicidade de normas, quer originais, quer aquelas que foram se misturando. Mas Esse fenómeno não se deu somente na África, a América latina⁴⁹⁶ e Europa⁴⁹⁷ também sofreram essas influências. Nos diversos espaços onde isso aconteceu, o Estado paulatinamente reconhece a validade dessas normas no Direito estatal, a partir de princípios constitucionais de Pluralismo Jurídico.

⁴⁹⁴ VERDIER, R. *Chef de Terre et Terre de Lignage. Etudes de droit africain et droit malgache*. 1965, p. 333, apud BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo...**, p. 65.

⁴⁹⁵ ANDRE, Bento Zalazar. **Recepção no Sul de Angola** (Direito Consuetudinário) do Direito português das sucessões. Disponível em <http://www.Direito.unisinos.br/sandra/arquivos/Direitos-africanos.ppt>. Acessado em 10 de Julho de 2017.

⁴⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 270.

⁴⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª Ed, Lda. Portugal: Ed. Publicações Europa-América, 1998, pp. 90 e ss.

6.5. Os Tribunais Comunitários Como Mecanismos de Promoção do Pluralismo Jurídico e Reforço das Justiças Comunitárias e Restaurativa

Conforme visto na Parte I, antes da herança do Sistema Jurídico de Portugal, os povos para a resolução de conflitos recorriam – e ainda recorrem – às formas tradicionais e hábitos locais de resolução de conflito. Os Tribunais Comunitários surgiram como forma de valorização pelo Direito estatal dessas formas tradicionais, no âmbito da reforma do Sistema Judicial em Moçambique ocorrida em 1992, como corolário da revisão constitucional de 1990. Estes Tribunais foram criados com objetivo de substituir o trabalho que até então era feito pelos chamados Tribunais Populares, no período de 1978 a 1992.

Os Tribunais Comunitários constituem, portanto, mecanismos indispensáveis para a viabilização da Justiça e valorização das formas comunitárias de resolução de conflitos, enxertados no próprio sistema judiciário, sendo Tribunais oficiais, uma vez criados por lei, mas ao mesmo tempo fora destes. Se por um lado, como se disse, estes Tribunais têm cobertura e reconhecimento legal na organização judiciária (de base), a lei estabelece que sua operacionalidade funciona fora dessa organização, assente nos valores culturais comunitários. De acordo com o preâmbulo da Lei dos Tribunais Comunitários, “as experiências colhidas pela Justiça comunitária indicam para a necessidade da sua valorização e aprofundamento, considerando a diversidade étnica e cultural da Sociedade moçambicana.”⁴⁹⁸ Estes Tribunais são entidades jurídicas híbridas em que se levam em consideração princípios do Direito estatal e do Direito Consuetudinário.⁴⁹⁹

No processo da reforma do sistema judicial, em 1992 foi aprovada uma nova Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, a Lei n.º 10/92, de 6 de maio. Esta lei instituiu os Tribunais Distritais como Tribunais de base, excluindo deste modo os Tribunais de Localidade e de Bairro (Tribunais Populares, etc.), como parte do sistema. Todavia, dado o papel fundamental destes, no mesmo ano, foram criados os Tribunais Comunitários suprimindo-se assim a lacuna deixada pelos Tribunais Populares e de Bairro. Por conseguinte, a Lei n.º 4/92, de 06 de maio, criou os Tribunais Comunitários, como parte de instâncias locais de resolução de conflitos, mas fora do Sistema Judicial.

Em termos de objetivos, estes Tribunais têm a responsabilidade de contribuir para a edificação de um Estado justo; defesa e salvaguarda de Direitos Fundamentais; estabilidade social e

⁴⁹⁸ Lei n.º 4/92, de 06 de maio. Preâmbulo.

⁴⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado...**, p. 72.

valorização e promoção de hábitos e costumes tradicionais e demais valores sociais e culturais, conforme estabelecido na lei em referência que os constitui.

Os Tribunais Comunitários porque vieram de certa forma substituir os Tribunais Populares, acabam tendo que quase a mesma característica, que é conhecerem apenas conflitos de pequena gravidade, cuja solução – *prima facie* – passa pela reconciliação.

Quanto a sua composição, o n.º 1 do art. 7º da lei em referência, indica que os Tribunais Comunitários devem ser constituídos por oito membros, sendo cinco efetivos e três suplentes. Vale mencionar que estes Tribunais herdaram um pequeno número de juizes e as infraestruturas que funcionavam os Tribunais Populares, como foi estabelecido no n.º 2 do art. 15º da Lei n.º 4/92, de 06 de maio.

6.5.1. Vantagens dos Tribunais Comunitários

Conforme foi esclarecido, os Tribunais Comunitários desempenham um importante papel na solução de conflitos locais, quer pela facilitação processual, onde se privilegia a oralidade e a sua “eficiência” na resolução de diferendos. A resolução de conflitos é rápida e simplificada, levando rapidamente as partes à uma decisão final, num espaço de tempo muito mais curto do que o que normalmente ocorre nos Tribunais judiciais. Quanto ao seu funcionamento, o n.º 1 do art. 1º da lei em referência, diz que: “Os Tribunais Comunitários procurarão que em todas as questões que lhe sejam levadas ao seu conhecimento as partes se reconciliem”. Isto mostra que o espírito destes Tribunais deve ser o de procurar a reconciliação entre as partes, atuando como Tribunais reconciliatórios e não punitivos, tendo por escopo a manutenção da harmonia social nas Comunidades.

Todavia, o n.º 2 do art. 1º ressalva ainda que, “em caso de ausência de consenso os Tribunais Comunitários devem julgar de acordo com a equidade, bom senso e Justiça.” Se mesmo assim, prevalecerem controvérsias, o caso será remetido ao Tribunal Judicial dessa jurisdição ou da jurisdição mais próxima, em função da natureza da controvérsia, para que esta seja analisada e julgada à luz do Direito estatal. Porém, no esforço judicial destes Tribunais muitas vezes mesmo sem consenso

acabam tomando a decisão ou melhor a impor uma decisão não partilhada por todos, sem, contudo, remeter o caso ao Tribunal Distrital local.⁵⁰⁰

Entretanto, há uma questão que deve ser levantada, relativa à função jurisdicional, pois, entendemos que nos termos do n.º 1 e 2 do art. 212º da CRM, há imposição de um legalismo excessivo, contrariamente ao art. 2º e 3º da Lei n.º4/92, de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários. Em outras palavras, o facto de estes Tribunais serem oficiais, isto é, enxertados no próprio sistema judiciário e ao mesmo tempo estarem fora dele, pode criar uma certa confusão e correr-se o risco de se pôr em causa a essência e os objectivos para os quais esses Tribunais foram criados.

6.6. Pluralismo, Multiculturalismo e Direito Penal: o Princípio da Subsidiariedade como argola da necessária aproximação entre as Justiças Comunitárias e Estatal

Ficou claro que Moçambique é um país de *hibridação jurídica* ou pluralidade jurídica, em que circulam vários sistemas jurídicos e judiciais. Mas também esclarecemos que os Tribunais Comunitários se comunicam com os Tribunais Judiciais quando não se consegue alcançar consenso em uma controvérsia. Tal disposição encontra-se estabelecida no n.º 2 do art. 1º da Lei dos Tribunais Comunitários. Quer isto dizer que existem situações em que vão se combinando soluções dos diferentes sistemas para se alcançar uma só, mas que, mesmo assim, nem sempre é possível alcançar consensos. É sobre este ponto em que iremos nos debruçar.

Conforme advertimos na Introdução, em nenhum momento se cogita que Justiça Restaurativa que se propõe, que é a combinação dos distintos sistemas, especificamente o sistema jurídico estatal com as Justiças Comunitárias, sejam sempre consensuais. Ao contrário, reconhece-se que possam existir e emergir conflitos e dissensos nessas práticas. Por isso, a questão que se pretende responder é ***como e que tipo de articulação deve ser feita entre os Tribunais Comunitários e a Justiça Estatal ou Tribunais Judiciais, nos casos criminais em que não haja consensos na base e que a Justiça comunitária falha e o Estado precisa intervir.***

⁵⁰⁰ BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo...**, p. 65.

Por isso, a análise do *princípio da subsidiariedade* é importante para a presente Tese, se partirmos da premissa da valorização da cultura, hábitos e Costumes de resolução de conflitos, e da complementaridade e articulação que se propõe entre a Justiça Restaurativa/Tribunais Comunitários e demais Tribunais Judiciais, conforme previsto no n.º 3 do art. 121º da CRM.

Para analisarmos essa articulação, comecemos por citar Ugo SPIRITO citando Lima COSTA, que afirma que o CP “ *è un po’ il codice morale di una nazione e vale a caratterizzare la fisionomia spirituale di essa*”. Esta expressão, traduz a ideia de que o Direito Penal é o guardião da identidade cultural de seu povo.⁵⁰¹ Entretanto, uma das questões que se coloca é, ***o que ocorre quando um Estado se transforma em uma Sociedade multicultural?*** Naturalmente surge o conflito.

Patrícia JERÓNIMO corrobora com esta ideia de existência de conflito, em seus estudos sobre a interculturalidade e Pluralismo Jurídico, muito em concreto na europa, só para citar e de forma comparada, afirma que:

[...]. No plano internacional, a diversidade cultural tem vindo a ser celebrada como uma fonte de imensa riqueza, numa clara tentativa de promover o respeito entre os diferentes povos do mundo e de afastar a ameaça de um choque de civilizações. [...]. Apesar deste enorme consenso internacional, no plano interno dos Estados, a diversidade cultural continua a ser vista como um problema, fonte de tensões sociais e um perigo para as identidades nacionais maioritárias. Na Europa, como no resto do mundo ocidental, o mito do Estado-nação unitário já foi desconstruído há muito, sendo hoje pacífico que as populações dos Estados sempre albergaram uma maior ou menor medida de diversidade cultural. Não sendo inédita, a diversidade trazida pela imigração extraeuropeia iniciada no pós-segunda guerra mundial e intensificada nas últimas décadas é, no entanto, motivo de especial desassossego para os europeus, que reagem procurando encerrar as fronteiras e exigindo dos imigrantes, como condição de permanência no território, que estes provem estar culturalmente bem integrados nas respetivas sociedades de acolhimento.⁵⁰²

Com efeito, hodiernamente pode-se verificar que existem países onde as normas estatais não encontram grandeza e aceitabilidade como as normas consuetudinárias. Em muitos casos, para suprir essa falta, chama-se à colação o princípio da igualdade, que procura aproximar as diferenças e

⁵⁰¹ COSTA, Sylvia Chaves Lima. **O Multiculturalismo e o Direito Penal:** um estudo à luz da *cultural offense* e da *cultural defense*. TerCi, v. 0 2, n.º 02, jul./dez, Rio de Janeiro, 2013.

⁵⁰² JERÓNIMO, Patrícia. **Interculturalidade...**, pp.1-2.

diversidades com objetivo de alcançar soluções mais consensuais. Frederico PINTO, Pedro CAEIRO e Teresa BELEZA consideram que,

O direito a diversidade passa pelo mesmo princípio da igualdade, em que, por um lado, coisas e situações iguais devem ser tratadas de forma igual, e por outro, coisas e situações diferentes devem ser tratadas diferentemente. No que diz respeito a situações divergentes por causas culturais ou religiosas, deve-se consentir e dar eficácia as aspirações conexas a própria identidade cultural ou religiosa.⁵⁰³

Mas em relação ao Direito Penal, como reage e enfrenta esses conflitos?

O Direito Penal encontra no princípio da subsidiariedade a fórmula para solucionar estes conflitos. O *princípio da subsidiariedade* é aquele que estabelece que a intervenção do Direito Penal somente é justificável quando outras formas de tutela e proteção dos bens jurídicos se mostrarem falhas. Em suma, é a pretensão de que o direito penal deve ser encarado como *ultima ratio*. Relaciona-se aqui com o princípio da mínima intervenção do Direito Penal que estabelece que a intervenção do Direito Penal no âmbito jurídico de qualquer Sociedade só se mostra aplicável como imperativo de necessidade. Somente deve ser aplicado quando os outros meios de garantia de paz social disponíveis se mostrarem ineficazes ou insuficientes para alcançar a pretensão.

Germano Marques da SILVA, é categórico quanto a este aspecto, ao considerar que “deve falar-se do carácter subsidiário do Direito Penal para traduzir a ideia de que só se deve recorrer ao Direito Penal, como instrumento de tutela de bens jurídicos, quando a incriminação for não somente imprescindível, mas como também adequada.”⁵⁰⁴

Ora, o mais importante para a nossa proposta é ter em consideração que o princípio da subsidiariedade pode ser concebido em diversas acepções, das quais destacamos duas mais importantes:

- a) Sentido restrito, a qual, não é necessária a intervenção do Direito Penal. Nas palavras de Germano Marques da SILVA, “o recurso ao Direito Penal é injustificado ou

⁵⁰³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, CAEIRO Pedro, BELEZA Teresa Pizarro. (Org.). **Multiculturalismo e Direito Penal**. Almedina Coleção: Coimbra, 2014.

⁵⁰⁴ SILVA, Germano Marques da. **Direito...**, p. 77.

supérfluo.”⁵⁰⁵ No caso de igualdade de efeito dos instrumentos de tutela, deve-se escolher aquela que não amplie a limitação dos direitos dos cidadãos;

- b) Sentido mais amplo, a sanção penal seria a preferível ainda nos casos de não absoluta necessidade, mas sempre que a função estigmatizante própria do Direito Penal for útil para os fins de uma mais forte reprovação do comportamento e consequente mais enérgica tutela do bem jurídico.

O primeiro caso é ideal para a nossa proposta de Justiça Restaurativa, uma vez que a conciliação e outras vias de solução de conflitos não necessitam propriamente a intervenção do Estado. Até porque, conforme ficou claro ao longo do trabalho, é preciso que o Estado reveja as suas formas de intervenção e que não se cinja sempre em punições, quando pode tentar outras vias, que descongestionem o próprio Sistema de Administração da Justiça.

Contudo, o segundo caso também não será inútil, visto que – como já foi largamente esclarecido (*cf.* a segunda nota, na Introdução) –, a respeito do tipo, natureza e gravidade de crimes, apesar da Justiça Restaurativa trazer um conjunto distinto de normas e de práticas de reação ao conflito criminal que pretendem afastar o máximo possível a possibilidade de condenação com a pena de prisão, através da mediação, conciliação, encontro entre agente agressor e vítima, assim como a participação da Comunidade, esta é válida somente para alguns crimes, sobretudo de pequena e média gravidade e desde que verificados os pressupostos estabelecidos nos art's. 85º, 87º, 88º, 89º e 102º do CP, assim como o disposto no n.º 1 do art. 3º da Lei n.º 4/92 de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários.

Portanto, nos casos, por exemplo, dos crimes previstos no art. 160º do CP, ou seja, os crimes hediondos, “aqueles executados com extrema violência, crueldade, sem nenhum senso de compaixão ou misericórdia de seus agentes, causando profunda repugnância e aversão à Sociedade”, o Direito Penal tem toda a liberdade de intervir. Mesmo assim, ainda é possível acionar mecanismos da Justiça Restaurativa em momentos posteriores à condenação, até mesmo para a ressocialização do recluso, conforme já visto no ponto 5, desta Parte II.

⁵⁰⁵ SILVA, Germano Marques da. **Direito...**, p. 78.

Com isso, ainda na senda da nossa questão, nos aspetos de manifesta discórdia de normas penais, em que a norma primária (principal) remove a norma secundária, que é subsidiária, *Lex primaria derogat legi subsidiaria* –, a norma será primária quando pressupõe maior gravidade em relação a outra. Nestes casos, as questões que se colocam são: ***a norma primária deverá ser decisiva? A subsidiariedade neste caso será expressa ou tácita?***

Na primeira situação, o afastamento da norma deve ser expressa na lei, isto é, só se afastará a norma subsidiária se não for formada a presunção da hipótese da norma principal.

É mister também, para além do sentido estrito e amplo, entender-se que a subsidiariedade pode ser também expressa e tácita. Na primeira situação se circunscreve a aplicação da lei que abrange de forma complexa maior número de factos típicos. Nesses casos, grosso modo, a lei já determina que não se pode aplicar ao facto se for também empregue para o cometimento de outro crime, isto é, trata de tipo subsidiário, cabendo o enquadramento se não ocorrer crime mais grave. Já a segunda situação ocorre quando um crime menor se junta à descrição típica de um crime mais grave. É o caso do crime de furto em relação ao roubo. Basta se comprovar o roubo, afasta-se o furto. Se não se comprovar o crime primário, pune-se pelo secundário.

Vale também, antes de concluir, fazer menção a algumas notas apontadas por Mário MONTE, sobre o *princípio da subsidiariedade* em Direito Penal e a questão do multiculturalismo⁵⁰⁶ que, inspirado em Figueiredo DIAS afirma: no cotejo do princípio da subsidiariedade é evidente que para um eficiente domínio da criminalidade, nos limites que a Sociedade pode suportar, o Estado através das

⁵⁰⁶ De entre os quais destacamos as seguintes obras: MONTE, Mário F.; LOUREIRO, Flávia, **Direito Processual Penal - Roteiro de aulas**. Ed. 2, 1 vol. Braga: AEDUM, 2014; MONTE, Mário F. **Lineamento do Direito das Contraordenações**. Braga: AEDUM; MONTE, Mário F. **Direito das Contraordenações - prolegómenos**. Braga: AEDUM, 2011; MONTE, Mário F. **O Direito Penal Europeu de 'Roma' a 'Lisboa'** - Subsídios para a sua compreensão e Aplicação. Ed. 1, 1 vol. Lisboa: Quid Juris, 2009; MONTE, Mário F. **Da Legitimação do Direito Penal Tributário** - em Particular, os Paradigmáticos Casos de Faturas Falsas (reflexão, sobretudo, a partir dos Direitos Português e Espanhol). Ed. 1, 1 vol. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; MONTE, Mário F. **Da proteção penal do consumidor**. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Ed. 1, 1 vol. Coimbra: Almedina, 1996. Quanto aos art.s em livros podemos destacar: MONTE, Mário F. **Um olhar no Direito inglês: a relevância do *contempt of court* para a compreensão do segredo de Justiça Penal**. In Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho, ed. Mário Monte/Joaquim Rocha/Joana Silva/Elizabeth Fernandez, 489 - 512. ISBN: 978-972-32-2305-7. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. MONTE, Mário F. **Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de Justiça Restaurativa**. In Multiculturalismo e Direito Penal, ed. Teresa Beleza/Pedro Caeiro/Frederico Costa Pinto, 97 - 113. ISBN: 978-972-40-5227-4. Coimbra: Almedina, 2014; Monte, Mário F. **Hay un Fundamento iusnaturalista en la justicia restaurativa?** In *Utrumque Ius. Derecho Natural y Derecho Canónico*, ed. Miguel Ayuso, 119 - 128. ISBN: 978-84-16212-43-9. Madrid: Marcial Pons, 2014; MONTE, Mário F. **O problema do "ônus" de prova e da oneração do Direito probatório em Processo Penal**. Em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal: reflexões a partir do Direito luso-brasileiro. In Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, ed. Ives Gandra Martins/Patricia Rosset/António Carlos do Amaral, 635 - 654. ISBN: 978-85-7721-204-0. São Paulo: Lex Magister, 2013; MONTE, Mário F. **Multiculturalismo y Derecho Penal en el espacio lusófono. Prueba de una solución de restauración para el problema de los delitos motivados culturales**, in Luigi Cornacchia/Pablo Sánchez-Ostiz (Coord.s), Multiculturalismo y Derecho Penal, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012; MONTE, Mário F. **Justiça Penal e comunicação social: conflito e convergência de interesses**, In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

suas instituições de controlo social devem intervir o mínimo possível, consubstanciado na chamada “não-intervenção moderada”.⁵⁰⁷

Uma das questões que o autor coloca é saber se esta mínima intervenção do Estado nos crimes de motivação cultural implica a exclusão do Direito Penal, sabido que o Estado é o único detentor do *ius puniendi* e já agora, no nosso entender tendo em atenção a expressão anteriormente referida que Direito Penal “*è un po' il codice morale di una nazione e vale a caratterizzare la fisionomia spirituale di essa*”, ou seja que significa o Direito Penal é o guardião da identidade cultural de seu povo.

Sobre essa questão esclarece o autor que é claro que não, pois, como se sabe, estão em causa bens jurídicos com dignidade penal e uma renúncia do Direito Penal expressaria a inserção de diversas respostas na categoria jurídico-penal, por questões culturais, o que originaria uma discriminação negativa e desprotegeria os Direitos Fundamentais.

Mesmo admitindo que a lei nem sempre é bem aplicada, vindo a ter em muitos casos um efeito meramente simbólico, ela não pode deixar de existir e de se propor a uma efetiva tutela jurídica desses Direitos Fundamentais. Aliás, se assim fosse estar-se-ia a coartar a própria função do Direito Penal, cuja principal é imprescindível para a proteção de bens jurídicos primordiais. Ora, os bens jurídicos essenciais são quaisquer objetos materiais ou imateriais, que satisfazem as necessidades humanas. Corresponde, portanto, a tudo aquilo que tem importância para o ser humano e que, por via disso, o Direito Penal deve protegê-los. A regra da exclusiva proteção dos bens jurídicos confere ao Direito Penal carácter fragmentário que corresponde ao poder/dever de guardar os bens jurídicos indispensáveis para a harmonia da Sociedade.

Em conformidade com Figueiredo DIAS, é apenas por esta regra que os bens jurídicos se transfiguram em bens jurídicos com dignidade jurídico-penal⁵⁰⁸, mercedores de tutela, que corresponde ao princípio da congruência entre a ordem legal dos bens jurídicos e a ordem axiológica constitucional.⁵⁰⁹ Para melhor compreensão é importante separar esta distinção em dois elementos:

- a) A proteção de bens jurídicos essenciais e;

⁵⁰⁷ DIAS, Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I, questões Fundamentais. A Doutrina do Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 124, *apud* MONTE, Mário. **Multiculturalismo...**, *op cit.*

⁵⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

⁵⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Sobre o Estado Atual da Doutrina do Crime - 1ª parte**: sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 0, dez. 1992, p. 27.

- b) A fundamental proteção, que corresponde a obrigatória sanção penal para o ato que atente contra os bens jurídicos essenciais.

Quanto a isto, há um consenso na doutrina, quando se considera que o papel do Direito Penal é essencialmente a proteção do bem jurídico essencial. É o caso de Costa ANDRADE, por exemplo, quando examina alguns autores da chamada corrente funcionalista racional teleológica, observa que,

O Direito Penal só deve interceder quando for para garantir a proteção dos bens jurídicos fundamentais, imprescindíveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da Sociedade democraticamente organizada. O Direito Penal só está, noutros termos, legitimado a servir valores ou metas imanentes ao sistema social e não fins transcendentais de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica.⁵¹⁰

Deste modo, podemos concluir que, se uma ameaça não visar um bem jurídico essencial, a intervenção penal é desnecessária. Nesta linha de pensamento Polaino NAVARRETE afirma que, “se não existir um bem jurídico que a lei protege, a intervenção do Direito Penal é materialmente injusta e socialmente intolerável.”⁵¹¹

Portanto, fica claro, por outro lado, que essa tarefa de fundamental proteção de bem jurídico essencial fortalece o já enunciado princípio da mínima intervenção do Direito Penal – subsidiariedade e fragmentariedade⁵¹² –, que solicitam a intervenção do Direito Penal somente nos casos necessários, em que outras soluções não foram suficientes e que realmente é insubstituível essa intervenção.

De acordo com Fernando FERNANDES, essa tarefa apresenta-se como justificação autêntica do Estado, e isso traz como resultado que o tipo penal incriminador que não possua um bem jurídico devidamente determinado é inválido por ser materialmente inconstitucional, e a sanção ligada à ofensa do bem jurídico só pode recair quando imprescindível e essencial à proteção dele.⁵¹³

⁵¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. **A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal Como Referências de Uma Doutrina Teleológico-racional do Crime**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 2, fasc. 1, jan./mar. 1992, p. 178.

⁵¹¹ POLAINO, Navarrete Miguel. **El Bien Jurídico en el Derecho Penal**. Sevilha: Public de la Universidad, 1974. *Vd.* Também POLAINO, Navarrete Miguel. **Derecho Penal – Parte General**. Barcelona: Bosch, 1996.

⁵¹² Para mais detalhes sobre os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, *Cf.* SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português**, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal. 3ª Ed, Lisboa: verbo, 2010.

⁵¹³ FERNANDES, Fernando. **O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

Mário MONTE também esclarece que, as soluções penais, que não atendam à realidade a que estão destinadas podem ter efeitos mais prejudiciais que benéficos, isto é, os custos axiológicos podem ser maiores que as vantagens e, nesse caso, a sua aplicação não vale a pena. Acrescenta Mário MONTE que é a este propósito que entra o critério da dignidade penal e da necessidade da pena.⁵¹⁴ Na mesma linha de pensamento Figueiredo DIAS, citado por Mário MONTE, já havia ressaltado que “não é apenas suficiente que uma conduta tenha dignidade penal, se não for essencial a aplicação de uma pena.”⁵¹⁵ Neste diapasão observa Mário MONTE que é aqui que são chamadas as soluções do próprio Direito Penal na resolução dos crimes de motivação cultural.⁵¹⁶

Entretanto, outra questão que se levanta é: ***partindo do princípio de que as condutas devem ser tipificadas sem atender a essas especificidades culturais, permite-se que, fazendo uso das soluções dogmáticas – que próprio o Direito Penal indica –, se resolvam essas situações de molde a não se aplicar cegamente o tipo penal. Que soluções são essas?***

Para Mário MONTE algumas destas situações poderiam considerar-se atípicas por aplicação do conceito de *ação socialmente adequada*, pois, de algum modo, certas regras Costumeiras, de motivação cultural, poderiam explicar e justificar tais condutas – é uma possibilidade que, todavia, enfrenta algumas dificuldades. Outras possibilidades poderiam ser equacionadas, como seria o caso do *estado de necessidade desculpante* –, em que para evitar a marginalização social, a espoliação, os familiares da vítima sentiriam a necessidade de sacrificar a própria vítima. Finalmente, ainda que a conduta tivesse de ser punida, a verdade é que não estaria afastada a hipótese de atenuação especial da pena.

Em primeiro lugar refere o autor que, a constatação de uma relação antitética proporcionada pelo próprio Direito Penal: se por um lado, não deve abster-se de intervir, ao menos no plano normativo, mantendo a tipificação dessas condutas, por outro lado, logo se admitiria um campo vasto, pelo menos de discussão teórica, para acudir as especificidades de tais condutas, levando a que essa intervenção se ficasse em grande medida pelo campo normativo, porque, em concreto e por aplicação de critérios gerais dogmáticos, todas as situações acabariam por serem consideradas adequadas, justificadas, desculpabilizadas, numa palavra, penalmente “compreendidas”.

⁵¹⁴ MONTE, Mário. **Multiculturalismo...**, apud. DIAS, Figueiredo. **Direito...**, p.121.

⁵¹⁵ MONTE, Mário. **Multiculturalismo...**, apud. DIAS, Figueiredo. **Direito...**, p.121.

⁵¹⁶ MONTE, Mário. **Multiculturalismo...**, op cit.

Por outro lado, e com isto chegamos a segunda conclusão, uma tal compreensão das coisas pode não ser a mais indicada. Não que ela não deva ser seguida se em concreto as circunstâncias do caso não impuserem outra solução – aqui como em qualquer outro tipo de comportamentos, a aplicação de causas de exclusão de ilicitude ou de culpa ou ainda de outras figuras que tornem a conduta atípica, justificada ou desculpabilizada torna-se incontornável. Mas porque ela poderá não ser exclusiva e talvez a solução mais adequada.

Ora, em jeito de fecho, importa considerar que a expansão da intervenção penal fragiliza a força preventiva do próprio Direito Penal, uma vez que todos os seus princípios passam a ser considerados obrigatórios em função da sanção penal, o que torna-o irrelevante por querer abraçar tudo.

Acresce-se ainda – seguindo as lições de Germano Marques da SILVA⁵¹⁷, que a própria extensão do Direito Penal contribui para a sua ineficácia, por serem proporcionalmente mais os atos incriminados que ficam impunes, o que contribui também para a mais frequente violação dos comandos penais na expectativa da impunidade, enfraquecendo dessa forma ainda a função preventiva do Direito Penal. Portanto, a incriminação não deve ser inflacionada, mas sim, deve ser reservada para aqueles atos em que seja insuficiente outras formas de resolução.

⁵¹⁷ SILVA, Germano Marques da. **Direito...**, p. 78.

CONCLUSÃO

A Tese que se apresentou com o tema **Política Criminal, Pluralismo e Transplante Jurídico em Moçambique: A Justiça Restaurativa e os Tribunais Comunitários Como Paradigmas Pluralistas Alternativos Face à Realidade Sociocultural e à Crise da Justiça Penal**, partiu da premissa de que a Justiça Penal vigente em Moçambique encontra-se em Crise e que, por isso, requiere uma alternativa, isto é, um novo paradigma.

A Crise da Justiça Penal vigente resulta por um lado da sua ineficácia, detectável pelo: caos nos Tribunais; considerável burocracia e morosidade processual; crescimento exponencial dos pleitos e processos nos Tribunais, isto é, grande volume de ações que são tramitadas e pleiteadas no judiciário que gera acumulação de processos; a subjetividade das decisões judiciais e a falta de meios tecnológicos e informáticos.

Por outro lado, ainda a ineficácia e Crise da Justiça verifica-se pela distância que os Tribunais se encontram em relação à maior parte das Comunidades que se localizam fora das áreas urbanas; a falta de confiança dos cidadãos para com o judiciário, que a desacredita; a distância cultural dos Tribunais Judiciários,

Há ainda a questão das prisões que representam custos elevados ao orçamento geral do Estado, além de não conseguirem desempenhar seu papel de ressocializador e integrador do recluso na Sociedade e muitas vezes serem verdadeiras escolas da criminalidade.

Para suprir esta Crise considerou-se ser preponderante a Justiça Restaurativa, que procura valorizar as Justiças Comunitárias, por meio da aproximação dos sujeitos envolvidos e da Comunidade.

Por conseguinte, o objetivo geral da Tese foi procurar constituir um novo marco de Política Criminal para a valorização e promoção dos valores comunitários e do Pluralismo Jurídico, através da implementação e realização da Justiça Restaurativa como paradigma alternativo ao sistema de Justiça Criminal vigente.

Adotou-se como conceito de Justiça Restaurativa, aquele trazido por Mário MONTE, que considera-a como o modelo que,

pretende (...) sob diversas formas, tratar diferentes questões, entre as quais as de natureza penal, de um modo mais desformalizado que o sistema tradicional, que envolva tanto quanto possível diretamente a vítima e o agente, com vista à obtenção de um acordo, visando a reparação dos danos causados, a restauração dos interesses das vítimas e a reintegração do agente.⁵¹⁸

Entretanto, fora isso, integrou ainda no conceito de Justiça Restaurativa, para a sua institucionalização em Moçambique, as chamadas ações, que devem ser fomentados pelo Estado para a restauração e melhoria do atual sistema de Justiça Penal. Entre esses antídotos propôs-se, para além do Pluralismo Jurídico, isto é da valorização das Justiças Comunitárias, a Política Criminal, as Políticas Públicas de Segurança e o Policiamento Comunitário como uma nova forma de prevenção do crime, a atuação das instituições de administração da Justiça, a adequação do CP com o CPP, as penas e medidas alternativas à prisão e a Política Prisional e ressocialização do recluso como asserções para a institucionalização da Justiça Restaurativa em Moçambique.

No que à valorização da Justiça Comunitárias diz respeito, referiu-se que, essas formas alternativas/comunitárias são plausíveis nos casos de pequena e média gravidade conforme os limites estabelecidos nos art's. 85º, 87º, 88º, 89º e 102º do CP, assim como o disposto no n.º 1 do art. 3º da Lei n.º 4/92 de 6 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários. Na verdade, esses casos de média e pequena gravidade são os que engrossam o número de processo nos Tribunais, gerando Crise no sistema penal e tornando insustentável e caótico todo o Sistema de Administração de Justiça.

Como primeira questão, a Tese procurou saber como eram os hábitos e Costumes de resolução de conflitos em Moçambique, antes da herança do Sistema Jurídico de Portugal e quais eram as suas vantagens e desvantagens. Sobre esta questão, concluiu-se que, por se tratar de um país multiétnico onde coabitam diferentes etnias e culturas, com grande diversidade linguística e com natureza muito fragmentada da população, antes da administração portuguesa, nas Comunidades moçambicanas, os povos seguiam e continuam a seguir os Costumes adotados pelas tribos ou etnias da qual fazem parte. Portanto, as formas de relação, organização social e resolução de conflitos estão de acordo com as práticas e tradições locais que são reguladas por normas que se mantêm pelo Costume e pela tradição oral. Regra geral, as Comunidades socorrem-se dos mecanismos tradicionais, que vão desde Autoridades Tradicionais, régulos, líderes comunitários e religiosos e só mais tarde também aos chamados Tribunais Comunitários, introduzidos pela Lei n.º 4/92, de 06 de maio, como

⁵¹⁸ MONTE, Mário Ferreira. **Multiculturalismo e tutela penal...**, pp. 97-113.

parte de instâncias locais de resolução de conflitos mas fora do Sistema Judicial, implementado no processo da reforma do Sistema Judicial, com a aprovação da nova Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, a Lei n.º 10/92, de 6 de maio.

Conclui-se também que antes do chamado “Novo Estado”, no período de administração colonial, havia uma dualidade de jurisdição, porque, Portugal introduziu o sistema do indigenato, que consistiu na separação de classes entre cidadãos e indígenas, tendo os cidadãos seus Direitos e deveres estabelecidos pela legislação portuguesa e indígenas governados pelo Direito local e pelas autoridades subordinadas ao Estado colonial. Foi este processo que reforçou a implementação do Direito tradicional/local pela administração portuguesa, tendo paralelamente propiciado o surgimento e manutenção do sistema jurídico colonial.

O regime do indigenato introduzido constituiu um dos elementos estruturantes da Sociedade moçambicana anterior à independência. A Lei do Indigenato aprovada pelo Decreto-lei n.º 39.666, de 20 de maio de 1954, em vigor nas colónias portuguesas, especificamente nas províncias ultramarinas de Angola, Moçambique e Guiné-Bissau, instituía uma separação entre os chamados cidadãos/assimilados e o povo indígena. Um facto que vale salientar é que apesar das diferenças entres os grupos, todos os cidadãos eram tidos como portugueses, muito embora, não pudessem gozar dos Direitos civis e políticos na colónia. Nos termos da referida lei, os povos indígenas não se afastaram dos seus hábitos e Costumes, sendo que, entretanto, esses hábitos e Costumes não poderiam se sobrepor aos interesses máximos da coroa portuguesa. Dessa forma, os indígenas estiveram submetidos à jurisdição de Tribunais privativos, estando o acesso aos Tribunais Judiciais reservado aos não indígenas (brancos, mistos, indianos e assimilados). Nos termos do Diploma Legislativo n.º 337, de 12 de novembro, que aprovava o Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas, os Tribunais privativos dos indígenas eram constituídos pelas autoridades administrativas da sede da circunscrição, concelho, fiscalização dos prazos ou intendências, que presidiam, assistido de dois assessores indígenas de maior graduação e autoridade da respectiva circunscrição, sendo um nomeado pelo governador do distrito e outro escolhido pela Comissão de Defesa dos Indígenas.

Desde logo que Moçambique passou a ser província ultramarina de Portugal introduziu-se, através do *Transplante Jurídico* –, que consiste inserção de um sistema normativo de um país para outro –, o Sistema Jurídico de Portugal, o Romano-germânico também conhecido por *Civil Law*, que tem como principais características o primado da lei e a tendência à codificação, à generalidade das normas jurídicas, que são aplicadas pelos juizes aos casos concretos, à divisão sistemática entre

Direito Público e Direito privado, o carácter secundário da jurisprudência como fonte do Direito e a relevância da doutrina como fonte de Direito – sistema até hoje vigente.

Contudo, o processo de Transplante Jurídico nunca foi total, devido ao profundo nexos existente entre Direito e cultura. Ainda que a colonização tendesse a solidificar um Direito Costumeyro e impusesse uma forma de atuação às Autoridades Tradicionais, nunca conseguiu dominar todos os espaços. De igual forma, sabiamente, as Autoridades Tradicionais, aliadas ao poder colonial, não impuseram cegamente um Direito.

Mas em consequência, o “Novo Estado”, por considerar que a Autoridade Tradicional esteve ao serviço do anterior regime, tentou extingui-la, mas, igualmente, não conseguiu. Estas autoridades conseguiram sobreviver devido a forte legitimidade de que gozam no seio da Comunidade.

A partir do momento em que começou a vigorar o “Novo Estado” – desde junho de 1975 –, de orientação socialista, previu-se a construção de uma Sociedade “completamente nova”. Este período caracterizou-se por uma radicalização do discurso e da ação política contra as estruturas herdadas do período colonial. Foram usadas expressões como *“escangalhamento da Administração Pública”* e *“Revolução do aparelho do Estado”* que transmitiam essa determinação de se desfazer das marcas coloniais. Ora, mesmo com essas transformações, verifica-se hoje um caos e decadência da Justiça.

Em relação à Crise da Justiça Penal vigente em Moçambique, para além de ser morosa como já se concluiu, muitas vezes, há garantias constitucionais que não se cumprem, sendo exemplo disso, só para citar, entre outros, os prazos de prisão preventiva e as condições desumanas nos estabelecimentos prisionais.

Uma objeção, na qual se vêm comungar magistrados, advogados e funcionários, é a de que os quadros não acompanharam o ritmo de crescimento dos pleitos, pelo que a Justiça teve de se fazer apressada sem conseguir com isso deixar de ser vagarosa, e a qualidade das decisões veio a ter de ser sacrificada à quantidade.

Aos funcionários das secretarias exige-se muitas vezes que sacrifiquem os seus domingos ou que permaneçam nos cartórios muito para além das horas que a lei marca para a duração do serviço, e com esse esforço, que na verdade é grande e merece agradecimento, os processos lá vão andando. Outrossim, é que, diariamente várias novas demandas judiciais são propostas perante os

diversos Tribunais moçambicanos, aumentando ainda mais o já pesado fluxo de processos no Judiciário. Não obstante o enorme volume de ações em trâmite e a alimentação diária dessa colossal montanha processual perante o Poder Judiciário, a peculiar litigiosidade do cidadão enseja a existência de um verdadeiro exército de funcionários e magistrados para fazerem face as demandas dos cidadãos.

Por outro lado, a manutenção do magistrado por largos anos nas mesmas funções – conforme vem acontecendo quer por opção ou por situação - convida a rotina burocratizante e constitui empecilho ao espírito de iniciativa, criatividade e inovação necessárias à sua permanente atenção sobre a evolução dos fenómenos sociais envolventes com repercussão na Administração da Justiça.

Acrescente-se que os interesses da Justiça reclamam que o magistrado esteja onde as necessidades o exigem. Isto é, os interesses públicos devem prevalecer sobre as conveniências do magistrado. Uma outra crítica, igualmente generalizada, que se referiu é a da incerteza e da subjetividade das decisões, bem como a questão do princípio da razoabilidade. O princípio universal de que as mesmas causas, nas mesmas circunstâncias, produzem os mesmos efeitos, só é verdadeiro se o efeito considerado não for uma decisão judicial.

Como consequência, há casos de Justiça pelas próprias mãos, que por vezes e ainda de forma esporádica se verificam. Também se refere que há ausência de um Código de Execução de Penas e Medidas Privativas e não Privativas de Liberdade, não obstante de já estarem previstas no novo CP, conforme art. 85º e ss do CP, o que torna imaterializável essa pretensão. Há ainda a questão do desajustamento entre o CP vigente aprovado pela Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro e o CPP, datado de 1929, publicado pelo Decreto n.º 316.489, de 15 de fevereiro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 35.007 e, entre outras, as constantes do Decreto-Lei n.º 184/72, de 31 de maio.

No tocante ao Sistema Prisional, para além do que já foi aludido, a superlotação e o caos no sistema penitenciário e os custos de reclusão que são elevados, constatou-se que nos 81 estabelecimentos prisionais há um total aproximado de 18 mil reclusos, encarcerados, cada um deles com um custo médio diário acima de 674,10 MT (cerca de 20 Euros) e em conjunto representam 491.661.720 MT (cerca de 14 milhões de Euros), por ano. Só as prisões preventivas consomem mais de 90% do orçamento geral das cadeias, o que é extremamente caro para Moçambique, principalmente por ser um país que depende em mais de 50% do Orçamento do Estado.

Foi necessário trazer para a Tese a fundamentação teórica, filosófica e epistemológica e as contribuições do Direito Penal Setecentista e de Christian THOMASIIUS. Por um lado, o Direito Penal Setecentista ilustrou a chamada “era da sobriedade punitiva”, por tratar-se do período que se identifica com o nascimento da própria Ciência Penal. Uma época de grandes vantagens, de reorganização na Europa e nos Estados Unidos da economia do castigo, caracterizado pelo desaparecimento dos suplícios e da supressão do espetáculo punitivo, bem como de inúmeros projetos de reforma, nova teoria da lei e do crime e redação de códigos modernos, em que o sofrimento físico e a dor do próprio corpo já não são elementos constitutivos da pena e o castigo deixa de ser uma arte das sensações insuportáveis e torna-se uma economia de Direitos suspensos.

Observa-se que o Direito setecentista opera uma viragem no que toca à teorização sobre os fins das penas rumo à prevenção, o modelo mais típico da doutrina relativa e utilitarista. Em rigor, quanto a nós, essa mutação processa-se da prevalência da repressão à prevalência da prevenção e apresenta-se mais como uma hábil manobra do que como uma ruptura de inspiração humanitária. Antes da influência humanitarista, a ideia de repressão impõe-se de facto como fim prevalecente das penas, aproximando-se à nossa proposta de Justiça Restaurativa.

Por outro lado, Christian THOMASIIUS, trouxe importantes contribuições para a humanização do Direito Penal e Processual, bem como para a supressão da tortura no procedimento legal, que constituiu uma das bases fundamentais para o reconhecimento da dignidade humana e dos Direitos fundamentais no Processo Penal, que também fundamenta a proposta da Tese. Seus trabalhos contribuíram para fortalecer o pensamento de outros pensadores do iluminismo, tais como, Cesare BECCARIA, VOLTAIRE e MONTESQUIEU.

Em relação à corrente do abolicionismo penal, trouxemo-la porque trata-se de uma perspectiva que nos oferece elementos para repensar o modelo de Justiça Penal vigente e abrir espaços para outras possibilidades de punição e de resolução de conflitos para além da perspectiva formal estatal. Esta teoria leva em consideração a ilegitimidade do Direito Penal por considerar profícua a eliminação da punição de forma como vem sendo feita e por considerar oportuno abrir espaço para outros espaços, diga-se informais de resolução de conflitos de natureza penal. O pressuposto desta corrente é que o Estado não consegue fazer face à sua tarefa de controlar e reagir contra a criminalidade, sendo a saída não apenas a humanização das cadeias mas também a remodelação de todo o sistema penal, porque este gasta avultados valores em dinheiro com os juizes, procuradores,

agentes penitenciários, sem falar dos custos da própria reclusão sem no entanto alcançar os objectivos de ressocialização.

Outra questão que se colocou na Tese foi saber *se é possível implementar outra forma de Justiça (a restaurativa) como paradigma alternativo à Justiça Criminal vigente que se encontra em constante decadência*. Sobre ela concluiu-se que, tendo em vista as incongruências do sistema penal vigente em Moçambique e as vantagens das Justiças Comunitárias em razão da sua legitimidade levamos a concluir que elas (Justiças Comunitárias) devem ser compatibilizadas com a Justiça Penal estatal/formal. Contudo, não se trata de substituir a Justiça estatal, mas sim, de compatibilizá-la e refletir sobre a construção de práticas de censura que fundamentam na alteridade, ou seja, na participação ativa dos envolvidos e não na afluência e intencional de sofrimento por meio da privação de liberdade.

Apesar disso, verificamos que a Justiça Restaurativa não é de todo um “mar de rosas” Contudo”, isto é, um paradigma de todo imaculado, pois enfrenta várias críticas, sobretudo, dos penalistas chamados de “conservadores”, que vêm nesta proposta uma ambiguidade da sua formulação, pluralidade de discursos e dificuldades de definição. Entre várias críticas consta aquela de que a mediação e, em geral, os mecanismos de resolução alternativa de litígios, vivem num aparente paradoxo: por um lado querem fazer parte do sistema judicial dito “clássico”, por forma a beneficiarem do seu apuro técnico, fruto de séculos de evolução, bem como das adequadas proteções aos Direitos Fundamentais do arguido e do ofendido, e, por outro lado, revelam-se muito diferentes e até, por vezes, quase sobranceiros face à “antiga” maneira de administrar a Justiça, assim evitando as dificuldades que os sistemas enfrentam. Mas as críticas mais relevantes estão na questão da conformidade ou não da Justiça Restaurativa com os Princípios Estruturais do Direito Penal, principalmente, os princípios da legalidade e da culpa. Em relação ao primeiro, trata-se de críticas improcedentes ou superáveis porque o princípio da legalidade tem sido alterado na sua forma primária. Já quanto ao segundo, este sim, é um elemento central na distinção entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal. O princípio da culpa implica necessariamente que a resposta criminal se faz acompanhar sempre por um juízo de censura ao agente e que somente o Tribunal é a única instância formal e material para concretizar essa censura. Portanto, este princípio não aceita informalidade.

Por outro lado, questionou-se *como harmonizar a aceitabilidade do Direito informal e comunitário, primogénito com o Direito formal, sistematizado*. Sobre esta questão concluiu-se que deve haver um diálogo e “pontes de conversa” entre os dois sistemas e que o Direito estatal valorize cada

vez mais as formas tradicionais de resolução de conflitos, sendo exemplo a própria Lei n.º 4/92, de 06 de maio e neste caso. Também, o princípio da subsidiariedade é importante para superar qualquer conflito entre ambas as formas de Justiça e para a complementaridade e articulação que se propõe entre a Justiça Restaurativa/Tribunais Comunitários e demais Tribunais Judiciais, conforme previsto no n.º 3 do art. 121º da CRM.

Outra questão que se colocou foi a de que *se a Justiça Restaurativa é capaz de oferecer controlo sobre as condutas desviantes e ao mesmo tempo diminuir significativamente os índices elevados de reclusão em Moçambique*. A resposta a esta questão é sim, pois, para além de outras soluções que esta engloba, no âmbito da Política Criminal, da segurança pública através do policiamento comunitário, da penas e medidas alternativas à prisão, trata-se de uma forma que valoriza os princípios das Comunidades e tem inúmeras vantagens desde a proximidade cultural e linguística, a sua legitimidade e o seu papel.

A última questão procurou saber *se para além da proposta da Justiça Restaurativa stricto sensu, quais outras medidas devem ser levadas a cabo no sistema de Justiça Penal vigente em Moçambique, com vista à sua melhoria, tendo em vista que a proposta não é substituí-lo, mas sim compatibilizá-lo com a Justiça Restaurativa e as formas comunitárias de resolução de conflitos*. Concluiu-se que é preciso compatibilizar a Justiça Restaurativa com a Justiça vigente, incluindo outras medidas para além da valorização das formas comunitárias de resolução de conflitos que poderão restaurar a Justiça Penal vigente. Entre essas medidas ou ações, por visarem justamente mitigar as Crises do sistema penal vigente encontram-se a Política Criminal, a atuação das instituições de Administração da Justiça (sobretudo, a Polícia, o MP e os Tribunais), a Segurança Pública e a prevenção da criminalidade no geral, através do Policiamento Comunitário, a adequação do CP com o CPP, as penas e medidas alternativas à prisão e a Política Prisional e ressocialização do recluso.

Ora, no caso da Segurança Pública no seu todo, tem um grande papel na promoção da Justiça Restaurativa, uma vez que dela “depende o aumento ou diminuição” dos casos criminais e da reincidência. Portanto, faz-se necessária uma nova abordagem, sendo o Policiamento Comunitário um novo paradigma de prevenção e controlo da criminalidade e um dos grandes desafios das reformas policiais em Moçambique que é a de tornar a atividade de prevenção mais próxima dos cidadãos e da Comunidade, satisfazendo suas reais necessidades. Na mesma esteira da Justiça Restaurativa, exige-se do trabalho policial moderno um envolvimento com a Comunidade.

Outro aspeto a considerar para o alcance da Justiça Restaurativa é o melhoramento do Sistema Prisional bem como estratégias para a sua implementação, incluindo a observância estrita de alguns princípios, para a ressocialização de reclusos. Quanto à organização, este deve seguir duas vertentes fundamentais

A Tese também conclui que nem sempre a prevenção dos delitos através do exemplo implica o aumento da violência. Embora de forma empírica, as leis não são totalmente alheias à necessidade de calcular a medida certa de brandura e de horror que o castigo deve encerrar.

O movimento da descriminalização de determinadas condutas, até agora tipificadas como ilícitos criminais, tem feito carreira em alguns sistemas a nível do mundo com o objetivo de limpar os Tribunais criminais de muitas bagatelas sem importância que justifiquem a tramitação e formalismo de um processo-crime. Por força da evolução dos usos e Costume sociais, variadas condutas e comportamentos perderam censurabilidade ou passaram a ser vistas com complacência deixando de serem qualificadas como crimes ou decaindo na tipologia da mera contraordenação.

Entendemos que este seria um caminho a ser adotado por nós. De entre os caminhos que se apontam para o aceleração da Justiça, podemos citar a descriminalização de condutas de menor censurabilidade social, transferindo o sancionatório da área penal para o confronto cível ou no nosso entender para os Tribunais Comunitários, a incrementação dos Tribunais arbitrais, dotando-os de uma arquitetura mais operacional e menos dispendiosa, a simplificação processual, tanto no foro penal como no civil e administrativo, adoção de tecnologias simplificadoras. Se este caminho não é decisivo quanto ao desanuviamento do volume processual que imunda muitos Tribunais e juízos, com certeza que concorre para a atenuação do seu montante.

Sabe-se que o emperramento atual de muitos Tribunais se deve à enorme quantidade de pequenos delitos, sem gravidade de maior, de censura social esbatida e injustificada intervenção do aparelho judicial em vigor, que poderiam ser solucionados por mera intervenção das autoridades locais com menores custos para o erário público e sem perda da eficácia preventiva geral das sanções respetivas. Portanto, a Justiça Restaurativa é uma teoria e prática ainda em construção. Como um paradigma novo, é ainda algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento ainda emergente.

A Justiça formal é muita lenta, tecnicista e excessivamente formal e afastada da realidade do cidadão de baixa renda, já que envolve processos burocráticos e onerosos. Os Tribunais Judiciais ainda que sejam locais já instituídos pelo Estado e que não deixam de ser conhecidos pelos cidadãos, são de difícil acesso e tornam-se cada vez mais inviáveis para controlar e reprimir os conflitos e a criminalidade, sendo que, por consequência, favorecem a emergência de outras formas alternativas que conseguem com maior eficácia, rapidez, vantagem e confiança suprir as preocupações dos cidadãos e das Comunidades. Portanto, o surgimento dessa prática alternativa e sua promoção que propomos na presente Tese deve-se à ineficácia do sistema penal vigente.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia:** o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal:** Justiça terapêutica, instantânea e restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- AGRA, Cândido da. **“A Epistême das Ciências Criminais – exercício empírico-teórico”**, estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias I, Coimbra: Coimbra editora, 2009, pp. 547-548.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado.** 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- ALVES, Sílvia. **Punir e Humanizar:** o Direito Penal Setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Manual de Introdução ao Direito.** Vol. I, Coimbra: Almedina, 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal Como Referências de Uma Doutrina Teleológico-racional do Crime.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 2, fasc. 1, jan./mar. 1992, pp. 173-205.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Lei-quadro da Política Criminal.** *In:* RLJ, n°. 3938.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ANDRE, Bento Zalazar. **Receção no Sul de Angola (Direito Consuetudinário) do Direito português das sucessões.** Disponível em <http://www.Direito.unisinos.br/sandra/arquivos/Direitos-africanos.ppt>. Acessado em 10 de Julho de 2017.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos.** Rio de Janeiro: Revan, 2008.

- ANTÓNIO, Francisco de Sousa. Cultura e Direito. *In: Direito da Lusofonia – Cultura, Direitos Humanos e Globalização*. Braga: Universidade de Minho, 2016, pp. 55-70.
- ARAÚJO, Sara. **Acesso à Justiça e Pluralismo Jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». *Mundos Sociais e Saberes Práticos*. Universidade de Coimbra, 2008.
- ARAÚJO, Sara. **Acesso à Justiça e Pluralismo Jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». VI Congresso Português de Sociologia. Universidade Nova de Lisboa, Série 62, jun./2008.
- ARAÚJO, Sara. **O Estado Moçambicano e as Justiças Comunitárias**: Uma história dinâmica de imposições e respostas locais diferenciadas. *In: Conflicto Social y Sistemas Jurídicos Consuetudinarios Africanos: la redefinición constante de la tradición*. 7.º Congresso Ibérico de Estudos Africanos. Lisboa, 2010.
- ARAÚJO, Sara; JOSÉ, André Cristiano. **Pluralismo Jurídico, Legitimidade e Acesso à Justiça**. Instâncias comunitárias de resolução de conflitos no Bairro de Inhagoia “B” — Maputo”, Oficina do CES, 284, Coimbra, 2007.
- ARCHIBUGI, Daniele e HELD, David. (Orgs.). **Cosmopolitan Democracy: an agenda for a new world order**. Cambridge: Polity Press, 1995.
- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1997.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo. Ícone Editora, 2007.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Martins Fontes. São Paulo, 2000. Título original: *La Politique*.
- ARISTÓTELES. **Categorias**. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. Título original: *Katêgoriai*.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova, 1984.

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Maria da Gama Kury. 3ª. Ed. Brasília: Editora UnB, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978.
- ASCENSÃO, Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral, uma perspectiva luso-brasileira. 11.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Laemmert & C. – Editores proprietários: Rio de Janeiro, 1892.
- BARROS, Daniela Madruga Rego. **Pluralismo Jurídico uma Questão de Fato ou de Direito?** Revista da Esmape, Recife, v. 9, n. 1, jul./dez. 2004, pp. 185-222
- BARROS, Eduardo Vasconcelos. **Mediação Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos**. Disponível em <http://www.arcos.org.br/art.s/mediacao-como-forma-alternativa-de-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em 16.03.2016
- BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento**: Uma Análise Internacional Comparativa. Tradução de René Alexandre Belmonte. 2ª. Ed. 1. Reimpr. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª Ed. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Ridendo Castigat Mores, 1764.
- BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito Penal I**. Lisboa: AAFDL, 1985.
- BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito Penal**. 1º Vol., 2ª Ed., rev. e at., Lisboa: AAFDL, 1984.
- BELOFF, Mary (dir.). **Estudios sobre la edad penal de menores de dieciséis años inimputables**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013.
- BELOFF, Mary. **La justicia especializada para menores infractores**. En: *Niños víctimas. Revista de derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires: LexisNexis. pp. 1032/1038, 2008.

- BELOFF, Mary. **La reclusión de niños y adolescentes en situación de la niñez y adolescencia en Argentina.** En: Tercer Foro de la salud y la cuestión social. Situación de la niñez y de la adolescencia en Argentina. Buenos Aires: Fundación FEMEBA, 2009, pp. 75-91.
- BELOFF, Mary. **Los adolescentes y el derecho penal: una relación conflictiva.** En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal.* Buenos Aires: Lexis Nexis. ISBN 978-987-592-222-8 (a partir de 2008 ISSN 1851-0353). 2007, pp. 275-278.
- BELOFF, Mary. **Los adolescentes y el Sistema Penal.** In: *Revista Mexicana de Justicia* Número 13 ISSN 0136-3878. 2006, pp. 105-140.
- BENNET, T.W. «**The constitutional base of traditional rulers in South Africa**», in: d'Engelbronner-Kolff *et. alii.* (eds.), *Traditional Authority and Democracy in Southern Africa*, Windhoek: New Namibia Books, 1998, pp.14-30.
- BENTHAM, Jeremy. **Theoria das Penas Legaes** – Tomo II. Lisboa, 1822.
- BLOCH, Ernest. **Christian Thomasio. Un Intelectual Alemán Sin Miseria.** In: *Derecho Natural y Dignidad Humana.* Tradução espanhola de Felipe González Vicent. Aguilar, Madrid, 1980.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: ícone, 2006.
- BONDARUK, Roberson Luiz. **A prevenção do Crime Através do Desenho Urbano.** Curitiba: Do Autor, 2007.
- BORDONI, Carlo. Crise do Estado. In: BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de Crise.** Tradução de Renato Aguiar, Lisboa: Relógio D'Água, 2016.
- BRAGA, Anthony A. **Problem-Oriented Policing and Crime Prevention.** Monsey, NY: Criminal Justice Press, 2002.
- BRODEUR, Jean-Paul. **Como Reconhecer Um Bom Policiamento.** São Paulo: EDUSP, 2002.
- BRONZE, Fernando José. **A Comparação de Ordens Jurídicas Integradas em Sistemas Econômicos Diferentes.** *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a. 2, n. 2, jul. 1976, pp. 363-400.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCHILI, Beatriz da Consolação. **O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Faculdade de Direito – Universidade do Rio Grande do Sul, 2006.
- CAETANO, Marcello. **História do Direito Português Séc. XII-XVI**: Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no séc. XVI. Lisboa: Editora Verbo, 2000.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4.^a Ed., Lisboa: Almedina, 1963.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol I e II, 7^a e 10^a Ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.
- CANALMOZ. Disponível em http://macua.blogs.com/moambique_para_todos/2017/02/editorial-o-princ%C3%ADpio-da-razoabilidade.htm. Acesso em 22.02.2017.
- CAÑIZARES, Felipe de Solá. **Iniciación al Derecho Comparado**. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- CANNAT, Pierre. **La Réforme Pénitentiaire**. Paris, 1949.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francisco. **Metodologia do Direito**. Tradução para o Português de Luís Da Câmara Pinto Coelho. Lisboa: oficinas de S. José, 1940.
- CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito**. Parte geral. Questões fundamentais – I porto: publicações da Universidade Católica, 2003.

- CARVALHO, José Eduardo. **Metodologia do Trabalho Científico**. “Saber-fazer” da investigação para dissertações e teses. 2ª Ed. Lisboa: Editora Escolar, 2009.
- CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- CATTANEO, Mario A. **Delitto e Pena nel Pensiero di Christiano Thomasius**. Milano: Giuffrè, 1976.
- CHALMERS, Alan F. **O que é Ciência Afinal?** Trad. de Raul Fiker. 1ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- COISSORÓ, Narana. **A Abolição do Indigenato e Suas Repercussões na Evolução Social dos Africanos Portugueses**. Separata da Revista Estudos Políticos e Sociais, IV. (3), Lisboa, 1966.
- COMISSÃO DOS ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS, DIREITOS HUMANOS E DE LEGALIDADE (1ª Comissão), AR. www.gov.co.mz/ar.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Ed. rev. e actual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal** - Volume I. Editora Almedina: Coimbra, 2001 e 2015.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I**. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1971.
- CORREIA, Eduardo. **Processo Criminal**. Lições Copiografadas. Coimbra: Mário da S. Sousa, 1956.
- COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- COSTA, Sylvia Chaves Lima. **O Multiculturalismo e o Direito Penal**: um estudo à luz da cultural offense e da cultural defense. TerCi, v. 0 2, n.º 02, jul./dez, Rio de Janeiro, 2013, pp. 174-187.
- COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o Direito, as instituições da Grécia e da Roma. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São

Paulo: Editora das Américas (EDAMERIS), 1961. Título original: *Lá Cité Antique – Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce et de Rome*.

CRAWFORD, Adam. ***Crime Prevention and Community Safety***. New York: Oxford University Press, 1998.

CRAWFORD, Adam. ***The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships***. New York: Oxford University Press, 2004.

CUAHELA, Ambrósio. **Autoridade Tradicional**: Coleção Autoridade Tradicional em Moçambique. Brochura 1, Ministério da Administração Estatal, Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, Maputo 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 3ª Ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Jus Podivm 2015.

CUSSON, Maurice. **Criminologia**: só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade. Tradução de Josefina Castro. 2ª Ed. Casa das Letras, Alfragide, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2ª. Ed. Lisboa: Meridiano, 1972.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**: Direito comparado. 2ª Ed. Lisboa: Meridiano. 1978.

DEKESEREDY, Walter S. **Contemporary Critical Criminology**. Londres e Nova York: Routledge, 2011.

DELGADO, Richard. **Goodbay to Hammurabi**: analyzing the Atavistic Appeal of Restorative Justice. Stanford Law Review, vol. 52, 4, 2000.

- DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Trad. De Denise Radanovic Vieira. Barueri – SP: Manole, 2004.
- DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Pedro Miguel. A Justiça Restaurativa Como Instrumento de Garantia da Dignidade Humana. *In: Dialogos em Torno da Justica Restaurativa*. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos. Direitos Humanos – Centro de Investigação interdisciplinar (DH - CII). Universidade do Minho, 2018, pp. 53-62.
- DESCARTES, René. Discurso do Método. *In: Os Pensadores*. v. 15. São Paulo: Victor Civita, 1973.
- DIAS, Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I, questões Fundamentais. A Doutrina do Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. o homem delinquente e a Sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra editora, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Processo Penal Português: problemas e prospetivas”. *In: Que Futuro para o Direito do Processo Penal*. Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasão dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. A “Ciência conjunta do Direito Penal”. *In: Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **A Perspectiva Interacionista na Teoria do Comportamento Delinquente**. *In: Separata do n.º especial do BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1981.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português**: as consequências jurídicas do crime. Lisboa, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte geral – Tomo I, 2ª Ed. Coimbra editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I, questões Fundamentais. A Doutrina do Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal I**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. (Coleção Clássicos Jurídicos). Reimpressão da 1ª Ed., de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. Editora: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Direito Penal do Bem Jurídico como Princípio Jurídico-constitucional – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações**. XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua necessidade e de algumas orientações. /n: CORREIA, Eduardo; ANDRADE, Manuel da Costa, *et alli* (Org.). **Para uma Nova Justiça Penal**. Coimbra: Almedina, 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Sobre o Estado Atual da Doutrina do Crime - 1ª parte**: sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito. /n: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 0, dez. 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. o homem delinquente e a Sociedade criminógena. 1ª Ed. (3ª reimpressão). Lisboa: Coimbra Editora, 2011.
- ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas**. 19ª Ed. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Lisboa: Editorial Presença, 2015.
- EMPEY, Lamar T. **American Delinquency. Its Meaning and Construction**. Homewood: The Dorsey Press, 1978.

- ERIK, Jayme. **Sociedade Multicultural e Novos Desenvolvimentos no Direito Internacional Privado**. Cadernos de pós-graduação da UFRGS, Porto Alegre vol. I, 2003.
- FALK, Sally Moore. **Law And Social Change: the semi-autonomous social field as appropriat subject of study**. *Law ande society Review*, n 7, 1973.
- FASSÒ, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho: la Edad Moderna**. Tomo II. Traduç. Madrid: Pirámide, 1966.
- FERNANDES, Fernando. **O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias: La ley Del mas débil**. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999.
- FERRATER, Maria José. Pluralismo. *In: Dicionário de Filosofia*. Barcelona: Alianza, 1982.
- FERREIRA, José Manuel Carvalho *et alli*. **Sociologia**. Lisboa: Mc Grawhill, 1995.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Direito Penal**. Lisboa: AAFDL, 1972-73.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal – Parte Geral I – a lei penal e a teoria do crime no CP de 1982 – II Penas e medidas de segurança**. Coimbra: Almedina, 2010.
- FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime; prefácio de Beza dos SANTOS; tradução de Paolo Capitano**. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Tradução do italiano Luiz de Lemos d`Oliveira. Campinas: Russel editores, 2003.
- FILANGIERI, Gaetano. **Oeuvres de G. Filangieri** – Tomo II, Livro III. Paris, 1840.
- FILOCRE, D'Aquino. **Classificações de Políticas de Segurança Pública**. *In: Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 3, Edição 5, ago/set, 2009, pp. 146-158.

FOUCAULT, Michel. Sobre a Justiça Popular. *In: Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da prisão. Lisboa: Edições 70, 2013, [1975].

GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Humanos**. *In: Novos Estudos Jurídicos* - v. 10 - n. 2 - jul/dez. 2005, pp. 417- 450

GIAMBERTINO, André. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOLDSTEIN, Herman. **Problem Oriented Policing**. New York, EUA: Copyright, 1990.

GOMES, Conceição; FUMO, Joaquim; MBILANA, Guilherme; SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Tribunais Comunitários. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (org.). Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. Vol II, Porto: Afrontamento, 2003, pp.189-340.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **CP Português**. Na doutrina e na jurisprudência. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1994.

GONZÁLEZ, Antonio Blanco. **El Iluminismo: Thomasio, Montesquieu**. *In: Filosofía del Derecho: Las concepciones jurídicas através de la historia*. 2ª Ed. Madrid: UNED, 1999.

GRANJO, Paulo. **Julgamentos de Feitçaria, Hegemonias Locais e Relativismos**. Buala, 2011.
In: <http://www.buala.org/pt/a-ler/julgamentos-de-feitçaria-hegemonias-locais-e-relativismos>.

GROTIUS, Hugo. **Le Droit de La Guerre et de La Paix**. Prolegómenos, VI. Paris, 1999.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Volume I. tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. Título original: *De Jure Belli ac Pacis*.

GUAIPA, Aurélio. **Administración de Justicia y Administración Judicial**. *In: Revista de Derecho Procesal*, n.º IV, 1968, pp. 11-60.

GUEDES, Armando Marques. **Ciência Política** - Teoria Geral do Estado. Lisboa, ed. da AAFDL, 1982.

- GUNDERSEN, Aase. **Popular Justice in Mozambique: between state law and folk law.** Social and Legal Studies, Jun. /1992.
- GUTTERIDGE, H. C. **El Derecho Comparado: introducción al método en la investigación y en el estudio del derecho.** Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e procedimental da Constituição. Tradução do alemão de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional.** Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa.** Lisboa: Edições 70, 2012.
- HAMELA, Ebenezário. **Os Custos das Cadeias para a Sociedade:** Que contribuição ao desenvolvimento de Moçambique? Maputo: Centro de Análises de Políticas – Universidade Eduardo Mondlane, 2011.
- HARVEY, David. **A Companion to Marx's Capital.** London: Verso, 2010.
- HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia.** 2ª Ed, Lda. Portugal: Ed. Publicações Europa-América, 1998.
- HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento.** Tradução de António Correia. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1980.
- HINZ, M. O. «Introduction», in: Hinz, M. O. (eds.), **The Shade of New Leaves. Governance in Traditional Authority.** A Southern Africa Perspective, Berlin: Lit Verlag, 2006, pp. 1-45.
- HIPÓLITO, Marcello Martinez; TASCA, Jorge Eduardo. **Superando o Mito do Espantalho:** uma polícia orientada para a resolução dos problemas de segurança pública. Florianópolis: Insular, 2012.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Segunda Parte. Capítulo XXVIII (Das Punições e das recompensas). S/I, 2012.

- HUGHES, Gordon. ***The Politics of Crime and Community***. New York: Palgrave Macmillan, 2007.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- IHERING, Rudolf V. ***El fin en el derecho***. Buenos Aires, 1978.
- IMMINK, P.W.A. ***La liberté et la Peine***. Pays-Bas: Assen, 1953.
- INGUANE, Paulo. **A Autoridade Tradicional e a Resolução dos Conflitos Comunitários**. Maputo, 2016.
- JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. *In*: SLAKON, C. R. de Vitto e PINTO, R. Gomes (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2005, pp. 163-188.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. ***Derecho Penal del Enemigo***. Primera edición, Espanha: Thomson Civitas, 2003.
- JAYME, Erik. **Visões para Uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS, Porto Alegre, v. 1, 2003, pp. 115-131.
- JERÓNIMO, Patrícia. **Interculturalidade e Pluralismo Jurídico: A emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos direitos fundamentais**. I Colóquio sobre Interconstitucionalidade. Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Universidade do Minho, 2004.
- JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. ***Tratado de Derecho Penal – Parte geral***. Tradução da 5ª Ed., alemã de Miguel Olmedo Cardente. Granada: Comares Editorial, 2002.
- JOSÉ, André Cristiano. **Autoridades Ardilosas e Democracia em Moçambique**. O Cabo dos Trabalhos. Revista electrónica dos Programas de Mestrado e Doutoramento do CES/FEUC/FLUC, n.º 1, 2005.
- JUSTO, António dos Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. De Edson Bini. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. 1 Ed. São Paulo, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. Coimbra: A. Amado, 1984.
- KÓHLER, Michaél. **Lé Droit Pénal Entre Public et Privé**. In: *Archives de Philosophie du Droit*, 41, pp. 199 e ss.
- KOSLOWSKI. **Die Postmodern Kultur**. 2ª Ed. Munchen. 1988.
- KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Chicago: Universty of Chicago Press, 1962.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARRAURI, Elena. **La Herencia de La Criminología Crítica**. 2ª Ed. Madrid: Siglo XXI de Españã Editores, 1992.
- LARRAURI, Elena; MOLINÉ, José Cid. **Teorías Criminológicas**. *Explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001.
- LEGRAND, P. **The impossibility of “legal transplants”**. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 4, 1997.
- LEISERSON, Avery. Pluralismo. In: SILVA, Benedicto da. (Coord). **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: FGV/MEC, 1986.
- LEITE, André Lamas. **A Mediação Penal de Adultos**. Um Novo “Paradigma” de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- LETSCHERT, Rianne; STAIGER, Ines; PEMBERTON, Anthony. **Assisting Victims of Terrorism**. Springer: Towards a European standar of justice, 2010.
- LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**. O lado oculto e inesperado de tudo que n os afeta. Tradução de Regina Lyra. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

- LIEBMANN, Marian. **Restorative Justice: how it works**. London: Jessica Kingsly Publishers, 2007.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a Sociedade de hiperconsumismo. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 2007.
- LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal** – Tomo III. Madrid. 1999.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal** – Tomo I. tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russels Editores, 2003.
- LOCK, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.
- LORENZETTI, Luís Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- LOUREIRO, Flávia Novera. A Justiça Restaurativa e a Criminalidade Económica: Reforço ou afastamento do Direito Penal. *In: Dialogos em Torno da Justica Restaurativa*. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos. Direitos Humanos – Centro de Investigação interdisciplinar (DH - CII). Universidade do Minho, 2018, pp. 63-86.
- LOURENÇO, Victor Alexandre. **Entre Estado e Autoridades Tradicionais em Moçambique: Velhas Aporias ou Novas Possibilidades Políticas?** *In: Revista Lusófona de Ciência Política e Relações Internacionais*. Maputo, 2007.
- LOWIE, Robert. **Traité de Sociologie Primitive**. Paris, 1935.
- LUHMANN, Niklas. **A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS/Instituto Goethe, 1997.
- LUNDIN, Irae Baptista. **Autoridade e Poder Tradicional**. Ministério de Administração Estatal, Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, Maputo, 1995.
- MACHADO, Helena. Manual de Sociologia do Crime. Porto: Edições Afrontamento, 2008.
- MANNHEIM, Herman. **Criminologia Comparada**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

- MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia Comunitária:** construindo segurança nas Comunidades. Florianópolis: Insular, 2009.
- MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito.** Vol I. 2ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012.
- MARSHALL, Tony. **The evolution of restorative justice in Britain.** In: *European journal on criminal policy research*, vol. 4, n.º. 4 dezembro 1996.
- MARX, Karl. **O Capital:** crítica de economia política. Livro I: O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MATEUCC, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; *et alli*. **Dicionário de Política.** Brasília: UnB, 1986.
- MATHIENSEN, Thomas. **A Caminho do Séc. XXI** – Abolição, um sonho possível? – Conversações abolicionistas. In: IBCCRIM, v.4, São Paulo. 1997, pp. 263-291.
- MATHIESEN, Thomas. **The Politics of Abolition.** In: *Contemporary Crises* (atualmente, *Crime, Law and Social Change*), vol. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986.
- MATTA, José Caeiro da. **Direito Criminal Português.** Vol. I. F. Coimbra: França Amado Editores, 1911.
- McCOLD, Peter. *Primary Restorative Justice Practice.* In: MORRIS, Allison; MAXWEL, Gabrielle. **Restorative Justice for Juvenile: conferencing, mediation and circles.** Oxford: Hart, 2001.
- MELLO, Francisco Freire de. **Discurso Sobre Delictos e Penas, e Qual Foi a Sua Proporção nas Diferentes Épocas da Nossa Jurisprudência:** principalmente nos Tres Seculos Primeiros da Monarchia Portugueza. Londres, 1816.
- MELLO, Luís. **Antropologia Cultural:** Iniciação, Teoria e Temas. 9ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.
- MELLO, Pascoal José Freire de. **Instituições de Direito Criminal Português.** Tradução de Miguel Pinto de Meneses. B.M.J, n.º 155, 1966, pp. 43-2002 e n.º 156 (1966), pp. 66-168.
- MERLE, Roger e VITU, André. **Traité de Droit Criminel** – Tome I. 7ª Ed. Paris: Editions Cujas, 1997.

- MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- MIRANDA, Jorge. **Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais**. Lisboa: Direito, 138º, IV, 2006.
- MIRANDA, Jorge. **O património cultural e a Constituição** – tópicos. *In*: Direito do Património Cultural. Oeiras: Obra coletiva, 1996.
- MOCO, Marcelino. **Direitos Humanos e seus Mecanismos de Proteção**. Coimbra: Almedina, 2010.
- MONTE, Mário F. **Da Legitimação do Direito Penal Tributário - em Particular, os Paradigmáticos Casos de Faturas Falsas** (reflexão, sobretudo, a partir dos Direitos Português e Espanhol). Ed. 1, 1 vol. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MONTE, Mário F. **Da proteção penal do consumidor**. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Ed. 1, 1 vol. Coimbra: Almedina, 1996.
- MONTE, Mário F. **Hay un Fundamento iusnaturalista en la justicia restaurativa?** *In*: *Utrumque Ius. Derecho Natural y Derecho Canónico*, ed. Miguel Ayuso, Madrid: Marcial Pons, 2014.
- MONTE, Mário F. **Justiça Penal e comunicação social: conflito e convergência de interesses**, *In*: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 2012, pp. 771-798.
- MONTE, Mário F. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de Justiça Restaurativa. *In* **Multiculturalismo e Direito Penal**, ed. Teresa Beleza/Pedro Caeiro/Frederico Costa Pinto, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 97 - 113.
- MONTE, Mário F. *Multiculturalismo y Derecho Penal en el espacio lusófono. Prueba de una solución de restauración para el problema de los delitos motivados culturales*. *In*: Luigi Cornacchia/Pablo Sánchez-Ostiz (Coord.s), **Multiculturalismo y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

- MONTE, Mário F. **O Direito Penal Europeu de 'Roma' a 'Lisboa'** - Subsídios para a sua compreensão e Aplicação. Ed. 1, 1 vol. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- MONTE, Mário F.; LOUREIRO, Flávia. **Direito Processual Penal** - Roteiro de aulas. Ed. 2, 1 vol. Braga: AEDUM, 2014.
- MONTE, Mário Ferreira. Justiça Restaurativa: porquê e porque não. *In: Diálogos em torno da Justiça Restaurativa*. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos. Direitos Humanos – Centro de Investigação interdisciplinar (DH - CII). Universidade do Minho. 2018, pp. 159-170.
- MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de Justiça Restaurativa. *In: Multiculturalismo e Direito Penal*. Ed. Teresa Beleza/Pedro Caeiro/Frederico Costa Pinto. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 97-113.
- MONTE, Mário Ferreira. **O Princípio da Legalidade Criminal**: uma revisitação à luz de concretas exigências de Justiça material, p. 153. Texto resultante do escrito de uma intervenção oral, realizada na Universidade Lusófona do Porto, no dia 28 de maio de 2014, no Ciclo de Conferências dos 250 Anos da obra de Cesare Beccaria, "Dos Delitos e das Penas". [artigo cedido gentilmente pelo autor].
- MONTE, Mário João Ferreira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BARBOSA, André Araújo. **Direito Penal da Reparação**: contribuição para um novo paradigma a partir do modelo restaurativo. *In: Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 3, set./dez. 2015, pp. 941-958.
- MORALES, Alvaro Castro & DÜNKEL, Frieder. **Sistemas de Justicia Juvenil y Política Criminal en Europa**. Referência obtida: Universidad Diego Portales, 2013. Disponível em: <<http://justiciainfancia.udp.cl/wp-content/uploads/2013/08/D%C3%BCnkel-Castro.pdf>>, acesso em: 14 abr. 2015.
- MORGAN, Anthony; HOMEL, Peter. **Evaluating Crime Prevention**: Lessons from large-scale community crime prevention programs. Trends & issues. *In: crime and criminal justice*, n.º 458, July/2013.
- MORIN, Edgar. **Pour une Théorie de la Crise**. *Communication*, n° 25, 1976, pp. 139-153.

- NEGRÃO, José Guilherme. Sistemas Costumeiros da Terra. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org). **Conflito e Transformação Social: uma Pesquisa das Justiças em Moçambique**. v. 1. Porto: Afrontamento, 2003.
- NESS, Daniel Van; MORRIS, Allison; MAXWELL, Gabriell. *“Introducing Restorative Justice”*. *In*: **Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles**. Eds. A. Morris/G. Maxwell, (eds) Portland: Hart Publishing, 2003.
- NETO, Theodomiro Dias. **Policiamento Comunitário e Controle Sobre a Polícia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Ed., 2003.
- NEWITT, Malyn. **História de Moçambique**. Mem-Martins, Publicações Europa-América, 1997.
- NGOENHA, Severino; CASTIANO, José. **Manifesto por uma Terceira Via**. Maputo: Real Design, 2019.
- NHANCALE, Orlando. **Normas, Regras e Justiça Tradicional: Como evitar e resolver conflitos?** Coleção Autoridade Tradicional em Moçambique. Brochura 5, Ministério da Administração Estatal, Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, Maputo, 2006.
- NIEUWAAL, E. Van; ROUVEROY, Adriannn B. van. **«States and Chiefs. Are chiefs mere puppets?»**, *Journal of Legal Pluralism*, 1996.
- OLIVEIRA, José Ferreira de. **As Políticas de Segurança e os Modelos de Policiamento: a emergência do policiamento de proximidade**. Coimbra: Almedina, 2006.
- ORTEGA, Manuel Segura. **El Iusnaturalismo Racionalista: Thomasius y Wolf**. *In*: GARCÍA, Eusebio Fernández; PECESBARBA, Gregorio (org.). **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I: *El contexto social y cultural de los derechos*. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 2001.
- OSLE, Rafael Domingo. Forjando o Direito Global. *In*: STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- OTERO, Paulo. **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**. Vol. I, Tomo 1.º e 2.º, Lisboa, 1998 e 1999.

- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa:** da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PASTORET, M. de. (Claude-Emmanuel Joseph Pierre). **Des Loix Pénales** – Tomos I. Paris, 1970.
- PAVLICH, George. **Deconstructing restoration: the promise of restorative justice.** *Restorative Justice* – Theoretical Foundations, Eds. Elmar Weitecamp/Hans-Jurgen Kerner, Devon: Willan Plublish, 2002.
- PECESBARBA, Gregorio (org.). **Historia de Los Derechos Fundamentales.** Tomo II: Siglo XVIII, Vol. I: *El contexto social y cultural de los derechos.* Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 2001.
- PECES-BARBA, Gregório, *et alli.* **Derechos Positivo de Los Derechos Humanos.** Madrid: Debate, 1998.
- PECES-BARBA, Gregorio. **La Dignidad de La Persona y la Filosofia del Derecho.** Madrid: Dykinson, 2004.
- PELÁGIO, António. **Os Costumes e as Tradições Culturais Como Fundamento da Lei.** *In: Revista do Centro de Investigação Sobre Ética Aplicada (CISEA),* n°4, Angola, agosto 2013.
- PEREIRA, Alberto Feliciano Marques. **A Arte e a Natureza em Moçambique.** Vol. I, Lourenço Marques, 1966.
- PEREIRA, António Celso Alves; *et alli.* Soberania e Pós-Modernidade. *In: O Brasil e os novos Desafios do Direito Internacional.* Obra Coordenada por Leonardo Nemer Caldeira Brandt. R.J.: Forense/Konrad Adenauer Stiftung/Centro de Direito Internacional – CEDIN, 2004.
- PEREZ LUÑO, António. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 5ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; CAEIRO Pedro, BELEZA Teresa Pizarro. (Org.). **Multiculturalismo e Direito Penal.** Almedina Coleção: Coimbra, 2014.

- PINTO, Roberto; FERREIRA, Alberto. **Organização Prisional:** Decreto-lei n.º 26.643 de 28 de Maio de 1936. Coimbra: Quarteto Editora, 1995.
- PLATÃO. **A República.** 7ª Ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- PLATÃO. **As Leis e Epínomes.** Trad. Carlos Alberto Nunes. Vol. XII-XIII. Pará: Universidade Federal do Pará, 1980.
- PNUD. **Sistema Prisional em Moçambique.** Programa de apoio ao sector da Justiça. Maputo: PNUD, 2000.
- POLAINO, Navarrete Miguel. **Derecho Penal** – Parte General. Barcelona: Bosch, 1996.
- POLAINO, Navarrete Miguel. **El Bien Jurídico en el Derecho Penal.** Sevilha: Public de la Universidad, 1974.
- RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito e religião:** reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas. Meritum: Belo Horizonte, v. 5, n.1, jan. /jun. 2010, pp. 49-76.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27.ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. **O Direito como Experiência.** 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1968-1992.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5.ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1994 e 2000.
- RELATÓRIO DO SERNAP, 2018.
- RIBEIRO, Gabriel Mithá. **Novo Manual de Investigação.** Do rigor à originalidade como fazer tese no séc. XXI. 1ª Ed. Lisboa: Contraponto, 2018.
- RIVACOBBA, Manuel de Ryvacoba y. **Lardizabal, um Penalista Ilustrado.** Santa Fé (Argentina), 1964.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1981.
- RODRIGUES, Joelza Ester. **História em Documento:** imagem e texto. Primeira edição. A História do passado e do presente. São Paulo: FTD, 2006.

- ROSENBAUM, Dennis P. ***The Challenge of Community Policing: Testing the Promises.***
Newbury Park, CA: Sage, 1994.
- ROXIN, Claus. ***Derecho Penal – Parte General*** – Tomo I. tradução da 2ª Ed. alemã de Diego – Manuel Luzon Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999.
- ROXIN, Claus. ***Derecho Penal.*** Parte General, Tomo I, trad. da 2ª Ed. alemã, reimpressão, Thomson/Civitas, 2003.
- ROXIN, Claus. ***Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.*** Tradução do alemão de Francisco Munoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- ROXIN, Claus. ***Problemas Fundamentais de Direito Penal.*** Tradução do alemão de Ana Paula Dos Santos Luiz Natscheradetz. 3ª Ed. Lisboa: Veja, 1998.
- ROXIN, Claus. ***Problemas Fundamentais do Direito Penal.*** 2ª Ed. Lisboa: Vegas, 1968.
- ROXIN, Claus. ***Straverfahrensrecht.*** 18ª Ed, Munchen: Beck, 1983.
- RUCH, Gustav Rad. ***Filosofia do Direito.*** Tradução do alemão de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SÁ, Eduardo Alves de. ***Código das Leis (Direito privado) de Hammurabi rei de Babilônia*** (a. 2285-2242 a. C.). Lisboa: Lisboa Editora, 1903.
- SACHS, Albie; WELCH, Gita Honwana. ***Liberatins The Law. Creating Popular Justice in Mozambique.***
Zed Books. London e New Jersey, 1990.
- SANCHÍS, Luis Prieto. ***La filosofía Penal de La Ilustración: Aportación a su estudio. Anuario de Derecho Humanos.*** Madrid: Instituto de Derechos Humanos. Universidad Complutense. 1985.
- SANTINI, Daniel. **'Encarceramento é caro, não recupera e não educa':** Uruguai debate medidas alternativas para adolescentes infratores. Opera Mundi, Montevideu, 2015. Disponível em <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/41462/encarceramento+e+caro+nao+recu>

[pera+e+nao+educa+uruguai+debate+medidas+alternativas+para+adolescentes+infratores.shtm](#)

- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder:** ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 272, 1980.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Towards a New Legal Common Sense.** London: Words, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique:** Law & Society Review, 2006, pp. 39-76.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso Sobre as Ciências.** 16ª Ed., Porto: Edições Afrontamento, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e Transformação Social:** uma paisagem das Justiças em Moçambique. Porto: Afrontamento, 2003.
- SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa:** um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como? 1ª Ed., Coimbra: Coimbra Editores, 2014.
- SANTOS, Cláudia. **O Crime de Colarinho Branco** (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na Administração da Justiça Penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- SANTOS, Débora; TASCA, Jorge Eduardo. **Policimento Orientado ao Problema como Estratégia para Elaboração e Gestão por Projetos de Acordo com o Plano de Comando da Polícia Militar de Santa Catarina.** *In:* Revista Ordem Pública e Defesa Social. Vol. 7, nº 1, Florianópolis, 2014, p. 179-200.
- SANTOS, Ribeiro dos. **“Discurso Sobre a Pena de Morte e Reflexões Sobre Alguns Crimes”.** *In: Jornal de Coimbra*, n.º XXXIII, Parte II, pp. 101-147.
- SARAIVA, José Hermano. **A Crise do Direito.** Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1964.
- SCHAFFSTEIN, Federico. **La Ciencia Europea del Derecho Penal en la Época del Humanismo.** Madrid, 1957.

- SCHMIDT, André Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normatista. *In: Política Criminal Contemporânea*. Criminologia. Direito Penal e Direito Processual Penal. Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.
- SEGAL, Robert. **Direitos Humanos, Cidadania e Segurança Pública**: Conexões do século XXI. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1970.
- SERRA, Antonio Truyol y. **Historia de la Filosofía y del Derecho**: del Renacimiento a Kant. Tomo II. Madrid: Alianza, 1988.
- SERRA, Carlos. **História de Moçambique**: Parte I - Primeiras Sociedades Sedentárias e Impacto dos Mercadores. Vol. 1, 2.^a Ed., Maputo: Universidade Eduardo Mondlane, 2000.
- SERRA, Carlos. **Linchamentos em Moçambique**: Uma desordem que apela à ordem. Maputo: Universidade Eduardo Mondlane, imprensa universitária, 2008.
- SESSAR, K. **Ein Bürokrastischer Faktor im Prozess der Verbrechenkontrolle: der Staatsanwalt**. Mkrim, 1997.
- SILVA, Douglas Pereira da. **O Fracasso do Sistema Penal Retributivo e Considerações Teóricas Sobre a Justiça Restaurativa**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?art.s&ver=2.53484&seo=1>>. Acesso em: 27 dez. 2015.
- SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português**, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal. 3^a Ed, Lisboa: verbo, 2010.
- SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português**. Parte Geral I. introdução e teoria da lei penal. Lisboa: Editorial Verbo, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SINHORETTO, Jacqueline. **Os Justicadores e sua Justiça**: Linchamentos, Costume e conflito. Universidade de São Paulo (USP). Dissertação de Mestrado, 2001.

- SITOE, Alcídio Sidónio Matias. **Uma Abordagem Jurídica à Volta dos Linchamentos:** contributo para o Sistema de Administração da Justiça em Moçambique. Ministério da Justiça – Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Maputo, 2012.
- SKOGAN, Wesley G. Participação da Comunidade e Policiamento Comunitário. *In:* BRODEUR, Jean Paul (org.). **Como Reconhecer um Bom Policiamento:** Problemas e temas. Tradução de Ana Luisa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Edusp, 2002, pp. 119-155.
- SKOGAN, Wesley G; *et alli.* **Public Involvement: Community Policing in Chicago.** Institute for Policy Research Northwestern University. Whashington, DC: V. S. Department of Justice, 2000.
- SOLARI, Gioele. Christiano Thomasio. *In:* **Studi Storici di Filosofia del Diritto.** Torino: Giappichelli, 1949, p. 157-178.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Classes dos crimes, por ordem systemática com as penas correspondentes, segundo a legislação atual por Joaquim José Caetano Pereira e Sousa.** Lisboa: Advogado na Casa da suplicação, 1803.
- SPOHR, Bianca; SCHNEIDER, Daniela Ribeiro. **Bases Epistemológicas da Antipsiquiatria:** a influência do Existencialismo de Sartre. Rev. Abordagem Gestalt. v.15 n.2 Goiânia, dez./2009.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- STONER, James A. **Administração.** Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1985.
- SUBUHANA, Bento Raul. **Autoridade Tradicional e Resolução de Conflitos Sociais.** UEM, Maputo, 2011.
- SWAANINGEN, René Van. **Reclaiming Critical Criminology: social justice and the European tradition.** *In:* *Theoretical Criminology*, vol. 3, n. 1. Londres: SAGE, 1999.
- TARELLO, Giovanni. **Storia Della Cultura Giurídica Moderna.** Tomo I: Assolutismo e codificazione. Bologna: Il Mulino, 1976.

- TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao Estudo do Direito**, Vol. I e II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- THOMASIIUS, Christian. **Historia Algo Más Extensa del Derecho Natural**. Tradução espanhola de Salvador Rus Rufino e M. Asunción Sanches Manzano. Madrid: Tecnos, 1998.
- THOMAZ, Manuel Fernandes. **Repertório Geral, ou Índice Alfabético das Leis Extravagantes do Reino de Portugal, Publicadas depois das Ordenações, compreendendo também algumas anteriores, que se acham em observância** – Tomo I. n.º 574. Lisboa, 1815 e 1819.
- TIRAQUEAU. **De Poenis Temperandis**. (Tradução, introdução e notas de André Laingui), Paris, 1986.
- TRINDADE, João Carlos. Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (org.). **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique I**. Porto: Afrontamento, 2003, pp. 97-128.
- UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Acordos de Luska. Coimbra**: Centro de Estudos 25 de Abril, 2012. Publicado nos termos da Lei n.º 7/74, de 27 de julho. Publicado no Diário do Governo, I Série, n.º 210, de 9 de setembro de 1974.
- URIBE, Manuel de Lardizabal y. **Discurso Sobre las Penas: contraído a las leyes criminales de Españã para facilitar su reforma**. Madrid. Edição digital da Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes baseada na edição de Madrid, Joaquín Ibarra, 1782.
- VAES, Tineke. **The Restorative Justice Model and its Corruption: an outlook at the Canadian Experience towards the development of a values – based evaluation tool**. Leuven: Katholieke Universiteit Leuven, Facultiet Rechtsgeleedheit, 2002.
- VAGUANAS, Stanley. Planeamento dos Serviços Policiais Urbanos. *In*: GREENE, Jacks. (org.). **A Administração do Trabalho Policial**. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo. Edusp, 2002, pp. 43-59.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A Polícia do Estado Democrático e de Direito**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da Polícia.** A prevenção criminal e a ação penal como execução de uma Política Criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Os Desafios Emergentes de uma Polícia de um Estado Democrático e de Direito.** *In: Politeia – Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e segurança Interna*, 2012.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial.** 4ª Ed. e 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009, 2016 e 2017.
- VALIENTE, Francisco Tomás y. **El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta** (siglos XVI, XVII y XVIII). Madrid, 1992.
- VALIENTE, Francisco Tomás y. **La Tortura Judicial en España.** Crítica, Barcelona: 2000.
- VANDERLINDEN, Jacques. **Le pluralisme juridique.** *In: Essai de Synthèse.* Bruxelles: Université de Bruxelles, 1972.
- VERDIER, R. **Chef de Terre et Terre de Lignage.** *Etudes de droit africain et d'riot malgache.* 1965.
- VICENTE, Dário Moura. **O Lugar Dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas.** Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra, 2010, pp. 401-429.
- VIDAL, José Marques. **Justiça em Crise?** Lisboa: Quetzal Editores, 2004.
- VOLD, George *et alli.* **Theoretical Criminology.** Oxford: Oxford University Press, 2002.
- VOLTAIRE. **Prix de La Justice et de l'humanité.** Paris, 1999. (Gazette de Berne, n.º XIV, 15 de fevereiro de 177).
- WALGRAVE, Lode. **Met hetoog op Herstel In View of Repair.** Leuven: Universitaire Pers, 2000.
- WALGRAVE, Lode. **Restorative justice, self-interest and responsible citizenship.** Willan, 2008.
- WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to Comparative Law.** 2.ª Ed., Atenas e Londres: The University of Georgia Press, 1993, pp. 21-30 e 95-101.

- WERNER, Guilherme Cunha. **Política Criminal**. Brasília – DF: Edição da Academia Nacional de Polícia, 2008.
- WOLF, Charlotte. **Constructions of a Lynching**. *Sociological Inquiry*, 62 (1): 83-97, Winter, 1992.
- WOLKMEIR, António Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.
- ZACKSESKI, Cristina. **Da Prevenção à “Nova Prevenção”**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, Jan/Mar, 2000, pp. 167-192.
- ZAFFARONE, Eugénio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Editora Revan, 2ª Ed, Rio de Janeiro, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. 1ª Ed. Trad. Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZEHR, Howard. **Changing Lenses – a new focus for crime and justice**. 3ª Ed, Ontário: Herald Press, 2005.
- ZEHR, Howard. **Journey to belonging: Restorative Justice – Teorical Foundations**. Devon: Willan Publishing, 2002.
- ZEHR, Howard. **The little Book of Restorative Justice**. Intercourse: Good Books, 2002.
- ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a Justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, Howard/MIKA, Harry. **Fundamental concepts of Restorative Justice**. In: *The Contemporary Justice Review*. Vol 1, n. ° 1, 1998, pp. 47-55.

LEGISLAÇÃO

- CRM de 2004.
- CRM de 1990.
- CRM de 1975.
- Lei n.º 7/74, de 27 de julho, publica os Acordos de Lusaka, no Diário do Governo, I Série, n.º 210, de 9 de setembro de 1974.
- Lei n.º 10/2004, de 25 de agosto, Lei da Família.
- Lei de 20 de outubro de 1823 - Estabelecia as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal.
- Lei n.º 4/2017, de 18 de janeiro, altera a Lei n.º 22/2007 de 01 de agosto (Lei Orgânica do Ministério Público).
- Lei n.º 16/2013, de 12 de agosto, Lei da Polícia da República de Moçambique.
- Lei n.º 4/92, de 06 de maio, Lei dos Tribunais Comunitários.
- Lei n.º 12/78, de 12 de dezembro, aprova os Tribunais Populares.
- Lei n.º 11/92, de 08 de outubro, introduziu alterações à CRM de 1990.
- Lei n.º 9/96, de 22 de novembro, trouxe outras alterações à CRM de 1990.
- Lei n.º 10/92, de 6 de maio, Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais de Moçambique.
- Lei n.º 5/82, de 9 de junho, estabelecia o regime jurídico da punição dos crimes económicos em Moçambique.
- Lei n.º 9/87, de 19 de setembro, introduziu alterações à Lei n.º 5/82, de 9 de junho.
- Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro, aprova o novo CP em Moçambique.
- Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, Lei-Quadro da Política Criminal em Portugal.
- Lei n.º 51/2007, de 31 de agosto, define os objetivos, prioridades e orientações de Política Criminal para o biénio 2007-2009 em Portugal.
- Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, introduz o Regime Jurídico da Mediação Penal de Adultos em Portugal.
- Lei n.º 4.045, estabelece o Regime Jurídico da Mediação Comunitária na Argentina.
- Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, aprova o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade em Portugal.
- Decreto-lei n.º 15/74, de 21 de novembro, introduziu medidas com vista a reorganizar o Sistema Prisional moçambicano.
- Decreto-lei n.º 54/75, estabelecia as competências do Corpo de Polícia de Moçambique.

- Decreto-lei n.º 26.643, de 28 de maio de 1936, deu base legal a Política Prisional, tornado extensivo a Moçambique.
- Decreto-lei n.º 39.997, de 29 de dezembro de 1954, introduz algumas modificações ao Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de maio de 1936.
- Decreto-lei n.º 26.634, de 20 de maio de 1936, aprovou o Regime Jurídico do Sistema Prisional de Portugal.
- Decreto-lei n.º 35007, introduziu algumas alterações ao Decreto n.º 316489, de 15 de fevereiro.
- Decreto-lei n.º 184/72, de 31 de maio, introduziu outras alterações ao Decreto n.º 316.489, de 15 de fevereiro.
- Decreto-lei n.º 74/2006, de 24 de março, aprova o Regime Jurídico dos Graus e Diplomas do Ensino Superior em Portugal.
- Decreto-Lei n.º 399.666, de 20 de maio de 1954, aprovou normas próprias para moçambicanos indígenas e normas para moçambicanos não-indígenas.
- Decreto n.º 316.489, de 15 de fevereiro, aprovava o CP moçambicano, revogado pela Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro.
- Decreto n.º 15/2000, de 20 de junho, inclui as Autoridades Tradicionais nas demais autoridades comunitárias locais.
- Decreto n.º 1/75, de 25 de junho, definia a organização do Estado Moçambicano e as competências dos Ministérios.
- Diploma Legislativo n.º 337, de 12 de novembro, aprovava o Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas.
- Portaria n.º 18872, de 11 de dezembro de 1961, publicada no Boletim Oficial n.º 1, 1ª Série, de 6 de janeiro de 1962, torna aplicável em todas as províncias ultramarinas, o Regulamento do Trabalho dos Presos fora dos Estabelecimentos Prisionais.
- Resolução n.º 65/2002, de 27 de agosto, regula a Política Prisional e Estratégia de sua Implementação.
- Resolução n.º 9/88, de 25 de agosto, ratifica a CADHP em Moçambique.
- Resolução n.º 5/91, de 12 de dezembro, ratifica o PIDCP em Moçambique.
- Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em Processo Penal na União Europeia.