



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE

AUZÓRIO ARRIAGA COME

**DO HOMICÍDIO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE
MOÇAMBIQUE E BRASIL SOBRE APLICAÇÃO DE
PENAS**

NAMPULA

2025

AUZÓRIO ARRIAGA COME

**DO HOMICIDIO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE
MOÇAMBIQUE E BRASIL SOBRE A APLICAÇÃO DE
PENAS**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Católica de Moçambique, como
requisito para a obtenção do título de Doutor em
Direito Público

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Doutor Arcénio Francisco Cuco

NAMPULA

2025

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

Eu, Auzório Arriaga Come, declaro por minha honra que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Junho de 2025

O declarante

(Auzório Arriaga Come)

AGRADECIMENTOS

Depois de um longo trabalho, quando reflectimos acerca dos que nos deram forças para o seu término, falta-nos memória, capaz de nos recordar de todos aqueles que contribuíram com o seu esforço, e, para este caso, não há excepção. Neste âmbito, agradecemos a todos que directa ou indirectamente contribuíram para a conclusão desta tese. O meu especial agradecimento vai a Deus pelo dom da vida e pelas bênçãos que tem nos proporcionado, e também para aqueles que directa ou indirectamente deram suporte para a conclusão da tese. De forma particular, para o Ministério do Interior (MINT), pelo tempo cedido (bolsa) e ao Prof. Doutor Arcénio Francisco Cuco, pelo incansável acompanhamento na elaboração desta tese. Os agradecimentos são ainda, extensivos à Mestre Nilza F. João Mucome Come, por valiosos subsídios no processo de formatação e na busca da bibliografia importante para este trabalho e por fim ao Dr. Issac Estefane Sefane, pela ajuda na correcção linguística da tese.

DEDICATÓRIA

Dedico a presente Tese à minha esposa Nilza Mucome Come e aos meus filhos Luís Auzório Come, Symcha NilAuz Come, Nykyon NilAuz Come, Yohanna NilAuz Come, Ohanna NilAuz Come e Maharlyka NilAuz Come e a minha mãe Catarina Faela.

EPIGRAFE

“Para o espírito científico qualquer conhecimento é uma resposta a uma pergunta. Se não tem pergunta não pode ter conhecimento científico. Nada se dá tudo se constrói”.

(JAPIASSÚ, 1999, P. 84, cit. in. José Aragão, 2017)

LISTA DE ABREVIATURAS/SIGLAS

Ac. - Acórdão

Art.^o- Artigo

Art.^{os} – Artigos

CADHP – Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

CCM – Código Civil de Moçambique

CEM - Código de Estrada de Moçambique

CFB - Constituição Federativa do Brasil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Cfr. - Confira

CPB - Código Penal de Brasil

CPPB – Código de Processo Penal de Brasil

CPM - Código Penal de Moçambique

CPPM - Código de Processo Penal de Moçambique

CRM - Constituição da República de Moçambique

CRCV- Constituição da República de Cabo Verde

CRGB - Constituição da República da Guiné Bissão

CRST - Constituição da República de São Tomé

CTB - Código de Trânsito de Brasil

DUDH - Declaração Universal dos Direito do Homem

DNA - Ácido. Desoxirribonucleico

Ed. - edição

H.V.S – Homicídio Voluntario Simples

LEP - Lei de Execução de Penas

LVD - A Lei de Violência Doméstica

MINT - Ministério do Interior

p. – página

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Politicos

pp. - paginas

Ver. - Revista

S/D - Sem Data

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TLC – Tipo legal do crime

Vol. – volume

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Categorias de Análise..... 21

Tabela 2. Comparação do crime de Homicídio entre Moçambique e Brasil215

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico nº 1. Penas de Homicídio Voluntário Simples - Moçambique/Brasil112

Gráfico nº 2. Penas de Homicídio agravado ou qualificado - Moçambique/Brasil.....120

RESUMO

Moçambique e Brasil, desde primórdios, estão estreitamente relacionados. Embora exista diferenças culturais e legislativas, ainda é possível encontrar algumas semelhanças entre as legislações penais, de ambos ordenamentos jurídicos, referente por exemplo, aos crimes contra a vida, em particular no tipo legal do crime de homicídio (TLC). A presente tese tem como objectivo geral comparar a forma como é tratado o TLC, de Homicídio nos ordenamentos jurídico-penais de Moçambique e do Brasil, para fins de harmonização legislativa, identificando suas diferenças e/ou semelhanças, comparar a moldura penal aplicável no crime de homicídio entre os ordenamentos jurídicos penais de Moçambique e do Brasil; distinguir os TLCs, que derivam do crime basilar, o homicídio voluntario simples, da ordem jurídica moçambicana e brasileira, tendo em conta os elementos ou factos que o modificam, agravando ou atenuando as suas penas. Neste contexto, a tese estruturou-se em cinco capítulos. No primeiro capítulo, foi dado enfoque especial aos procedimentos metodológicos aplicáveis no Direito Comparado. O segundo capítulo, trouxe o marco teórico sobre o Direito Comparado, pena e o Homicídio. No terceiro capítulo foi a vez de contextualização do Homicídio, para os ordenamentos jurídico penais de Moçambique e do Brasil. No quarto capítulo atendeu-se as penas do homicídio, de forma comparativa entre moçambicano e Brasil. No entanto, observou-se, no último capítulo (quinto) uma tabela comparativa sobre semelhanças e diferenças do homicídio e das penas aplicaveis, em Moçambique assim como no Brasil. Todavia, na jurisdição penal brasileira, o tipo legal do crime de homicídio, nas diversas formas que se apresentam, não estão autonomizados, isto é, resumem-se em um único artigo 121º, no entanto, para realidade moçambicana foi autonomizado todo TLC, derivado do homicídio voluntário simples, como forma de facilitar o intérprete judiciário. A pesquisa foi realizada usando método comparativo do Direito, como principal, complementado por métodos qualitativo, bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Direito Comparado. Tipo Legal do Homicídio. Penas. Ordenamento Jurídico. Moçambique e Brasil.

ABSTRACT

Mozambique and Brazil, since the beginning, have been closely related. Although there are cultural and legislative differences, it is still possible to find some similarities between the criminal laws of both legal systems, referring for example, to crimes against life, particularly in the legal type of the crime of homicide (TLCs). The general objective of this thesis is to compare the way in which the TLC, of Homicide is treated in the criminal legal systems of Mozambique and Brazil, for the purposes of legislative harmonization, identifying their differences and/or similarities, comparing the penal framework applicable to the crime of homicide between the criminal legal systems of Mozambique and Brazil; distinguish the TLCs, which derive from the basic crime, simple voluntary homicide, from the Mozambican and Brazilian legal system, taking into account the elements or facts that modify it, aggravating or mitigating its penalties. In this context, the thesis was structured in five chapters.

In the first chapter, special focus was given to the methodological procedures applicable in Comparative Law. The second chapter brought the theoretical framework on Comparative Law and Homicide. In the third chapter, it was time to contextualize Homicide, for the criminal legal systems of Mozambique and Brazil. In the fourth chapter, the penalties for homicide were considered, in a comparative way between Mozambican and Brazil. However, in the last chapter (fifth) a comparative table was observed on similarities and differences between homicide and the applicable penalties, in Mozambique as well as in Brazil. However, in the Brazilian criminal jurisdiction, the legal type of the crime of homicide, in the various forms that are presented, are not autonomous, that is, they are summarized in a single article 121, however, for the Mozambican reality, all TLC, derived from simple voluntary homicide, was autonomized to facilitate the judicial interpreter.

The research was carried out using the comparative method of law, as the main method, complemented by qualitative, bibliographic and documentary methods.

Keywords: Legal Type of the Crime of Homicide. Comparative law. Legal System. Mozambique and Brazil.

INDICE

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE i

AGRADECIMENTOS..... ii

DEDICATÓRIA..... iii

EPIGRAFE iv

LISTA DE ABREVIATURAS/SIGLAS..... v

LISTA DE TABELAS..... vii

LISTA DE GRÁFICOS viii

RESUMO ix

ABSTRACT x

I.INTRODUÇÃO 1

 1.1.Justificativa 4

 1.2.Problema de Pesquisa 5

 1.3.Objectivos 6

 1.3.1.Objectivo Geral: 6

 1.3.2. Para este trabalho, propôs-se os seguintes objectivos específicos: 6

CAPÍTULO 1: PROCEDIMENTO METODOLÓGICO 7

 1.1. Método Comparado do Direito: sua aplicação 8

 1.2. Uso da Pesquisa Bibliográfica..... 8

 1.3. Uso da Pesquisa Documental 10

 1.4. O Uso do Método Comparativo no Direito..... 11

 1.4.1. O Método Comparativo do Direito e os Meios Técnicos da Investigação Científica..... 16

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICA 23

 2.1. Conceito e a Natureza do Direito Comparado 23

 2.1.1. Contextualização 23

 2.1.2. Função de Direito Comparado 24

 2.1.3. Objecto do Direito Comparado 27

 2.2. Vantagens do Direito Comparado 28

 2.3. Importância do Direito Comparado 37

 2.3.1. Caracterização do Direito Comparado 41

 2.3.2. Conteúdo do Direito Comparado 42

 2.4. Macrocomparação e Microcomparação 45

 2.4.1. Macrocomparação 45

 2.4.2. Microcomparação 45

 2.4.3. Direito Primitivo 46

 2.4.4. Confrontos de Sistemas Jurídicos 47

 2.5. Relação com Outros Sujeitos do Direito..... 50

 2.6. Conceito do Crime 50

 2.7. O conceito de pena 51

 2.7.1. Os Fins das Penas 53

 2.7.2. A Função Retributiva da Pena 54

2.7.3. Teoria da Prevenção	55
2.8. O Objecto do Direito Penal	57
2.8.1. O Bem Jurídico como Objecto do Direito Penal.....	58
2.8.2. A Concepção de Feuerbach	58
2.8.3. O Pensamento de Birnbaum	59
2.8.4. Visão de Franz Von Liszt	61
2.8.5. O Bem Jurídico na Constituição da República de Moçambique	63
2.8.6. O Bem Jurídico na Constituição da República Federativa do Brasil	64
2.9. O Direito a Vida	65
2.9.1. Homicídio	67
2.9.2. Motivações do homicídio	73
CAPITULO 3: DO HOMICIDIO.....	75
3.1. Contextualização de Homicídio	75
3.2. Princípio da Legalidade e Aplicabilidade das Penas do Homicidio	77
3.3. Princípio de legalidade no Estado de Direito.....	78
3.4. Corolários do Princípio da Legalidade	79
3.5. O Homicídio na Ordem Jurídica Moçambicana e Brasileira.....	82
3.5.1.1. Homicídio Voluntário Simples	85
3.5.1.2. Homicídio Agravado	90
3.5.1.3. Homicídio Privilegiado.....	94
3.5.1.4. Homicídio Involuntário	98
3.5.2. Na Ordem Jurídica Brasileira.....	101
3.5.2.2. Homicídio Qualificado	112
3.5.2.3. Homicídio Privilegiado.....	123
3.5.2.4. Homicídio Culposos.....	131
CAPÍTULO 4: PENA DE HOMICÍDIO ENTRE MOÇAMBIQUE E BRASIL	138
4.1. Homicídio Doloso e Culposos/Involuntario	138
4.1.1. Homicídio Doloso	139
4.1.2. Homicídio Simples	142
4.1.3. Homicídio Qualificado	142
4.2.Dignidade Humana como Limite da Duração de Penas do Homicídio	146
4.3.Princípio da Aplicação de Penas nas Ordens Jurídicas de Moçambique e do Brasil	148
4.4.Matrizes Qualificadoras do Homicídio	153
4.5. Censurabilidade e Perversidade.....	155
4.6.Penas de Homicídios.....	166
4.6.1. Pena de Homicídio Aplicável no Brasil	166
4.6.2. Ressocialização	169
4.6.3. A Dispensa de Pena	172
4.6.4. Formas de Cometimento.....	174
4.7. Pena de Homicídio Aplicável em Moçambique.....	175
4.7.1. Teorias Absolutas ou Retributivas	176
4.7.2. Teorias Relativas ou Preventivas	177
4.7.3. Teoria mista ou unificadora da pena	178

4.7.3.1. Teoria Adoptada Na Ordem Jurídica moçambicana	178
4.7.4. Limites das Penas de Homicídio	181
4.7.5. Agravantes e Atenuantes do Homicídio no Brasil e em Moçambique	181
4.7.5.1. Determinação de Penas de Homicídio: Moçambique e Brasil.....	191
4.8. Exclusão de Ilicitude no Homicídio	206
4.8.1. Estado de Necessidade	207
4.8.2. Legítima Defesa	209
4.8.2.1. Pressupostos de Legítima Defesa	210
CAPÍTULO 5: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DO HOMICÍDIO ENTRE MOÇAMBIQUE E BRASIL	213
5.1. Quadro Comparativo do Homicídio entre Ordem Jurídica Moçambicana e Brasileira....	215
CONCLUSÃO.....	245
SUGESTÕES	250
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	251
2. Legislação Nacional.....	251
3. Legislação Estrangeira.....	251
4. Obras.....	251
5. Artigos Científicos	257
6. Trabalhos Académicos	258
7. Documentos electrónicos.....	258

I.INTRODUÇÃO

A tese tem como título, Do Homicídio: um estudo comparado entre Moçambique e Brasil sobre a aplicação de penas, e pretende-se de forma comparativa estudar o crime de homicídio, com base nos códigos penais de 2019¹ e 1998², edição de 2017, de Moçambique e do Brasil respectivamente.

Objectiva-se enquanto um estudo base da tese, o regime jurídico aplicável nos crimes de homicídio nos dois ordenamentos jurídicos, cujo o foco é identificar as semelhanças e diferenças atinentes aos tipos de homicídios, circunstâncias de cometimento, molduras penais e sua eficácia e em última análise, fazer uma abordagem conclusiva da temática.

Segundo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, o agrupamento das ordens jurídicas em famílias ou tradições jurídicas, realiza-se de acordo com as correlações que existem entre elas. Essas correlações podem ser de natureza técnico-jurídica³, assim como defende de natureza cultural ou ideológica, isto é, as concepções religiosas, filosóficas e políticas, valores fundamentais, lugar ocupado pelo Direito na organização da vida em sociedade.

O Direito Penal moçambicano herdou o código penal português, de tal forma que Moçambique usou, o código penal português por mais de um século sem nenhuma reforma substancial ou de vulto⁴. Moçambique, tal como o Brasil, teve a influência do Direito penal Português, embora Brasil, tenha obtido a sua independência de Portugal, primeiro, em 1822 e, Moçambique, só em 1975, o que configura uma larga diferença em termos do tempo de colonizados⁵. A ligação entre os dois países pela língua permite esta ousadia de se fazer um estudo comparado entre ambos.

Segundo ARCÉNIO CUCO, o mundo demonstra que existem transformações sociais aceleradas, particularmente com advento da evolução tecnológica e a livre circulação de pessoas e bens, no entanto, esta situação leva com que haja cada vez mais necessidade de várias áreas de conhecimento, procurarem formas adequadas de se posicionar, de tal modo que o Direito moçambicano, fazendo parte deste contexto que se sujeita a transformações, não esteja alheio a esta realidade⁶.

Segundo OVÍDIO, o Direito Comparado tem tomado no mundo jurídico, um espaço de destaque, não só no âmbito de jus comparatistas, mas também aos interessados em estudar o Direito em geral⁷. No entanto, todas as formas de relacionamento legislativo são susceptíveis de criar mecanismos jurídicos capazes de resolver os decorrentes problemas, que vão surgindo no processo

¹ Vide, Lei 24/2019 de 24 de Dezembro, Lei que Revê o código penal e revogou o artigo 2º do Decreto-Lei nº 182/74 de 2 de Maio e o Código Penal aprovado pela Lei 35/2014 de 31 de Dezembro.

² Vide, Lei nº 9.777 de 26 de Dezembro, que altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, Edição actualizada em Abril de 2017.

³ ASCENÇÃO, José de Oliveira, o Direito: Introdução e Teoria Geral, 13ª Ed. Refundida, Almedina, 2005.

⁴ DE SOUSA, Elísio, *Manual de Direito Criminal moçambicano*, 2ª Ed. Escola Editora, 2012.

⁵ Foram 153 anos de diferença entre independência do Brasil e de Moçambique.

⁶ CUCO, Arsénio, *Direito: uma necessária Problemática*, in NGUENHA, Severino E., *(in) justiça: Terceiro Grande Consenso Moçambicano*, ed. Real design, 2019, p.17

⁷ OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 161, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

de convivência nas comunidades, países ou entre pessoas particulares. As gerações humanas não são obrigadas a moldar-se pelo passado. As suas crenças ou sentimentos, devem-se guiar pelo contexto da sociedade humana da época, tomando o passado como sua referência.

Segundo DE SOUSA, o Direito Penal e Processual Penal moçambicano, estagnou-se por longo tempo, devido a falta de atenção do legislador⁸, se comparado com do Brasil, por este ter passado por inúmeras revisões.⁹ Não obstante, a estagnação que se observou na legislação penal moçambicana e a provável evolução da legislação do Brasil, os sistemas jurídicos penais de ambos países se confundem com o de Portugal, cujas regras e disposições vigoraram no período colonial.

O sistema jurídico-penal moçambicano foi composto e organizado por tipos penais, sanções jurídicas e formas de processar específica para manter a ordem em sociedade e desencorajar condutas ofensivas ou que procurem a justiça por próprias mãos.

As influências distintas que actualmente vigoram de forma antagónica devido a não autonomização do Direito penal moçambicano e as diferenças existentes, é possível, ainda, se apontarem semelhanças entre ambas.

Contudo, de tantos pontos que nos parecem ser importantes na abordagem da pesquisa, para análise foi eleito o tipo legal do crime de homicídio, por se tratar da vida humana, um bem jurídico por excelência protegido pelo Estado, em que várias legislações penais do mundo, parte consideráveis das suas constituições acautelaram o aspecto relativo a vida humana.¹⁰

Efectivamente, a macro comparação tem interesse sobretudo por razões didácticas, na medida em que simplifica substancialmente o mundo do Direito. Além disso, não existe na doutrina uma margem consensual de famílias ou tradições jurídicas nem um critério único para a arrumação das ordens jurídicas de um Estado, nas famílias de Direito.

Neste diapasão, um dos pontos metodológicos estudados no Direito comparado consiste na exploração das dissemelhanças entre macro e microcomparação. Os pesquisadores do Direito comparado, estudam sistemas jurídicos de diferentes ordenamentos jurídicos, em escalas maiores ou menores, com objectivo de melhorar ou adequar os seus sistemas internos de acordo com o contexto. Com efeito, na macrocomparação estuda-se os contornos gerais de um sistema jurídico escolhido, sem se preocupar por situações menores.

Ocupa-se de modelo judicial, das fórmulas utilizadas para administração da justiça e lidar-se com questões que emergem na prática forense. Na microcomparação estuda-se os métodos de como se resolvem problemas particulares e específicos. O limite entre os dois modelos é flexível, e admite-se que ambos possam se subsidiar para o mesmo estudo.

De forma específica, a macro comparação preocupa-se de análise de sistemas pertencentes às famílias jurídicas diferentes. E por sua vez, a microcomparação se ocuparia para o estudo de

⁸ DE SOUSA, Elísio, *Manual de Direito Criminal moçambicano*, 2ª Ed. Escola Editora, 2012.

⁹ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, in Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 61, n. 3, Curitiba, UFPR, 2016.

¹⁰ Consta da Constituição moçambicana de 2018 (Lei nº 1/2018 de 12 de Junho) e da constituição brasileira de 2016; e parte das constituições de outros países do mundo.

institutos de modelos jurídicos de uma mesma família normativa, no caso, por exemplo, de família de Direito Romano-germânico, de Moçambique e do Brasil.

A disposição das ordens jurídicas do Estado por um grupo mais ou menos amplo de famílias ou tradições jurídicas tem sido artificial, porque requer olhar para as diferenças e semelhanças existentes entre suas ordens jurídicas, de forma natural e como ganhou dentro das famílias jurídicas estudadas. Por exemplo, as diferenças que separam o Direito herdado pelos ordenamentos jurídico-penais de Moçambique e do Brasil do seu colonizador¹¹, correlação ao Direito Francês, no subsistema Romano-Germano da família jurídico ocidental.

Há convergência entre diferentes sistemas, como por exemplo, os subsistemas romano-germânico e anglo-saxónico, dentro da família jurídica ocidental e o crescente número de sistemas jurídicos híbridos, ou seja, sistemas jurídicos que reúnem características fundamentais de mais do que uma família ou tradição jurídica que não podem ser facilmente organizados numa única família ou tradição. Na óptica do RENÉ DAVID, as independências dos Estados africanos e do Brasil nos séculos passados, não demarcaram nenhuma ruptura das instituições jurídicas dos antigos colonizadores e um regresso às formas de justiça tradicional¹².

Com base na afirmação acima, pode-se notar que o Direito herdado dos senhores coloniais foi mantido em vigor, em alguns novos Estados, com mínimas adaptações, e tomado como base para o desenvolvimento dos direitos nacionais. Já na afirmação do CARVALHO, na tentativa de modernizar o Direito, os novos Estados confortaram-se com os sistemas jurídicos e judiciais muito semelhantes aos dos colonizadores, continuando a optarem por não reconhecer praticamente valor às normas de Direito consuetudinário e às instâncias de justiça tradicional, por se achar retrógradas ou simplesmente matéria não jurídica¹³.

Neste contexto, ainda nota-se o real impacto das reformas empreendidas por via legislativa junto das populações, que é negativo porque continuam a reger as suas vidas pelas normas costumeiras, por vezes, em violação do Direito, ao recorrer às instâncias tradicionais para solucionar os conflitos surgidos no seio da sua sociedade. Entende-se aqui, que o Direito e as autoridades tradicionais da época colonial foram usados pelo regime como parte integrante do processo de dominação colonial, uma vez que lhes cabia reger o comportamento dos indígenas nas suas vidas quotidiana.

A propósito de Moçambique, incluindo países das antigas colónias de Portugal, foi frequente a recepção, em vários domínios, de leis que não se identificavam às suas condições e necessidades, porque eram simples cópias de leis elaboradas para um país europeu¹⁴, por um lado.

Por outro lado, as experiências de Angola e Moçambique demonstraram que as tentativas de articulação entre o Direito oficial e o costume não se traduzem num reconhecimento indiscriminado das normas e instituições costumeiras.

¹¹ O ex-colonizador de Moçambique e do Brasil foi o Portugal

¹² DAVID, René, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 54.

¹³ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra: Almedina, 2015.

¹⁴ DAVID, René, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 54.

Segundo CUCO, a lei continua a deter a primazia entre as fontes de Direito, pelo que, formalmente, apenas o costume será atendível¹⁵.

Na prática, sabe-se que muitas normas costumeiras contrárias à lei continuam a ser seguidas pelas populações, nomeadamente em matéria familiar e sucessória. A diferença entre a lei nos livros e a lei na acção não foi erradicado, apesar de todos os esforços que têm vindo a ser desenvolvidos nesse sentido¹⁶. Assim, não raras vezes, os problemas jurídicos que surgem com o choque interculturais têm natureza penal¹⁷.

Parte deste debate será apresentada ao longo do desenvolvimento do trabalho. Quanto à estrutura do trabalho está constituído por cinco principais linhas de pensamento, obedecendo a seguinte forma: no primeiro capítulo, abordar-se-à da metodologia aplicada no trabalho; no segundo capítulo fez-se a contextualização do Direito Comparado, na óptica de conceitos de diversos autores, como recomenda, JOHN W. CRESWELL¹⁸; no terceiro capítulo, tratou-se da conceptualização do homicídio recorrendo à princípios da legalidade, tendo em conta as ordens jurídicas de Moçambique e do Brasil; o quarto capítulo ocupou-se sobre as penas do homicídio no âmbito das jurisdições penais de Moçambique e do Brasil e, por último, no quinto capítulo, observou-se sobre as semelhanças e diferenças de tipo do homicídio e as penas aplicáveis entre Moçambique e Brasil; conclusão e considerações finais.

1.1. Justificativa

A razão da escolha do tema e dos países (Moçambique e Brasil), deveu-se pelo facto de serem falantes da língua portuguesa e possuírem um passado histórico intrinsecamente ligado. O Direito Penal de Moçambique, tal como do Brasil são herança do código penal português de 1886. O Código penal de Moçambique teve mais de um século sem reforma substancial ou de vulto¹⁹.

A cooperação entre Brasil e Moçambique motivou ao pesquisador a estudar de forma comparada e aprofundada o TLC, de homicídio, por causas de situações de detenções de moçambicanos e brasileiros, ambos cidadãos com provável envolvimento em actos criminais, susceptíveis de uma sanção criminal, tendo em conta as legislações jurídico-penais e específicos de cada país estudado.

A questão que se liga também ao presente contexto é a provável existência de casos de Homicídios de moçambicanos no Brasil e de brasileiros em Moçambique que no seu tratamento

¹⁵ CUCO, Arcênio Francisco, *Cultura Jurídica e Tradição: O Conflito Entre Os Usos e Costumes Tradicionais Moçambicanos e a Herança Jurídica Dos Colonizadores*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013.

¹⁶ JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA UMINHO, 2015, p. 120.

¹⁷ Cuco, Arcênio Francisco (2019), *Direito Uma necessária Problematisação*, In Severino E. Ngoenha (Coord.), (In) *Justiça: Terceiro Grande Consenso Moçambicano*, ed. Real Design, pp. 17- 30.

¹⁸ Segundo Creswell, a revisão da literatura usando método qualitativa varia de maneira considerável, (Ovídio, 1984) está orientada com base em conceitos, teoria crítica da literatura, como uma estrutura orientadora do trabalho de pesquisa.

¹⁹ DE SOUSA, Elísio, *Manual de Direito Criminal moçambicano*, 2ª Ed. Escola Editora, 2012. Passaram 128 anos, a legislação penal moçambicana sem se beneficiar da revisão.

por parte dos operadores do Direito, exige-se destes, o conhecimento pleno da legislação que rege em cada jurisdição, de forma comparativa, para viabilizar a matéria relativa à extradição.

Ainda se liga, ao contexto, como exemplo, a cooperação policial, jurídica e judiciária relativa à combate ao tráfico de drogas. Outra razão que justifica a escolha do tema da pesquisa, liga-se à vida profissional do pesquisador, feita no decurso de permanente contacto com o Piquete Operativo, da então Polícia de Investigação Criminal (PIC), na Cidade de Maputo, na qualidade de técnico Operativo de Recolhe de evidências no Local do Crime.

Durante o período de mais de uma década, o pesquisador, na vida profissional, na qualidade de técnico operativo de recolha de evidências no local do crime, identificou e examinou em diversos locais da jurisdição da Cidade de Maputo, corpos humanos sem vida de diversas nacionalidades, em muitos casos presumiu-se serem mortes de natureza criminosa, isto é homicídio. Estes elementos permitiram que o pesquisador se familiarizasse com a legislação local, e, no intuito de dar maior utilidade aos aprendizados adquiridos de forma empírica, despertou-lhe o interesse em estudar a forma como são tratadas questões criminais ligados a este TLC, em ambos países. A justificativa da pesquisa fundamentou-se em três perspectivas, nomeadamente a social, jurídica/académica e a perspectiva profissional.

Na perspectiva social, toda a pesquisa traz consigo conhecimento que pode contribuir para o desenvolvimento qualitativo da legislação penal de uma sociedade, neste contexto a sociedade moçambicana, face ao estudo do Direito Comparado e em particular os crimes contra as pessoas, especificamente o TLC, de Homicídio, que é o objecto de estudo²⁰.

Na perspectiva jurídica/académica, entende-se que o estudo se enquadra na área do Direito Comparado, especificamente Direito Público, tratando-se de pesquisa ligada ao TLC de Homicídio, nas suas diversas formas de tratamento, nos ordenamentos jurídico-penais, de Moçambique e do Brasil. Pretendeu-se produzir um conhecimento de âmbito jurídico-penal, que possa contribuir para o enriquecimento da legislação penal moçambicana.

Na perspectiva jurídica, Moçambique e o Brasil, o direito à vida está consagrado no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, e artigo 40º da Constituição da República de Moçambique (CRM) de 2004, o pensamento trazido por instrumentos constitucionais desses países converge no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹(DUDH) de forma que, as primeiras legislações do cunho penal que vigoraram em ambos países foram instituídos por país colonizador da época.

1.2. Problema de Pesquisa

²⁰Parte especial dos códigos penais moçambicano, (Lei n.º 24/2019 de 24 de Dezembro) e brasileiro, (4ª edição, actualizada por Lei nº 9.777 a 31 de Dezembro de 1998).

²¹ REPÚBLICA DE MOCAMBIQUE, **Constituição da República de Moçambique**, plural editora, Maputo, 2004; conjugado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adoptada e proclamada pela assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 217 A III, em 10 de Dezembro de 1948, Cfr.art.º 3º, preceitua que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança.

Os homicídios são realidades preocupantes no ambiente sociopolítico, económico, cultural e jurídico, no mundo inteiro, em especial para os contextos moçambicano e brasileiro. Verifica-se de forma recorrente ocorrência do TLC, de homicídio nos dois contextos estudados. Entretanto, o problema de pesquisa não se cingiu sobre a comparação de números de ocorrências de casos de homicídio nos dois países estudados, mas em que os dois ordenamentos jurídicos regulam a matéria criminal que abordam o TLC, de homicídio. Neste âmbito, preocupou-se em estudar as diferenças e semelhanças na aplicação de penas de prisão no TLC, de homicídio, no que tange a moldura penal aplicável em cada país ou jurisdição penal, para mesma circunstância de factos de ocorrência de homicídio.

Discorreu-se também sobre os tipos legais do crime de homicídio de acordo com legislação vigente. A ideia de problematizar os homicídios surgiu como um desafio para os ordenamentos jurídico-penais de Moçambique e do Brasil, países com um passado histórico intrinsecamente ligado. No entanto, procurou-se perceber quais as diferenças e as semelhanças na aplicação de penas para o TLC, de Homicídio, tendo-se em conta as seguintes categorias de análise: moldura penal prevista para o tipo legal do crime de homicídio, formas e circunstâncias de cometimento e as formas de cumprimento de penas. A pergunta que guia este estudo é a seguinte: Como Moçambique e Brasil regulam, nos seus ordenamentos jurídico-criminais, a matéria ligada ao TLC de homicídio? Que diferenças e semelhanças podem ser encontradas nos dois ordenamentos jurídicos?

1.3. Objectivos

1.3.1. Objectivo Geral:

- Comparar a forma como é tratado o TLC, de Homicídio nos ordenamentos jurídico-penais de Moçambique e do Brasil.

1.3.2. Para este trabalho, propôs-se os seguintes objectivos específicos seguintes:

- Identificar, com base nas categorias de análise apresentadas, diferenças e/ou semelhanças do TLC, do homicídio entre Moçambique e Brasil;
- Analisar a moldura penal aplicável no Crime de Homicídio para as jurisdições penais moçambicana e brasileira; e
- Analisar de forma minuciosa os TLC que derivam do crime basilar, o homicídio voluntário simples, art.º 159º CP de 2019, de Moçambique e o homicídio voluntário simples – art.º 121º CP de 2017, da jurisdição penal do Brasil, tendo em conta as circunstâncias modificativas agravantes ou atenuantes.

CAPÍTULO 1: PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Em linhas gerais, o desenho metodológico permite descrever todos os dados e elementos que constituem parte do plano geral do estudo. Assim, uma vez feita a apresentação do quadro de referência, segue-se para a metodologia de modo a dar seguimento prático ao estudo. O procedimento metodológico, permite ao investigador determinar os métodos e técnicas de investigação. Ou seja, constitui um mapa sobre como conduzir ou realizar uma pesquisa, utilizando uma metodologia específica²².

Assim, o procedimento metodológico, revelou-se bastante vantajoso no estudo, uma vez, que permitiu ao pesquisador fazer o mapeamento das técnicas, métodos e outros instrumentos essenciais de acordo com a natureza que conduziu na íntegra o processo de investigação.

Não obstante, o procedimento metodológico é uma forma de pesquisar que visa aproximar um juízo da realidade a investigar, é um método permanentemente inacabado. Aqui, a investigação se processa através de aproximações sucessivas da realidade, fornecendo subsídios para uma intervenção no real²³.

De acordo com a visão acima apresentada, nos parece que, a pesquisa científica corresponde ao resultado de um inquérito ou exame metódico, efectuado com o objectivo de resolver um problema com base em procedimentos científicos.

Investiga-se uma pessoa ou grupo capacitado, observando um aspecto da sua realidade (objecto da investigação), com vista a comprovar ou descrevê-la (investigação descritiva), ou para explorá-la (investigação exploratória). Com base nas características da nossa pesquisa, foram escolhidas diferentes modalidades, sendo possível aliar o tipo de pesquisa bibliográfico, documental até ao método comparativo do Direito.

Alguns autores dedicam-se a categorização e classificação de tipologias de pesquisa, mas o objecto da nossa pesquisa, não é discorrer sobre os principais tipos de pesquisa utilizadas no campo das ciências humanas, sociais e jurídicas, mais sim, visa colocar em destaque as pesquisas bibliográfica e documental, por entender que as mesmas implicam trazer para discussão uma metodologia que é de grande importância para a pesquisa sobre as penas de homicídio: estudo Comparado entre Brasil e Moçambique, não apenas na área das ciências jurídicas, também em outras áreas das ciências sociais²⁴.

A utilização de documentos em pesquisa deve ser valorizada, porque nele busca-se informações que justificam a sua aplicação nas diversas áreas do saber como pode ser o caso das ciências humanas, sociais e jurídicas, possibilitando ainda ampliação do entendimento do objecto cuja sua compreensão necessita de contextualização histórica e sociocultural²⁵.

²²GREIA, Jacson, *Guia para apresentação de teses dissertações e trabalhos de graduação*. Nampula: ISCG Editora, 2016.

²³FONSECA, João José Saraiva da, *Metodologia da Pesquisa Científica*, Universidade Estadual do Ceará, 2002

²⁴Vide, Lüdke e André, 1986.

²⁵ZAMBELLO, Aline Vanessa et al (Coord.), *Metodologia da pesquisa e do trabalho científico*, Penápolis: FUNEPE, 2018.

Através do exposto, acima, entende-se que é através de actividade científica, que se descobre a realidade de factos, partindo de pressuposto de que a realidade não se aparenta nem se desvenda à primeira vista, isto é, enquanto ser sempre existirá uma realidade por descobrir e para o alcance da realidade de factos a pesquisa deve seguir um processo metodológico incontornável e infundável.

Neste contexto, a eleição das técnicas de recolha de dados mais adequadas à natureza do tema, a definição dos procedimentos que nortearam o processo de registo e análise das informações obtidas foram indispensáveis.

A metodologia usada na pesquisa, quanto aos objectivos é meramente comparativa e de natureza descritiva e privilegiou a análise de documento e revisão bibliográfica, pois, pretende descrever aspectos relacionados com as semelhanças e as diferenças de aplicação de Penas do Homicídio entre Moçambique e Brasil, tendo como base o uso dos códigos penais em vigor nos ordenamentos jurídicos de Moçambique e do Brasil, em atenção aos art.^{os} 159º CPM e 121º CPB²⁶.

De seguida, caminhamos usando o método comparado do Direito e demonstrando a sua aplicação neste trabalho de acordo com a pesquisa bibliográfica e documental.

1.1. Método Comparado do Direito: sua aplicação

Neste subcapítulo será demonstrado como o método comparativo do Direito liga-se a pesquisa bibliográfica e documental, conforme se propôs como método de estudos no trabalho. É importante salientar que, a utilização do método comparativo do Direito, no presente estudo, iniciou-se pela pesquisa bibliográfica seguida de documental, por serem primordiais e que sempre antecederam a execução de qualquer trabalho científico.

O estudo bibliográfico liga-se à leitura, análise e interpretação de livros, revistas científicas, relatórios, teses, monografias, isto, é, foi a via pela qual o pesquisador garantiu de forma segura a elaboração de um trabalho científico meritório²⁷. A pesquisa já referenciada exigiu do estudo um plano, após análise da literatura disponível acerca do tema, Penas de Homicídio: Estudo Comparado Entre Brasil e Moçambique.

Num outro contexto, olhando para o tipo de problema em estudo, releva afirmar que ainda que o tipo de pesquisa bibliográfica, esteja enquadrado no contexto de procedimentos técnicos, ajudou na compreensão acerca das similitudes e diferenças da aplicação de penas de privação de liberdade no contexto de homicídio nos ordenamentos jurídico-penais de Brasil e Moçambique.

1.2. Uso da Pesquisa Bibliográfica

A bibliografia pertinente ofereceu meios para definir, resolver questões de estudo científico, não somente o problema já conhecido, mas também explorar novas áreas onde as questões não se

²⁶ Art.^{os} 159º e 121º, homicídio voluntario simples e uso da legislação avulsa em vigor em ambas jurisdições.

²⁷ OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de, *Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em Administração*. Catalão: Universidade Federal de Goiás, 2011, p. 53.

cristalizaram suficientemente e ter como foco permitir ao pesquisador o reforço paralelo da análise ou manipulação de suas informações.

De acordo com MARINA DE ANDRADE MARCONI E EVA MARIA LAKATOS, uma pesquisa bibliográfica não significa apenas uma questão de mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre um determinado assunto, mas também oferece um exame de um tema sob novas perspectivas ou abordagem, podendo trazer reflexões ou conclusões significativamente novas²⁸.

Segundo HENRIQUES E MEDEIRO, a pesquisa bibliográfica consiste essencialmente em selecionar informações bibliográficas tais como livros, dicionários, artigos científicos, documentos que permitem contribuir para explicar o problema objecto da investigação. Esse tipo de pesquisa visa conhecer e analisar as contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema, o que faz dela um instrumento indispensável para qualquer tipo de pesquisa²⁹.

Ainda, ANTONIO CARLOS GIL, explica que os estudos científicos se baseiam unicamente no estudo bibliográfico, procurando referências teóricas publicadas com o objectivo central de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema no qual se procura analisar nas diversas posições acerca do mesmo³⁰.

Como se pode depreender segundo autores acima, a pesquisa bibliográfica permite ao cientista encontrar caminhos para analisar dados evitando repetições de assuntos já estudados. Com efeito, o tema da pesquisa, *Do Homicídio: Um Estudo Comparado Entre Moçambique e Brasil sobre a Aplicação de Penas*, tem sido desenvolvido sob variadas perspectivas e campos de saber. Contudo, o tipo de pesquisa acima referida para além de deixar em perspectiva o que foi anteriormente colocado, permitiu também que se pudesse desenvolver o estudo procurando encontrar diferenças e semelhanças nas duas realidades em destaque³¹.

A pesquisa bibliográfica, caracterizou-se por exclusivo uso de fontes bibliográficas, sendo no entanto, a principal vantagem que permitiu ao pesquisador uma ampla abrangência diferentemente no que acontece nas fontes directa. Portanto, nesta pesquisa foi incontornável a sua aplicação porque o seu problema alimenta-se de dados dispersos, como são os casos de estudos históricos (Legislação penal brasileira e moçambicana)³², neste âmbito fez-se comparação de dados ou informações para verificar as possíveis semelhanças e diferenças o que possibilitou ao pesquisador emitir suas conclusões.

²⁸ MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva. Maria, **Fundamentos de metodologia científica** 5ª ed. - São Paulo: Atlas 2003.

²⁹ HENRIQUES, Antonio e MEDEIROS, João, *Metodologia científica na pesquisa jurídica*, 9. ed., rev. e reform. São Paulo : Atlas, 2017. Acesso em http://www.adm.ufrpe.br/sites/www4.deinfo.ufrpe.br/files/Metodologia_Cienti%CC%81fica_na_Pesquisa.pdf dia 31 de agosto de 2024, pelas 11h32.

³⁰ GIL, António Carlos, **Como elaborar Projectos de Pesquisa**, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 102.

³¹ OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de, **Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em Administração**, 2011, p. 53.

³² Brasil e Moçambique tem um passado histórico intrinsecamente ligados por terem sido colonizados ambos por Portugal.

1.3. Uso da Pesquisa Documental

Falar de documentos refere-se a um conjunto de elementos escritos passíveis de trazer um conhecimento sobre o acontecimento.

Segundo autor, ANDRÉ CELLARD, documento constitui uma declaração escrita que ilustra e serve de prova de um acontecimento, facto ou estado, ou seja qualquer objecto que demonstra e prove o registo de uma ocorrência³³. Já na óptica da LARA e Et. All, documentos são quaisquer materiais escritos, arquivos de dados produzidos por processadores de textos³⁴.

Na outra perspectiva os autores, LANGLOIS E SEIGNOBOS, citados por LARA e Et. All, o documento é a principal base do início de uma discussão numa obra de metodologia que pode influenciar inúmeros pesquisadores, para dar início a produção de conceitos, que poderão ser aplicados quase e exclusivamente aos textos, particularmente dos arquivos oficiais.

Ainda na perspectiva desta autora, o documento não engloba apenas objectos criados por ser humano, como são casos de revistas, jornais, livros e registos em base de dados, inclui também objectos preservados em museus e peças de coleccionadores. No entanto, designa-se também por documento qualquer elemento preservado ou simbólico para fins de representação, reconstruir ou provar um fenómeno intelectual ou físico³⁵.

Portanto, a pesquisa documental assim como a pesquisa bibliográfica são basicamente teóricas e que exigem a colecta de dados ou documentos para posteriormente serem analisados. É nesse contexto, em que a pesquisa documental tem haver com a pesquisa bibliográfica e não tem sido fácil por vezes distingui-las uma de outra.

No entanto, para ANTÓNIO CARLOS GIL, entende que, sua diferenciação é só lembrar-se que a pesquisa bibliográfica utiliza fontes constituídas por material já elaborado, basicamente por livros e artigos científicos localizados em bibliotecas diferentemente com relação a pesquisa documental que simplesmente recorre a fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, cartas, filmes, fotografias, pinturas, outros materiais que neles podem se encontrar informações de interesse do pesquisador³⁶.

É neste contexto, que se conclui que o desenvolvimento da investigação documental segue os mesmos passos que a investigação bibliográfica. Porém, nota-se que, na investigação bibliográfica as fontes são compostas principalmente por material impresso localizado nas bibliotecas, diferentemente da investigação documental que as fontes são muito mais diversificadas e dispersas. No entanto, nesta, pode se atender documentos em primeira mão que não receberam qualquer tratamento analítico.

³³CELLARD, André, *A análise documental*. In: POUPART, J. et al. (Coord.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 28.

³⁴LARA, Marilda Lopes Ginez; MENDES, Luciana Cortis, *Suzanne Briet e a documentação como técnica cultural*. *Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação* In: Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação, v.14, n. esp., jul. 2018, p. 77.

³⁵LARA, Marilda Lopes Ginez; MENDES, Luciana Cortis, *Suzanne Briet e a documentação como técnica cultural*. *Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação*, 2018, p. 77

³⁶GIL, António Carlos, *Como elaborar Projectos de Pesquisa*, 2002, p. 102.

Nesta categoria estão documentos guardados em arquivos de organismos públicos e instituições privadas, tais como associações científicas, igrejas, sindicatos, partidos políticos, e outros, de entre inúmeros documentos como cartas pessoais, diários, fotografias, gravações, memorandos, regulamentos, cartas e boletins informativos. Portanto, os elementos que constituem a pesquisa documental, tanto bibliográfico permitem avaliar o alcance e o significado da pesquisa jurídica comparativa na actualidade, partindo das manifestações iniciais, registadas na época passada, que foi surgindo de forma paulatina o corpo de conhecimento científico, de âmbito do Direito Comparado.

No entanto, no passado o objecto do Direito Comparado, estava restrito ao simples exame dos direitos estrangeiros, foi evoluindo no sentido de uma preocupação mais ampla, atingindo na actualidade o factor jurisprudencial e a Ciência Jurídica, visando a internacionalização dos seus princípios.

A investigação realizada com base no Direito Comparado possibilitou ao pesquisador a abertura de novos caminhos à Ciência do Direito que, com base nos progressos alcançados pela contínua actividade científica dos seus autores, foi atendendo melhor ou não as necessidades criadas pelas mudança de paradigmas societárias no mundo e dos problemas relacionados com diversos planos da existência do homem. As investigações científicas registadas no século vigente colocam o Direito Comparado como valioso instrumento para obtenção de melhor entendimento no plano do Direito Público e das relações internacionais, como é o caso da cooperação Moçambique - Brasil, em especial no âmbito jurídico.

A internacionalização do direito comparado feita através dos seus princípios, tem uma base documental escritos e validos que será através destes documentos que o pesquisador vai fazer uma análise comparativa do crime de homicídio nos dois países – Moçambique e Brasil.

1.4. O Uso do Método Comparativo no Direito

Um dos métodos mais nobre e a ser usado em razão da temática ou estudo é o método comparativo do Direito. Assim, explica JULIANO HEINEN, que o método comparativo é a realização de pesquisa com base em comparações de conteúdos científicos, com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências³⁷.

Este método centrado em estudo de semelhanças e diferenças, foi usado na pesquisa com fim de realizar comparações em relação ao tema de modo a explicar divergências e semelhanças, portanto, ao ocupar-se das explicações de fenómenos, relacionados com o tipo legal do crime de homicídio, permite analisar o dado concreto, deduzindo elementos que compõe nos dois Estados.

Optou-se pelo método comparativo porque com base neste far-se-ia o exame das relações entre as penas aplicáveis em Moçambique e no Brasil, no tipo legal de crime de homicídio. No que tange ao método escolhido associa-se ao bibliográfico, conforme nos referimos anteriormente, por

³⁷ HEINEN, Juliano, *Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas*, 2017. Disponível em Email: julianoheinen@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7687802519468461>, acesso 31.08.2024. 12h30.

razões obvio foi usado na colecta de dados e informações com base de leitura de textos nos quais serviram de suporte ao desenvolvimento do estudo.

O método comparativo do Direito, procede pela investigação de indivíduos, classes, fenómenos ou factos, no entanto, para presente discussão vai-se circunscrever na análise da norma penal do crime do homicídio na esfera jurídica moçambicana e brasileira, com vista a ressaltar as diferenças e similaridades entre elas.

A ampla utilização do método comparativo do direito, nas ciências sociais e jurídicas, deve-se ao facto de possibilitar o estudo comparativo de grandes agrupamentos sociais, sistemas normativos eparados pelo espaço e pelo tempo, embora o mesmo é visto como mais superficial em relação a outros métodos.

No direito comparado o método se destaca por um importante papel e como parte integrante de um processo de pesquisa que necessita da sua utilização para encontrar as respostas pretendidas.

Não é possível se pensar no exercício do estudo do Direito Comparado sem a identificação, escolha e aplicação de um determinado método. A pesquisa científica visa garantir, fundamentalmente, um trabalho cientificamente rigoroso considerada exigente por ter sido desenvolvida conforme padrões que deram suporte à conclusão final de seu estudo.

A importância do método em Direito Comparado, não é contestada por nenhum comparativista. O problema surge exactamente no momento em que alguns autores insistem em condicionar a disciplina do direito comparado como expressão apenas de um método exclusivo.

Segundo DUTRA, o direito comparado, em si, não pode ser considerado neutro. Ele tem uma característica intrinsecamente intencional em seu trabalho, especialmente em projectos de pesquisa de sistemas jurídicos, para verificar as semelhanças, diferenças com vista ao melhoramento do sistema jurídico nacional³⁸.

Importa salientar que quanto aos tipos de pesquisa, os procedimentos de colecta de dados não são invariáveis, pós, um procedimento não rejeita a possibilidade de outro tipo de pesquisa estar presente no mesmo estudo. Neste contexto, a pesquisa envolve Estudo Comparado com o tema Aplicação de Penas no Crime de Homicídio, na ordem jurídica moçambicana e brasileira.

Na análise e comparação de ordenamentos jurídicos distintos, como é o caso de Moçambique e Brasil, foi possível não só encontrar os seus pontos comuns e as suas particularidades como, também, captar as características básicas de cada ordenamento jurídico-penal, o espírito do seu povo, as suas instituições, e o seu projecto histórico.

O conhecimento recíproco irá favorecer a criação de canais de comunicações numa base sólida, ampla e autêntica, que poderão eliminar possíveis controvérsias e incógnitas existentes no campo jurídico-penal e das relações internacionais, cujas dimensões ainda não foram suficientemente consolidadas. Segundo DUTRA, a pesquisa em Direito Comparado representa um

³⁸ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, in Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 61, n.3, Curitiba, UFPR, 2016.

esforço em direcção à paz mundial, embora ainda seja um desafio para os jus comparativistas e especialistas em ensino do Direito³⁹.

A palavra método declara a própria versatilidade do vocábulo. Ela tem origem no termo grego que significa a junção das palavras *metá* (após) e *odós* (que significa caminhar por uma certa rota)⁴⁰. O termo método refere-se a um caminho, a uma direcção a seguir, um conjunto de processos intelectuais mais ou menos complexos que permitem encontrar um objectivo determinado.

A expressão, posteriormente deu origem ao latim *methodos*, que significa “modo de proceder”, “procedimento racional” e “sistema de classificação”, e ao francês *méthode*⁴¹, que se refere a “procedimento racional”. Numa linguagem moderna, ele teria dois sentidos principais. O primeiro estaria ligado à descrição para alcançar certos objectivos, enquanto o segundo estaria vinculado a uma qualidade de ser bem organizado e sistematizado no pensamento ou na acção⁴².

Método é conjunto de maneira mais ou menos abstracta, concreta, precisa ou vaga ou seja, plano de trabalho em razão de uma meta específica⁴³ numa abordagem pedagógica podemos encontrar quatro concepções de método.

A primeira seria de nível filosófico e tem como sentido um conjunto de operações intelectuais pelas quais uma disciplina procura alcançar as verdades que ela persegue.

A segunda concepção, conecta-se a uma ideia de “atitude concreta face a um objecto de análise”. Neste contexto, mais do que a um método específico, seu sentido está ligado a um grupo de tipos de métodos que estão integrados a certos programas metodológicos, mais ou menos concretos, que são elaborados com o intuito de determinar as etapas da pesquisa e que variam de acordo com os objectos estudados⁴⁴.

Um método também pode ser entendido como “esquemas de explicação” que se podem colocar de maneira mais ou menos expandida e situarem-se num nível de profundidade diferente. O método dialéctico, em que há uma exposição de argumentos pró e contra com uma conclusão; o funcionalista, em que se faz uma acentuação da função ocupada pelos objectos estudados; o sistemático, em que há a apresentação de um objecto como parte de um sistema; o sintético, em que há a acentuação naquilo que é essencial para a análise; e o analítico, em que se acentuam os elementos distintivos, são exemplos desses esquemas⁴⁵.

Por fim, noção de método como um domínio particular. Esse sentido está ligado com as especificidades de certas disciplinas, de certos domínios particulares do conhecimento. Como

³⁹ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, 2016.

⁴⁰ GRAWITZ, Madelaine, *Méthodes des Sciences Sociales*. Paris: Dalloz, 2001, p. 352

⁴¹ Méthode – significa método em português, segundo dicionário escolar francês – português; português – francês, porto editora, 2001.

⁴² Ibidem., 2001, P. 352.

⁴³ Ibidem., 2001, P. 352.

⁴⁴ Ibidem., 2001, P. 352.

⁴⁵ Vide, DUTRA, Deo Campos em: [https://www.researchgate.net/publication/312202721_MÉTODO\(S\)_EM_DIREITO_COMPARADO](https://www.researchgate.net/publication/312202721_MÉTODO(S)_EM_DIREITO_COMPARADO) Artigo in Revista da Faculdade de Direito UFPR · Dezembro 2016 DOI: 10.5380/rfdufr.v61i3.46620. consultado em 01. De junho de 2016. As 7horas 30 min.

exemplo dessa perspectiva, podemos destacar o método histórico, o psicanalítico, o sociológico e o jurídico⁴⁶.

No Direito Comparado o método se destaca por um importante papel, como parte integrante de um processo de pesquisa que necessita de sua utilização para encontrar as respostas pretendidas. Não é possível se pensar no exercício do estudo do Direito Comparado sem a identificação, escolha e aplicação de um determinado método.

Este “guia” para a pesquisa científica pretende garantir, fundamentalmente, um trabalho cientificamente rigoroso. Ele será considerado exigente exactamente por ter sido desenvolvido conforme padrões que darão suporte a todo trabalho de pesquisa realizado. A utilização de um determinado método significa, portanto, a garantia de identificação de uma relevante e segura informação ao final da pesquisa⁴⁷.

A importância do método não é contestada por nenhum autor do Direito Comparado, no entanto o problema surge exactamente no momento em que alguns autores insistem em condicionar a disciplina do Direito Comparado como expressão apenas de um método exclusivo. Ainda hoje, existem pesquisadores que identificam o Direito Comparado como método, não conseguem oferecer a resposta sobre qual seria o método do Direito Comparado, deixando, no máximo, uma resposta vaga para a questão⁴⁸.

O Direito Comparado, como disciplina jurídica, pretende encontrar suas respostas científicas utilizando-se de um processo de pesquisa que perpassa a escolha e aplicação de um ou de vários métodos jurídicos comparados. Assim sendo, é preciso entender o que se expressa quando se fala do termo método. É preciso, também, entender o que não se diz com o uso do vocábulo.

Diante de tantos sentidos, a palavra método pode perder muito de sua centralidade e importância caso haja uma leitura apressada do termo e de sua aplicabilidade na pesquisa do Direito Comparado. Uma importante contribuição nesse debate parte da adopção de um caminho distinto nessa árdua tarefa de conceituação.

Segundo GLANERT CITADO POR DUTRA, é preciso compreender, antes de mais nada, o que o *método não é*. Essas ideias, ao contrário da tradicional passagem feita pelos autores, opõem-se à ideia de método como caminho para o conhecimento e do sentido do método como primordialmente epistemológico⁴⁹.

Essa opção, por outro lado, mesmo parece que está se afastar da maioria da doutrina, aproximando-se em vários momentos a diversas e importantes observações sobre aplicabilidade do método na pesquisa comparada. No entanto, ela nos auxiliou no complexo processo de entendimento que se deve ter do termo e se impõe importantes reflexões que são úteis para o melhor entendimento e uso do método e da metodologia na presente pesquisa.

A primeira assertiva da autora afirma que o método não é “*pan-disciplinar*” significando isso, que o método não pode ser separado de seu contexto. Assim, como na lógica não existe

⁴⁶ GRAWITZ, Madelaine, *Méthodes des Sciences Sociales*, 2001, p. 352

⁴⁷ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, 2016, p. 193

⁴⁸ Ibidem., 2016, P. 194

⁴⁹ Ibidem., 2016, P. 194.

método que possa ser válido para todo o domínio do conhecimento e não há lógica que possa prescindir de seu objecto⁵⁰.

Neste contexto, existe uma infinidade de métodos que podem ser identificados em cada formação disciplinar, e uma verdadeira pluralidade de métodos que podem ser utilizados, desde que se observe os objectivos e seu âmbito da aplicação.

Ao mesmo tempo, a autora, refere que um método não pode ser considerado como absoluto. Essa afirmação é condizente com a mais recente doutrina que analisa a metodologia na perspectiva do Direito Comparado. Há, fundamentalmente, uma diversidade de métodos em cada disciplina, e no Direito Comparado não é diferente. Actualmente vem ganhando prevalência no campo doutrinário a perspectiva interdisciplinar.

Nesse sentido, faz-se necessário que os comparatistas analisem os diversos métodos razoáveis, diversos esquemas de inteligibilidade, paradigmas e perspectivas epistemológicas que são aplicáveis nas ciências e nas ciências sociais⁵¹.

O método também não é objectivo. Apesar de suas iniciais aspirações, o facto é que todo método é produzido por um indivíduo particular, situado num determinado tempo e espaço. Como salienta Glanert, que “todo método é o método de alguém”⁵². Há, portanto, uma inevitável subjectividade que não pode ser negada quando falamos de método.

No mesmo sentido e além, o Direito Comparado, em si, não pode ser considerado neutro por ter uma característica intrinsecamente intencional em seu trabalho, especialmente em projectos como o mapeamento do mundo em sistemas jurídicos⁵³.

No entanto, não se pode deixar de afirmar que todo método é especulativo, todo trabalho académico, apesar da ambição claramente contrária, lida com o domínio da representação. Como cada representação é gerada por um observador situado, é inevitável que ela contenha uma descrição⁵⁴.

Ademais, não se podia desconsiderar que o Direito Comparado também está afectado por esse factor. A lei estrangeira, portanto, objecto de estudo dos comparatistas, é, no entanto, transformada na própria linguagem do estudioso. Essa transformação é inevitável, por maiores que sejam os esforços em sentido contrário⁵⁵. Essa perspectiva sobre o método, converge a uma teoria hermenêutica crítica liderada por PIERRE LEGRAND, a partir da França, e pode ser em diversos sentidos questionada, até chega a ser repelida⁵⁶.

Ela, contudo, não deixa de acrescentar, de maneira importante, uma perspectiva que pode ajudar a entender melhor o conceito e o sentido deste controverso termo. Compreender a complexidade do sentido do termo *método*, suas áreas nebulosas e possíveis fraquezas, para tal

⁵⁰ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, 2016, p. 196.

⁵¹ Ibidem., 2016, P. 196.

⁵² Ibidem., 2016, P. 197

⁵³ Ibidem., 2016, P. 197

⁵⁴ Ibidem., 2016, P. 197

⁵⁵ Ibidem., 2016, P. 198.

⁵⁶ Ibidem., 2016, P. 198.

auxiliou-nos a entender melhor o que se pretende afirmar quando se diz *método(s)* em Direito Comparado.

1.4.1. O Método Comparativo do Direito e os Meios Técnicos da Investigação Científica

A comparação dos Direitos, segundo COSSA, será o método usado na comparação de dois ou mais objectos com as mesmas características e que analisados produzem resultados diferentes ou seja objectos com características diferentes na sua análise nos conduzem aos resultados semelhantes⁵⁷.

Os métodos que indicam os meios da investigação têm como objectivo, “[...] proporcionar ao investigador ferramenta que garanta a objectividade e a precisão no estudo dos factos sociais.” Segundo GIL, em termos científicos, o método indicará um procedimento, sucessão de actos, etapas ou fases para se ampliar o conhecimento acerca de determinado objecto de estudo⁵⁸, pois é um procedimento que pode dar uma dada objectividade à pesquisa científica⁵⁹.

No entanto, o GIL, considera o método comparativo, como aquele que investiga o objecto “[...] com vista a estabelecer e ressaltar as semelhanças e diferenças existentes entre elas”⁶⁰.

A partir destas frases, pode-se dizer que o método Comparativo é uma maneira de produzir conhecimento mediante a um processo comparação de dois ou mais institutos ou regras de Direito positivo diversos, a fim de esclarecer semelhanças e diferenças mediante um confronto normativo e por meio dele procurar oferecer soluções jurídicas.

Na aplicação do método do Direito Comparado, vários cuidados devem ser tomados, justamente pelas peculiaridades, cultura, normas jurídicas, que são, por vezes, tão incompatíveis, que podem tornar-se impossível aplicar tal modelo de solução num outro ordenamento jurídico penal.

O importante para o sucesso da metodologia em questão, é conferir precisão ao objecto de comparação, dando conta de avaliar qual é o foco exacto daquilo que se está a confrontar. Para tal, o pesquisador deve se colocar no lugar do jurista estrangeiro para entender seu contexto, isto é, deve conhecer este Direito antes do mencionado confronto⁶¹.

Segundo DAVID, os comparatistas estudam sistemas jurídicos de diferentes nações, em escalas maiores ou menores que resume-se em Macro e microcomparação. A Macrocomparação ocupa-se com contornos gerais de um sistema, sem encostar-se a problemas menores ou particulares. Preocupa-se com o modelo judicial, com as fórmulas utilizadas para se administrar a justiça e para se lidar com as questões que emergem da prática forense⁶².

⁵⁷ COSSA, José de Ionocêncio Narciso, *Estratégia De Elaboração De Projectos De Pesquis E Trabalhos De Fim- De-Curso*, 1ª Ed., Maputo, 2024

⁵⁸ GIL, António Carlos, *Como elaborar Projectos de Pesquisa*, 2002.

⁵⁹ Ibidem., 2002, P. 31.

⁶⁰ Ibidem., 2002, P. 31.

⁶¹ DAVID, René, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 9

⁶² Ibidem., 2020, P. 9.

Enquanto a microcomparação, por um lado estuda os métodos como se resolvem os problemas particulares e específicos. A fronteira entre os dois modelos é flexível, como se disse anteriormente, admite-se que ambos possam conviver com uma mesma pesquisa. Mais especificamente, a macrocomparação se orientaria para análise de sistemas pertencentes a famílias jurídicas diferentes. A microcomparação se dirigiria para estudo de institutos de modelos jurídicos de uma mesma família normativa.

A presente pesquisa ao se desenvolver usando o método comparativo, com vista a aferir os pontos convergentes e divergentes de duas ordens jurídicas diferentes (Moçambique e Brasil), enquadra-se também no modelo de microcomparação. Tais metodologias têm por finalidade comparar e aproximar os progressos de cada campo que se confronta e propondo soluções jurídicas.

É claro, que tal método enfrenta dificuldades e críticas. Uma delas consiste no facto de que, na maioria das vezes, os modelos jurídicos a serem comparados não possuem a mesma unidade. Vale dizer, eles podem não abordar o mesmo objecto, não deter os mesmos limites ou sequer estarem bem precisados.

A aplicação do método, então, deve partir da premissa de que as instituições jurídicas a serem comparados já se encontram definidas por cada ordenamento jurídico, o que não impede que sejam eles diferentes. Para tanto, o intérprete, antes de confrontar estes institutos, deverá compreendê-los e perceber sua inserção no ordenamento jurídico como um todo e sua hierarquia.

Assim, a metodologia em questão não aproxima e não compara apenas legislações diversas, mas também o contexto em que estão inseridas, propondo soluções jurídicas a partir deste confronto. Além disso, os facilitadores jurídicos adoptados por cada nação, devem compreender a disciplina jurídica que rege estas soluções⁶³ olhando o regime jurídico aplicável.

Uma vez mais, para se aplicar o método de Direito Comparado, necessita-se, essencialmente, conhecer o “ambiente dogmático” dos objectos de estudo confrontados. Quando os sistemas jurídicos a serem comparados não concentrarem em suas regras em um diploma específico, como, por exemplo, em um código, o certo é fazer-se uma pesquisa das fontes do direito que tratam o mesmo tema.

De outro lado, as definições dos sistemas jurídicos ou dos objectos que se estão a comparar não podem ficar necessariamente baseadas em um critério único. O método comparatista, no mais das vezes, reclama a conjugação de vários critérios, assim como, vários métodos comparatistas.

Deve-se deixar claro que a metodologia ora estudada se sofisticou a tal ponto de surgirem, ao longo do tempo, vários métodos de Direito Comparado, dependendo do objectivo ou do objecto a ser pesquisado. Portanto, é fundamental, neste âmbito, escolher o método mais eficiente à pesquisa a ser implementada, alias explica o DUTRA e RIVERO, que com base nas suas premissas importantes, segundo as quais, refere que não deve existir um único método adequado para este contexto⁶⁴.

⁶³ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80

⁶⁴ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, in Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 61, n.3, Curitiba, UFPR, 2016, p. 197; RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 100-101.

Em síntese, como se viu, o método comparado possui três elementos: o *comparatum* (objecto que se pretende confrontar), o *comparadum* (objecto confrontado) e o *tertio comparationis* (produto desta comparação), trata-se da união dos outros dois (*comparatum* e *comparadum*)⁶⁵.

Ademais, destacamos que os elementos a serem comparados podem variar em termos numéricos. Partindo da classificação do GIL, a variedade de métodos pode ser dividida em dois grandes grupos, ou seja: “[...] os que proporcionam as bases lógicas da investigação científica e os que esclarecem acerca dos procedimentos técnicos que poderão ser utilizados”⁶⁶.

Segundo GIL, estes últimos, em que se inclui o método comparativo, procuram proporcionar ao investigador os meios técnicos para garantir a objectividade e a precisão no estudo dos factos sociais ou jurídicos⁶⁷.

a) Métodos que proporcionam as bases lógicas da investigação científica: incluem-se aqui os métodos dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo, dialéctico e fenomenológico;

b) Métodos que indicam os meios técnicos da investigação: experimental, observacional, comparativo, estatístico, clínico, monográfico.

A partir destes métodos, podem ser estabelecidas teorias e quadro de referências que podem se ajustar no tema escolhido, os quais desempenham um importante factor metodológico na pesquisa. Algumas dessas “grandes teorias” ou “quadros de referência” chegam a ser designados como “métodos”⁶⁸.

Eles podem se subdividir em:

1. Funcionalismo;
2. Estruturalismo;
3. Compreensão;
4. Materialismo histórico;
5. Etnometodologia.

Assim, de acordo com a classificação proposta, o método comparativo estaria dentro do grupo de modelos de solução que pretende estabelecer “meios técnicos da investigação”. Isto prova que a pesquisa do tema, Penas de Homicídio: Estudo Comparado entre Moçambique e Brasil, poderá se valer deste método, mas também de outro, inclusive ligado ao grupo que proporciona as directrizes lógicas para a investigação científica.

Especificamente no que tange ao método de pesquisa comparativa, na visão do Deo Campos Dutra, com base em Hoecke, apresenta seis diferentes espécies deste importante instituto: o funcional, o analítico, o estrutural, o histórico, o contextualizado (*law in context*) e o método do núcleo comum (*common core*)⁶⁹.

⁶⁵ JENSEN, Geziela e SGARBOSSA, Luís Fernando, *Elementos de direito comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Poro Alegre: Sérgio Fabris, 2008, p. 181.

⁶⁶ GIL, António Carlos, *Como elaborar Projectos de Pesquisa*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 26-27.

⁶⁷ Ibidem., 2002, P P.26-27.

⁶⁸ Ibidem., 2002, P P. 36-40 .

⁶⁹ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, in Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 61, n.3, Curitiba, UFPR, 2016, p. 197- 198.

Como se percebe que a classificação das metodologias pode variar, sendo que cada uma delas possui suas peculiaridades, relevâncias e pontos discutíveis. De outro lado, sequer se pode dizer que estamos diante de um rol taxativo. Com base na classificação proposta, se pode sintetizar o conteúdo de cada uma das espécies de método de Direito Comparado do seguinte modo:

a) Funcionalista: diante de conflitos sociais que se encontram presentes em dois sistemas jurídicos, intenciona-se encontrar respostas ou distinções comuns⁷⁰. Por exemplo: o acidente de trânsito e o homicídio independentemente da designação conferida por cada jurisdição, é sempre um problema comum em quase todas as comunidades do mundo. Comparar como os sistemas jurídicos de vários países enfrentam estes acontecimentos pode ser profícuo em uma pesquisa científica que visa a propor soluções jurídicas para a disfunção social mencionada. Assim, o “funcionalismo” estaria focado nos efeitos das regras, e não nas regras em si mesmas consideradas. Aliás, tal metodologia é bastante profícua como “procedimento de avaliação”, nesta base, propusemo-nos saber qual é, a moldura penal aplicável ao cidadão em conflito com os preceitos legais previsto do art.º 159ºCPM e art.º 121ºCPB.

b) Analítico: tal método considera e compara conceitos e definições comuns, presentes nos vários sistemas de direito, a fim de produzir, por consequência, soluções compartilhadas. Ou mesmo produzir transplantes de um sistema a outro; como se testa a seguir na nossa apresentação de resultados de pesquisa, quanto as semelhanças e diferenças encontradas e sua utilidade para cada jurisdição estudada.

c) Estrutural: tal método pretende comparar toda a estrutura de dois ou mais sistemas jurídicos. Ao contrário dos anteriores, este perfaz um confronto amplo, enquanto aqueles perfazem uma comparação mais tópica. Exemplo: contrapor os conceitos de Direito Privado com os de Direito Público. É verdade que tal método se preocupa muito, mais com as distinções, do que com as similitudes;

d) Histórico: este método também pode ser considerado bastante amplo e importante, porque focará no confronto da formação de institutos jurídicos ou do sistema, a fim de comparar a evolução de ambos. Aliás, tal modelo de solução pode revelar mais do que a evolução das coisas, mas também demonstrar que as coisas já existiam no passado e comparar o estágio de desenvolvimento de cada sistema jurídico. Tal método pode ser considerado uma espécie do modelo contextualizado, a seguir exposto e testado na introdução do presente trabalho;

e) Contextualizado (*law in context*): esta perspectiva defende que não é possível, sem um processo rigoroso de contextualização, fazer uma análise comparativa, porque não se pode desconsiderar esta visão de completude, sob pena de se confrontar dois sistemas completamente diferentes, ao mesmo tempo em que se perderia a noção de todo. Este método dificilmente será aplicado de modo isolado, ou seja, sem estar conjugado com outros.

É um modelo bastante apropriado quando se está a estudar o direito a partir de uma obliquidade interdisciplinar;

⁷⁰ SACCO, Rodolfo, *Introdução ao direito comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29

f) Núcleo comum (*common core*): tem por objectivo identificar pontos comuns entre dois institutos jurídicos. Neste caso, o homicídio Voluntário Simples, na ordem jurídica moçambicana e brasileira.

Na visão do GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, enaltece que, na comparação dos institutos da família romano-germânica dos direitos e da "*Common Law*", confirma-se que não é permitido, em Direito Comparado, estabelecerem-se juízos de valor quanto a este ou aquele instituto, uma vez que ambos são criaturas da cultura e da civilização que plenamente cumprem com as funções para as quais o engenho humano os criou: proteger e salvaguardar a sociedade humana⁷¹.

O autor, esclarece ainda que, se os juristas e advogados da família romano-germânicas olham com certa emulação a adequação dos "*case laws*" à realidade, advogados e juristas da "*Common Law*" olham com uma certa tristeza, em face da harmonia e racionalidade dos códigos.

Na essência é, o velho contraste indução/dedução, ambos métodos válidos. No fundo, tanto a dedução quanto a indução, constituem-se em métodos científicos de conhecimento, aquela aplicável às ciências especulativas, esta às ciências práticas, porém não com exclusividade, pois na física ou na biologia existe a utilização de ambos os processos metodológicos⁷².

Nas ciências do comportamento do homem, que trabalham tanto com juízos de realidade, quanto com juízos de valor, o intercâmbio de ambos os métodos é ainda mais necessário, inclusive como condição de verificação de provas das afirmações, sob pena de falseamento dos pedidos científicos, seja por uma generalização inexistente, ao que pode levar o abuso da indução; seja por um abstraccionismo que descreva o mundo dos homens, como se fosse constituído de seres perfeitos e angelicais seria o grande risco do abuso dos processos dedutivos.

Contemporaneamente, mereceu acalorado prestígio o método que fica na "dimensão cultural do Direito Comparado"⁷³, apresentada por ERIK JAYME CITADO POR DUTRA.

Na óptica de CURY, a partir de uma percepção da realidade actual, verifica-se que a diversidade cultural não pode ser desconhecida. Aliás, deve ser tomada como ponto de partida, para melhor, se perfazer a comparação entre os institutos jurídicos⁷⁴.

Portanto, jamais o método comparatista pode pretender se universalizar. A contextualização do universo cultural do direito passa a ser uma exigência. Diante de tantas diversidades, resta ao referido método apenas declará-las.

Como foi visto, todas essas espécies de métodos de pesquisa comparativa podem ser associadas e aplicadas conjuntamente. E, não podemos dizer, ao menos *a priori*, que uma teria precedência ou hierarquia sobre o outro, porque tudo depende do quê e de que forma se quer

⁷¹ SOARES, Guido Fernando Silva, *Estudos de direito comparado: O que é a "common law", em particular, a dos EUA*. São Paulo, 1997.

⁷² FREIXO, Manuel João Vaz, metodologia científica, fundamentos, métodos e técnicas, 2ª ed. 2010. pp. 91 a 98.

⁷³ Erik Jayme, 1997, pp. 813-829, in DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em Direito Comparado*, in Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 61, n. 3, Curitiba, UFPR, 2016.

⁷⁴ CURY, Paula Maria Nasser, *Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo: UNISINOS, v. 6, n. 2, 2014, p. 181.

pesquisar. Assim, cada método deverá ser seleccionado pelo pesquisador a depender daquilo que se está a pesquisar, e de forma como se quer pesquisar.

Das reflexões expostas acima e considerando o objecto e finalidade do estudo, o método comparativo torna-se imprescindível para este trabalho, na medida em que resulta do facto de ser um método de procedimento, e técnica investigativa na qual melhor pode-se determinar as semelhanças e diferenças na aplicação de penas nos crimes de homicídios no ordenamento jurídico-penal de Moçambique e do Brasil.

Importa relembrar que o método comparativo de pesquisa pode ser empregue, juntamente, com outros métodos, como se depreende nesta pesquisa.

Quanto aos procedimentos técnicos, foi usada a pesquisa bibliográfica pelo facto de ligar-se ao presente problema de pesquisa e ser uma das técnicas comuns, usada na elaboração de trabalhos científicos. Com base na pesquisa, colheu-se informações, através de textos, livros, artigos, códigos penais de Moçambique, Brasil e Portugal, sites de internet e demais materiais de carácter científico, como se depreende nas referências bibliográficas.

No que tange, ainda aos procedimentos técnicos, foi aplicado um estudo de natureza documental, visto ter sido fontes de dados, documentos com conteúdos uteis para a pesquisa, tomando como exemplo, a legislação pertinente, relatórios de estudos e outros, servindo de elo de ligação entre o discurso teórico e a realidade documental.

Nesse contexto, a legislação penal, artigos científicos, documentos diversos, foram usados para enriquecimento da pesquisa bibliográfica. Quanto a natureza e objectivos, a pesquisa é comparativa. E, para o efeito da mesma pesquisa, se elencou como categorias de análise ou elementos de comparação os seguintes: forma de cometimento, moldura penal aplicável, circunstâncias modificativas atenuantes ou agravantes do TLC, de homicídio nas jurisdições penais de Moçambique e do Brasil.

Tabela 1. Categorias de Análise

Categoria	Moçambique	Brasil	Moçambique	Brasil
Tipo	Homicídio voluntário Simples - artº.159º CPM	Homicídio voluntário Simples - artº.121º CPB	Homicídio Agravado - artº.160º CPM	Homicídio qualificado, nº 2º do artº.121º CPB

Forma	Matar outra pessoa, ou seja, terminar a vida de alguém é crime. O crime basilar deste tipo legal é homicídio Voluntario Simples (H.V.S), o preceito legal visa proteger a vida humana, de pessoa nascida com vida. A vida, está igualmente protegida na constituição da República de Moçambique, de 2018, através do art.º 40º.	Matar alguém, é crime. Esta categoria de análise, na vertente do código penal brasileiro, não foz da regra geral e de muitos códigos do mundo, o de ser tipo legal do crime basilar, porque é através deste que se edifica outros tipos legais de crime de homicídio, de acordo com formas e circunstâncias do momento da sua prática, embora no caso do Brasil, o legislador entendeu não autonomizar a sua articulação resumindo-se quase todos tipos de homicídio, no art.º 121º. E a protecção da vida encontra-se plasmado também no art.º 5º da CFB.	Causar a morte de outrem em circunstâncias que revelam especial censura ou perversidade, as mesmas circunstâncias concorrerem para os seguintes factores: premeditação, ser ascendente, descendente, adoptante, adoptado “...” praticar o facto na presença de menores, juntamente com pelo menos, mais duas pessoas, praticar o facto para extracção e consumo de órgãos humanos, movido ódio racial, religioso, político “...” praticar o facto contra as forças de Defesa e Segurança (FDS) e Serviços de Segurança.	Quando o homicídio é cometido mediante pagamento ou simplesmente promessa, ou por outro motivo torpe, fútil, ainda a ser por via de uso do veneno, fogo, explosivo e outros meios que torne impossível a defesa da vítima, passa do homicídio simples para homicídio qualificado.
Circunstâncias	-----⁷⁵	-----	O que modifica o homicídio basilar, é ditado pelos factos do momento da ocorrência, que pode se constatar algumas que legislador previu, por exemplo quando a vítima do homicídio ser ascendente, descendente, adoptante, adoptado, cônjuge e ter havido premeditação outras circunstâncias que podem relevar na óptica do julgador.	Quando a vítima do homicídio, em vida era ascendente, descendente, adoptante, adoptado, cônjuge e se verificar que houve por parte do agente do crime, a premeditação, e outras circunstâncias que podem relevar no momento da apresentação da prova pericial, ao julgador e na sua apreciação estar convicto.

Fonte: Nossa elaboração com base nos códigos penais de Moçambique⁷⁶ e do Brasil⁷⁷

⁷⁵ Homicídio voluntário simples – decorrem em circunstancia agravantes no crime basilar, dentro da sua moldura penal, isto é, não se edifica outros TLC, embora existindo elementos factuais que consubstancia circunstancia agravantes, a sua pena de prisão vai evoluir dentro limites previstos.

⁷⁶ Cfr. art.º 159ºCPM, 160ºCPM, da Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro.

⁷⁷ Cfr. paragrafo 2º, do art.º 121ºCPB, – Decreto-lei no 2.848/1940, actualizado até Abril de 2017, através da Lei n.º 9.777/2017.

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO

A Revisão da literatura é uma etapa importante do processo de investigação científica. Para tal circunscreve-se pela localização, análise, resumos e interpretação de quase toda a investigação científica antecipada, referente ao estudo eleito.

São casos por exemplo de revistas científicas, livros, actas de congressos e outros documentos de cunho científico relacionados com o objecto estudado que servem de base para a revisão da literatura, isto é, fazer uma análise cuidadosa de trabalhos científicos publicados acerca do tema⁷⁸.

Referenciar uma literatura é sempre uma tarefa indispensável porque através dela vai se perceber melhor o problema da pesquisa, não só por causa de obter ideias consolidadas e coerente sobre estado actual do conhecimento acerca do tema em estudo.

Na visão do ASCENSÃO, a comparação dos Direitos é o que se chama de Direito Comparado, pois nele encontramos grandes contributos que fundamentalmente podem se apresentarem em três níveis, tais como: o conhecimento do Direito Nacional, nisto, a ciência do Direito tem a ganhar muito, se o legislador se inspirar pela legislação estrangeira que iria facilitar a compreensão ou o melhoramento da legislação nacional. A segunda questão é, o conhecimento da ordem jurídica estrangeira, amplia o horizonte na realização de estudos, com propósito de melhorar algo. E, a terceira, não menos importante, é da realização do estudo comparativo dos Direitos, que posteriormente serão usados pela politica legislativa⁷⁹.

2.1. Conceito e a Natureza do Direito Comparado

Designa-se por Direito Comparado a Ciência Jurídica que tem por objecto o Direito na sua multiplicidade e variedade de expressões culturais e se guia pelo estudo comparativo, de acordo com suas perspectivas⁸⁰.

A pesquisa comparativa dos Direitos incide sobre diferentes realidades delineadas em diferentes prismas e antecedidas por uma contextualização, como se vislumbra no ponto seguinte.

2.1.1. Contextualização

A evolução do direito comparado no mundo científico e jurídico, resulta do esforço feito pelos juristas que desde cedo, preocuparam-se em compreender os fenómenos legislativos de vários Estados por meio da comparação.

Na sequência de uma importância, sobretudo em matéria da explicação e interpretação dos acontecimentos e processos jurídicos que emergem ao nível interno e externo, esta disciplina tem contribuído bastante na difusão dos conhecimentos jurídicos obtidos através da teoria geral do direito comparado.

⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição Refundida, Coimbra, 2005, pp.141-153.

⁷⁹Ibidem.,2005, Pp.141-153.

⁸⁰ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado, Introdução Sistemas Jurídicos em Geral*, Vol. I, Ed. almedina, S.A, Coimbra, Abril, 2022.

Segundo DAVID, a doutrina de Direito explica de forma unanime que a comparação é uma atitude normal e espontânea que tem estado presente em estudos jurídicos desde a antiguidade e o processo comparativo de Direito é considerado na sua diversidade geográfica, tão antigo como a própria ciência do direito⁸¹.

Para CARLOS, FERREIRA DE ALMEIDA, os trabalhos de Aristoteles (comparação das constituições de cidades antigas da grecia), *Dumoulin* (comparação de costumes franceses) ou Montesquieu (utilização, no seu *Esprit des lois*, da comparação entre instituições políticas de diferentes povos)⁸².

O exposto acima, constituem algumas evidências da existência de um esforço enorme da multiplicação e aplicabilidade do direito comparado no mundo jurídico⁸³.

Na perspectiva do MENDES, é Direito comparado aquele que se circunscreve em actividades de conhecimento cuja actividade consiste fundamentalmente em comparar e destacar entre realidades das diferenças e as semelhanças⁸⁴.

O direito comparado de hoje, recomenda e exige uma comparação minuciosa em aspectos considerados relevantes no âmbito jurídico, pois segundo explicam os comparatistas, ela pode ser feita na base de ordens jurídicas diferentes - vulgarmente conferidos por macro - comparação ou por elementos de ordem jurídica diferente, que se denomina por micro – comparação⁸⁵.

O direito comparado deve aproximar realidades jurídicas compatíveis, isto é, realidade que têm algo de relevante em comum, aquilo a que os comparatistas chamam elemento comum, denominador ou *tertium compationis*. Algo de comum que apresenta valor essencial, e não de mero pormenor⁸⁶, no entanto, a semelhança que se refere tem de ser tal, que permita enquadrar as figuras compatíveis numa categoria comum analisável juridicamente⁸⁷. É neste espírito que o trabalho intitulado Do Homicídio: Estudo Comparado entre Moçambique e Brsail Sobre Aplicação de Penas, se enquadra.

2.1.2. Função de Direito Comparado

Devido a sua importância inquestionável e, dada a sua consideração nos estudos jurídicos, o direito comparado desempenha um papel relevante nas ciências de direito. Assim, esta disciplina é chamada conforme explica Réne, a desempenhar uma grande função na renovação da ciência do

⁸¹ DAVID, René, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 3ª edição, 1996, p.2

⁸² CARLOS, Ferreira de Almeida, Introdução ao Direito Comparado, 2ª edição, Almedina. Coimbra, 1998, pp.12-13.

⁸³ Sobre as evidencias iniciais do desenvolvimento do direito comparado, fala-se de estudo de 153 constituições que regeram cidades gregas ou barbaras, que serviram de base ao tratado que Arestoteles escreveu sobre a Politica; salon, diz -se, procedeu do mesmo modo para estabelecer as leis de Atenas, e os decênviros, segundo a lenda, só conceberiam a lei das XII Tabuas depois da pesquisa por ele levada a cabo nas cidades da Grecia. Na Idade Média, comparou -se direito romano e direito canónico, e o mesmo aconteceu na Inglaterra onde se discutiu, no seculo XVI, sobre os méritos comparados do direito canónico e da comon low.(cfr. DAVID, René, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 3ª edição, 1998, p.1)

⁸⁴ MENDES, José de Castro, Direito Comparado, Lisboa, 1982 – 1983, p.10

⁸⁵ Ibidem, Lisboa, 1982 – 1983, p.14

⁸⁶ CASTRO, João de, Direito Comparado, Lisboa, 1982 – 1983, p.26

⁸⁷ Ibidem, 1982 – 1983, p.28

direito e, na elaboração de um novo direito internacional que corresponda às condições do mundo moderno⁸⁸.

Desta feita, a doutrina elenca um conjunto de funções consideradas relevantes para o estudo do direito comparado que importa falar em cada uma delas:

a) Funções Utópicas e realista

Esta função acredita, que o direito comparado dispõe de virtualidade que ultrapassa a efémera verificação e explicação de semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos, podendo atribuir para descoberta de tendências universais ou influenciar o devir das instituições⁸⁹.

Trata-se de uma função responsável na tramitação e identificação dos aspectos semelhantes e diferenciadores num sistema jurídico, devendo de igual modo, procurar entender a motivação das coincidências e descoincidências dos aspectos identificados e as suas influências no contexto universal de um lado. De outro lado, tem a função realista,⁹⁰ é uma perspectiva mais céptica, portanto, procura harmonizar os Direitos nas suas diversas dimensões das finalidades utilitárias.

b) Função relativa aos direitos nacionais

Trata-se de um estudo, resultante de uma comparação jurídica, que posto ao serviço do Direito nacional, onde podemos encontrar as seguintes sob funções:

- I. Conhecimento do sistema jurídico e seus institutos, propiciando pela evidência de originalidade;
- II. Interpretação de normas jurídicas – quando são inspiradas em estudos comparativos;
- III. Política legislativa - direito comparado possui função que constitui uma política legislativa. Muitas das legislações sobretudo as legislações vigentes nos países de lusofonias, concebe as mesmas teorias jurídicas chegando a se concluir que estamos perante à um plágio lusófono;
- IV. Aplicação de regras de direito - com destaque para as de direito internacional público e para aquelas cuja aplicação depende de reciprocidade ou que deem prevalência ao direito mais favorável⁹¹.

O direito comparado é também meio eficaz para o correcto conhecimento e aplicação de Direito estrangeiro. Neste âmbito e na perspectiva da análise de macro - comparação dominam os métodos comparativos, ficando melhores preparados aos estudiosos de direito em matéria de alegação e provas de direito estrangeiro perante os tribunais, ajudando na interpretações em aspectos criminais, bem como na participação em reuniões jurídicas internacionais e na cooperação jurídica relativa a produção legislativa⁹².

⁸⁸ DAVID, Réne, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneos, 3ª edição, Maio, 1996, p.9

⁸⁹ CARLOS, Ferreira de Almeida, Introdução ao Direito Comparado, 2ª edição, Almedina. Coimbra, 1998, p.15.

⁹⁰ CARLOS, Ferreira de Almeida, Introdução ao Direito Comparado, 2ª edição, Almedina. Coimbra, 1998, p.15.

⁹¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira e CARVALHO Jorge Morais, Introdução ao Direito Comparado, 3ª edição, p.17

⁹² ALMEIDA, Ferreira Carlos, Introdução ao Direito Comparado, 2ª edição, Almedina. Coimbra, 1998, p.16.

Em suma, o interesse internacional do direito comparado projecta-se fundamentalmente no sentido de uma melhor compreensão internacional e na facilitação das relações entre Estados e sociedade, e entre os membros destes⁹³.

c) Funções Relativas à Uniformização e Harmonização do Direito

O Direito uniforme (em sentido próprio e restrito) significa a existência de normas jurídicas iguais em ordens jurídicas diferentes por efeito de um acto de direito internacional, e em sentido amplo, o Direito uniforme⁹⁴, abrange também a chamada uniformização interna em Estados dotados de jurídicos complexos⁹⁵.

O direito uniforme pressupõe estudo de direito comparado (microcomparação) relativo ao instituto cujo uniformização se pretende alcançar. A partir dos resultados obtidos, os Estados intervenientes procuram soluções de compromisso que eliminem as diferenças verificadas⁹⁶.

O direito comparado mostra-se também útil como elemento de interpretação das convenções de direito uniforme, na medida em que ajuda a compreender a origem e o alcance das concretas soluções adoptadas, assim como o modo como são aplicadas em diferentes jurisdições⁹⁷.

Os objectivos próximos de uniformização são prosseguidos pela simples harmonização de Direito, através da qual se eliminam contrastes mantendo algumas diferenças. O papel do direito comparado na programação e preparação dos textos de harmonização é semelhante ao que desempenha em relação às convenções do direito uniforme⁹⁸.

Resumindo, a aplicabilidade da função de harmonização e uniformização de direito, pressupõe uma concordância em termos legislativos ou em normas aplicáveis nos Estados. As sentenças produzidas nas jurisdições diversas, bem como os direitos tutelados em vários sistemas jurídicos, deve o direito comparado trazer uma abordagem uniforme e harmoniosa de todos elemento que compõem.

d) Função Relativa à Construção de Regras de Aplicação Subsidiária

Certos tratados internacionais prevêm em a aplicação, a título subsidiário, de princípios gerais comum a diversas ordens jurídicas, que só podem ser detectados pela comparação entre essas ordens Jurídicas⁹⁹.

A relevância desta função, encontra na perspectiva de suprir certas lacunas jurídicas dos Estados, que através do entendimento comparativo, ou seja, se o direito supletivo corresponder com o conteúdo normativo e necessidade, julga-se procedente por via de comparação.

⁹³ MENDES, João de Castro, Direito Comparado, Lisboa, 1982 -1983, p.80

⁹⁴ A expressão uniforme do direito pode ser compreendido também em dois sentidos que distingue da informação acima, sendo uma uniformização como resultado ou como os esforços destinados a atingi – lo. A unificação de direito representa uma meta ou ideal – a submissão de todas as sociedades e a um direito idêntico, uma espécie de *jus gentium universal*, (Cfr. DE CASTRO, João, Direito Comparado, Lisboa, 1982 – 1983, p.87).

⁹⁵ ALMEIDA, Ferreira Carlos, Introdução ao Direito Comparado, 2ª edição, Almedina.Coimbra, 1998,p.17.

⁹⁶ ALMEIDA, Ferreira Carlos de, Introdução ao Direito Comparado, 2ª edição, Almedina.Coimbra,1998,p.17.

⁹⁷ Ibidem, 1998,p.18.

⁹⁸ Ibidem, 1998,p.18.

⁹⁹ Ibidem, 1998,p.18.

e) Função de Cultura Jurídica

Esta função constitui a mais importante e certamente a mais nobre das funções do direito comparado. O direito comparado é uma ciência auxiliar de todas as disciplinas jurídicas¹⁰⁰.

A nomenclatura de auxílio vem num contexto de reconhecimento do propósito do direito comparado, sobretudo em matéria de ajuda, análise e interpretação de vários textos jurídicos elaborados em diversos sistemas jurídicos, propiciando de igual modo, de aumento de conhecimento aos aplicadores de direito, ou seja, conforme explica o DE ALMEIDA, o direito comparado é ainda um meio de formação dos juristas em geral¹⁰¹.

2.1.3. Objecto do Direito Comparado

Num conjunto de concepções que se podem designar como funcionais, o direito comparado define-se, e o seu objecto delimita-se pela função que lhe é atribuída. Há muitas discussões jurídicas sobre o objecto do direito comparado. Assim, explica o SALEILLES¹⁰², objecto do direito comparado era a determinação de tipos ideias de instituições jurídicas, como contributo para a formação de um direito comum da humanidade e, para LANBERT¹⁰³, consistia em extrair da comparação entre legislações o “fundo comum de instituições e concepções que neles estão latentes.”

Estas discussões não foram relevantes para justificar objecto de direito comparado, daí, quando se libertou da sua fase juvenil e superou a necessidade de se auto - justificar como disciplina jurídica, ficou mais claro que o critério do objecto deveria ser resolvido sem concurso às suas funções ou aos resultados esperados, passando estes aspectos a ser abordados de modo autónomo entre as questões gerais da doutrina do direito comparado.

Alguns comparatistas procuraram ser mais precisos, especificamente que o objecto do direito comparado incide sobre determinados componentes dos sistemas jurídicos: normas jurídicas¹⁰⁴, instituições jurídicas¹⁰⁵, proposições, institutos e conceitos jurídicos¹⁰⁶, preceitos e técnicas jurídicas¹⁰⁷.

Actualmente é pacífico que o direito comparado abrange duas vertentes: a macro - comparação (ou sistemologia), enquanto comparação entre ordens jurídicas consideradas na sua globalidade, incluindo a comparação entre família de Direitos¹⁰⁸, (para a qual se sugere termo mega

¹⁰⁰ Ibidem, 1998,p.19

¹⁰¹ Ibidem, 1998,p.19

¹⁰² SALEILLES, citado pelo Almeida, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e Metodo, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.63

¹⁰³ LAMBERT, Citado pelo ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e Metodo, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.63

¹⁰⁴ K.H.EBERT, Citado pelo ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e métodos, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.63

¹⁰⁵ S.ROZMARYS, Citado pelo ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e métodos, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.63.

¹⁰⁶ W.ERBE, Citado pelo ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e métodos, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.63.

¹⁰⁷ R.POUND, Citado pelo ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e Métodos, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.63.

¹⁰⁸ Família de direito, são elementos ligados entre si e que apresentam características comuns, (Cfr. MENDES, José de Castro, Direito Comparado, Lisboa, 1982 – 1983, p.127)

comparação), e micro comparação, que consiste na comparação de institutos jurídicos (ou, noutras formulações, de problemas, aspectos, figuras ou normas jurídicas)¹⁰⁹.

Chama-se instituto jurídico, um conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordens jurídicas possam ser tomadas unitariamente sob certa perspectiva ou critério¹¹⁰.

A determinação do instituto a comparar não é uniforme, portanto, conforme explica o De Almeida, a delimitação dos institutos a comparar é variável, em conformidade com o fim em vista¹¹¹. É legítimo comparar crime de homicídio na ordem jurídica moçambicana com o crime de homicídio na esteira brasileira. A comparação pressupõe logicamente pluralidade de objectos que neste caso, deverá decorrer da diversidade das ordens jurídicas a comparar¹¹², devendo respeitar ao processo sincrónico ou em paralelo.

A nossa pesquisa enquadra-se na micro-comparação na medida em que se concentra apenas na análise de institutos.

2.2. Vantagens do Direito Comparado

O paralelismo destacado nesta matéria, traz consigo vantagem que oferecem sucintamente, devendo ser colocados em três campos ou planos de análise.

O primeiro plano - direito comparado circunscreve-se na utilidade das investigações históricas ou filosóficas referente ao direito. O direito comparado vem discutir e analisar os métodos de estudo da vida e evolução da humanidade em relação ao direito.

Neste aspecto, explica o RÉNE, que depois do Montesquiu, ao qual chamaram por vezes, não por exagero o pai do direito comparado, tornou-se moda no século XIX, pinturas de vastos ofrescos histórico - filosóficos sobre a evolução do direito, dentro de uma perspectiva das ideias do progresso e evolução de que os espíritos de então estavam imbuídos. o direito dos povos mais diversos contribuiu para esquematizar os grandes quadros históricos, através dos quais se projecta o progresso da humanidade, partindo dos costumes de tribos primitivas, chamadas a testemunhar as origens do direito¹¹³, pois este processo decorreu mediante ao uso comparativo dos fenómenos (legislação comparada) decorrentes na época, e hoje é valido na comparação de institutos jurídicos na ordem jurídica dos Estados em estudo.

Segundo plano - direito comparado tem utilidade para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional. É uma tarefa exclusiva aos fazedores, interpretadores e aplicadores do direito (deputados pesquisadores, juízes e advogados etc) que por inerência das suas actividades

¹⁰⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e Metodo, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.64.

¹¹⁰ DE ALMEIDA, Carlos Ferreira e CARVALHO, Jorge Moraes, Introdução ao Direito Comparado, 3ª edição, 2015.p.13

¹¹¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito comparado e ensino, ensino e Método, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.100

¹¹² Ibidem, 2000, p.64.

¹¹³ DAVID, Réne, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 3ª edição, Maio, 1998, p.3.

jurídicas, são chamadas a aperfeiçoar o direito comparado mediante as normas de comparação intersistemática e intrasistemática.

Sobre esta matéria explica, RÉNE, que o legislador sempre utilizou o direito comparado para realizar e aperfeiçoar a sua obra - legislação comparativa, devendo os juristas levar a experiência do exterior para melhor realizar uma justiça melhor¹¹⁴.

Terceiro plano - direito comparado tem utilidade para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional. Refere-se ao domínio do comportamento dos concidadãos da diáspora, que para o efeito, releva construir um regime jurídica da dimensão internacional com vista a melhorar as relações de cooperação no plano técnico jurídico científico entre os Estados.

Explica RÉNE, que as condições do mundo actual impõem uma total renovação, havendo uma necessidade de se estabelecer entre os Estados, além de umas simples coexistências pacífica, novas relações de cooperação nos planos técnicos, regionais ou mesmo mundiais, portanto, para que tenha a relação, é relevante uma ausência de ignorância dos direitos que, nestes Estados exprimem o sentimento do justo e regulam, de acordo com certos fins políticos, olhando a estrutura dos diversos Estados¹¹⁵.

A interpretação dos conceitos jurídicos, princípios gerais de direito, ou o preenchimento das lagunas existentes nos diversos regimes jurídicos exige – se antes mais nada e sobretudo a observâncias dos métodos de direito comparado.

O direito constitucional vigente na ordem moçambicana reconhece o direito comparado. Explica este quadro jurídico que “as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, (...)”¹¹⁶. “E os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP)”¹¹⁷.

De igual modo, a constituição brasileira explica e exige que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sejam equivalentes às emendas constitucionais”¹¹⁸.

Nesta noção constitucional, Reside a importância do direito comparado nos estudos de hoje, portanto, este instrumento fornece e fortalece um conjunto de conhecimentos jurídicos à considerar nos contextos internacionais e no âmbito da globalização, os juristas não devem se limitar ao estudo do direito interno, devendo em certos ocasiões atravessarem as fronteira jurídicas para permitir

¹¹⁴ Ibidem, 3ª edição, 1998, pp.5-7.

¹¹⁵ DAVID, René, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 3ª edição, 1998, p.7

¹¹⁶ Cfr. n.º 2 do art.º18º da CRM

¹¹⁷ Cfr.art.º43º CRM.

¹¹⁸ Cfr. art.º5º § 3 C.R.F.B.

uma melhor compreensão do direito externo que desse modo verificar-se-á uma colaboração e cooperação jurídica plena.

Tal como sucede com os demais ramos ou cadeira de Direito, no qual as suas nomenclaturas resultam da interpretação de expressões provenientes dos povos da diáspora, o critério é o mesmo para o Direito Comparado. Portanto, a expressão do Direito Comparado, significa comparação de direitos e em alemão o mesmo termo resume-se em *Rechtsvergleichung*¹¹⁹.

Comparação é uma actividade que consiste em estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças, isto é, pesquisar e relacionar semelhanças e diferenças segundo um método adequado a um objectivo¹²⁰.

Em ciências jurídicas, toda comparação tem objecto e fim a atingir, é verdade que esse fim pode ser diversificado olhando a problemática e os modos de estudo, ou seja, admite-se realizar um estudo comparativo onde a ideia é extrair as semelhanças e diferenças ou somente as semelhanças deixando de lado as diferenças ou vice-versa.

Numa visão geral, dir-se-á que o Direito Comparado ou estudo comparativo do Direito é uma disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas distintas¹²¹.

Na visão deste autor, só se considera Direito Comparado caso o propósito de estudo esteja virado no apuramento dos aspectos semelhantes e diferentes de contextos jurídicos distintos, devendo ser feita de forma cíclica.

Do conceito, pode ser impreciso, se olharmos o conceito dado pelo doutrinário João de Castro Mendes. Segundo este autor, Direito Comparado deve ser compreendido como uma actividade intelectual de conhecimento, consistente no registo e explicação, entre a realidades jurídicas compatíveis, de semelhanças e diferenças¹²².

Ainda, no procedimento de uma análise mais cuidada do conceito, pode se encontrar elementos de sustento, tais que, na óptica do JOÃO DE CASTRO MENDES, o primeiros elementos que se podem extrair do conceito circunscreve -se com “actividades intelectuais de conhecimento”¹²³.

O reconhecimento como actividade intelectual de conhecimento, vem na perspectiva de confirmar que o Direito Comparado é uma ciência de estudo de método de comparação. Ou seja, conforme explica JOÃO DE CASTRO MENDES, este é momento para apreciar da validade ou invalidade da qualificação do Direito Comparado como actividade científica e como ciência¹²⁴.

¹¹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *introducao ao Direito comparado*, 2ª edição, Coimbra, 1998.p.9

¹²⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *introducao ao Direito comparado*, 2ª edição, Coimbra, 1998.p.9

¹²¹ Ibidem, 1998.p.9

¹²² MENDES, João de Castro, *Direito Comparado*, Lisboa, 1982 – 1983.p.9

¹²³ Ibidem, 1982 – 1983.p.25

¹²⁴ Ibidem, 1982 – 1983.p.25

Importa explicar que, a questão de qualificação como ciência de direito comparado está evidentemente ligada ao reconhecimento como ciência do direito em geral. Portanto, ela é reconhecida comumente, em termos gerais, a qualidade de um padrão superior dos conhecimentos humanos¹²⁵. Em linhas gerais, a ciências possuem fundamentalmente as seguintes características:

- a. Um facto que estabelece a verdade e o erro;
- b. Um facto não singular ou transitório, mas do universal para imutável;
- c. A ciência procura explicar os factos por relações causais;
- d. A ciência procura exprimir essas relações causais em leis naturais, relacioná-las entre si e construir com elas uma visão estruturada do seu objecto¹²⁶.

Diante das características apresentadas e validadas na maioria de campos de saber, enfrenta-se uma dificuldade em Direito. A primeira dificuldade, reside no facto de objecto de Direito não é formado de seres, ou relação de ser, mas essencialmente por normas, relações de dever-ser. As afirmações de ciência do direito não são deste modo qualificáveis de verdade ou erro¹²⁷.

O objecto da ciência do direito, mesmo encarado no seu carácter local e contingente, resiste à qualificação individual, formando por normas e figuras gerais e abstratas¹²⁸.

As características essenciais do conceito de ciência são hoje amplas e variáveis. Características do objecto da ciência não é ser formado por verdades unidas por relações de causalidades, é o ser formado por proposições, proposições de conhecimento, sistematizada num todo coerência e numa ordem, portanto, a ideia da ordem é a ideia-chave do conceito de ciência¹²⁹.

O Direito Comparado não é um ramo do direito. Não há nenhum conjunto de normas jurídicas unitariamente reunidas sob a denominação de Direito Comparado, e oposto a um qualquer Direito Comparado, sendo que é uma ciência que estuda o direito utilizando o chamado método comparativo¹³⁰.

O Direito Comparado estuda o Direito comparando sistemas diferentes e figuras e institutos insertos em sistemas diferentes. A ciência do direito estuda o direito, como dogmática, pela construção de categorias num todo sistema e pelo estabelecimento de relações entre as categorias definidas¹³¹. O Direito Comparado oferece a única via pela qual o direito pode tornar – se internacional e consequentemente uma ciência¹³².

Segundo elemento e último, o Direito Comparado aproxima a umas realidades jurídicas comparáveis, isto é, realidades que têm algo de relevante em comum¹³³. Há uma unanimidade jurídica, que só pode-se falar de Direito Comparado, quando os aspectos em comparação sejam comuns e de grande relevo não só para o âmbito jurídico mais também para os comparatistas.

¹²⁵ Ibidem, 1982 – 1983.p.52

¹²⁶ Ibidem, 1982 – 1983.p.53

¹²⁷ MENDES, João de Castro, Direito Comparado, Lisboa, 1982 – 1983.p.53

¹²⁸ Ibidem, 1982 – 1983.p.53

¹²⁹ Ibidem, 1982 – 1983.p.60

¹³⁰ Ibidem, 1982 – 1983.p.9

¹³¹ Ibidem, 1982 – 1983.p.75

¹³² Ibidem, 1982 – 1983.p.77

¹³³ Ibidem, 1982 – 1983.p.26

Neste entendimento, a doutrina explica que os comparatistas poem em realce que os termos a comparar têm de ter algo de comum, algo de comum que apresenta em todos eles valor essencial, e não de pormenor¹³⁴. A semelhança tem de ser tal, que permita enquadrar as figuras comparáveis numa categoria comum analisável juridicamente, e no entanto, esta ideia alguns comparatistas reservam a denominação *tertium comparationis*¹³⁵.

No entanto, o Direito Comparado é simplesmente uma ciência que estuda o direito usando o método comparativo e não se esgota nas funções práticas, vai se impondo como uma ciência autónoma que utiliza como método próprio, o comparativo e tem uma finalidade teórica, como todas outras ciências. Realiza-se o estudo comparativo dos direitos tomando por sim, quer os seus resultados sejam ou não utilizados depois, pela política legislativa e pela ciência do direito ou por outras ciências¹³⁶.

O Direito Comparado, liga-se à dimensão geográfica da pesquisa comparativa e ao emprego sistemático do método comparativo, que possibilita a produção de um conteúdo novo, sua importância tem sido destacada não só pelo jus comparativistas como também pelos estudiosos do Direito em geral, daí que o seu estudo constitui um dos planos mais significativos da Ciência Jurídica na actualidade.

A pesquisa jurídica comparativista contribui de forma marcante para a evolução e o alargamento das fronteiras do conhecimento jurídico, especialmente na época actual que oferece grande facilidade de comunicação. Mesmo separados, muitas vezes, por diferenças de natureza ideológica, os países tendem a estreitar os laços na política legislativa, em decorrência do pragmatismo imperante nas relações internacionais¹³⁷.

O desígnio das solicitações de ASCENSÃO, sobre o Direito Comparado percebe-se que trata de estudo académico de sistemas jurídicos diferentes, em que cada um, analisa seus elementos constitutivos, como eles diferem nos vários sistemas jurídicos, e como seus elementos se combinam em um sistema¹³⁸.

Assim sendo, entende-se que várias disciplinas se desenvolvem como ramos separados de Direito Comparado, incluindo Direito Comparado Constitucional, Direito Administrativo Comparado, Direito Civil Comparativa, isto é, no sentido da lei de delitos, ilícitos, contractos e obrigações, Direito Comercial Comparativa no caso das organizações empresariais e comércio, e do Direito Penal Comparado.

Estudos sobre essas áreas específicas podem ser vistas como análise micro ou macro comparativa jurídica, ou seja, comparações detalhadas dos dois países, ou estudos de amplo alcance de vários países. Estudos comparativos de Direito Civil, por exemplo, mostrar como a lei das relações privadas é organizada, interpretadas e utilizadas em sistemas ou países diferentes. Por causa disso, parece-nos que hoje as principais finalidades do direito tornam-se desafiantes em:

¹³⁴ Ibidem, 1982 – 1983.p.26

¹³⁵ Ibidem, 1982 – 1983.p.28

¹³⁶ Ibidem.,2005, Pp.141-153.

¹³⁷ Ibidem.,2005, Pp.141-153.

¹³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 2005, p.153.

1. Contribuir para a unificação dos sistemas jurídicos, de uma escala menor ou maior;
2. Alcançar um conhecimento mais profundo dos sistemas jurídicos em vigor;
3. Aperfeiçoar os sistemas jurídicos internos em vigor.

O termo Direito Comparado refere-se simultaneamente a uma disciplina jurídica que estuda as diferenças e as semelhanças entre os Direitos de diferentes jurisdições, incluindo suas legislações, jurisprudências, doutrinas e a um método de trabalho ou pesquisa que permite comparar elementos do direito de diferentes jurisdições, com finalidades e objectivos diferentes. Em ambos os casos, a importância do Direito Comparado aumentou bastante na actualidade, marcada pela internacionalização e pela globalização.

No primeiro caso, a disciplina envolve principalmente o estudo dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo, frequentemente agrupando-os em "famílias de direitos" GODOY e RIBEIRO, por exemplo, divide os direitos do mundo nas famílias do *common law*, do direito Romano-germânico, do direito socialista, do direito muçulmano, do direito da Índia, do direito do Extremo Oriente e do direito da África e de Madagáscar. Ela inclui a descrição e análise dos sistemas jurídicos estrangeiros, mesmo onde não haja comparação explícita, e sua finalidade é principalmente pedagógica¹³⁹.

No segundo caso, trata-se de um método de trabalho ou pesquisa que permite a comparação efectiva de institutos, instrumentos, conceitos ou outros elementos dos Direitos de dois ou mais jurisdições por exemplo : Blocos regionais, Países, Estados, Províncias, Municípios, de entre outros.

Enquanto método, essa parte do Direito Comparado estabelece os elementos necessários a uma comparação efectiva, e seus objectivos podem ser mais diversificados, tais como identificar institutos diferentes nos direitos comparados, mas que cumprem a mesma finalidade; identificar institutos jurídicos semelhantes nos direitos comparados, mas que cumprem finalidades distintas; avaliar a eficácia relativa de institutos jurídicos semelhantes nos direitos comparados; estudar a evolução de determinados institutos jurídicos que foram importados ou exportados de direitos de outros países; avaliar a viabilidade de importação de um conceito jurídico estrangeiro e as adaptações necessárias para que ele reproduza no direito importador os mesmos efeitos observados em seu Direito originário; dentre outros.

No entanto, define-se o Direito Comparado como ramo do direito, mas essa concepção é pouco aceite pois, entende-se que um ramo de direito visa regular de maneira específica uma dada situação jurídica, o que não acontece com o Direito Comparado.

Embora auxilie no estudo de diversos ramos do direito, o método do Direito Comparado exerce papel essencial no direito internacional privado e nos direitos dos blocos regionais, por razões evidentes ligadas à necessidade de integração entre dois ou mais direitos¹⁴⁰.

¹³⁹ GODOY, Arnaldo; Ribeiro, Gustavo, *O Direito Comparado: resgate historiográfico, conceitos e problemas metodológicos*. Revista de Direito Internacional, 17, <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6252>.

¹⁴⁰ JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA UMINHO, 2015, p. 120.

Quanto a natureza do Direito Comparado – o conceito ou definição nos parece estar directamente ligado a determinação da sua natureza. A questão que não nos deixa calar, é procurar saber se trata de uma ciência ou simplesmente um método?

O Direito Comparado não ganha convergência entre os estudiosos ou pesquisadores, porque um grupo entende que é uma ciência, segundo PEREIRA e outro grupo de pesquisadores da matéria, vislumbram um simples método, como é o caso do ALMEIDA & MORAIS, no entanto, existem autores e pesquisadores que consideram que o Direito Comparado é uma ciência e é também arte¹⁴¹.

A cientificidade do Direito Comparado, está ligada à dimensão geográfica do estudo comparativo e a constante sistematização do método comparativo que viabiliza a produção de um conteúdo novo, as duas ou mais ordens jurídicas objectos de comparação, determinam o aparecimento de um conjunto de conhecimentos sistematicamente organizados, que é uma das características da ciência.

Fora apresentado vários posicionamentos ou teses com relação ao conceito do Direito Comparado, para o Duarte, não passa de um método comparativo aplicado à ciência do direito. Para o Pélaez, define-o como investigação das legislações vigentes. Como se pode depreender as características das diversas definições, apresentam um certo carácter comum como por exemplo: a aproximação dos vários Direitos, a descoberta dos princípios comuns, é o caso de aperfeiçoamento e a elaboração de um possível sistema jurídico único, defendido também por Francisco Ovídio¹⁴².

Entende-se que através das definições apresentadas acima por diversos pesquisadores, a que considerar o Direito Comparado uma disciplina científica que tem seu objecto, seu estudo comparativo-sistemático de sistemas jurídicos diversamente situados no espaço ou no tempo. Seu objectivo é criar ligações entre os pontos comuns e as diferenças existentes entre eles, de modo a compreender o seu desenvolvimento e determinar as regras para melhor aperfeiçoamento.

O direito tem um carácter científico, o seu discurso é formulado de preposições lógicas, cujo desenvolvimento expõe novos paradigmas, assim como o Direito Comparado assume um carácter científico porque encontra no seu objecto um método próprio com uma autonomia literária e didáctica¹⁴³.

O Direito Comparado usa o método comparativo como uma das ferramentas que não compromete o seu carácter científico. Os comparatistas se valem de outros instrumentos inseridos nos trabalhos diários dos operadores do direito, considerando todos aspectos na sua generalidade¹⁴⁴.

¹⁴¹ OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 164, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

¹⁴² OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 164, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

¹⁴³ OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 164, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

¹⁴⁴ OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 164, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

No contexto do Direito Comparado, a cientificidade do fenómeno jurídico alcançou sua prova cabal, de maneiras que qualquer detalhe não inserido no mesmo contexto pode originar um colapso do estudo feito entre as ordens normativas comparadas ou cotejadas. Quanto aos aspectos do Direito Comparado a que considerar segundo Carvalho, os que nos permite avaliar o objecto, o significado do estudo e da pesquisa jurídica comparativa do contexto social e jurídico actual, partindo das manifestações iniciais registadas no passado, desta forma, vai se observar o que se chama de corpo de conhecimento científico¹⁴⁵.

Parte de estudiosos do direito divergem quanto a cientificidade do Direito Comparado, a destacar Carvalho, que questionava se o Direito Comparado podia ser considerado uma ciência?

Na resposta da questão apresentada foram observados, dois grupos, que apresentaram também, fundamentos divergentes, como são casos de afirmação apresentada por CARDOSO, que defende a inexistência da cientificidade no Direito Comparado, por se considerar simplesmente o método. Outro grupo no qual identificamo-nos com o seu fundamento, MORAIS CARVALHO E FERREIRA DE ALMEIDA, refere que o Direito Comparado trata-se de uma ciência autónoma e se subdivide em duas vertentes complementares que são macrocomparação e micro-comparação¹⁴⁶, visão secundada por PÉLÁEZ, que confirma ser o método comparativo um instrumento com relação a ciência do Direito Comparado, porque a metodologia aparece para fornecer os dados ao comparatista, os mesmos dados colhidos através do método, serão posteriormente catalogados e classificados coerentemente pela ciência do Direito Comparado¹⁴⁷.

Do ensinamento de PEREIRA, considera-se Direito Comparado uma ciência autónoma uma vez que neste se utiliza o método comparativo e não restringe a mera qualificação instrumental¹⁴⁸. Neste ambito, está percebido que não existe ciência sem método, tal que o Direito Comparado, foz da regra devido sua cientificidade que se afirma ser autonoma.

O comparatista para compreender um determinado ordenamento jurídico deverá possuir instrumentos meta-jurídicos.

No âmbito da metodologia do Direito Comparado, o que pode se afirmar na actualidade é que os estudiosos do Direito Comparado, cada vez mais se habilitam nos métodos interpretativos comparativos e se valem dos métodos legislativos como subsídios.

Segundo CARVALHO, no caso prático e no âmbito do Direito Comparado a metodologia aplicada dependerá da dimensão desejada, a metodologia vai variando consoante se trate de macro ou microcomparação¹⁴⁹.

¹⁴⁵ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2008, p. 78.

¹⁴⁶ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 119 – 130.

¹⁴⁷ OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 164, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

¹⁴⁸ PEREIRA, C. M. da S. *Direito comparado, ciência autónoma*. Revista Da Faculdade de Direito, 1952, p.44.

¹⁴⁹ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 130.

Neste contexto, implica ao comparatista, escolher parâmetros sobre os quais vai trabalhar, nessa fase, quatro parâmetros ou regras são denominadas de ouro ou cruciais e podem se ordenar de seguinte forma:

1. Utilizar as fontes originárias;
2. Proceder à análise de acordo com a complexidade das fontes encontradas;
3. Usar o método próprio da respectiva ordem jurídica; e
4. Procurar conhecer o direito vivo, ou seja, direito material.

Na primeira regra ou parâmetro deve, o comparatista ter o conhecimento da língua em que estão escritos os ordenamentos jurídicos estudados e é imprescindível o domínio dos termos jurídicos na língua original;

A segunda regra, é chamado o pesquisador ou comparatista a ser minucioso, com relação a jurisprudência da literatura jurídica do ordenamento pesquisado; O terceiro parâmetro ou regra, impõe ao estudioso uma afinidade com os princípios peculiares que elegeram a ordem jurídica pesquisada.

A quarta regra do ouro, exige do comparatista que encontre a compreensão do instituto, norma ou sistema jurídico estudado olhando para a efectiva aplicabilidade no âmbito social, nesta fase crucial onde o comparatista fará síntese questionando se acerca das semelhanças e diferenças encontradas durante a pesquisa, apresentando as suas próprias conclusões.

Para que o estudo de uma ordem jurídica logre sucessos deve ser precedida de considerações de outras ordens jurídicas exteriores ordem jurídica que se pretende ter como base de comparação¹⁵⁰.

No entanto, usando método comparativo, de tal forma que se define o Direito Comparado como sendo uma ciência que se dedica a comparação dos Direitos¹⁵¹.

Neste contexto, e com base no que entendemos, a comparação é a essência do Direito Comparado. Contudo, é necessário ter-se bastante cuidado no estudo desta ciência jurídica, para não entrarmos em armadilhas. Quando se compara dois direitos, não se pode afirmar que um é melhor do que outro, mais sim, pode ser moderno ou mais ajustado. Os direitos são diversos, ainda que haja previsões legislativas que vão de encontro do que uma pessoa tem como valor moral ou ético.

Neste âmbito, para esquivar-se desse juízo de valor, o método para o estudo do Direito Comparado passa obrigatoriamente pelo conhecimento de sociologia do direito, por ser quase impossível entender o sistema jurídico de um Estado sem compreender as sociedades nas quais os direitos se originaram.

Um mero estudo sobre a sociedade norte-americana, por exemplo, pode elucidar a possibilidade da pena de morte em determinados estados. Neste âmbito, a análise dos ordenamentos

¹⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição Refundida, Coimbra, 2005, pp.141-153.

¹⁵¹ Ibidem.,2005, pp.141-153.

jurídicos de diversos estados, obtêm-se dados e fontes que podem ser aplicados ou não no ordenamento jurídico interno ou internacional.

Outro exemplo de como funcionaram até hoje, as comparações de Direitos: o Direito Ambiental do Brasil é bastante apreciado internacionalmente, considerado modelo aceitável, os especialistas olham a legislação ambiental do Brasil muito clara a respeito dos conceitos práticos de responsabilidade civil e objectiva.

Posteriormente, ela foi a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, também motivada pelos terrores da Segunda Guerra Mundial. Esse é mais um retrato de como o Direito Comparado é uma ferramenta de construção legislativa importante para os ordenamentos jurídicos diversos¹⁵², inclusive para o Brasil e Moçambique. Direito Comparado, equivale a comparação de direitos, isto é, sistemas jurídicos.

Designa-se por comparação, a actividade que consiste em estabelecer semelhanças e diferenças de acordo com um método adequado ao objectivo.

2.3. Importância do Direito Comparado

O estudo de uma ordem jurídica é precedido de algumas considerações sobre as ordens jurídicas exteriores ou estrangeiras a ordem jurídica em estudo, para se lograr sucessos mediante tais considerações deve ser situada devidamente aquela ordem jurídica que interessa estudar.¹⁵³

A comparação dos direitos, a que se chama Direito Comparado, oferece grandes contributos que podemos reduzir fundamentalmente a três, como por exemplo:

- a) Em ordem ao conhecimento do próprio direito

Se o legislador se expirou em leis estrangeiras, o conhecimento dessas leis favorece a compreensão da lei nacional. No entanto, algumas vezes aparecem trechos legais que por sim não fazem sentido e que só se iluminam quando se descobre que são uma transposição de uma fórmula vigente no estrangeiro.

O conhecimento de ciências alheias em condições culturais semelhantes é muito útil à ciência jurídica, o que acontece com os grandes temas científicos que são frequentemente comuns ou porque deriva da natureza das coisas ou porque refletem um dado normativo análogo.

A mediação das soluções propostas em países de grande vitalidade científica proporciona numerosas oportunidades de progresso¹⁵⁴.

- b) Por referência a política legislativa

O conhecimento das soluções práticas nos países estrangeiro alarga o horizonte de quem realiza estudos legislativos.

¹⁵²A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) foi inspirada em pensamentos iluministas e na Revolução Americana (1776). mento trouxe, pela primeira vez, a proclamação das liberdades e direitos fundamentais do homem, de modo a abranger toda a humanidade.

¹⁵³ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito, Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso Brasileiro, 10ª ed, Coimbra 1997, p. 135

¹⁵⁴ Ibidem, P. 136

Desde que quem o fez tenha a capacidade de captar o enquadramento dessas soluções na sociedade de que nasceram e de verificar conseqüentemente se elas correspondem as condições análogas ou seja se são enquadráveis na técnica jurídica geral dos países de destino e se elas permitem reduzir os riscos da atividade legislativa.

Este aspeto é muito relevante em épocas de transformação tumultuosas da ordem social, com a inerente alteração rápida da ordem jurídica voluntária da sociedade. O Direito Comparado é indutivo enquanto a formulação de regras supõe sempre uma política que pertence a área legislativa e que não perde essa natureza por se referir ao meio internacional e o Direito Comparado é meramente instrumental para esse fim¹⁵⁵.

c) Função de teoria ou conhecimento

O Direito Comparado não se esgota nas funções práticas, vai se impondo como uma ciência autónoma que utiliza como método próprio, o método comparativo e tem uma finalidade teórica, como usam todas outras ciências.

Realiza o estudo comparativo dos direitos tomando por sim, e quer os seus resultados sejam ou não utilizados depois pela política legislativo, pela ciência do direito ou por outras ciências.

A moderna concepção do Direito Comparado não se esgota no mero confrontação entre ordenamentos jurídicos diversos, mas está como factor de observação para futuras políticas legislativas, para compreensão acerca de ordenamento jurídico nacional. O estudo do Direito Comparado decorre do interesse de comparar e melhorar ordens jurídicas diversas.

Neste âmbito, várias são utilidades do Direito Comparado, de entre elas podem ser enquadradas em dois grupos ou mais: o primeiro referente ao seu conteúdo que representa objectivos pessoais; o segundo plasmado em preocupação profissional.

As diversas utilidades do Direito Comparado ratificam o destino pragmático da ciência, mas não oprime a investigação científica desse ramo do conhecimento jurídico. Uma das mais importantes utilidades do Direito Comparado é a recepção legislativa; fenómeno por meio do qual as ordens jurídicas se alinham com o que há de mais avançado no campo do direito. Não obstante, Segundo Cardoso, a actualização do ordenamento jurídico interno deve ser precedida de uma análise crítica bastante lúcida para não se importar instituto destinado à ineficácia¹⁵⁶.

A importância do Direito Comparado, reside no facto de que a sua pesquisa contribui de forma marcante para o desenvolvimento, evolução e alargamento das fronteiras do conhecimento jurídico. Actualmente com grandes facilidades de comunicações fluem também relacionamento entre países no âmbito jurídico, político, económico, comercial e social¹⁵⁷.

No âmbito internacional, segundo JERONIMO, o Direito Comparado é a base de interpretação, desenvolvimento e aplicação do direito para diversos contextos, nos casos por exemplo da uniformização e a harmonização de direitos, que visam a criar mecanismos

¹⁵⁵ Ibidem, P.136

¹⁵⁶ CARDOSO, G. V. *O direito comparado na jurisdição constitucional*, In REVISTA DIREITO GV, 6(2), 2010, pp. 469–492. Disponível em <https://doi.org/10.1590/s1808-24322010000200006>.

¹⁵⁷ OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 164, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

facilitadoras na cooperação entre os Estados e viabilizar de forma segura e jurídica o comércio internacional¹⁵⁸.

Reside no estudo do Direito Comparado, a maior importância, por existir nele os mínimos pontos comuns entre distintas legislações de estados, que permite perceber quais são os pontos divergentes onde é quase impossível estabelecer regras do direito uniforme, ou mesmo harmonizar as suas legislações.

O relacionamento neste âmbito, implica criação de mecanismos jurídicos capazes de solucionar prováveis problemas que possam existir entre países com ordenamento jurídicos diferentes, o que exige dos intervenientes o conhecimento do Direito comparado¹⁵⁹.

Direito comparado é uma ciência importante na comunicação entre os sistemas jurídicos, pode fornecer através da aplicação do direito comparado a base para a produção de dicionários bilingue, que incluem as informações necessárias para tornar a comunicação jurídica coerente, através das fronteiras de sucesso.

Ele, também ajuda a compreensão mútua e a dissipação de preconceito e má interpretação da cultura alheia, no mundo globalizado, isto é, o direito comparado é importante para fornecer uma plataforma para o intercâmbio intelectual nos termos da lei e que cultiva uma cultura de compreensão em um mundo diverso, uniformizando a sua articulação jurídica¹⁶⁰.

Além disso, o direito comparado ajuda a alargar os horizontes para os reformadores da lei e os legisladores em todo o mundo. O direito comparado é útil, também, nas relações internacionais na definição de políticas externas.

Com relação às abordagens apresentadas acerca da matéria acima, entende-se que o Direito Comparado é uma ciência jurídica que estuda as diferenças e as semelhanças dos diversos ordenamentos jurídicos do mundo, é uma ferramenta auxiliar para o operador de direito nacional.

No caso de lacuna deixada pela lei interna, pode haver consultas às outras legislações de culturas e tradições semelhantes, ou seja, com o sistema jurídica da mesma origem, para servir de referência. Neste contexto, ao estudar o direito comparado, é necessário ter em mente os principais sistemas jurídicos (famílias do direito) existentes no mundo globalizado.

A globalização e a modificação nas relações internacionais estreitaram os laços entre países, especialmente aqueles que se incluem em um mesmo sistema jurídico. O direito comparado surge como uma ferramenta jurídica para coordenar essas interações. Os fluxos de emigrantes ou imigrantes para o Brasil assim como para Moçambique ao longo da história contribuíram para que a legislação brasileira e moçambicana, para que sofresse a influência de ordenamentos jurídicos de outras nações.

A interferência do Direito Comparado na legislação brasileira e moçambicana é muito evidente no Direito Internacional Privado, principalmente pela natureza desse campo de

¹⁵⁸ JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*, 2015.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 2015.

¹⁶⁰ CISTAC, Gilles, *O direito administrativo em Moçambique*, Maputo, 2016, p. 1–44.

conhecimento. Nesse âmbito, não se pode deixar de destacar que o Direito Comparado influenciou de forma relevante a Constituição Federal e a constituição moçambicana¹⁶¹.

Quanto a função dos comparatistas é colocar em evidência a actividade que cabe ao Direito Comparado como ciência, de modo tornar os juristas aptos a cumprir a tarefa que lhes é confiada, cada um na sua especialidade.

Os comparatistas são instados a empregar nas suas diferentes funções, o método comparativo, devendo ter como conhecimento os perigos que estarão expostos e as regras de prudência as quais devem se sujeitar.

A especialidade obtida por cada um será provinda do conhecimento, o qual amplia o repertório do profissional, sendo este necessário para a melhor compreensão dos Juristas no próprio direito, tanto para aperfeiçoarem quanto para estabelecerem regras uniformes ou até mesmo uma harmonização dos diversos direitos, quando possível.

Segundo FRANCISCO OVÍDIO, os comparatistas devem conjugar esforços juntamente com os juristas para que os interlocutores sejam compreendidos, pois os juristas sozinhos, por possuírem uma formação com conceitos distintos daqueles que passaram a ser utilizados, encontraram dificuldades na compreensão, já que o Direito Comparado passou a actuar em um desenvolvimento moderno, tendo a partir daí uma teoria incrementada em princípios¹⁶².

Os comparatistas surgem a partir do Direito Comparado o qual define as relações de semelhanças e diferenças em um ordenamento jurídico, podendo ele ser constituído de diversas culturas, ajudando a alargar os horizontes para os reformadores da lei e dos legisladores em todo o mundo.

Por se tratar de um direito essencialmente formal, histórico e processual, liga-se aos factos, cabendo ao juiz à decisão final, analisando o caso concreto e a jurisprudência a ser aplicada, sendo necessários então, os comparatistas para que aja uma compreensão entre juristas e interlocutores.

É frequente comparatistas apontarem ao Direito Comparado funções determinadas, entre elas, a elaboração de um Direito comum à Humanidade ou a unificação dos direitos, a descoberta do direito justo ou até a aproximação dos povos.

O papel do Direito Comparado será sempre aquele que os seus actores e utilizadores lhe imprimirem. Contudo, sua utilização permite realizar o seu estudo e se justifica por elas, embora não as preencha, se não for orientado e utilizado em tal sentido.

Derivam elas, ainda, da necessidade de formação dogmática básica do jurista comparatista, que é obtida pelo estudo continuado do direito sobre o qual inicialmente debruçou a sua atenção e com referência ao qual estabeleceu os seus quadros conceptuais, estudo esse que não deixará sobrar muito tempo para as indagações comparativas.

¹⁶¹ Cfr. os art.º5º da Constituição Federativa do Brasil e art.º 40º da CRM, preceitos que endossam a influência do Direito Comparado no ordenamento jurídico brasileiro e moçambicano.

¹⁶² OVÍDIO, Francisco, *Aspectos do direito comparado*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 167, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.

Estas críticas partem de verificações indesmentíveis, mas que não são adequadas à negação da possibilidade do Direito Comparado. Este não pressupõe um conhecimento dos Direitos estrangeiros a comparar (quantitativa ou sequer qualitativamente) igual ao que é exigido sobre direito próprio.

E se, sobre tudo hoje se esta de acordo que é forçoso abdicar do propósito, votando a atenção somente a parcelas dele, valerá certamente a pena restringir um pouco mais ainda o objecto de estudo, em razão da superfície, para que ele ganhe em profundidade, como a comparação dos direitos propícia.

Ademais, muitas vezes o conhecimento dos direitos estrangeiros é o mesmo imposto pelos direitos nacionais, isto é, no caso da aplicação das regras de conflitos do Direito Internacional Privado.

Outras vezes é o carácter “importado” de certas soluções legislativas que leva o jurista a debruçar-se, em sede da interpretação do seu próprio direito, sobre os direitos estrangeiros.

A comparação dos direitos ajuda, pois, ao conhecimento do direito próprio, como se referiu por muitas vezes na presente pesquisa.

Por último, refere-se que utilidade do Direito Comparado, não se prende, formalmente falando, com os estudos jurídicos. Trata-se da utilização cada vez mais frequente, socialmente indispensável, que dele faz a política legislativa.

2.3.1. Caracterização do Direito Comparado

No Direito Comparado discutem-se os limites que dizem respeito a sistemas do passado. Porque o Direito Comparado pode pretender realizar a comparação de direitos. Mas aí necessariamente se cruza com a História do Direito, cujo objecto são justamente os sistemas jurídicos passados. O Direito Comparado pretende levar-nos ao conhecimento dos direitos estrangeiros. Mas esses direitos são muitos, tantos como os Estados, o que seria impossível estudá-los um por um.

Porque na realidade estudar direito estrangeiro não é ainda fazer direito comparado, o que há de específico no direito comparado e o uso do método comparativo.

Os elementos retirados de várias ordens jurídicas são comparados assinalando se semelhanças e diferenças, e assim chega se pela determinação dos traços essenciais, há demarcação de agrupamentos que por sua vez nos permitira a determinação dos sistemas jurídicos contemporâneos¹⁶³.

Em termos terminológicos, fala-se em direito leva se a supor que se esta perante um ramo da ordem jurídica que estaria ao lado do Direito Constitucional, do Direito da Obrigações, do Direito Agrário e outros.

¹⁶³ ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito , Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso Brasileiro, 10ª ed, Coimbra 1997, p. 138

O direito comparado não representa nenhum ramo da ordem jurídica, simplesmente é uma ciência que estuda o direito utilizando o chamado método comparativo. O melhor seria por isso designar se esta disciplina de comparação de direitos, mas a designação direito comparado esta consagrada¹⁶⁴.

2.3.2. Conteúdo do Direito Comparado

Tal como sucede com os demais ramos ou cadeira de Direito, no qual as suas nomenclaturas resultam da interpretação de expressões provenientes dos povos da diáspora, o critério é o mesmo para o Direito Comparado. Portanto, a expressão do Direito Comparado, significa comparação de direitos e em alemão o mesmo termo resume-se em *Rechtsvergleichung*¹⁶⁵.

Comparação é uma actividade que consiste em estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças, isto é, pesquisar e relacionar semelhanças e diferenças segundo um método adequado ao objectivo¹⁶⁶.

Em ciências jurídicas, toda comparação tem objecto e fim a atingir, e verdade que esse fim pode ser diversificado olhando a problemática e os modos de estudo, ou seja, admite - se realizar um estudo comparativo onde a ideia é extrair as semelhanças e diferenças ou somente as semelhanças deixando de lado as diferenças ou vice-versa.

Numa visão geral, dir-se-á que o Direito Comparado (ou estudo comparativo de direito) é uma disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas distintas¹⁶⁷.

Na visão deste autor, só se considera Direito Comparado caso o propósito de estudo esteja virado no apuramento dos aspectos semelhantes e diferentes de contextos jurídicos distintos, devendo ser feita de forma cíclica.

Do conceito, pode ser impreciso, se olharmos o conceito dado pelo doutrinário JOÃO DE CASTRO MENDES. Segundo este autor, Direito Comparado deve ser compreendido como uma actividade intelectual de conhecimento, consistente no registo e explicação, entre a realidades jurídicas compatíveis, de semelhanças e diferenças¹⁶⁸.

Com uma análise mais cuidada do conceito, pode se encontrar elementos de sustento. Segundo o JOÃO DE CASTRO MENDES, o primeiro elemento que se pode extrair do conceito circunscreve -se com “actividade intelectual de conhecimento”

O reconhecimento como actividade intelectual de conhecimento, vem na perspectiva de confirmar que o Direito Comparado é uma ciência de estudo de método de comparação. Ou seja,

¹⁶⁴Ibidem, P.138

¹⁶⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, introducao ao Direito comparado, 2ª edição,Coimbra, 1998.p.9

¹⁶⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, introducao ao Direito comparado, 2ª edição,Coimbra, 1998.p.9

¹⁶⁷ Ibidem, 1998.p.9

¹⁶⁸ MENDES, João de Castro, Direito Comparado, Lisboa, 1982 – 1983.p.9

conforme explica JOÃO DE CASTRO MENDES, este é momento para apreciar da validade ou invalidade da qualificação do Direito Comparado como actividade científica e como ciência¹⁶⁹.

Importa explicar que, a questão de qualificação como ciência de direito comparado está evidentemente ligada à qualificação como da ciência de ciência de direito em geral. Portanto, ela é reconhecida comumente, em termos gerais, a qualidade de um padrão superior dos conhecimentos humanos¹⁷⁰.

Em linhas gerais, a ciências possuem fundamentalmente as seguintes características:

- a. Um facto que estabelece a verdade e o erro;
- b. Um facto não singular ou transitório, mas do universal para imutável;
- c. A ciência procura explicar os factos por relações causais;
- d. A ciência procura exprimir essas relações causais em leis naturais, relacioná-las entre si e construir com elas uma visão estruturada do seu objecto¹⁷¹.

Diante das características apresentadas e validadas na maioria de campos de saber, enfrenta – se uma dificuldade em Direito.

A primeira dificuldade, reside no facto de objecto de Direito não é formado de seres, ou relação de ser, mas essencialmente por normas, relações de dever ser. As afirmações de ciência do direito não são deste modo qualificáveis de verdade ou erro¹⁷².

O objecto da ciência do direito, mesmo encarado no seu carácter local e contingente, resiste à qualificação individual, formando por normas e figuras gerais e abstratas¹⁷³.

As características essenciais do conceito de ciência são hoje amplas e variáveis. Características do objecto da ciência não é ser formado por verdades unidas por relações de causalidades, é o ser formado por proposições, proposições de conhecimento, sistematizada num todo coerência e numa ordem, portanto, a ideia da ordem é a ideia-chave do conceito de ciência¹⁷⁴.

O Direito Comparado não é um ramo do direito. Não há nenhum conjunto de normas jurídicas unitariamente reunidas sob a denominação de Direito Comparado, e oposto a um qualquer Direito Comparado, sendo que é uma ciência que estuda o direito utilizando o chamado método comparativo¹⁷⁵.

O Direito Comparado estuda o Direito comparando sistemas diferentes e figuras e institutos insertos em sistemas diferentes. A ciência do direito estuda o direito, como dogmática, pela construção de categorias num todo sistema e pelo estabelecimento de relações entre as categorias definidas¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Ibidem, 1982 – 1983.p.25

¹⁷⁰ Ibidem, 1982 – 1983.p.52

¹⁷¹ Ibidem, 1982 – 1983.p.53

¹⁷² MENDES, João de Castro, Direito Comparado, Lisboa, 1982 – 1983.p.53

¹⁷³ Ibidem, 1982 – 1983.p.53

¹⁷⁴ Ibidem, 1982 – 1983.p.60

¹⁷⁵ Ibidem, 1982 – 1983.p.9

¹⁷⁶ Ibidem, 1982 – 1983.p.75

O Direito Comparado oferece a única via pela qual o direito pode tornar-se internacional e consequentemente uma ciência¹⁷⁷.

Segundo elemento e último, o Direito Comparado aproxima a umas realidades jurídicas comparáveis, isto é, realidades que têm algo de relevante em comum¹⁷⁸. Há uma unanimidade jurídica, que só pode-se falar de Direito Comparado, quando os aspectos em comparação sejam comuns e de grande relevo não só para o âmbito jurídico mais também para os comparatistas.

Neste entendimento, a doutrina explica que os comparatistas põem em realce que os termos a comparar têm de ter algo de comum, algo de comum que apresenta em todas eles valor essencial, e não de pormenor¹⁷⁹.

A semelhança tem de ser tal, que permita enquadrar as figuras comparáveis numa categoria comum analisável juridicamente, e no entanto, esta ideia alguns comparatistas reservam a denominação *tertium comparationis*¹⁸⁰.

Cabe á própria ciência do direito comparado precisar antes de mais os conceitos pressupostos em que se baseia, embora nisso se colocam as questões metodológicas. A este propósito, limitamo-nos a uma observação.

O Direito no seu sentido normativo e o objecto do direito comparado, há uma grande diferença em relação ao tratamento do dado jurídico, própria ciência do direito. No direito comparado o que representa a ordem jurídica, é algo que reveste um cento diverso do que seja direito em termos de ciência do direito.

Em ciência o direito surge como facto, norma e valor. Por isso sempre contrapor um direito é a um direito que deve ser invocando uma normalidade em oposição ao que realmente é praticado.

Diferente é o termo direito comparado, a componente fáctica ocupa aí seguramente um plano muito mais significativo. Não cabe ao compartismo colocar se as ordens jurídicas que examina na posição de ciência do direito. Não tem nomeadamente que afirmar que algo deve ser assim ou doutro modo, contra o entendimento dos juristas desse país.

Deve-se tomar o direito desses países como realidade histórica e reconstituí-lo apenas para o efeito de o poder confrontar com outros direitos. Se estiver perante uma lacuna, não deve integrar essa lacuna como pensa que deveria ser, mas como pensa que os juristas desses países o fariam, perante aquela situação.

Por essa razão o comparatista não pode ser um cientista de todos os direitos que confronta, o que tornaria impossível a sua tarefa. Deve ter a capacidade de recolher os dados e reconstituir as ordens em causa, mas como tarefa preparatória em relação a comparação, que é a sua função específica¹⁸¹.

¹⁷⁷ Ibidem, 1982 – 1983.p.77

¹⁷⁸ Ibidem, 1982 – 1983.p.26

¹⁷⁹ Ibidem, 1982 – 1983.p.26

¹⁸⁰ Ibidem, 1982 – 1983.p.28

¹⁸¹ ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito , Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso Brasileiro, 10ª ed. Coimbra, 1997, pp. 138 e 139

2.4. Macrocomparação e Microcomparação

Segundo ASCENSÃO, o caso concreto e específico da intervenção do direito comparado há que considerar, duas grandes figuras, que são a macrocomparação e a microcomparação¹⁸².

2.4.1. Macrocomparação

A Macrocomparação consiste na determinação dos grandes sistemas jurídicos ou, como metaforicamente se diz, das famílias de direito. Procura se fazer os agrupamentos justificados pela índole das ordens jurídicas em presença, que permitam o aprofundamento dos traços respectivos.

A delimitação dos sistemas jurídicos permite também a comparação entre sistemas, que é um modo ulterior de aperfeiçoar o seu conhecimento.

A que examinar a problemática geral das influências entre o sistema jurídico, os fenómenos de receção de textos legislativos e suas consequências¹⁸³.

2.4.2. Microcomparação

A Microcomparação é a comparação de institutos jurídicos ou, numa formulação mais ampla, dos conteúdos de ordem jurídica singulares, o que representa a essência do direito comparado porque a macrocomparação ainda participa de um certo carácter instrumental. A Microcomparação averigua como o mesmo problema substancial recebe solução em ordens jurídicas deferentes¹⁸⁴.

No entanto, a repartição de todas as ordens jurídicas em sistema é tarefa que está longe de ter resultados satisfatórios, porque ainda estamos no estágio em que cada autor manifesta a sua própria orientação, sem ter em conta correntes formadas.

Os comparatistas simplesmente usavam sistemas de base europeu, nisso limitavam-se a falar de um sistema francês ou latino, de um sistema anglo-saxão, de um sistema eslavo, de um sistema germânico.

Mas com a multiplicação dos contactos e a universalização dos problemas permitiu ultrapassar este eurocentrismo e suscitar classificações a nível mundial¹⁸⁵.

Nesse âmbito, foram distinguidos cinco sistemas do Direito, tais como: o sistema *ocidental*, *soviético*, *muçulmano*, *hindu* e *chinês*, que regem nas ordens jurídicas próprias.

Os pesquisadores em direito, não pararam por aí, modificou-se o seu critério e actualmente refere-se pela existência das famílias jurídicas romano-germânico, de common law e dos direitos

¹⁸² ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito , Introdução e Teoria Geral, 13ª ed. Refundida, Almedina, 2005, pp. 145 a 146.

¹⁸³ Ibidem, coimbra, 1997, p.139

¹⁸⁴ ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito , Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso Brasileiro, 10ª ed, Coimbra 2005, p.146

¹⁸⁵ ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito , Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso Brasileiro, 13ª edição refundida Coimbra 2005, p.147.

socialistas mas este encontra-se em fraquecido, mas se admite ainda um resto, que abrangeria outros sistemas. Esta repartição é indefinida e tem escasso valor científico, por não assentar num critério rigoroso¹⁸⁶.

No entanto, as principais famílias jurídicas na globalização são a família romano-germânica, isto é direito civil, a família do Common Law, que corresponde ao direito consuetudinário e ainda família dos direitos socialistas que está em extinção.

A família romano-germânica, reside no direito romano e no direito germânico, predomina essencialmente na Europa continental e em outras regiões do mundo, para a família jurídica Common Law, tem origem no direito inglês e se baseia na jurisprudência e na lei costumeira e enquanto a família jurídica socialista, se constrói em países com sistemas políticos socialistas, encontrando-se na actualidade em declínio com tendências de mudança para os sistemas de mercado.

É importante procurar descer ao que na essência caracteriza os sistemas jurídicos, para além de diferenças que superficialmente podem impressionar, com as técnicas jurídicas, mas que não são tão significativas.

Deste modo o critério deve ser completado. Falar de ideologia não é algo que paira sobre a vida social, mas que deve pelo contrário encarnar nesta, orientá-la, condizê-la à ordem que lhe corresponde. Quando a ideologia se tornou alma dum ordem social, pois esta contém necessariamente uma componente jurídica.

Uma ideologia que encarnou na vida social é partindo disso, que deve se ter em conta que existe vários entendimentos dos termos cultura e civilização, parece poder dizer-se que, se todo o povo tem cultura, nem todo o povo atingiu a civilização.

Isto significa que a distinção se deve fazer antes de mais entre direitos primitivos ou não civilizados e direitos civilizados. Diz-se civilizações o elemento de base distintivo das sociedades e, portanto, das formas do direito.

A civilização pressupõe, não só o que se chama uma cultura superior, mas um desenvolvimento das formas técnicas de vida social. Isto significa que a distinção se deve fazer antes de mais entre direitos primitivos ou não civilizados e direitos civilizados¹⁸⁷.

2.4.3. Direito Primitivo

As classificações do direito primitivo far-se-ão de harmonia com os conhecimentos ministrados pela etnologia. É necessário distinguir os direitos tradicionais da Melanésia, dos direitos bantos, os direitos dos povos da região ártica.

¹⁸⁶ Ibidem.,2005

¹⁸⁷ ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito , Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso Brasileiro,10ª ed, Coimbra 1997, pp.141 e 142

O estudo histórico dos direitos primitivos é difícil pelo facto dos povos deixarem poucos vestígios, o que está ligado ao escasso desenvolvimento técnico que lhes não permitiu a transformação da natureza ambiente, falta e monumentos.

O pouco que se afirma sobre os mesmos, resulta de projeções ou ilações, sempre falíveis, a partir do conhecimento dos primitivos atuais¹⁸⁸.

Os povos primitivos subsistem ainda por vezes sem sofrerem contacto ou influência dos Estados a que correspondem, como em vastas zonas da Nova Guiné, noutros tolerados ou combatidos pelos Estados que exercem a soberania.

A pluralidade de ordens jurídicas, leva a que devamos considerar para além das ordens jurídicas estatais, estes Direitos Primitivos, mas a situação é mais relevante nos países do terceiro Mundo que para além dos sistemas jurídicos herdados dos colonizadores, há sistemas tradicionais que não podem ser ignorados.

A dualidade de sistemas jurídicos, é mais imposta na administração da justiça ouse reserva para as autoridades tradicionais ou ainda se designam juízes que têm unicamente por função, resolver conflitos à luz do Direito tradicional que em poucos casos se julgou ter chegado a altura de superar a dualidade dos sistemas judiciais¹⁸⁹.

2.4.4. Confrontos de Sistemas Jurídicos

A confrontação do sistema jurídico é um fenómeno muito mais fácil de observar no mundo contemporâneo que em épocas passadas, dada a comunicação atual que corresponde as formas civilizacionais. Não há impedimento que o nosso interesse se concentre na definição dos sistemas em si, não nos preocupar com ordens em que elementos de sistemas diversos combinam em proporções muito variáveis.

O sistema ocidental e soviético representou formas de vida típicas da sociedade industrial avançada num mundo em que vai deixando de haver alternativas por desaparecimento duma base pluralidade substancial de sistemas jurídicos.

Devemos interrogar-nos também sobre a eventual configuração de um sistema, próprio dos países pertencentes a antiga União Soviética¹⁹⁰.

Sistema ocidental e soviético, são originários de uma civilização comum, a que estão intrinsecamente ligados e para se encontrar a civilização correspondente ao sistema soviético teria de se apontar a civilização que o sistema prometia para o seu epílogo. Importa desde já entrarmos em detalhes sobre os dois sistemas, ocidental e soviético, para simples noções.

O sistema ocidental - assenta na herança grega. O homem é considerado como um interesse novo, diferente do característico das formas de vida mais aglutinadoras anteriormente

¹⁸⁸ Ibidem, 1997, pp.142 E 143

¹⁸⁹ Ibidem, 1997, P. 149.

¹⁹⁰ ASCENSAO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileiro*, 10ª ed, Coimbra 1997, p.145.

existentes, o que viria depois a desabrochar no respeito pela pessoa humana, quando se dá a intervenção do cristianismo¹⁹¹.

O cristianismo, a sua luz se forjou na Europa durante a Idade Média e hoje são flagrantes os desvios que se verificam em relação ao espírito cristão, mas que não deixa de oferecer um outro elemento constitutivo e indispensável para a definição desta civilização, que é o capitalismo.

O capitalismo tem também o seu espírito, diverso do espírito cristão e é avassalador e que não pode ser deixado de lado na definição da base tripartida da ideologia actual da civilização ocidental.

Para um conhecimento útil devemos logo destrinçar dois subsistemas, o romanístico e o anglo-americano. A base civilizacional que assinalamos vai ter uma estrutura jurídica muito diversa consoante a técnica jurídica que num ou noutro caso for adotada e é uso distinguir um sistema continental, ou de Direito civil que os britânicos opõem os países de *civil law* aos países de *common law*, a um sistema anglo-saxão ou de *common law*¹⁹².

O elemento essencial do primeiro subsistema assenta no direito romano, que penetra a América Latina, as zonas de África, que não pertencem ao sistema muçulmano ou ao subsistema anglo-americano e várias zonas da Ásia, ao contrário do que acontece no sistema anglo-americano.

Sistema socialista - antes da implantação sistema socialista ou soviético, a maioria dos países pertencia ao subsistema romanístico do direito, mas na Rússia a estruturação jurídica fora sempre fraca. A legislação e a doutrina jurídica eram pouco evoluídas e a aplicação do direito realizava-se de modo semelhante ao vigente nos países ocidentais antes da Revolução Francesa, sem a distinção nítida da função judicial¹⁹³.

O sistema soviético ou socialista, já por se prestava mais a ser estudado atendendo antes porque em lugar nenhum se chegou a um ponto de equilíbrio na evolução e assistiu-se a rápida imposição de um sistema diverso do existente, que implica uma arquitetura própria da vida social.

Por força desta ideologia, dá-se a estruturação da produção em termos colectivistas, o que desde logo altera radicalmente as relações sociais, o Estado se converte num aparelho de coação e surge a ditadura do proletariado, como consequência necessária da organização que se pretende.

Os princípios gerais orientadores do Estado soviético influem constantemente como elementos ativos, no tratamento do material jurídico e os juristas destes países deve interpretar e aplicar a lei não apenas a luz dos princípios que resultam do próprio direito, como nos países acidentais, mas desde logo a luz de princípios políticos¹⁹⁴.

Um exemplo evidente é na integração de lacunas. Nos direitos ocidentais, busca-se no próprio sistema jurídico os princípios gerais cuja aplicação permitirá conseguir uma solução nova,

¹⁹¹ ASCENSAO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileiro*, 10ª ed, Coimbra 1997, p.145

¹⁹² ASCENSAO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileiro*, 13ª edição refundida Coimbra 2005, p.153

¹⁹³ ASCENSAO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileiro*, 10ª ed, Coimbra 1997, p.157.

¹⁹⁴ Ibidem, 1997, pp. 157 a 158

ao passo que no sistema soviético, as lacunas devem ser integradas de harmonia com os princípios gerais do direito e com os princípios da política.

No entanto, no sistema soviético, a Lei é o instrumento usado para realizar a função coerciva do Estado e ocupa um primado que representa praticamente um exclusivo. O costume não é reconhecido, mas na prática, atuará sempre até nos períodos de liquidação revolucionária das fontes existentes a ordem jurídica teve base costumeira, mas um tribunal não admitia a invocação frontal do costume.

A Jurisprudência como tal não cria normas. Os tribunais evidentemente emitem diretrizes vinculativas das instâncias inferiores sobre o modo de julgar independente da solução de casos concretos e nessa altura, os tribunais actuam como órgãos legislativos ou administrativos e não como órgãos judiciais¹⁹⁵.

Nos anos que seguiram a revolução russa, atravessou-se uma situação de insegurança jurídica. A ordem singular da autoridade ganhou o lugar proeminente, a proclamação abstrata da lei que se tornou como no Estado do século XVIII, um modelo que deveria se seguir, o que tornou difícil o conhecimento do direito vigente nesses países.

O qualificativo que se acrescenta implicava para os ocidentais que é alguma coisa menos que a legalidade e para o jurista desses países significava alguma coisa mais, porque não só se reconhecia a legalidade formal como também se dariam as condições práticas para o exercício.

Na Rússia, esta representa como uma inovação porque antes da revolução havia pouca firmeza nas Leis e na jurisdição.

A evolução permitiu tirar do princípio da legalidade socialista sempre novas consequências, que voltaram a aproximar as doutrinas jurídicas dos países das doutrinas ocidentais.

No sistema romanístico é considerada um dos pontos-chave da defesa do cidadão, a garantia de só poder ser condenado pela prática de facto previamente previsto na lei, como exclusão de toda a analogia, mas no sistema socialista as leis permitiam também a punição por factos analógicos aos previstos na lei.

A seguir a estalinismo, analogia foi de novo proibida, o que é um sintoma desta realidade da legalidade¹⁹⁶. JOSÉ DE OLIVEIRA DE ASCENSÃO, entende que a sucessão por morte foi proibida com a Revolução de 1917, mas que posteriormente se restabeleceu no sentido de uma ampliação gradual do âmbito de aplicação. A propriedade individual de bens de produção fora sucessivamente restringida aos bens necessários para o exercício do artesanato, pequenas explorações agrícolas e comércio de retalho, mas em posição desfavorecida e a tendência última foi no sentido de uma nova ampliação do seu domínio acompanhado do retorno espetacular da empresa privada.

Na aplicação de lei, os tribunais de camaradas, de criação tardia, procuram através da conciliação, sanar os pequenos litígios, inserindo-os no meio em que se produziram.¹⁹⁷ O

¹⁹⁵ ASCENSAO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileiro*, 10ª ed, Coimbra 1997, p. 158.

¹⁹⁶ Ibidem, 1997, Pp. 159 E 160

¹⁹⁷ Ibidem, 1997, P.160.

desenvolvimento científico do século em curso estimula o direito comparado como valioso instrumento para conseguir o melhor entendimento nas relações internacionais.

O estudo do direito comparado, viabiliza o esforço em direcção da paz de sociedades humanas ou de comunidades.

2.5. Relação com Outros Sujeitos do Direito

Direito comparado é diferente de campos de jurisprudência geral como é caso da teoria geral do direito, o direito internacional, incluindo o direito internacional público e direito internacional privado, também conhecido como conflito de leis.

Apesar das diferenças entre o direito comparado e estas outras áreas jurídicas, de direito comparado ajuda a informar todas estas áreas de normatividade. Por exemplo, o direito comparado pode ajudar as instituições jurídicas internacionais, como os do Sistema das Nações Unidas, ao analisar as leis de diferentes países a respeito de suas obrigações do tratado. Direito comparado seria aplicável ao direito internacional privado no desenvolvimento de uma abordagem para a interpretação de uma análise de conflitos. Direito comparado pode contribuir para a teoria jurídica, criando categorias e conceitos de aplicação geral.

Direito comparado também pode fornecer percepções sobre a questão dos transplantes legais, ou seja, o transplante de direito e das instituições jurídicas de um sistema para outro. A noção de transplantes legais foi cunhado por Alan Watson, um dos mais renomados juristas do mundo especializada em direito comparado.

Além disso, a utilidade do direito comparado para a sociologia do direito *vice-versa* é muito grande. Os estudos comparativos dos vários sistemas jurídicos podem mostrar as quão diferentes as normas jurídicas para a mesma função de problema na prática. Por outro lado, sociologia do direito pode ajudar a responder questões comparativas da lei, tais como: Como os regulamentos em diferentes sistemas jurídicos, como funciona nas respectivas sociedades? Certas regras jurídicas comparáveis? Como é que as semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos se explicam?

2.6. Conceito do Crime

Numa perspectiva formal, podemos dizer que “crime” é todo o comportamento ao qual uma norma jurídica conexione uma pena ou uma medida de segurança. Portanto, do ponto de vista do conceito formal, é crime tudo aquilo que o legislador legitimamente considere como tal.

Segundo FEUERBACH, o “*crime é, no mais amplo sentido, uma injúria contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao Direito de outro, cominada numa lei penal*”. Os crimes são sempre lesões ao Direito, por exemplo, “a lesão do direito à vida constitui o homicídio”¹⁹⁸.

¹⁹⁸ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 64.

O conceito material, por outro lado, visa ir mais além, dizendo quais as características que o comportamento deve ter para ser considerado como crime, estabelecendo a função e limites do Direito Penal.

O prof. Figueiredo Dias, ensina que este conceito terá de ser dado previamente ao legislador e, desta forma, estará sempre fora do direito penal legislado. Através do conceito material, descobre-se as características do comportamento para que o legislador se sinta legitimado a considerar tal comportamento como crime¹⁹⁹.

O conceito material de crime identifica-se como sendo pré-jurídico ou prévio ao direito penal legislado. Ao contrário do conceito formal, o conceito material está acima do direito penal legislado.

Diga-se em abono da verdade, que o conceito material de crime constitui uma expressão dos princípios constitucionais de Direito Penal, agrupando, pois, as características que uma conduta tem de possuir, em nome desses princípios, para poder ser qualificada como criminosa.

Deste modo, a incriminação tem de ser indispensável para promover a defesa de bens jurídicos essenciais (imperativo do princípio da necessidade), a conduta incriminada deve possuir ressonância ética negativa (reside o princípio da culpa) e a criminalização, sempre resultante de lei formal, deve reunir o consenso da comunidade (decorre do princípio da legalidade). Tal como refere CARVALHO :

“O direito penal não é uma ciência abstrata, pelo contrário, existe para se aplicar às situações concretas da vida social. Como tal, um facto que constitui um tipo de ilícito, pode, em concreto, por força das circunstâncias em que é praticado, transformar-se num facto justificado, aprovado pela ordem jurídica e, portanto, não ser considerado ilícito, não obstante continuar a ser típico”²⁰⁰.

2.7. O conceito de pena

É comum verificar que a pena permanece e continuará para sempre, como uma realidade impossível de um entendimento totalmente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.

Não se encontra até hoje, uma formulação do conceito consensual, o que bem se percebe pela natureza e cariz polimorfo da pena.

Existe várias conceições que lhe servem de base em termos das finalidades que devem desempenhar, com distintas teorias filosóficas em que repousam, os sistemas económicos, políticos, sociais, culturais até jurídicos que delas se têm servido.

No entanto, talvez pela sua realidade muito mais concreta, no sentido da apreensão pelos sentidos, existe vasto conjunto de aspectos que em relação aos quais, se julga, existir largo consenso e que, por isso, constituem a matriz do conceito de pena, como ela é percebida.

Portanto, a pena importa sempre um sofrimento do condenado, uma limitação de direitos fundamentais, dos quais têm origens diversas, desde a vida, à liberdade, à propriedade, passando

¹⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, 2ª ed., Coimbra editora, Coimbra: 2012, p. 401.

²⁰⁰ CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal - Parte Geral*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2014, p.257

pelo corpo, isto é a saúde física e psíquica, talvez melhor, a honra. No entanto, tal como MACIE, esclarece, a pena não é só um significado, mas sim, produtor de algo, esse algo que pode ser entendido como sendo a prevenção especial segura²⁰¹.

Todavia, ainda pode consistir na afectação da situação de tranquilidade; tal que, essa aplicação faz-se através de uma organização que personifica o exercício de poder comum de uma dada sociedade, sob a forma de Estado, isto é, no seu sentido moderno.

Portanto, ainda que exista uma maior participação dos indivíduos directamente envolvidos no conflito penal, como sucede em geral na justiça restaurativa, acaba por existir sempre uma intervenção do Estado, pelo menos na determinação dos crimes passíveis desse tratamento, através dos mecanismos de resolução alternativa de divergências; portanto, toda a finalidade da pena sua base reside na observância de preceitos criminais que foram violados, ou seja, a sanção existe porque aquele agente do crime violou um comando, isto é, uma legislação penal anterior ao facto punível.

Pena de prisão, trata-se de uma reacção comunitária a um evento tido por negativo, desfavorável à sociedade considerada no seu conjunto, tal que, o cumprimento efectivo da pena importa, quando a natureza concreta de cada uma dessas sanções o implique ou nas hipóteses de ausência de concurso do criminoso na respectiva execução voluntária, o uso da força pública. No entanto aqui se vê o carácter impositivo da pena; nisto, entende-se que existe um propósito protector da sociedade face ao evento criminoso, por exemplo, a pena é um mecanismo de auto-protecção social, de manutenção do *status quo*, de prevenção de que a situação social, política, económica, cultural até jurídica daquele Estado se deve conservar.

Neste âmbito, a pena é uma reafirmação dos interesses sociais, ou seja, dos valores sociais. No entanto, estes factos, pese embora, estejam necessariamente ligados, não significa que se procura defender a ideia de que toda a pena criminal tenha por aspiração a prevenção geral, mas, no entanto, ela visa garantir a sobrevivência daquele específico tecido social. Trata-se aqui, de objectos diferentes.

Uma visão, é afirmar-se, que a pena seja um meio para garantir a manutenção da estrutura social; outra é reconhecer que a pena é uma estratégia de intimidação, isto é, a reafirmação contra fáctica da Lei. Portanto, é certo que a primeira vocação ou ideia, não vive sem a segunda.

Nada é útil a uma comunidade querer que o *status quo* deve permanecer na situação em que se encontrava e dentro do possível, antes que o crime ocorra, se não dispuser de mecanismos para sua concretização. E esses mecanismos passam por uma actuação sobre a generalidade dos membros, para os afastar de repetirem aquele comportamento, mas também por uma actuação sobre o concreto agente do crime. Esse é o ponto central da intervenção do Estado em tudo aquilo que digladia com a pena. Os específicos instrumentos são meios para fins²⁰².

A primeira consequência das penas observa-se no âmbito do princípio da legalidade. Tais que, só as leis podem fixar as penas de cada crime, e que o poder de fazer leis não pode residir somente na pessoa do legislador, que representa toda sociedade unida por um contrato social. Olha

²⁰¹ MACIE, Albano, Manual de Direito Penal, Parte Geral, Vol.1, Escolar Editora, 2021, p.143

²⁰² LEITE, Andre Lamas, *Algumas Notas Para Um Conceito Operativo De «Pena»* Almedina, Julgar - n.º 32, 2017.

que, o Magistrado faz parte dessa sociedade, não pode com justiça infligir outro membro da sociedade, uma pena que não esteja estatuída na lei.

Quando o juiz tomar decisões mais severos que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já o legislador determinou. Neste contexto, apoiamo-nos nas ideias do CESAR BECARIA, segundo as quais, nenhum magistrado deve aumentar a pena sobre o crime do cidadão sobre o pretexto do bem público. Uma das consequências são que as autoridades que representam a sociedade, só devem fazer leis gerais, as quais todos devem se submeter, não compete a eles julgar alguém que tenha violado essas leis²⁰³. No entanto, quando a Lei está presente vai obrigatoriamente pertencerão *Jus Poenale*²⁰⁴.

2.7.1. Os Fins das Penas

O Código Penal em vigor, é responsável pela definição dos critérios que determinam a escolha e a medida da reacção criminal, como é o caso da protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

Conforme descrito no n.º 1 do art.º 59º do CPM, “*sem prejuízo da sua natureza repressiva, a aplicação das penas e medidas de segurança tem em vista a protecção de bens jurídicos, a reparação dos danos causados, a ressocialização do agente e a prevenção da reincidência*”.

FIGUEIREDO DIAS nos ensina que “*a pena deve favorecer a reinserção social do agente do crime e deverá ser concebida como apelo e convite à “reconciliação” entre esse agente e a comunidade ofendida com a prática do crime*”.²⁰⁵

As doutrinas da prevenção especial positiva assumem, a este respeito, uma postura radicalmente diferente das doutrinas da prevenção especial negativa. A pena não visa, fundamentalmente, a protecção da sociedade diante da perigosidade do agente do crime, mas a sua *regeneração, reeducação, ressocialização ou reinserção social* (cada um destes termos corresponderá a tonalidades diferentes, correspondentes às diferentes versões destas doutrinas)²⁰⁶.

Dela está afastada qualquer ideia de “irrecuperabilidade” do agente do crime. Pelo contrário, o que com a pena se pretende é sua “recuperação” (concebida de formas diferentes, de acordo com as várias doutrinas). Para que melhor se compreenda a função do Direito Penitenciário, melhor é que se tenha primeiro em consideração quais os fins das penas.

BELEZA, afirma que, “*a pena tem fins mediatos (os fins do Estado) e os fins imediatos (retribuição e prevenção)*”.²⁰⁷ Nesses termos, observa-se que o Direito criminal tem uma relação directa com os fins do Estado tendo desse modo uma finalidade de cariz político.²⁰⁸

²⁰³BECARIA, Cesar, *Dos Delitos e Das Penas*, ed. Ridendo Castigat Mores, 1764

²⁰⁴BARRETO, Tobias, *Prolegômenos ao Estudo do Direito de Punir*. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record/Governo de Sergipe. 1991, p. 102

²⁰⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, 2ª ed., Coimbra editora, Coimbra: 2012, p. 506.

²⁰⁶DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, p. 506.

²⁰⁷BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*. Vol. I, 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 1984, p. 270

²⁰⁸Ibidem., 1984, P.270.

Se analisarmos com alguma rigorosidade pode-se inferir que os fins do Estado defendidos pelo prof. SOUSA, é a justiça (comutativa, distributiva e ate redistributiva), segurança (interna e externa) e o bem-estar (económico, social e cultural) melhor abordados em Ciência Política²⁰⁹.

No que diz respeito aos fins imediatos, aborda-se nesta óptica três teorias: a retribuição e prevenção, geral ou especial.

2.7.2. A Função Retributiva da Pena

Segundo BELEZA, citando Kant (1724 - 1804) a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência. Na óptica do referido autor "a pena judicial (*poena forensis*), distinta da natural (*poena naturalis*), pelo que o vício se pune a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para incentivar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão-somente porque delinuiu;²¹⁰

A pena segundo a retribuição pode ser considerada como justa compensação pelo mal causado por um delito, no sentido de uma teoria de retribuição (...). A pena funciona como instrumento de retribuição ou compensação do mal do crime e torna-se o fim em si mesmo. Isto é, como castigo , compensação, reparação ou retribuição do mal do crime justificada pelo seu valor axioilógico intrínseco, independentemente da utilidade que pode resultar da punição. A pena é reação ao mal do crime sem qualquer objectivo directo, pune-se porque a pena é justa em si²¹¹.

Antes de se pensar em tirar dessa pena algum proveito para si mesmo ou para seus concidadãos deve ter sido julgado como merecedor de punição.

Para BELEZA, na óptica Hegel (1770 – 1831), a pena é negação do delito e, de conseguinte, afirmação do direito que havia sido negado pelo delito. Essa construção é jurídica, portanto, racional. Nesse sentido, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação²¹². A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito²¹³.

Defende CORREIA, que, além do ilícito que é um elemento comum entre a retribuição e a prevenção, a prevenção tem ainda como um dos elementos indispensáveis a culpa, portanto, o facto tem de ser ainda culposos²¹⁴. Para este doutrinário, a retribuição traduz-se para uns, na aplicação de um mal correspondente ao mal praticado, imposta por imperativos morais, lógicos, dialéticos, estéticos, religiosos ou sociais.

²⁰⁹SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Introdução ao Estudo de Direito*. 5ª ed., LEX, Lisboa: 2000, p. 25

²¹⁰ BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, p. 271

²¹¹ MACIE, Albano, *Manual de Direito Penal, Parte geral*, Vol. I, 2021 – Maputo, pp.122-123

²¹²Ibidem.,1984, P.271.

²¹³Ibidem.,1984, P.272.

²¹⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p.45.

Para BELEZA, a ideia de retribuição significa que se impõe um mal a alguém que praticou outro mal. Nessa linha de ideias o seu sentido, está, portanto, ligado a ideia de castigo, o que, naturalmente, tem a ver com a própria ideia religiosa de punição por um certo pecado.²¹⁵

Mas é bom colocar o acento tónico no facto deste referido castigo deve ser *proporcional* ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva.

No entanto, a concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional ao prejuízo causado ou da culpabilidade.

2.7.3. Teoria da Prevenção

Prevenção tem a ver com a ideia de evitar que as pessoas façam qualquer coisa, nesse caso o cometimento de um ilícito criminal.

A pena para esta teoria não é uma questão de princípios nem imperativo categórico como querem as teorias absolutas e retribuição, é assim um instrumento útil e necessário para prevenir a criminalidade²¹⁶ :

- a) **Prevenção Geral** – O Direito Penal pretende evitar que as pessoas em geral cometam crimes. Segundo CORREIA, na prevenção geral, a aplicação da sanção ou a sua ameaça são simplesmente um modo de prevenir as violações futuras (teorias utilitárias) e isto quer na medida em que a ameaça ou a execução desse mal agem sobre a generalidade das pessoas, intimidando-as e desviando-as da prática do crime²¹⁷;

Trata-se de estabelecer sobre o efeito preventivo frente à comunidade. A consciência jurídica da comunidade se concilia com o delinquentes por meio de pena, resolvendo-se desta maneira o conflito existente entre ambos, sendo *mister* que a imposição e a execução da pena se efectue de maneira pública e explícita²¹⁸.

A prevenção geral segundo este autor, desdobra-se em duas dimensões negativa e positiva:

A prevenção geral negativa assenta no que ameaça numa pena para dissuadir os potenciais delinquentes que integram uma comunidade, de cometer ilícitos penais. Portanto a cominação de penas constitui uma forma de intimidar os membros da comunidade através do sofrimento infligido ao delinquentes: a pena tem uma função de intimidação.

²¹⁵ BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, p. 272

²¹⁶ MACIE, Albano, Manual de Direito Penal, Parte geral, Vol. I, 2021 – Maputo, p.124

²¹⁷ *Op.cit.*, 2010, p.43.

²¹⁸ MACIE, Albano, Manual de Direito Penal, Parte geral, Vol. I, 2021 – Maputo, pp.126

Devido as críticas levantadas desta teoria no âmbito da natureza moral, axiológico²¹⁹ e psicológica²²⁰, surgem então a prevenção geral positiva.²²¹

Prevenção geral Positiva: a pena fortalece a confiança daqueles que integram a comunidade na capacidade de execução e vigência da ordem jurídica, e, com isto, a fê do direito. Nesta teoria, a pena não tem função de intimidação como era a prevenção geral negativa, ela tem a função de afirmação do Direito positivo, isto é, apela para uma consciência colectiva, sobre a execução e a vigência das normas jurídicas fundamentais.

Esta teoria também tem sido alvo de crítica por limitar o ius puniendi do Estado, por procurar evitar a tendência perigosa da teoria da prevenção geral negativa de transformar a pena em terror estatal.

A segunda crítica surge-se no facto de que a teoria desvincula a pena da sua função protectora de bens jurídicos quando define o crime não como lesão aos bens jurídicos mas como expressão simbólica da falta de lealdade ao Direito, que põem em causa a confiança institucional do sistema.²²²

- b) Prevenção Especial** – nesta perspectiva, o Direito Penal submete o indivíduo a uma sanção por um crime que cometeu, pretende evitar que esse mesmo indivíduo cometa mais crimes, visto que, é segregado ou porque é recuperado ou *ressocializado* através de um certo tratamento a que é submetido.

Portanto para CORREIA, o pensamento da prevenção especial repousa na ideia de que o crime tem na sua base certas tendências de personalidade do delinquente, de tal maneira que o que em primeira linha interessa, é a actuação directa da execução da sanção na personalidade do criminoso. Ou vistas as coisas do outro modo, a pena tem a função única de defender a sociedade de elementos que perturbam a sua orgânica e entende-se, materialmente, como meio de agregar ou eliminar indivíduos socialmente perigosos e incorrigíveis, ou de tratar e corrigir os corrigíveis²²³.

Nesta linha, enquanto a teoria de prevenção geral se dirige a toda uma comunidade, a teoria de prevenção especial dirige-se ao próprio autor do crime, delinquente, para prevenir que este volte a delinquir. Fundamento legitimador da pena reside em evitar que o delinquente cometa novos crime se bem que a pena actua sobre pessoa desta. Assim o efeito preventivo da pena é obtido por 3 estagios:

- a) Por meio de pena que deve-se proteger a comunidade de delinquente

²¹⁹ De natureza moral axiológica: a pena assim entendida “instrumentaliza” O homem converte-o num instrumento ao serviço de outros fins, em objecto de fins preventivo, porque não se castiga devido ao cometimento de um delito, de acordo com que merece, pelo facto cometido, somente para que os demais não cometa o crime – toma o punido como exemplo.

²²⁰ Diz-se que a teoria de prevenção carece simplesmente de falta de imaginação pela forma como concebe o processo anémico da deliberação do infractor e o efeito contra motivador atribuído à norma jurídica. Por isso desconhece ou faz se de esquecido da inacessibilidade da motivação do infractor para cometer o crime. Por exemplo como acessar a motivação criminosa de delinquentes habituais, profissionais reincidentes e de criminosos impulsivos (MACIE, Albano, Manual de Direito Penal, Parte geral, Vol. I, 2021 – Maputo, p.126)

²²¹ Ibidem, p. 126

²²² Ibidem, p. 127

²²³ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p.49.

- b) Por meio de pena que deve-se dissuadir o delinquente de cometer novos delitos
- c) Durante o processo de execução de pena, ressocializar o delinquire, em termos tais que permite evitar a reincidência.

Devido as criticas ligadas à teoria e à prática de ressocialização, surge então a teoria dialética unificadora, defendida por CLAUS ROXIN.

2.7.4. Teoria Dialectica Unificadora Claus Roxin

Nesta teoria distingue-se três fases e estágios em que a pena cumpre destino das funções: o primeiro seria constituído por fase de cominação legal e tem a função de protecção do bem jurídico que so pode desempenhar-se por meio de prevenção geral dos factos atentatórios contará aqueles bens jurídicos; segunda fase seria a de aplicação judicial do Direito Penal, o estágio onde se confirma a ameaça penal²²⁴.

Segundo o ROXIN, a pena imposta não pode ultrapassar os limites que impõem a culpabilidade do autor e nesta fase a pena deverá ser dirigida a exigência da prevenção especial, a terceira e última fase seria a de execução da pena na qual se vem ratificados os fins dos dois estágios anteriores onde se procura ressocialização do condenado²²⁵.

Por fim, o legislador moçambicano conforme a explanação acima estabelece o nº 1, artº 59º CPM, determina que sem prejuízo da sua natureza repressiva, aplicação das penas como medida de segurança tem em vista a protecção dos bens jurídicos, reparação dos danos causados, a ressocialização do agente e a prevenção da reincidência e o entendimento semelhante podemos encontrar nos nºs 1, art.º 91º e art.º 93º ambos do CPB.

2.8. O Objecto do Direito Penal

Nas palavras de JOSÉ CEREZO MIR:

“o Direito Penal é um sector do ordenamento jurídico, segundo a opinião dominante na dogmática moderna, ao qual se lhe incumbe a tarefa de proteger os bens vitais fundamentais do indivíduo e da comunidade. Esses bens são elevados pela proteção das normas do Direito Penal à categoria de bens jurídicos. [...] O substrato destes bens jurídicos pode ser muito diverso. Pode ser, como assinala Welzel, um objeto psíquico-físico (a vida, a integridade corporal), um objeto espiritual-ideal (a honra), uma situação real (a paz do domicílio), uma relação social (o matrimônio, o parentesco) ou uma relação jurídica (a propriedade)”²²⁶.

Pelo acima exposto, podemos concluir que o bem jurídico é todo bem, situação ou relação desejado e protegido pelo Direito Ou seja, toda a norma penal que institui um crime tutela um bem. Uma leitura atenta à estrutura do CPM ou CPB, é possível verificar que todos os crimes estão gravitando em torno de um bem, por exemplos: o homicídio voluntario simples (art.º 159º), o incitamento, ajuda e propaganda ao suicídio (art.º 164º), o infanticídio (art.º 163º) e a Interrupção

²²⁴ MACIE, Albano, Manual de Direito Penal, Parte geral, Vol. I, 2021 – Maputo, p.129

²²⁵ CLAUS, Roxin, citado por MACIE, Albano, Manual de Direito Penal, Parte geral, Vol. I, 2021 – Maputo, p.129

²²⁶ MIR, Cerezo José, *Curso de Derecho Penal Español (tradução por José Oliveira)*. Madrid: Tecnos, 1993. p.15.

de Gravidez (art.º166º) estão reunidos em função da bem jurídica “vida”, seja que for extra-uterina ou intra-uterina.

Com efeito, o capítulo que os agrupa (Título I do Capítulo I Código Penal) é o dos “Crimes contra a Vida”. Na mesma ideia do exemplo dado, os demais crimes vigentes no ordenamento jurídico moçambicano, também se agrupam em torno de bens, descritos nos títulos e ou capítulos do Código ou em legislação penal avulsa.

Daqui, resulta que o bem jurídico é o nome técnico dado a esses ditos bens, protegidos através da lei penal, que comina uma pena em face de sua violação. Desta forma, é correcto afirmar que o objecto do Direito Penal é, pois, a tutela de bens jurídicos.

2.8.1. O Bem Jurídico como Objecto do Direito Penal

A definição do bem jurídico-penal estabelece um limite material ao poder de punir do Estado, “pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico” a doutrina do bem jurídico surgiu com o movimento iluminista, em função da necessidade dogmática vivida dentro do liberalismo, e foi fundada pela doutrina alemã.

No entanto, para o BRANDÃO, antes do iluminismo, “vivia o Direito Penal verdadeira situação anárquica, com definições dos delitos feitas de forma indeterminada”²²⁷.

Nisto, num movimento reacionário aos arbítrios cometidos durante o regime absolutista, os iluministas pretenderam “traçar limites definidos para o exercício do *jus puniendi* do Estado, firmando, pois, um conceito material de delito”²²⁸.

2.8.2. A Concepção de Feuerbach

Foi Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, in quem, no final do século XVIII e início do século XIX, pela primeira vez, trouxe a ideia do bem jurídico, embora não tenha se utilizado de tal expressão. Feuerbach formulou sua teoria dos direitos subjetivos pautando seu pensamento na teoria do contrato social. Os homens, devido à insegurança social, decidem se organizar em sociedade e atribuir ao Estado a tarefa de conservação da nova ordem. Assim, diante do fim a que se destinava o Estado, este somente poderia intervir, penalmente, quando fosse praticado um crime contra o direito de algum cidadão.

Aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pelas leis penais pratica um “crimen”. Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada na lei penal”. Feuerbach demonstrou que em todo preceito penal há um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de tutela. Quando o direito subjetivo era violado entrava o Direito Penal.

²²⁷ BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109.

²²⁸ Ibidem, 2014.

O crime seria “a violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa (física ou jurídica) ou ao Estado. A acção delitiva deve contrariar um direito subjetivo alheio”²²⁹.

A teoria de Feuerbach acabou sendo objeto de críticas. Dentre estas a principal dizia respeito ao fato de que mesmo não violando direitos subjetivos algumas ações continuavam sendo punidas, como as que representavam crimes contra a honestidade e, também, as que compunham as denominadas infrações policiais²³⁰.

Com base nos preceitos do iluminismo, percebe-se que FEUERBACH, porque se opõe às concepções teológicas de delito que marcaram o “ancien regime”, construindo um conceito no qual o crime deixa de ser considerado como agressão a Deus, representado na pessoa do monarca, e passa a ser visto como um atentado contra a sociedade.

Consequentemente, a pena perde seu caráter expiatório e reveste-se de um caráter retributivo. O pensamento de Feuerbach influenciou o Código Penal da Baviera, de 1813, onde fica clara a intenção de abster o Direito Penal de actuarem face de comportamentos contrários à religião ou à moral, marcando a separação do direito e da moral.

2.8.3. O Pensamento de Birnbaum

A visão contratualista defendida por Feuerbach acabou sendo revista por J. F. M. Birnbaum, a quem é atribuída a paternidade da teoria do bem jurídico penal²³¹.

Em 1834 na Alemanha, Birnbaum publicou seu famoso artigo sobre a tutela da honra, intitulado “*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*”, e que promoveu uma mudança radical na ciência penal.

Birnbaum veio contrastar a tese de que o delito é a lesão de um Direito, pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído. Isso pode ocorrer apenas com o que é objecto de um direito, isto é, um bem que juridicamente nos pertence e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social.

A conduta criminosa não deveria lesionar “direitos”, mas, sim, lesionar “bens”. Em oposição ao entendimento de Feuerbach, Birnbaum admitia a punição de comportamentos contrários à religião e à moral, situando os bens jurídicos para além do Direito e do Estado. Sua tese fundamenta-se na ideia da “natureza das coisas”, situando-se no campo fático, concreto e real, acentuando a intersubjetividade para os objetos do mundo exterior²³².

Torna-se crucial para obtenção da tutela penal a existência de um bem fixado no mundo do ser ou da realidade, de relevância para a pessoa ou para a coletividade, e que possa ser objecto de

²²⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2014, P. 27.

²³⁰ Ibidem, 2014, P.27.

²³¹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, P. 28

²³² Ibidem, 2014, P.28

lesão por um comportamento delitivo. Birnbaum classificou as condutas criminosas em “delitos de lesão natural” e “delitos de lesão social”.

Os primeiros tratavam de lesões aos bens que pertenciam aos homens por natureza, ao passo que os “delitos de lesão social” refletiam aquelas condutas violadoras de bens providos do desenvolvimento da sociedade burguesa.

As modificações trazidas pelas ideias de Birnbaum propiciaram um terreno fértil para o desenvolvimento de questões dogmáticas relacionadas aos crimes de lesão e de perigo, aos institutos da consumação e da tentativa e à separação dos bens em individuais e supra-individuais - chamados por ele de “bens comuns”.

Não há na doutrina entendimento unívoco sobre como se efetivou essa mudança verificada entre as ideias oriundas do pensamento iluminista e a tese de Birnbaum. Alguns entendem que a transição foi feita de forma natural, ou seja, o pensamento de Birnbaum foi consequência normal do liberalismo defendido e concretizado pelos iluministas. Para outros, entretanto, não haveria qualquer liame entre as ideias do iluminismo e perspectiva apresentada por Birnbaum.

A teoria de Binding com o surgimento da Escola Positivista, a proposição formulada por Birnbaum adquiriu contornos mais precisos quanto à sua delimitação conceitual e terminológica.²³³

Nesse contexto, do positivismo e sob o prisma da evolução do conceito do bem jurídico penal, destaca-se a concepção trazida por Karl Binding, em 1872, na primeira edição de sua obra “Die Normen und ihre Uebertretung”²³⁴.

Clarificando o conceito de bem jurídico de Birnbaum e optando por um positivismo normativista, Binding concebeu-o como “estado valorado pelo legislador”, sustentando que caberia à norma jurídica definir o bem jurídico.

O delito, portanto, consistia na lesão de um direito subjetivo do Estado - ofensa ao direito de obediência estatal -, havendo compatibilidade entre a norma e o bem jurídico, sendo aquela a única e decisiva fonte de revelação deste. Na sua concepção, bem jurídico era tudo aquilo que o legislador assim definiu, ou seja:

“tudo o que aos olhos do legislador tem valor como condição de uma vida saudável dos cidadãos; tudo que não constitui em si um direito, mas apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas”²³⁵.

Era necessária, pois, uma absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico que deveria por ela ser objeto de tutela. “O bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma”.

²³³ Ibidem, 2014, P.28

²³⁴ Ibidem, 2014, P.28

²³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Homicídio. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). Comentário Conimbricense do Código Penal. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2014, p. 65.

O indivíduo ao praticar um delito “cumpre justamente aquilo que se expressa na lei penal, e que a norma quer que se omita, tratando-se de normas proibitivas. Por assim dizer, ele, ao cometer um crime, age conforme a norma e contrário à lei”²³⁶.

Portanto, a partir da concepção de Binding o conteúdo do crime adquire uma dimensão formal, cabendo com exclusividade à lei definir e ao mesmo tempo criar o bem que será objecto de tutela penal. Sua tese foi absolutamente decisiva para a afirmação da teoria do bem jurídico na senda penal, porém, apresentou uma falha ao deixar de acoplar ao conceito condições legitimadoras do poder punitivo.

2.8.4. Visão de Franz Von Liszt

Franz Von Liszt, veio tonificar a ideia de bem jurídico penal. Dentro da mesma linha positivista, mas de fundo naturalístico-sociológico, Liszt se insurge contra o excesso de formalismo enraizado no positivismo formal-normológico de *Binding*.

Repudiando o “tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à acção legiferante, com os estudos de *Franz Von Liszt*”²³⁷.

Sofrendo as influências dos ensinamentos de *Rudolph Von Ihering* e “fundamentando a sua tese do objecto de tutela jurídico-penal em aspectos pré-jurídicos (e não puramente formais), Liszt é o primeiro autor a construir um sistema político-criminal legislativo-dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico”²³⁸.

Para ele, o bem jurídico não estava atrelado a uma opção do Estado ou da norma jurídica. Ele transcendia a isso e estava vinculado ao interesse humano protegido. “Todo direito existe para o homem. Tem por objeto a defesa dos interesses da vida humana (*Lebensinteressen*)”.

Atrelado a uma opção do Estado ou da norma jurídica. Ele transcendia a isso e estava vinculado ao interesse humano protegido. “Todo direito existe para o homem. Tem por objecto a defesa dos interesses da vida humana (*Lebensinteressen*)”.

Esse interesse humano é o que legitimava o bem jurídico a ser tutelado. Nem sempre a Constituição e a legislação seriam suficientes para eleger todos os bem jurídicos. Na sua visão a norma jurídica não cria o bem jurídico, apenas o encontra.

Liszt, se ocupou de colocar a ciência penal como centro ao redor do qual gravitam todas as outras ciências dedicadas ao estudo do delito. Dessa maneira, pôde realizar a distinção entre uma ciência de carácter normativo que apresenta o método dogmático - lógico-dedutivo – e as outras ciências, dentre as quais se destaca a Política Criminal.

O bem jurídico estaria, portanto, no limite entre o Direito Penal e a Política Criminal. Estas considerações feitas por Liszt permitiram que ele introduzisse a distinção entre a ilicitude formal -

²³⁶ Ibidem, 2014, P.65

²³⁷ CALIL, Mário Lúcio Garcez, Apud. Franz Von Liszt, , *Ensinar Criminologia:Entre Von Liszt E Baratta*,Revista Brasileira, 2020

²³⁸ Ibidem, 2014, P.65

violação da norma jurídica - e ilicitude material - lesão ou perigo de lesão a interesses juridicamente protegidos. Concluindo, segundo Liszt, bem jurídico é um bem ou interesse vital do Homem ou da sociedade, que é reconhecido e tutelado pelo Direito, e não simplesmente um bem da ordem jurídica.

Para o prof. Figueiredo Dias, o bem jurídico é *“a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”*²³⁹.

Bem jurídico é o objecto jurídico do crime, isto é, o interesse ou valor protegido pela lei penal. O que significa que não há crime sem objecto jurídico, uma vez que todo e qualquer delito, sem excepção, viola um interesse protegido pela lei penal.

Resta neste contexto, referir que os bens merecedores da dignidade jurídico-penal devem ser reflexo dos valores consagrados constitucionalmente, pois é na Lei mãe que se encontra a matriz social dum determinado ordenamento jurídico.

Cumpre nos salientar que segundo BECHARA, que

“o bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do direito penal no caso concreto”. Na medida em que se promove a adequação da norma às exigências da sociedade, promove-se uma atualização e consequente efetivação do Direito. Pode-se afirmar, com isso, que a adequada proteção ao bem jurídico revela-se como critério de legitimidade da intervenção penal”²⁴⁰.

Faria Costa, define bem jurídico penal como *“um pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicável, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”*²⁴¹.

Segundo Taipa De Carvalho, deve entender-se por bem jurídico, *“os valores individuais e comunitários essenciais à realização pessoal e a convivência social”*²⁴².

Figueiredo Dias, define o bem jurídico como *“a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”*²⁴³.

A estes valores que encontramos na Constituição, positivados na forma de direitos, liberdades e garantias, podem estar associados diversos tipos de condutas, que no futuro (e na normal evolução da sociedade) venham a ter relevância penal, eclodindo na necessidade da

²³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 109

²⁴⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore, *O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual*. Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista Liberdades, n. 1, São Paulo, maio – agosto, 2009, p. 21, disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/>, acesso aos 27 de Julho de 2023.

²⁴¹ COSTA, José Faria da, *noções fundamentais do direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª ed., Coimbra editora, 2015, p. 164.

²⁴² CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal Parte Geral, questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª ed., p. 57.

²⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 114.

tipificação das mesmas em novos tipos de crime visto haver uma alteração na valoração ontológico-jurídico.

Sendo a finalidade do Direito penal a protecção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua selecção. Embora esse critério de escolha de bens fundamentais não seja completamente seguro, pois que nele há forte conotação subjetiva, natural da pessoa humana encarregada de levar a efeito tal selecção, podemos afirmar que a primeira fonte de pesquisa ou de determinação do bem-jurídico essencial encontra-se na Constituição.

A Constituição da República de Moçambique por um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade e por outro lado, numa óptica de garante impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição.

Neste âmbito, ensina ANDRÉ COPETTI, que:

“É nos meandros da Constituição, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, económicos e políticos constituintes de nossa sociedade”²⁴⁴.

A CRM, permite ao legislador ordinário criar normas penais com o fim de proteger certos bens jurídicos tidos como fundamentais para subsistência da sociedade moçambicana, no entanto, essa mesma constituição impõe limites na criação de tais normas penais, sendo que, esse Direito é de carácter subsidiário na protecção dos bens jurídicos.

Com relação à tutela penal de um bem jurídico, temos que atender necessariamente aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade. Portanto, são estes critérios que garantem que o Direito Penal não se torne num modo prolixo de restringir o modo de vida dos cidadãos, por não haver excesso de criminalização, por se utilizarem meios idóneos para a prevenção dos crimes, e por esses meios não serem excessivos na forma como sancionam os mesmos crimes.

2.8.5. O Bem Jurídico na Constituição da República de Moçambique

A CRM, permite ao legislador ordinário criar normas penais com o fim de proteger certos bens jurídicos tidos como fundamentais para subsistência da sociedade moçambicana, no entanto, essa mesma constituição impõe limites na criação de tais normas penais, sendo que, esse direito é de carácter subsidiário na protecção dos bens jurídicos.

Com relação à tutela penal de um bem jurídico, temos que atender necessariamente aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade. Portanto, são estes critérios que garantem que o direito penal não se torne num modo prolixo de restringir o modo de vida dos cidadãos, por

²⁴⁴ COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, Livraria do Advogado, 2000 p. 137-138.

não haver excesso de criminalização, por se utilizarem meios idóneos para a prevenção dos crimes, e por esses meios não serem excessivos na forma como sancionamos mesmos crimes.

No entender de ANABELA RODRIGUES, “não se trata do Direito Penal proteger valores transcendentais, mas sim de garantir as condições mínimas de convivência em liberdade ao indivíduo em sociedade”²⁴⁵.

A legitimidade do direito penal está condicionada à realização da função que declara cumprir, que se prende com a proteção dos bens jurídicos, e que o uso do jus puni e disomente pode ser manejada para tal fim. Partindo de um Estado Democrático de Direito, o direito penal deve de acordo com SANTIAGO MIR PUIG, “funcionar como um mal menor que somente é admissível na medida em que resulte de todo necessário.”²⁴⁶ Sendo esta necessidade condicionada não a “quando ‘lhe interesse’ (o poder punitivo), ou lhe pareça útil para proteger interesses de grupos de poder, mas somente em caso de lesão ou ameaça de lesão de um bem jurídico previamente identificado”²⁴⁷.

Desta, assaca-se a razão pela qual, é a teoria dos bens jurídico-penais o fundamento e o limite da intervenção penal, cumprindo ela algumas funções.

Por conseguinte, o bem jurídico limita a actuação do Estado e a liberdade de conformação do legislador, na medida em que apenas e somente, as condutas que afrontam, ou seja, susceptíveis de lesar ou por em perigo bens jurídico-penais de elevado significado para o indivíduo e a comunidade ou simultaneamente para ambos podem ser criminalizadas.

2.8.6. O Bem Jurídico na Constituição da República Federativa do Brasil

O critério de aferição do bem jurídico de acordo com a Constituição Federal é considerado método adequado para a cunhagem dos valores primordiais que podem ser levados à tutela penal.

Ademais, a averiguação do bem jurídico sob o crivo do texto constitucional, propicia uma adequada avaliação da incidência do direito penal na proporção exata para uma efetiva proteção de tais valores, bem como justifica a imposição de certos limites no actuar do legislador penal.

Parte-se do entendimento da doutrina brasileira, que a constituição pode ser vista não somente como limite, mas também como fundamento do direito penal. Enaltecendo esse duplo papel, limite e fundamento da Constituição sobre o Direito Penal, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, nos ensina que ao mesmo tempo em que a Constituição contempla os princípios fundamentais de defesa do sujeito frente ao poder do Estado, em outros momentos, preocupa-se:

²⁴⁵ RODRIGUES, Anabela, Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 33.

²⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. Estado, Pena y Delito. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21. Buenos Aires: IBDeF, 2006, p. 85.

²⁴⁷ SABADELL, Ana Lúcia, DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. Direito social, regulação econômica e crise de Estado. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 51.

“com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efectivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma actuação estadual no sentido protector dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência consagra)”²⁴⁸.

Se o constituinte por um lado buscou estabelecer uma série de garantias e liberdades ao cidadão, colocando o Direito Penal na condição de “*ultima ratio*” para determinados assuntos – levando-se em conta o modelo de Estado Democrático de Direito – não se pode olvidar, por outro lado, que no corpo da Constituição há um conjunto de matérias onde a atuação do Direito Penal é imprescindível²⁴⁹.

2.9. O Direito a Vida

Descortinado o conceito de bem jurídico, cumpre abordar analisar em concreto o bem jurídico tutelado no âmbito dos crimes contra a vida, onde se inclui o homicídio em todas as suas formas o bem jurídico, a vida. A protecção do direito à vida tem consagração constitucional e em alguns instrumentos internacionais.

No âmbito internacional devemos realçar a DUDH. Já no âmbito interno, devemos ter em conta o n.º 1, art.º 40º, da CRM. Ao abrigo destes normativos, o valor da vida humana revela-se como absoluto, o que justifica a sua protecção em qualquer situação e sob qualquer condição.

De acordo com GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, o direito à vida “é, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais”.

Trata-se de um direito tão importante que não é só do próprio indivíduo em si, mas também é imposto ao Estado e aos outros indivíduos, conforme referem Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“No que respeita ao Estado (e aos poderes públicos, em geral), ele implica: (a) não poder dispor da vida das pessoas, a qualquer título que seja; (b) obrigação de proteger a vida das pessoas contra os ataques às ameaças de terceiros; (c) dever de abster-se de acções ou da utilização de meios que criem perigo desnecessário ou desproporcionado para a vida das pessoas (exemplo é utilização de armas de fogo contra manifestações)”²⁵⁰.

A questão que se coloca é, quando tem lugar o início e o fim da vida? Uma vez, tratar-se de estudo sobre homicídios, estamos perante o bem jurídico vida extra-uterina, merecedor da tutela penal, afigura-nos que para o ordenamento jurídico é de vital importância que se defina de maneira clara e simples o início da vida humana extra-uterina, pois delimitará o âmbito da tutela penal sobre o objecto de homicídio - a vida.

A determinação desse momento foi de extrema relevância “para efeito de delimitação do âmbito de protecção da norma relativa ao homicídio”²⁵¹. No entanto, a biologia nos trouxe algumas

²⁴⁸ CUNHA, Maria Da Conceição Ferreira Da, Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1995, p. 273

²⁴⁹ Ibidem, 1995, P. 273.

²⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Artigos 1º a 107º - 4ª ed. rev. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, outubro 2014, p. 446.

²⁵¹ SILVA, Fernando, Direito Penal Especial: Os crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes

teorias para explicar o momento inicial da vida, para entender como pode ser considerado homicídio âmbito penal. Contudo, e porque estamos na senda do Direito, podemos referir que neste ramo, para determinar esse momento foram apresentadas duas teses, que têm sido defendidas na literatura jurídico-criminal: ou se opta pelo critério do n.º1, art.º 66º do Código Civil moçambicano, para aquisição da personalidade jurídica, e se considera que a vida humana inicia com o nascimento completo e com vida, isto é, a vida humana extra-uterina²⁵².

No entanto, percebe-se que a vida humana não é *ad eternum*, ou seja, ela é temporalmente delimitada, tal que nos propomos agora, debrucar sobre o seu fim. Sobre este assunto, não podemos afirmar que se trata de um conceito estático, nem que é um conceito unânime.

Segundo SILVA, para o fim da vida humana obdece um critério, tal que, para a determinação da morte tem evoluído conforme a ciência médica. Os avanços técnicos – científicos na área da medicina introduziram na prática clínica novos conceitos de morte, cujo diagnóstico implica a execução de uma elaborada lista de provas. Até há algum tempo atrás, o critério da determinação da morte consistia na cessação das funções cardíaca e respiratória (critério da morte cardio-respiratória)²⁵³. Nas palavras de Fernando Silva,

“A ciência (...) opta por identificar o fim da vida humana com o momento em que terminam as funções cerebrais, sendo aqui que é detectado o ponto de irreversibilidade segura, a partir do qual o significado do ser se transmuta e é um cadáver que se nos depara, uma entidade a que se atribui essa representação social, devendo pois o Direito Penal tomar também esse critério”²⁵⁴.

A determinação do momento da morte é de extrema importância para efeitos do Direito Penal. Só e somente com um critério rigoroso e único é que se consegue “distinguir consumação da tentativa; apurar se ainda é possível ao agente cometer homicídio, pois se a vítima já estiver morta não se pode consubstanciar um homicídio de cadáver, configurando um caso de tentativa impossível.

Com o avanço da tecnologia nos tempos hodiernos, é ainda fundamental para se poder operar o transplante de órgãos, para que se tenha a certeza que o órgão está a ser recolhido de uma pessoa morta, e que não se está a provocar a sua morte com o fim utilitarista de aproveitamento dos seus órgãos.

Ainda pode ser determinante no funcionamento das regras do direito penal, por exemplo nas causas de justificação, em que apenas pode ser invocada a legítima defesa de terceiros, se aquele que se pretende defender estiver vivo, ou no âmbito do conflito de deveres apenas existe um conflito positivo de deveres se a vida que se pretende salvar em sacrifício da outra, ainda for uma vida”²⁵⁵.

contra a integridade física. 3ªEdição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011

²⁵²Ibidem, 2011

²⁵³SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: Os crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ªEdição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011

²⁵⁴Ibidem, 2011.

²⁵⁵Ibidem, 2011.

Com a adopção do critério da morte cerebral permite-se assim que “a recolha de órgãos possa ser feita, sem que haja o perigo de se estar a cometer qualquer crime de homicídio, sobre a vítima, pois já estando cerebralmente morto é possível ainda recolher os órgãos de forma a poder transplantá-los para outros, sem que se esteja a lesar a vida ou a integridade física; permite ao médico interromper qualquer tratamento ou intervenção, sem o perigo de estar a omitir uma conduta devida, pois a partir do momento da morte deixa de haver obrigação de salvaguardar a vida, pois esta já cessou; permite que o médico decida desligar uma máquina a que a vítima esteja ligada e através da qual vai mantendo as funções vitais, sem que com esse comportamento esteja a cometer um homicídio”²⁵⁶.

Em forma de conclusão, somos levados ao entendimento de que o direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei, tratando-se essencialmente um direito a não ser privado da vida, um direito a não ser morto. Para podermos gozar plenamente de todos os outros direitos temos que estar vivos, logo, o direito à vida é uma pedra basilar e considerado como direito fundamental e indisponível no ordenamento jurídico moçambicano e assim como brasileiro.

2.9.1. Homicídio

O homicídio como objecto da tutela do Direito Penal moçambicano e brasileiro não usa o termo assassinato, o legislador teve preferência da designação de homicídio, com tipos e formas menos graves até ao mais graves, “homicídio agravado ou qualificado ou homicídio Simples, involuntário ou culposo”²⁵⁷.

Para os homicídios, previstos nos art.º159º CPM e 121º CPB e seguintes, são contra a vida. O dolo no âmbito do crime de homicídio, representa a intenção que o agente do crime teve, no momento de execução dos factos criminosos.

Os códigos penais prevêm a hipóteses de homicídio culposo para caso da jurisdição brasileira, enquanto para moçambique equivale a homicídio Involuntários, quando alguém tira a vida de outra pessoa sem intenção. A pena nesse caso é mais branda ou pode até deixar de ser aplicada.

Há diferentes tipos de homicídio, cada um consubstancia característica específicas, embora são derivados de homicídio basilar

Nesse tipo de homicídio, o autor tem a intenção de matar a vítima. Pode ser um acto premeditado, em que a pessoa planeia e executa o crime com a intenção de causar a morte. No entanto, pode ocorrer em situações em que o autor assume o risco de matar, mesmo sem plano prévio.

Diferente do homicídio doloso, o homicídio culposo ocorre quando a morte é causada por negligência, imprudência ou imperícia do autor. Isso significa que a pessoa age de maneira descuidada, sem a intenção de matar, mas acaba causando a morte de outra pessoa humana.

²⁵⁶Ibidem, 2011.

²⁵⁷ Cfr. art.ºs 159º, 160º e 170º ambos do CPM e parágrafos 1º, 2º e 3º, art.º121º CPB

Pode ocorrer homicídio com esta denominação, por exemplo, em acidentes de trabalho ou de trânsito. Esse tipo de homicídio ocorre em circunstâncias especiais que são consideradas atenuantes pela lei brasileira assim como moçambicana com devida especificidade.

Geralmente, em ambas jurisdições penais, este tipo de homicídio culposo ou Involuntário, conforme seja a denominação adotada por cada jurisdição penal, envolve emoção ou excesso de emoção, como em casos de legítima defesa ou provocação.

Já o crime qualificado ou agravado é aquele que foi cometido com um elemento mais grave se comparado com a forma simples. Ou seja, há uma circunstância específica no caso concreto que amplia a gravidade do acto, motivo pelo qual será punido de forma mais exemplar.

No entanto, desde sempre, o homicídio foi considerado a forma mais desumana de terminar com a vida de outra pessoa humana, sendo, por tal razão, que o TLC, de homicídio, é o que mais clamor social causa na humanidade.

Segundo VALENTE, a história do homicídio e a sua construção dogmática é imensa e encontra-se desenvolvida em vários tratados do Direito, Filosofia, Ciência Política e tantos outros²⁵⁸. No entanto, a origem etimológica da palavra HOMICÍDIO deriva do latim “*homicidū/homicidium*” e que significa a “morte de uma pessoa praticada por outra; assassinio”²⁵⁹.

Numa análise mais extensa da origem etimológica deste conceito, apurou-se que o vocábulo latino “*homicidū* ou *homicidium*” deriva da combinação de um termo grego, que se pode traduzir por “semelhante” e de *caedere* (“matar”). Homicídio, por conseguinte, é matar um semelhante (isto é, outra pessoa)²⁶⁰.

Fazendo uma breve análise da evolução do homicídio desde os nossos antepassados até aos dias de hoje, valemo-nos da Sagrada Escritura, do capítulo quarto, do livro do Génesis, Caim mata o seu irmão Abel por ciúmes, porque Deus não aceitou a sua oferta.

No entanto, em termos bíblicos, pode ter sido o primeiro homicídio à face da terra, como castigo, Deus pune Caim, expulsando-o daquela terra²⁶¹.

Na pré-história, dada a escassez de alimento, lutava-se para sobreviver não havia qualquer respeito pela vida humana, tal que, se justifica o relato de arqueológicos ao afirmarem que no contexto do seu trabalho, encontrara alguns corpos humanos, com vestígios que indicavam ter havido excesso de violência²⁶².

As civilizações antigas tratavam do homicídio nos seus manuscritos. Da época dos Sumérios, pouco se sabe, mas os cientistas acreditaram que o Código de *Hamurabi* teve origem nas leis sumérias. Trata-se de uma compilação de continuidades do período anterior “na medida em que o Direito Penal continua extremamente severo”. Este código ficou conhecido por aplicar a Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente”.

²⁵⁸VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, O “Progresso ao Retrocesso” 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 73.

²⁵⁹ Ibidem, 2020, P.74.

²⁶⁰ Ibidem, 2020, P.74

²⁶¹Ibidem, 2020, P.75

²⁶² Ibidem, 2020, P.75

No entanto, na civilização Egípcia, o homicídio era punido com pena capital: “O assassino de um escravo ou de um homem livre era punido de igual modo. Quem presenciasse um assassinato, sem tentar impedi-lo era condenado à pena capital”. VALENTE, cita alguns exemplos de condenações por homicídio na civilização egípcia:

“Parágrafo 218º - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

Parágrafo 219º - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

Parágrafo 229º - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.

Parágrafo 230º - Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquiteto”²⁶³.

Na Assíria as leis eram mais rigorosas do que as do Código de Hamurabi. Aquele que praticasse o homicídio era entregue ao familiar mais próximo do assassinado, e de acordo com seu livre arbítrio, poderia impor ao assassino a pena de morte ou tomar seus bens²⁶⁴.

O povo *Hitita* teve a sua origem em migrações indo-europeias. De acordo com o seu código, que tinha leis mais benevolentes do que o Código de Hamurabi, “os assassinos poderiam ficar em liberdade, se remunerassem os herdeiros da vítima, em geral com prata, escravos, terras ou cavalos, além das despesas do enterro”.

Os *Hindus* criaram o Código de Manu que também tratou do crime de homicídio. Como é o caso dos seguintes artigos:

“art.º 347º - Um homem deve matar, sem hesitação, a quem se atire sobre ele para assassina-lo, se não tem nenhum meio de escapar, quando, mesmo, fosse seu direito, ou uma criança ou um ancião; ou ainda um Brâmane muito versado na Escritura Santa.

Art.º 348º - Matar um homem que faz uma tentativa de assassinato em público ou em articular, não faz ninguém culpado de assassinato: é o furor nas presas do furor.

Art.º 377º - Que o rei se abstenha de matar um Brâmane, ainda que ele estivesse cometido todos os crimes possíveis; que ele o expulse do reino, deixando-lhe todos os bens, e sem lhe fazer o menor mal. Art.º 378º - Não há no mundo maior iniquidade que o assassinato de um Brâmane; eis porque o rei não deve mesmo conceber a ideia de condenar à morte um GILISSEN”²⁶⁵.

Neste sentido, a civilização hebraica desenvolveu a sua legislação ligada a Moisés que tem como princípios fundamentais os dez mandamentos de Deus. Tem algumas semelhanças com outras. Tomemos então, alguns exemplos de decisões judiciais:

“§1. Se alguém mata um homem ou uma mulher em uma disputa, o homicida deve devolver seu corpo a seu descendente, o herdeiro, e dar-lhe 4 cabeças (provavelmente escravos, em compensação), homens ou mulheres; e assim restituirá.

§2. Se alguém assassina um homem ou uma mulher, escravos em uma disputa, o homicida deve devolver seu corpo a seu descendente, o herdeiro, e dar 2 cabeças (escravos) homens

²⁶³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, O “Progresso ao Retrocesso” 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 73

²⁶⁴ GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito* – Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

²⁶⁵ Ibidem, 2008.

ou mulheres, e assim restituirá...” O quinto mandamento determinava que “não matarás”²⁶⁶!

Por conseguinte cumpre abordar a questão do homicídio na antiguidade Clássica, começando pela Grécia onde devemos ter em conta duas cidades, Esparta e Atenas. Em Esparta, cidade sem regras, o crime de homicídio não era punido. No entanto, em Atenas, povo mais desenvolvido e civilizado, o crime de homicídio era punido com uma pena graduada, variando em conformidade com a gravidade do crime, sendo a pena de morte apenas uma das possibilidades²⁶⁷.

Em Roma, quem praticasse o crime de homicídio era punido e a pena aplicada dependia da condição social do réu. Assim, se o homicida fosse uma pessoa rica, isto é, classe social superior, aplicava-se a pena de deportação e perda de bens. Se o homicida fosse do pobre, isto é, menos que homem livre, aplicava-se a pena de morte. Todavia foi o Direito romano que considerou este crime como público²⁶⁸.

É também com o Direito Romano que se começa a distinguir entre o homicídio premeditado e o homicídio por impulso, sendo que o primeiro tem uma pena mais grave do que o segundo.

Ao falarmos do crime de homicídio na Idade Média, observa-se que cada povo vivia de acordo com os seus costumes. E por isso, o direito germânico era essencialmente consuetudinário. Inicialmente, este direito entendia que “a punição era a vingança da família do morto ou a composição, sendo esta, dividida em duas partes; uma ao Estado e outra aos parentes da vítima”²⁶⁹.

No continente Europeu, durante um longo período, o crime de homicídio tanto podia ser de iniciativa pública, como privada²⁷⁰.

Anos mais tarde, e por influência da legislação da Igreja, o crime de homicídio passa a ser tratado como um crime público e geralmente punido com a pena capital”²⁷¹. Na Idade Média, há que distinguir dois grandes Direitos que ficaram para todo o sempre com leis muito específicas, o Direito Árabe (idade média oriental) e o Direito Canónico (idade média ocidental)²⁷².

A nossa percepção, foi de que, o Direito Muçulmano, ou seja “o direito da comunidade religiosa islâmica, o direito que rege segundo princípios do islão, onde quer que eles se encontrem. (...) é O direito de um grupo religioso, e não o direito de um povo ou de um país”²⁷³.

O direito penal do povo árabe consiste principalmente num sistema de reparações ou composições pecuniárias. O crime de homicídio é punido retaliando toda a família e os seus sucessores, é aquilo a que chamam vingança de sangue.

²⁶⁶ Ibidem, 2008.

²⁶⁷ Ibidem, 2008.

²⁶⁸ Ibidem, 2008.

²⁶⁹ GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito* – Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

²⁷⁰ Ibidem, 2008.

²⁷¹ GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito* – Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

²⁷² Ibidem, 2008.

²⁷³ BRUCH, Kelly Lissandra, *A Propriedade no Direito Muçulmano: Uma Análise Comparativa Com O Direito Brasileiro*. Ed. R. Fac. Dir. UFG, v. 36, n. 02, 2012. Consultado em 22.01.2025

A punição é entre outras, o estrangulamento e o apedrejamento. Também neste direito, tem-se sempre em conta a condição social da vítima e a intensidade do delito. O Direito Canónico é “o direito da comunidade religiosa dos cristãos, mais especificamente o direito da Igreja Católica”²⁷⁴.

Neste direito, o crime de homicídio era tido como um crime misto que punha em causa dois bens jurídicos, o religioso e o laico.

Numa primeira fase, o direito canónico proclamou a igualdade dos indivíduos alegando que todos são iguais perante Deus. Durante esta fase, o direito canónico introduziu as penas privativas de liberdade. Depois, numa segunda fase, este Direito serviu de base para inquisição que criava leis e punia crimes em nome de Deus, ou seja, independentemente de o crime ser de natureza pública ou de natureza privada, as autoridades tinham o livre arbítrio de julgar e condenar. Situação que contraria o propósito inicial do Direito canónico.

É designado homicídio o acto humano e voluntário, que resulte de condutas que dão origem a morte de outro ser humano, quando o comportamento do agente causador da morte não se encontra “justificado” face à ordem social.

As sociedades humanas sempre se organizaram, no sentido de impor a necessidade de regulamentar comportamentos e acções considerados actos ilícitos ou criminosos, estabelecendo castigo para os que optam por esses actos, deste modo, criou-se normas de conduta que deram origem aos actuais Códigos Penais.

A partir do início da elaboração de normas, o conceito de homicídio teve sempre ligeiras mudanças, “Quem voluntariamente matar outra pessoa²⁷⁵...”, de seguida foi catalogado para um conjunto de normas adicionais que não são mais do que condições de tipificação, presumindo uma maior ou menor intencionalidade por parte do autor do crime, neste contexto, fez-se corresponder a essas condições ou circunstâncias especiais, reveladoras de maior ou menor censurabilidade, também maior ou menor grau da pena restritiva ou não restritiva de liberdades²⁷⁶.

No contexto da moral, recorria-se ao Direito, mas inserido no universo da cultura, fundamentalmente no conceito de pessoa. Neste contexto, segundo LUCIANO CORREIA ORTEGA, a medida que se desenvolveu o conceito de pessoa humana, foi se equiparando entre o homem e sujeito moral, ambos ligados mutuamente e inseparáveis²⁷⁷.

Prosseguindo com a evolução do conceito de homicídio, a pessoa humana surge como um fim em si mesmo, isto é, as coisas passaram a serem atribuídas preços e a pessoa humana, atribuída a dignidade.

²⁷⁴ GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito* – Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

²⁷⁵ Cfr. art.º 159º CPM

²⁷⁶ De salientar que o conceito da pena foi também sofrendo com o tempo uma modificação ou evolução, como pode se recordar – na idade media, as penas eram meramente corporais ou de morte. Já na idade moderna vigoraram até então, penas privativas de liberdade, e outras.

²⁷⁷ Disponível em sua tese, https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde25062013085809/publico/LucianoCorreaOrtega_Integral.pdf

Todavia, o desenvolvimento conceitual, sobre a vida, consagrou-se a menção à pessoa humana, sem nenhuma separação entre o biológico e a moral, ao ponto de muitos pensadores associarem ao princípio da personalidade humana, rigorosamente, a vida da pessoa já nascida²⁷⁸.

Entretanto, literalmente, o homicídio, é uma palavra substantiva masculina que significa o acto ou acção de matar uma pessoa, quer seja de forma voluntária ou involuntária. É sinónimo de assassínio ou assassinato²⁷⁹.

Também segundo a literatura jurídica considera o Homicídio, como um substantivo masculino que significa o acto de matar uma pessoa, quer seja de forma voluntária ou involuntária. É sinónimo de assassínio ou assassinato²⁸⁰.

A palavra homicídio tem uma designação primária chamada *homo*, que significa homem e *cídio*, que é o extermínio ou morte, significando para isso o acto ou acção de matar uma pessoa, neste caso concreto assassinar Homem, num sentido lato. Para o DIAS, o TLC, de homicídio, constitui uma preocupação no mundo, razão pela qual as legislações modernas sobre a matéria, deviam estar permanentemente ajustadas, para melhor protecção do bem jurídico, vida²⁸¹.

Apesar de suas designações serem diferentes, embora com o mesmo sentido, por exemplo: assassinato e homicídio em português, *assassint e meurtre* em francês, *totschlag e mord* em alemão, como se pode ilustrar para o título de exemplo, não foi encontrado uma tradição histórica considerável, que pode constituir até hoje, uma ideia construída e diferente em várias legislações do mundo. Em última chance, também Munoz Conde citado por Jorge de Figueiredo Dias, ensina que perante os factos descritos deve prevalecer o sentimento social dominante²⁸².

Homicídios diferem de outros tipos legais de crime em vários aspectos, isto é, existe muitas motivações capazes de levar o homicida à escolha pela vingança, por ciúmes, raiva ganância.

Os homicidas têm pouco a ganhar ao tirar a vida de alguém, diferentemente do roubo, que o objectivo central é ganho patrimonial. Para o caso do homicídio a acção está relacionada com a eliminação da dor ou raiva, do autor, que um ganho.

No âmbito Legal, homicídios são crimes puníveis consoante a qualificação dos mesmos e a legislação penal aplicável em cada jurisdição. Segundo, Faher Sethi citado por BRUNO PAES MANSO, a pessoa tem mais a valorizar a vida que qualquer bem, e submete-se a qualquer sacrifício, de modo a preservá-la²⁸³.

²⁷⁸ DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999, p.5.

²⁷⁹ TEXTO EDITORES, *Dicionário da Língua Portuguesa, Universal*, 8ª ed., Portugal: Textos Editores, LDA, 2006, p.833.

²⁸⁰ ADVOGARJ, *TUDO SOBRE DIREITO, Homicidio: o que é Homicidio?* Em <https://advogarj.com.br/homicidio/>, 16 de Janeiro de 2024. Consultado em 03 de Fevereiro 2025

²⁸¹ DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999.

²⁸² *Op.cit.*, 1999.

²⁸³ MANSO, Bruno Paes, *Crescimento e queda dos homicídios em SP, entre 1960 e 2010, Análise do mecanismo da escolha homicida e das carreiras no Crime*, (tese do Doutorado) São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

O direito à vida, está consagrado na CRM actualmente em vigor²⁸⁴ esta protecção legal pode-se confirmar também na legislação extravagante como é o caso do art.º 3º da DUDH e para o Brasil consta do art.º 5º da CRFB.

Na matéria dos crimes contra a vida é ampla a protecção conferida ao bem jurídico. O bem jurídico tutelado é a vida humana formada, e definido nos mesmos termos, o que está em causa são condutas empreendidas de diversas formas que colocam em perigo a vida humana.

2.9.2. Motivações do homicídio

Desde sempre, procurou-se compreender das razões que levam as pessoas à prática do homicídio. Até hoje, constitui uma preocupação comum a todas as sociedades e sobre esta, se debruçaram várias áreas da ciência, na procura das causas e das soluções para o seu combate e prevenção.

LOMBROSO, CITADO POR BRUNO PAES MANSO, defendia que o criminoso era perfeitamente identificável a olho nú, “distinguia-se por certas particularidades do corpo, como por exemplo, indícios faciais e cranianos.

Devido às “condicionantes internas, das suas deficiências e doenças, o criminoso deveria ser visto como doente, uma vez que derivado a esses motivos de ordem física e psíquica estaria determinado à nascença para a prática do crime²⁸⁵.

Apesar da perspectiva de Lombroso ter sido alvo de duras críticas ao longo do tempo, a verdade é que manteve uma alargada esfera de influência”. “Lombroso e seus pares trabalharam arduamente em prol desta abordagem, fazendo diversos trabalhos sobre o tema e servindo como ponto de partida para outros trabalhos um pouco por todo o mundo”²⁸⁶.

Ora, os principais discípulos de Lombroso – Garofalo e Ferri - não seguiram assuas pisadas. Enquanto Lombroso tem uma visão profundamente antropológica do crime e das suas origens, Ferri contrapôs o peso das condicionantes sociológicas, e por sua vez, Garofalo pôs em relevo o elemento psicológico.

Para CESARE LOMBROSO, o ser humano, de acordo com as suas características físicas, psíquicas, genéticas e raciais, nasce predisposto para o crime, ou seja, a vida humana e a anatomia, o mundo orgânico e o mundo psicológico são a fonte de identificação do “homem delinquente”²⁸⁷.

No entendimento deste autor e fundador da escola antropológica do crime, há pessoas que nascem moldadas de criminosas, sendo um perigo para a comunidade em que se inserem²⁸⁸.

²⁸⁴ Cfr. Art. 40º da Constituição da República de Moçambique, de 2018, da Lei 1/2018, junho. E a legislação extravagante, cfr. o art.º 3º, da declaração Universal dos Direitos Humanos.

²⁸⁵ MANSO, Bruno Paes, Crescimento e queda dos homicídios em SP, entre 1960 e 2010, Análise do mecanismo da escolha homicida e das carreiras no Crime, (tese do Doutorado) São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

²⁸⁶ LOMBROSO, CESARE apud VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, O “Progresso ao Retrocesso” – 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 31.

²⁸⁷ Ibidem, 2020, p.31

²⁸⁸ Ibidem, 2020, p.31

Pretendendo explicar a filosofia do crime, Ferri, entende que são os fatores individuais, os factores físicos e os factores sociais que definem o futuro criminoso como “nato, louco, habitual, ocasional, passional”²⁸⁹.

Fora dos casos patológicos, oriundos de distúrbios ou doenças psíquicas, casos em que a clareza da consciência ou a sua estruturação normal estão comprometidas, toda a conduta homicida pode ser definida como racional, porque se toma a razão e a racionalidade como conteúdos da consciência.

A irracionalidade do comportamento violento homicida ocorre quando a própria razão desconhece os móveis verdadeiros de suas intenções e finalidades, direcionando-se a objectos ou pessoas substitutas ou simbólicas.

Tanto na violência irracional assim como na violência racional, no entanto, existe uma escolha moral por parte do próprio homicida, que é o elemento volitivo. Conforme Costa, esse desejo pode ser voluntário deliberado, racional e consciente ou inconsciente, involuntário e irracional. E segundo COSTA, é o elemento volitivo que vai diferenciar a violência humana da violência animal. O animal ataca porque necessita, não porque deseja.

E, é por via desta necessidade que a violência do animal tem objecto fixo, biologicamente determinado. A manifestação agressiva sem desejo de destruição, isto é, a agressividade puramente instintiva não pode ser rotulada de violência porque o agente da agressão não actua movido por um desejo de destruição ²⁹⁰. Assim, segundo COSTA, a violência humana se diferencia da agressividade instintiva do animal por ser o emprego desejado da agressividade com fins destrutivos²⁹¹.

²⁸⁹ FERRI, apud CARVALHO, Américo Taipa de, 2008, Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime, Coimbra Editora, 2ª edição, p. 80

²⁹⁰ COSTA, José Faria da, noções fundamentais do direito penal (fragmenta iuris poenalis), 4.ª ed., Coimbra editora, 2015, p. 172.

²⁹¹ *Ibidem*, 2015, p. 172.

CAPITULO 3: DO HOMICIDIO

3.1. Contextualização de Homicídio

Eliminação da vida humana extra-uterina causada por outra pessoa, é tipo ou regra primário da norma penal, portanto, matar alguém. O homicídio é um crime simples porque está em causa apenas um bem jurídico que é a vida da pessoa humana. Os crimes complexos são aqueles que a lei tutela mais de um bem jurídico, o exemplo do tipo legal do crime de latrocínio²⁹².

Direito à vida encontra-se legalmente consagrado na CRM, de 2018 em vigor²⁹³, no código penal²⁹⁴ e na legislação extravagante como é o caso do art.º 3º da DUDH. Na matéria dos crimes contra a vida é ampla a protecção conferida ao bem jurídico. O bem jurídico tutelado é a vida humana formada, e definido nos mesmos termos, o que está em causa são condutas empreendidas de diversas formas que colocam em perigo a vida do Homem.

Segundo CARVALHO de forma geral, o homicídio seria o acto de destruição da vida de um homem por outro homem, de forma objectiva é o acto cometido ou omitido que resulta na eliminação da vida do ser humano. A definição jurídica do crime de homicídio é extremamente simples: matar alguém.

A acção incriminadora é, pois, a de matar, podendo o crime ser cometido por acção ou por omissão e por qualquer meio directo ou indirecto, físico ou moral, desde que seja idóneo, isto é, capaz de produzir o resultado, neste caso concreto, a morte.

O objecto da tutela penal é o interesse da preservação da vida humana, sendo este evidentemente o bem jurídico tutelado. É manifesta a altíssima relevância de tal bem, que é indisponível, sendo assim, de nenhum efeito, o consentimento da vítima. Considera se homicídio praticado por acção, quando há conduta positiva do agente (através do disparo de um tiro, por exemplo); e por omissão, quando há abstenção de actividade devida. O homicídio por omissão exige que o agente tenha dever jurídico de impedir o evento²⁹⁵.

O bem jurídico protegido neste crime e em todos os crimes contra a vida previstos no respectivo capítulo do Código Penal, é a vida humana formada, protegendo-se deste modo, a pessoa nascida completa e com a vida. A vida constitui o principal bem jurídico da ordem jurídica, para o qual se reclama protecção máxima. Essa protecção é conferida por dois diplomas fundamentais - são eles a DUDH e a CRM. Neste último, prevê-se que “*todo o cidadão tem direito à vida*”²⁹⁶.

O valor da vida humana revela-se como absoluto e indisponível, tanto assim é, que no “*ordenamento jurídico a protecção da vida adquire natureza de interesse público, vinculando-o à protecção da vida humana independentemente da vontade do seu titular*”²⁹⁷. Não se exige qualquer

²⁹² CARVALHO, Américo Taipa de, **Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime**, Coimbra Editora, 2ª edição, 2008, p. 78.

²⁹³ Cfr. O art.º 40º, da Lei 1.2018, Revisão pontual Constituição da República de Moçambique, 2018.

²⁹⁴ Cfr. O art.º 61º, da Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro

²⁹⁵ CARVALHO, Américo Taipa de **Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime**, Coimbra Editora, 2ª edição, 2008, p. 78.

²⁹⁶ Cfr. art.º 40º CRM e art.º 5º CRFB

²⁹⁷ SILVA, Fernando, **Direito Penal Especial: Os Crimes Contra as Pessoas**. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 33.

específica qualificação do sujeito activo do crime. O sujeito passivo, por igual, pode ser qualquer pessoa.²⁹⁸

Nalguns conceitos antigos se observava na sua definição a palavra injustiça e a violência. Entretanto, a injustiça do comportamento do sujeito não integra o tipo penal, pertencendo ao segundo requisito do crime, à anti juridicidade.

Não possuindo o tipo de homicídio qualquer elemento de natureza normativa, referente à ilicitude do comportamento, não devemos incluir no conceito a anti juridicidade, porque este é o requisito do crime de homicídio.

A violência também não faz parte do conceito, uma vez que é perfeitamente possível ao sujeito causar a morte da vítima sem emprego de força física, como é o caso de uso do veneno, para causar a morte.

De forma geral, o homicídio é o acto de destruição da vida de um homem por outro homem, de forma objectiva é o acto cometido ou omitido que resulte da eliminação da vida de um ser humano²⁹⁹. A definição legal do crime de homicídio é extremamente simples: matar alguém. A acção incriminadora é, pois, a de matar, podendo o crime ser cometido por acção ou por omissão e por qualquer meio directo ou indirecto, físico ou moral, desde que seja idóneo, isto é, capaz de causar a morte.

O objecto da tutela penal é o interesse da preservação da vida humana, sendo este evidentemente o bem jurídico tutelado. É manifesta e altíssima relevância de tal bem, que é indisponível, sendo assim, de nenhum efeito, o consentimento da vítima.

Considera se homicídio praticado por acção, quando há conduta positiva do agente, através do disparo de um tiro de uma arma de fogo, por exemplo; e por omissão, quando há abstenção de actividade devida. O homicídio por omissão exige que o agente tenha dever jurídico de impedir o evento³⁰⁰.

Não se exige qualquer específica qualificação do sujeito activo do crime, sendo que sujeito passivo, por igual, pode ser qualquer pessoa³⁰¹.

Ainda no contexto de Homicídios, a estrutura da norma incriminadora compõe uma previsão que equivale à própria comissão do crime. Contudo, *quem matar outrem*, estamos perante a previsão e a sua estatuição seria a seguinte: *será punida com a pena de Prisão, conforme previsto no art.º 159º da Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro e artº 121º CPB*.

A punição, isto é, a pena, foi sofrendo uma evolução com o decurso do tempo, como podemos observar nos períodos seguintes: na idade média, as punições eram meramente corporais ou pena de morte, dependendo da gravidade de infracção; no entanto, para a idade moderna e doravante, vigoraram punições com base na privação de liberdade, isto é, pena de prisão efectiva.

²⁹⁸Op.cit.,2008, p. 78.

²⁹⁹ CARVALHO, Américo Taipa de,*Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2008, p. 78.

³⁰⁰CARVALHO, Américo Taipa de,*Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2008, p. 78.

³⁰¹CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2ª edição,2008, p. 78.

Na actualidade verifica-se que há consciência dos estados e da sociedade optar por factores ou medidas de ressocialização do homem infractor, isto é, a punição feita com base na realização de trabalhos na sua própria comunidade como forma de correcção do homem homicida, por exemplo.

Como se pode perceber o crime de homicídio constitui em vários preceitos, o principal tipo legal de crime, contra as pessoas, assim, como defende, BRUNO PAES MANSO, afirmando que, o homicídio é base do tipo legal do crime com mesmo nome, que a lei edifica os outros tipos legais de crime contra a vida, diferenciando-os de acordo com os meios empregues, o tempo, assim como, a forma de cometimento³⁰².

É nosso entendimento, que de forma clara, o homicídio é comportamento socialmente perigoso, cometido por uma acção ou omissão do homem, previsto e punível nos termos da lei penal. Olhando o homicídio como fenómeno social, estudado a partir de diferentes abordagens teóricas e metodológicas, é comum o uso da acção do homem.

Em termos metodológico, o homicídio tem sido abordado com base de análise de casos individuais ou conjunto de eventos de forma transversal, no entanto a sua abordagem tem sido feita por vários profissionais, recorrendo a várias ciências, incluindo a Lei. No entanto, alguns seres humanos interagem por via de violência, que se aprova como forma de transmitir os sentimentos relativos a manifestação da boa relação social, com os demais.

Portanto, o homicídio como fenómeno social podia ser entendido nos limites da especificidade do contexto cultural ou sob cultural na percepção, não somente das condições socio-culturais, mas também da sua natureza como relação social.

3.2. Princípio da Legalidade e Aplicabilidade das Penas do Homicídio

Não podemos falar de homicídio e aplicabilidade de penas, no contexto moçambicano e brasileira, sem no entanto, falarmos do princípio da legalidade. Assim, este princípio será analisado na presente temática tendo em conta os corolários que o compõe.

Historicamente o princípio da legalidade, foi concebido tanto da ordem jurídica moçambicana como do Brasil, para travar arbítrios perpetrados pelos governantes no âmbito da inspiração do regime absolutista. Absolutismo³⁰³, é um regime político no qual a matriz política se concentrava num único indivíduo, e aí, as decisões que ele tomavam eram consideradas como lei e sem direito a impugnação da parte lesada.

Devido a constante violação grosseira dos direitos fundamentais dos homens, e tudo circunscrevia-se ao tipo do regime político governamental vigente, compreendeu-se desde logo a necessidade de proteger a dignidade humana, e para isso acontecer, seria procedente, substituir o regime à título de reforma para Estado de Direito, onde a lei positiva seria o comando da

³⁰² MANSO, Bruno Paes, *Crescimento e queda dos homicídios em SP, entre 1960 e 2010, Análise do mecanismo da escolha homicida e das carreiras no Crime*, (tese do Doutoramento) São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

³⁰³ Nesse período vigou o princípio *quad principi placuit leges habet vigorem* – que se traduz «o que agrada ao rei, vigora como lei» e «o rei não pode errar (*the king can do no wrong*)» e foram estas ideias que a revolução combateu veementemente, introduzindo os princípios de Estado de direito e de separação e interdependência de poderes. (Cfr.TACITO, Caio, *Evolução Histórica do Direito Administrativo*, in *Temas do Direito Público*, Vol.I 1997, p.2.)

administração e o princípio da legalidade como elemento crucial na defesa dos interesses dos cidadão perante a crueldade desenhada pelos órgãos da administração.

Conforme explica, o CARVALHO, no período de monarquias absolutas, período que atingiu o seu auge com o despotismo iluminado do chamado Estado de Polícia, os indivíduos não eram reconhecidos quaisquer direitos e liberdades naturais fundamentais, e a lei penal era tida como instrumento da efectivação do poder absoluto do rei. Por sua vez, os poderes de soberania, isto é, legislativo, executivo e judicial eram considerados prerrogativas de monarca e, como tal, concentrados na pessoa deste³⁰⁴.

Explica – se que no dever de protecção dos direitos fundamentais dos cidadão, estavam apagado na lista dos órgãos do rei, sendo que a ditadura e arbítrio, foram uma das formas mais legítimas nos modelos de governos que vigorava naquela época, aliás salienta o supra autor que (...) direito penal estava caracterizado pela arbitrariedade, pelo terror punitivo ao serviço da manutenção do poder político real, pelo classismo e pela inexistência de quaisquer garantia individual.³⁰⁵ Portanto, antes de enquadramento deste princípio no contexto jurídico, salienta o DA SILVA que (...) tinha essencialmente uma natureza política³⁰⁶ (...) e actualmente é concebido como instrumento de ataque contra os abusos de poder³⁰⁷.

A ideia da tutela dos direitos da liberdade do cidadão nos confrontos do poder estadual, exprime-se, fundamentalmente, pela proibição da retroactividade das leis penais³⁰⁸. Ou seja, da ideia dos iluministas, poderia sim á título de violação dos direitos fundamentais, alguém ser punido acção de crime de homicídio culposo enquanto no momento da prática não era crime.

Dada as incongruências da aplicabilidade das sanções penais sem que, no entanto, tenha uma norma prévia, surge a necessidade de estabelecer uma tradução jurídica – penal do fundamento político do princípio da legalidade. Nesta linha, estabelece – se *nullum crimen, nulla poena sine lege*³⁰⁹, com fundamento da pena – prevenção geral donde se explica que ameaça da pena deve funcionar para constranger o cidadão a não cometer o crime de homicídio e para tanto é necessário que os destinatários conheçam primeiro através da lei quais são os factos cuja prática comporta a aplicação de uma pena criminal³¹⁰.

3.3. Princípio de legalidade num Estado de Direito

Com a crise do princípio da legalidade vivida no iluminismo – liberal, tudo por falta da observância das normas jurídicas de carácter geral, conforme ficou evidente nas páginas anteriores, e na perspectiva de revitalizar a dignidade humana, o Estado de Direito foi indicado como responsável e com tarefa nobre de reconhecer o princípio de legalidade constituindo um guião nas suas diversas dimensões da actividade.

³⁰⁴ CARVALHO, Américo Taipa, Direito Penal, parte geral, 2ª edição, Coimbra, Setembro, 2011, p.53

³⁰⁵ Ibidem, 2ª edição, Coimbra, Setembro, 2011, p.53

³⁰⁶ SILVA, Germano Marques da, Direito Penal Português, parte Geral.2ª edição, 2001, p.239.

³⁰⁷ Ibidem, 2ª edição, 2001.

³⁰⁸ Ibidem, 2ª edição, 2001, p.240.

³⁰⁹ Princípio da legalidade – não há crime, não há pena sem uma lei

³¹⁰ DA SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, parte Geral.2ª edição, 2001, p.240.

Da exigência desejada, e conforme explica o DA SILVA, o princípio da legalidade enquanto integrante no Estado de Direito, passou a ser considerado como elemento fundamental dos sistemas jurídicos vigentes na actualidade, pois desta consideração, hoje podemos encontrar a título de exemplo nos textos jurídicos Internacionais como art.º11º na (DUDH) e art.º15º do Pacto Internacional Direitos Civis e Políticos (PIDCP). No contexto interno, o princípio da legalidade e sem prejuízos das normas ordinárias podemos encontrar na CRM³¹¹, bem como na CFB³¹².

Com enquadramento jurídico do princípio da legalidade, revela ou exprime a ideologia mais reconhecida da sua importância, que conforme explica o DA SILVA, a consagração do princípio textos jurídicos internacionais para defesa dos direitos humanos, propõe como critério normativo de acção para os poderes do Estado, condição da sua qualificação como Estado de Direito.³¹³

Explica ainda o MIRANDA, citado pelo DA SILVA, que só existe Estado de Direito quando se dá limitação material e não apenas formal do poder político, o que significa que insere à ideia de Estado de Direito a subordinação do Estado a critérios materiais que o transcendem critérios que bem podem sintetizar - se na ideia de protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça, função que cabe bem ao princípio da legalidade³¹⁴.

A razão da existência deste princípio, não se limita no dever da realização de boa justiça nos Estados em estudo, se estende também para o contexto democrático, ademais conforme ensina o DA SILVA, a plena virtualidade do princípio da legalidade só se alcança no seio do Estado de Direito Democrático, porque Estado de Direito é um povo livre, isto é, o povo organizado, representado e consciente solitário e participante³¹⁵.

3.4. Corolários do Princípio da Legalidade

Princípio da legalidade, tem a tarefa e responsabilidade da limitação dos comportamentos dos detentores do poder punitivo frente aos ilícitos criminais, releva afirmar que as devidas incumbências, são efectivadas sob auxílio de certos corolários juridicamente aceites e expressos em latim, que no entanto, importa falar em cada um deles:

a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

Esta expressão conforme ficou evidenciado nas ideias supracitadas, circunscreve – se no princípio da legalidade. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*³¹⁶, exige que não deve - se falar de um crime ou pena no âmbito criminal sem uma lei.

³¹¹ Cfr. n.º 2, art.º 2º, art.ºs 60º, 61º, 62º, 64º, 65º e 248º todos do CRM.

³¹² Cfr. art.º 5º, n.º III, XXXIV, XI, LIII, LVII, LXI e LXVI, da CRFB.

³¹³ DA SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, parte Geral.2ª edição, 2001, p.242.

³¹⁴ DA SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, parte Geral.2ª edição, 2001, p.242.

³¹⁵ Ibidem, 2ª edição, 2001, p.243.

³¹⁶ *Nullum crimen, nulla poena sine lege* – esta expressão é da origem latim, aplicável no âmbito jurídico, que significa que não há crime nem pena sem uma lei anterior que o define como tal.

A existência de uma lei, constitui a *condictio sine qua non*³¹⁷ para dirimir litígios de natureza penal, portanto a vida penalista é concretizada mediante a observância de normas e princípio jurídicos validamente aprovados.

Diante desta discussão, as normas constitucionais e ordinárias moçambicanas³¹⁸ e brasileiras³¹⁹, exigem o respeito do princípio da legalidade, ou seja, os critérios atinentes as resoluções das problemáticas criminais devem com maior rigor se efectivar de acordo com as exigências legislativas.

b) Nullum crimen, nulla poena sine lege previa

Esta expressão constitui o segundo corolário integrado no princípio da legalidade, pois o termo explica que nenhum facto pode ser considerado crime, nem nenhuma pena pode ser aplicada ao agente do facto, sem que a lei anterior qualifique o facto como crime e estabeleça a natureza e qualidade da pena que lhe corresponde³²⁰.

Da leitura, facilmente se compreende que, a *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*, exige ao direito penal que a sua utilidade seja feita mediante as normas determinadas para o futuro, devendo usar – se para o passado caso que beneficia ao Réu. Nesta vertente, o direito positivo penal deve descrever cuidadosamente as condutas ou crime de homicídio com sua respectiva penalização de forma antecipadas (previsão e estatuição).

Explica o DA SILVA, que, do princípio deriva a proibição da analogia para qualificar factos como crimes (*nullum crimen sine lege stricta*) e a proibição da retroactividade de leis penais prejudiciais ao agente dos factos, pois que então o fundamento da medida penal não se encontraria numa lei prévia³²¹.

O princípio da legalidade significa que, a lei penal não pode ser aplicada retroactivamente, excepto se isso beneficiar o Réu, e, por outro lado, que as leis incriminadoras não podem ser interpretadas extensivamente, nem podem ser preenchidas as suas lacunas por analogias.³²²

A Constituição e o código penal moçambicano³²³ bem como do Brasil³²⁴, reconhecem o princípio de *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* como pressupostos inadiáveis das medidas de segurança em matéria de crimes de homicídios.

c) Nullum crimen, nulla poena sine lege certa

O dispositivo legal do direito penal que sanciona o crime de homicídio deve ser determinado no tempo (princípio da tipicidade). Trata-se de um postulado ou corolário nuclear da função de garantia jurídico-político do cidadão frente ao poder punitivo do Estado, tendo como exigência

³¹⁷ *Condition sine qua non* – significa uma condição necessária ou indispensável, para que um facto ocorra.

³¹⁸ Cfr. n.º 2, art.º 2º, art.º 60º; n.º 2, art.º 248º todos do CRM e n.º 1, art.º 1º do CPM.

³¹⁹ Cfr. art.º 5º n.º XXXIX, LXVI da CFRB e art.º 1º CPB

³²⁰ DA SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, parte Geral.2ª edição, 2001, p.243.

³²¹ DA SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, parte Geral.2ª edição, 2001, p.243.

³²² BELEZA, Teresa Pizarro, Direito Penal, Iº Volume, 1979, p.48

³²³ Cfr. n.º 1, art.º 59º e n.ºs. 1 e 2, art.º 60º do CRM e n.º 1, art.º 1º e n.º 1, art.º 3º do CPM.

³²⁴ Cfr. art.º 5º n.º XXXIX, XL, LXI e a última parte do art.º 1º e art.º 2º do CPB.

feita ao legislador penal de que, na criação da lei penal, recomenda-se descrever o facto punível de forma o mais possível precisa³²⁵.

Explica o DA SILVA, a norma penal incriminadora tem de ser certa, isto é, determinada com suficiente situação, numa qualidade ou atitude pessoal. Também o facto, acção ou omissão não pode ser inferido da lei, mas sim definido na lei³²⁶ e não deve trazer dúvidas ou incertezas na interpretação da norma sancionatória.

O princípio da legalidade, na sua exigência da lei certa,³²⁷ é também imposto por razões processuais, nomeadamente no que respeita ao princípio da legalidade da acção penal e ao exercício do direito de defesa³²⁸. Portanto, esta limitação da lei, (...) enquanto um obstáculo ao arbítrio da aplicação do direito aos casos da vida, resume - se no respeito da dignidade do ser humano.³²⁹

d) Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta

Este princípio reflete o direito positivo, o direito formalmente escrito. Tratando-se de um crime como homicídio, é obvio que esteja escrito em normas de forma clara assim como as consequências relativas a prática desse crime.

A exigência das escrituras em matéria penal, circunscreve-se ao princípio da legalidade, pois no âmbito da procura da objectividade e transparência em sede de julgamento, seria irrelevante recorrer-se nos aspectos costumeiros.

Explica DE CARVALHO, que o corolário do princípio da legalidade - *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, significa que o único instrumento do direito penal é a lei formal, ou seja, a lei da Assembleia da República.³³⁰ Assembleia da República é sempre a fonte última directa, quando é este órgão político – legislativo a definir os crimes e a estatuir as correspondentes penas³³¹ (...) É neste fundamento que, o crime de homicídio, consta nos livros do direito penal, tanto da lei moçambicana como da lei brasileira, pois o foco desta nomenclatura expressa, vem para evitar ou travar o arbítrio do julgador.

e) Nulla poena sine judicio

Esta expressão, constitui um último corolário do princípio da legalidade, hermenêuticamente significa não existir uma pena sem julgamento - princípio de juridicidade.

Segundo o DA SILVA, o princípio da legalidade, como garantia da liberdade dos cidadãos, está estreitamente ligada ao princípio de juridicidade. (...) aplicação do direito penal pelos tribunais, órgãos imparciais e independentes dos demais poderes – é uma das mais importantes garantias da actuação de direito³³².

³²⁵ DE CARVALHO, Américo Taipa Direito Penal, Parte Geral, 2ª edição, Coimbra, 2011, p.162

³²⁶ DA SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, parte Geral.2ª edição, 2001, p.245.

³²⁷ Cfr. n.º.1, art.º 61º CRM e art.º 5º n.º XLVII, al.b) da CRFB

³²⁸ Cfr.art.º 62º, n.º.1 e 2 do CRM e art.º 5º, n.º LXIII e LXXIV da CRFB.

³²⁹ DA SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português, parte Geral*, 2ª edição, 2001, p.246. segundo este autor, tudo efeito em respeito da dignidade da pessoa humana, explicando sobre a proibição da analogia, leis incertas e as leis penais em branco.

³³⁰ DE CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal, parte Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, p.156.

³³¹ Ibidem, 2ª edição, Coimbra Editora, p.156.

³³² *Nulla poena sine judicio* - esta expressão enaltece a questão do dever de não existir pena sem que tenha havido um julgamento num tribunal competente.

O princípio da juridicidade em matéria penal está consagrado tanto da ordem jurídica moçambicana³³³ como do Brasil³³⁴. Para o efeito, o processo de sentença transitada em julgado é uma tarefa destinada necessariamente aos juízes aplicando o princípio através da lei³³⁵.

No entanto, o princípio da legalidade penal em sentido geral, tem uma rica relevância num Estado de Direito, pois dada a sua importância e firmeza na protecção da dignidade humana, ou seja na defesa dos direitos fundamentais, na actualidade este princípio é acolhido na legislação moçambicana e tanto na legislação brasileira³³⁶.

Direito penal é considerado como último instrumento de natureza sancionatória nos dois hemisférios, este propósito não vem ao acaso, o foco é limitar³³⁷ actuação não só dos órgãos da administração da justiça, mas também constitui como elemento de protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

3.5. O Homicídio na Ordem Jurídica Moçambicana e Brasileira

3.5.1. Na Ordem Jurídica Moçambicana

A matéria relativa ao crime de Homicídio, encontra-se na parte especial de códigos penais de ordens jurídico-penais de Moçambique e do Brasil. Trata-se de crimes contra a pessoa, com enfoque, a tutela penal da vida humana, de integridade corporal, da honra e da liberdade, presumíveis qualidades da personalidade humana.

A parte especial de ambas jurisdições abrange, os bens relativos à pessoa humana, com observância da realidade física e moral, da pessoa humana.³³⁸ Entre os crimes contra pessoas, nos Códigos Penais dos ordenamentos jurídicos de Moçambique e do Brasil, para além da forma primária do homicídio, encontra-se o crime do genocídio³³⁹.

Segundo RAPHAEL LEMKIM, cit. POR BRENO AUGUSTO BRAGA RIBEIRO, a expressão genocídio foi inventada, com grande sucesso, servindo-se para designar vários actos dirigidos intencionalmente à destruição de um grupo de seres humanos³⁴⁰.

³³³ Cfr. n.º 1, art.º 60º e n.º 4, art.º 64º, n.º 4, art.º 65º, todos da CRM e n.º 3, art.º 3º da CPM

³³⁴ Cfr. art.º 5º, n.º XXXIX, XLI, XLV, LIII e LVII da CRFB.

³³⁵ O art.º 10º da DUDH, dispõe que as decisões sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal será da competência de um tribunal independente e imparcial.

³³⁶ Cfr. os art.ºs 1º CPM, 35º, 40º e 42º ambos da CRM e art.ºs 1º insiso III, 5º ambos da CFRB de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III. Estes fundamentos são próprios de Estados Democráticos de Direito, são valores intrínsecos e fundamentais ordem jurídica.

³³⁷ Os princípios fundamentais característicos do Direito Penal podem ser, de certa maneira, englobados num princípio geral, que costuma ser chamado o princípio da legalidade. Num sentido geral, é hoje um princípio que pretende ser aplicado a toda actuação estadual. O que é de facto é que, hoje em dia, praticamente todos os governos ou sistemas se reclamaram de um princípio da legalidade, ou seja, aquele princípio segundo a qual os poderes estabelecidos são submetidos à lei. (BELEZA, Teresa Pizarro, Direito Penal, Iº volume, 1979 p.326)

³³⁸ Vide, Também a contextualização trazida pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, através da sua Resolução n.º 96 (I), de 11 de Dezembro de 1946, sobre o genocídio, considerado crime contra o direito dos povos, condenado por todo o mundo civilizado;

³³⁹ Cfr. o art.º 190º CPM e no sistema brasileiro existe repressão no crime de genocídio em nível constitucional, vide.o art.º 3º, conjugado com art.º 4º ambos da CRFB.

³⁴⁰ RIBEIRO, Breno Augusto Braga, Genocídio, Um Crime Contra A Humanidade: O estudo do caso concreto Holocausto, S/D, consultado em 21-05-24. Cfr. art.º 2º da Convenção de 9 de Dezembro de 1948, disponível em : <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, consultado aos 21 de Maio de 2024.

As particularidades do genocídio são exactamente as projecções no campo internacional e sua superioridade ao simples quadro do homicídio, configurando-se como crime contra a pessoa.

Nos Códigos Penais, a única possível classificação desses crimes seria num título especial, à semelhança do que faz o Código iugoslavo, que os inclui sob olhar das acções puníveis contra a humanidade e no âmbito dos direitos das multidões³⁴¹.

O projecto alemão de 1962, privilegiou o enquadramento do genocídio num título especial, considerando-o, como sendo factos puníveis contra a comunidade dos povos. Todavia, no nosso entender seria uma possível solução técnica, procedente, nas várias jurisdições penais do mundo civilizado, com a semelhança do tratamento que mereceu o instituto do homicídio, em Moçambique e no Brasil.

Para NELSON HUNGRIA, o criminoso por tendência, é aquele individuo que comete homicídio, que mata ou lesionar de forma grave uma pessoa humana e pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, que revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez³⁴².

No nosso entender, independentemente do fundamento trazido por autor a cima citado, julga-se não haver nenhum motivo determinante que possa se justificar à prática de homicídio, sobretudo nas ordens jurídicas estudadas, porque as suas constituições protegem a vida da pessoa humana.

O crime contra a vida, o homicídio é o TLC, com maior protecção jurídica, porque nele residem todos valores sociais primários e que representam o bem jurídica vida humana. A vida é um bem jurídico inviolável. Desde sempre procedeu sobre todos os outros bens jurídicos. Esta é considerada no ordenamento jurídico moçambicano, e não só, como o bem jurídico de maior valor, por essa razão é merecedora de maior protecção jurídica.

Tem a sua consagração constitucional como pode-se observar ao analisar o art.º 40º CRM, de tal forma que sendo um bem jurídico que exige por excelência uma protecção extrema, vislumbra sua atenção também na consagrada Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)³⁴³.

No entanto, o crime de homicídio constitui o tipo legal fundamental dos crimes contra a vida extra – uterina ora em estudo. É o tipo legal do crime primário que através do qual a Lei edifica os restantes tipos de crimes contra a vida, qualificando-os, ou privilegiando-os, ora especializando as suas formas de cometimento, ao bem jurídico ou tipo subjectivo do ilícito e de culpa, conforme os factores circunstanciais³⁴⁴.

³⁴¹ Segundo Heleno Cláudio Fragoso, refere que alguns Códigos Penais introduziram disposições sobre genocídio. sendo, os código penais da Checoslováquia, de 1950, art.ºs 116º a 119º, e da Iugoslávia, de 1952, art.º 124º, subordinando-os aos títulos de atentado contra grupos de povos e acções puníveis contra humanidade e o direito das gentes. o CP alemão foi incorporado um § 220 a, relativo ao genocídio (*Völkermord*) em 1954, no capítulo dos crimes contra a vida, onde a doutrina uniformemente o considera um corpo estranho. O projeto do CP alemão de 1962, prevê o genocídio em título especial com designação de Crimes contra a comunidade dos povos (*Straftaten gegen die Volkergemeinschaft*).

³⁴² Cfr. os codigos penais iugoslavo, art.º 40º, e grego, art.º 90º; antceproj. arg., art.ºs 89º e 90º de 1940 a 1968, cit. por Nelson Hungria, na reviste de Imprensa Legislativa, Código penal, 1ª parte, p.52.

³⁴³ Cfr. o art.º 3º da DUDH, de 1948 - “todo o indivíduo tem direito à vida, liberdade e à segurança”

³⁴⁴Cfr.Art.º159º da Lei 24/2019, de 24 de Dezembro

O bem jurídico tutelado pelo homicídio, não é simplesmente a vida humana, mas, essencialmente, a vida extra-uterina, isto é, de pessoa já nascida com vida. O seu direito funda-se na norma constitucional moçambicana, proibindo a sua violabilidade, isto é, proíbe a pena de morte³⁴⁵. Como podemos perceber, o homicídio representa uma acção cuja base é tirar a vida de outra pessoa. De forma repetida é apontado como sendo homicídio um substantivo masculino que significa acto de matar uma pessoa, quer seja de forma voluntária que seja de forma involuntária. É sinónimo de assassínio ou assassinato.

Na ordem jurídica moçambicana, o homicídio é descrito por artigos 159º, 160º, 161º, 162º e 170º todos do CPM, isto é, homicídios voluntário simples, agravado, privilegiado, envenenamento e o involuntário, respectivamente. Esta matéria penal enquadra-se no preceito dos crimes contra as pessoas, no capítulo dos crimes contra a vida.

O TLC, de homicídio voluntário simples, nesta ordem jurídica, corresponde a uma pena de prisão compreendida entre 16 a 20 anos, para o homicídio agravado é aplicável uma pena compreendida entre 20 a 24 anos, esta moldura penal de homicídio agravado se assemelha com a pena aplicável ao crime de envenenamento, que segundo DE SOUSA, trata-se de uma forma especial de homicídio³⁴⁶. No entanto, o homicídio involuntário a prisão é de 1 mês à 2 anos e multa correspondente se assim couber.

É nosso entendimento, considerar que há dolo indireto no homicídio Involuntario, porque na morte não houve intenção do agente, tal que o homicídio doloso é o crime de onde se verifica a manifestação do interesse do agente em causar a morte da pessoa humana, ou seja, é praticado com intenção de matar. Neste âmbito, a pessoa tem plena consciência dos seus actos.

Já para a jurisdição brasileira, encontramos a denominação do homicídio culposo, que se assemelha com o involuntário da ordem jurídica moçambicana, tanto que, o acto de causar a morte de uma pessoa, neste também, não há intenção. Ora vejamos, verifica-se a culpa, porque o facto ocorreu e causou a morte, mas não existe o dolo, a intencionalidade de matar. É o caso, por exemplo, de homicídios que ocorrem por razão de negligência, acidente de viação e outras razões.

Em todo caso, verifica-se que o homicídio agravado para caso moçambicana, ou seja, qualificado para ordem jurídica brasileira, representam uma atitude especialmente censurável ou perversa do agente do crime, e onde reside o dolo. Pode ser por exemplo, quando a homicida tortura a sua vítima, aumentando o seu sofrimento, antes de matar.

Considera-se também, que o homicídio é qualificado quando o motivo do mesmo está relacionado com a discriminação racial, sexual ou religiosa etc.

Um dos factores que qualifica o homicídio é a premeditação, no caso por exemplo, de morte de uma pessoa por envenenamento. No entanto, o homicídio privilegiado pressupõe a diminuição da culpa do homicida em questão, e é considerado privilegiado quando é possível provar que o acto

³⁴⁵ Cfr.art.º40º da CRM, Lei nº. 1/2018, de Junho, decorre da consagração deste direito o comando ao legislador ordinário para que incrimine o homicídio e os comportamentos perigosos para a vida alheia mais relevante.

³⁴⁶ Segundo DE SOUSA, o crime tratado no actual artigo 162º do CPM, vigente, constava do artigo 353º do código penal de 1886 e coincide do artigo 162º do CPM de 2014, anterior de 2019, vigente.

foi cometido no âmbito da situação de desespero, compaixão ou compulsão violenta, para estes factos³⁴⁷.

Como podemos ter percebido, para os crimes contra a vida, a Lei penal protege a vida humana logo após o parto, incriminando todas as praticas que destroi a pessoa humana.

São cinco figuras dos crimes contra a vida, dos quais quatro são consideradas verdadeiros homicídios por excelência, tais que: Homicídio voluntario Simples (art.º 159º), Homicídio Agravado (art.º 160º), Homicídio Privilegiado (art.º 161º) e Envenenamento (art.º 162º)) e a quinta figura é o Infanticídio art.º 163º, que consideramos também, homicídio, por se tratar de uma pessoa, embora recém – nascida, possui a personalidade jurídica nos termos do art.º 66º do Código Civil moçambicano (CCM).

Esta ideia, justifica-se pelo facto, de reconhecimento de que, qualquer pessoa nascida de mulher pode ser sujeito passivo, mas antes do nascimento não se denomina homicídio, mas, sim, Interrupção de Gravidez ou aborto, conforme denominação, na jurisdição moçambicana ou brasileira.

3.5.1.1. Homicídio Voluntário Simples

Do homicídio, quando alguém tira a vida de outra pessoa com a intenção direta de causar a morte, ou seja, quando há dolo na conduta do indivíduo, isto é, se entende que houve a premeditação e a intenção de causar a morte, feita de forma deliberada e consciente.

O dolo representa o elemento de vontade nos actos criminosos e representa-se em três categorias distintas e cada uma refletindo diferentes formas e momento da manifestação da intenção criminosa.

O dolo direto é designado por tipo cintilante e ilustrativo da vontade criminosa. Nesse contexto, a pessoa realiza um acto com a intenção direta de alcançar um resultado específico, neste sentido, tirar a vida de outra pessoa.

À título de exemplo, um indivíduo com uma arma de fogo, mira apontando deliberadamente em sua vítima com a intenção de matar, dispara e concretiza o homicídio.

No entanto, o dolo indireto verifica-se quando uma pessoa realiza o acto com a intenção original desejada, mas isso resultar em efeitos colaterais não planeados. Trazendo um exemplo de alguém que quer matar outra pessoa próxima a um material explosivo. Neste âmbito, para garantir que haja uma margem de erro, ela mira apontando no explosivo, dispara e atinge a vítima pretendida, mas a explosão acaba causando outras mortes. Neste caso concreto, as mortes serão consideradas resultado de acto de vontade, isto é dolo indireto.

Para dolo eventual, surge quando a pessoa realiza um acto consciente de que existe uma grande probabilidade de produzir um resultado específico, mesmo que não seja sua intenção direta.

Num homicídio resultante de dolo eventual, o homicida pode disparar uma arma de fogo, em diversas direções, assumindo o risco de causar mortes, mas sem uma vítima específica em

³⁴⁷ Cfr. art.º 161º CPM. Esta disposição legal segundo DE SOUSA, é nova na ordem jurídica moçambicana porque não encontra a correspondências na legislação penal anterior. Mas na pratica são factos que verificam, por exemplo, nos casos da violência domestica.

mente, isto é, a pessoa estará ciente, do risco associado ao seu comportamento, mas continua com a sua acção.

O homicídio simples é uma classificação do homicídio doloso que ocorre quando alguém tira a vida de outra pessoa de forma intencional, sem a presença de agravantes. Em outras palavras, o homicida cometeu o acto com a intenção de matar, mas sem utilizar meios cruéis ou com circunstâncias especiais.

Um exemplo comum é quando um indivíduo, durante uma briga, mata outra pessoa sem um motivo específico, resultando em um caso de homicídio simples. As penas para esse tipo de crime podem variar, mas geralmente são menos severas do que em casos qualificados ou agravados.

O homicídio Voluntário Simples, é um tipo legal de crime base, previsto e punido pelo artº.159º CPM, pena de 16 a 20 anos, conforme circunstâncias e formas de cometimento usada por agente do crime. Para efeitos da criminalização, antes demais, importará saber quando é que a vida humana tem início e quando se dá o seu término.

Para o direito civil, por exemplo, os factos acontecem de maneira diferente do que acontece no direito penal. Segundo SILVA, para o código penal, o momento da valoração da vida humana, merece a sua atenção desde logo, a protecção penal do início do trabalho de Parto, como também nos referimos³⁴⁸, enquanto para o âmbito do código civil, a vida, ou seja, aquisição da personalidade jurídica dá-se com o nascimento completo e com a vida³⁴⁹.

Acredita-se que assim seja, por razões óbvias, porque o momento do início do parto é particularmente delicado. Se se admitir que a vida humana apenas inicie com o nascimento completo e com vida, todas as acções que acontecessem até esse momento ficavam desprovidas de protecção penal. Na jurisdição penal moçambicana, a interrupção de gravidez ou aborto é punido a título doloso.

Contudo, a se considerar apenas aspectos que se referiu, durante o parto o bem jurídico protegido seria a vida intra-uterino o que significaria que o que sucedesse com o feto a título de negligência ficaria sem protecção jurídica.

O momento do início do parto acontece com base no critério de avaliação da vida humana, transpondo da vida intra-uterina para a vida extra-uterina, isto é, na pessoa já nascida³⁵⁰.

Neste contexto, concluiu-se que se trata de bens jurídicos diferentes e protegidos juridicamente por normas distintas, para o caso concreto do CPM. Este critério para início da vida vem previsto, ainda que não de maneira explícita, no art.º 166º CPM.

Para o mesmo contexto, verifica-se que tem no seu âmbito de protecção da vida durante o parto, existindo razões mais que suficientes, para afirmar-se que durante o parto já se está perante

³⁴⁸ SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: Os crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p.124.

³⁴⁹ Cfr. o artigo 66º Código Civil de Moçambique, regido por Decreto-Lei Nº 47344 de 25 de Novembro de 1966.

³⁵⁰ A criação de um critério rigoroso e único é incontornável, só desta forma podemos distinguir: consumação da tentativa; apurar se é possível cometer-se um homicídio, mas se a vítima ter encontrado a morte, não se deve consubstanciar um homicídio de cadáver, configurando um caso de tentativa impossível. SILVA, Fernando *Direito Penal Especial: Os crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 124.

a bem jurídica vida humana, concordando-se que este critério será o ideal que deve ser observado quando se está perante crimes contra a vida humana.

No término da vida, importa antes, perceber como acontece, ou seja, determinar qual o momento real da ocorrência. É importante determinar o momento em que se considera que uma pessoa já encontrou a morte. Importa saber qual o critério de verificação da morte, sendo tal facto de grande importância para o direito penal moçambicano, uma vez que vai permitir distinguir entre diversos tipos legais de crime de homicídio em função do momento da ocorrência da morte real.

Actualmente, em Moçambique, Brasil assim como alguns cantos de mundo considera-se que a paragem definitiva do cérebro seria o momento juridicamente declarado o falecimento de uma pessoa humana.

No entanto, segundo nosso entendimento, a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral.

O âmbito da certificação do óbito, rege por critério adoptado, para ordenamento jurídico moçambicano, é universal, a morte cerebral. Todavia, é importante definir o momento em que termina a vida humana, tal que a qualidade da personalidade da pessoa humana para efeito do tipo de ilícito objectivo do homicídio, termina com a morte, isto é, o corpo sem vida, não se considera pessoa para esse efeito, sendo que, o direito penal não vincula na protecção da pessoa já falecida³⁵¹.

No entanto, para MARIA PAULA FRIA cit. POR DE SOUSA, no Novo Código Penal moçambicano, anotado e comentado³⁵², a morte, não é um acontecimento abrupta, mas sim um processo. No entanto, há que reconhecer o critério clássico da morte que desde logo se observa pela cessação irreversível das funções vitais, isto é, funções circulatórias e respiratórias. Mas a morte biológica ou total teria lugar por etapa.

Contudo, o crime de homicídio acima descrito, e nos termos do art.º 159º CPM, constitui o TLC, fundamental no grupo dos crimes contra a vida, e, é com base neste TLC, que se edifica outros tipos de crimes derivados, como nos referimos nos anteriores capítulos, agravando-o, nos termos do art.º 160º CPM (Homicídio Agravado)³⁵³, embora também, poderá se apresentar na estrutura do crime de homicídio voluntario simples, o homicídio privilegiado³⁵⁴, conforme o art.º 161º ou ainda o homicídio Involuntário também, previsto e punido pelo art.º 170º do CPM.

O TLC, de homicídio para ordenamento jurídico-penal de Moçambique encontra-se consagrado no livro II, da parte especial, título I, do Capítulo I dos crimes contra a vida³⁵⁵. Para o caso concreto da jurisdição penal moçambicana, a disposição legal, ora descrita teve como fonte o art.º 349º, do código penal de 1886, que vigorou bastante tempo e art.º 155º do CPM de 2014, que teve período de vigência de cinco anos.

³⁵¹ Para que se considere um homicídio é necessário antes da declaração de óbito ser testada a morte de uma pessoa, através de um documento hospitalar/ competente que no caso seria um laudo pericial. Segundo Sousa, no seu comentário, Novo Código penal moçambicano, de 2019, nas zonas periféricas de Moçambique, os processos de homicídios tem sido julgados com base numa declaração passada por líder da comunidade a atestar a morte de uma pessoa, por falta de médico Legista e pessoal técnico de saúde. Tal procedimento está longe de ser correcto.

³⁵² DE SOUSA, Elísio, *Novo Código Penal, Anotado e Comentado*, Escola Editora, Maputo, pp.159-161.

³⁵³ Cfr. O art.º 160º, da Lei 24/2019, de 24 de Dezembro, que aprova o código penal moçambicano

³⁵⁴ Cfr. O art.º 161º, da Lei 24/2019, de 24 de Dezembro, que aprova o código penal moçambicano

³⁵⁵ Vide, O CPM, em vigor, aprovado pela Lei nº24/2019 de 24 de Dezembro.

Observando-se atentamente, os preceitos legais que serviram de fonte para o actual código penal moçambicano, neste caso, referente ao TLC, de homicídio voluntário simples, operaram-se alteração não substancial referente a expressão “Qualquer pessoa” por “Aquele que” e a redacção anterior foi mantida³⁵⁶.

No CPM³⁵⁷, é prevista a pena de prisão maior, de dezasseis a vinte anos para aquele que, voluntariamente, matar outra pessoa³⁵⁸. O homicídio voluntario simples é praticado com intenção de matar, ou seja, observa-se a existência do dolo que culmina com a sua própria consumação. Todavia, admite-se a punibilidade pela tentativa e a frustração, segundo as circunstâncias, todo o ferimento, espancamento ou ofensa corporal, feita com intenção de matar nos casos em que a morte não se seguiu ou em que a morte se seguiu por efeito de causa accidental, e que não era consequência do facto criminoso de acordo com o art.º 156ºCPM³⁵⁹.

Todavia, o bem jurídico tutelado pelo preceito legal, é a vida de outra pessoa, isto é, a vida Humana³⁶⁰, embora não falta teses divergentes que advoga que o bem jurídico protegido através deste preceito legal é o mesmo tutelado pela incriminação do aborto.

Na questão do homicídio aqui referenciado e o aborto, não se pode enquadrar ao mesmo nível do bem jurídico. Apenas deve ser analisado ao nível do objecto de facto, porque na nossa óptica seria um crime correspondente ao TLC, de homicídio se fossem ambos correspondentes a uma pessoa já nascida³⁶¹.

Esta querela, seja qual for o nível filosófico ou jurídico-constitucional, é irrelevante para o Direito Penal Moçambicano, e de forma geral, sendo, no TLC, de homicídio e da interrupção de Gravidez, a protecção de interesses jurídico penalmente diferentes, mesmo que se advoga constituir-se ambos vida humana³⁶². O que visa protelar o TLC, de homicídio Voluntario Simples é a vida da pessoa humana, e tem a possibilidade de aplicação de uma pena de 16 a 20 anos de prisão e no TLC, de interrupção de gravidez, corresponderia a uma pena que varia de 3 meses à 2 anos, se quem de propósito fizer abortar uma mulher grávida³⁶³.

Entretanto, o CP moçambicano, instituiu de forma inquestionável uma posição, quando chamou vida ao bem jurídico tutelado por homicídio, e a vida intra-uterina aquele protegido pela interrupção de gravidez, isto, não ocorreu por acaso³⁶⁴. Como se depreende, o bem jurídico protegido por TLC, de homicídio, não é simples a vida da pessoa humana, mas da pessoa nascida completa e com a vida.

³⁵⁶ DE SOUSA, Elísio, *Novo Código Penal, Anotado e Comentado*, Escola Editora, Maputo, pp.159-161.

³⁵⁷ Cfr. O art.º 159º CPM.

³⁵⁸ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código Penal aprovado pela Lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro*, 1ª edição, Imprensa Nacional de Moçambique.

³⁵⁹ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código Penal aprovado pela Lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro*, 1ª edição, Imprensa Nacional de Moçambique.

³⁶⁰ DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999, p. 25.

³⁶¹ Ibidem, 1999, P. 25.

³⁶² Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional 25/84 e 85/85, cit. DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999, p. 25.

³⁶³ Cfr. O art.º 166º CPM, da Lei 24/2019, de 24 de Dezembro.

³⁶⁴ Como se pode comprovar com autonomização da secção dos crimes contra a vida intra-uterino, do código penal moçambicano, Lei 24/2019, de 24 de Dezembro.

Conforme dispõe o art.º 159ºCPM, “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 16 a 20 anos. Da leitura de norma torna-se claro que o bem jurídico tutelado é a vida humana, isto é, a vida humana de outrem, de que resulta, no entanto, ainda é punível o incitamento, ajuda e propaganda ao suicídio (art.º 164º).

O homicida pode ser qualquer pessoa, no entanto a vítima é um ser humano enquanto vivo. Porém, cabe distinguir hipóteses que integram a previsão e estatuição do crime nas situações em que o agente do crime, actua sobre um embrião ou feto humano ainda no ventre materno, que resulte em interrupção de gravidez de forma voluntaria ou negligente , consubstanciando a prática de um crime de interrupção de gravidez, cujo regime jurídico, para ordem jurídica moçambicana, se encontra previsto e estatuído nos art.ºs 166º a 169ºCPM.

Existem situações em que é a própria progenitora que mata o filho durante ou até 15 dias depois do parto e ainda sob a influência perturbadora do mesmo, situações estas, que consubstanciam a prática do crime de infanticídio, previsto e punido, como nos referimos, anteriormente, pelo art.º 163ºCPM. Estas situações que nos referimos, não se configuram ao TLC, de homicídio, por se entender que ocorrem fora do ambito do art.º 159º CPM.

O essencial no crime do homicídio é que o mesmo seja praticado contra a vida de qualquer pessoa, independentemente da idade, estado de saúde, sexo, nacionalidade ou raça, pese embora a qualidade da vítima possa ser determinante para uma eventual qualificação do crime de homicídio, como acontece, a título do exemplo com o homicídio de pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez – confira-se a alínea e) do art.º160º CPM, de 2019.

O tipo objectivo do crime de homicídio consiste em matar outra pessoa, ou seja, pressupõe uma conduta, consubstanciada na produção do resultado típico, isto é, a morte de outra pessoa, objecto da acção ou omissão do agente do crime, sendo que, se tal facto não se verifique estar-se-á perante um crime de homicídio na forma tentada, à luz do art.º 17º CPM³⁶⁵.

No mesmo âmbito, pode verificar-se no crime do homicídio, o nexo de causalidade, ou seja, o elemento que permita afirmar que entre a conduta activa ou omissiva do sujeito activo e a morte do sujeito passivo existe um elo que alicerça a conclusão de que a morte resultou directamente daquela conduta.

Para este propósito, importa realçar que, para preenchimento dos pressupostos do crime de homicídio, não interessa o tempo que representa o momento da prática da conduta apta a produzir o resultado morte e o momento em que a morte concretamente se verifica, pois tanto é culpado da prática de um crime de homicídio aquele agente que ministra à sua vítima um veneno de efeitos fulminantes, como aquele agente que causa na respectiva vítima ferimentos de tal modo graves que deles, necessariamente, resulte na morte, mesmo passados vários dias em que esta é, por exemplo, submetida a tratamentos médicos e/ou cirúrgicos se revelarem num fracasso.

Postula-se, também que o crime de homicídio pressupõe o elemento típico do dolo³⁶⁶, ou seja, a vontade de realizar o resultado típico, em qualquer das formas contempladas no art.º 12º

³⁶⁵ Vide, o nº1 e as als. a), b) e c) do nº 2 do Artigo 17º CPM

³⁶⁶ Vide, o artigo 11º do CPM, “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”

CPM - dolo directo, dolo necessário e/ou dolo eventual. A este propósito salienta Figueiredo Dias³⁶⁷, que “...para se verificar o dolo eventual relativamente à condutas objectivamente e extremamente perigosas, não basta que o agente preveja o perigo de resultado e se conforme com ele..., tornando-se antes sempre necessário que aquele preveja e se conforme com o próprio resultado...”. Portanto, assegura-se que a actual formulação do art.º159º corresponde essencialmente à anterior redacção que dispunha que “quem matar outrem é punido com prisão de 16 a 20 anos”.

3.5.1.2. Homicídio Agravado

Para além da protecção penal do Homicídio agravado³⁶⁸, foi antes proclamado na CRM, através do n.º 1, art.º 40º, acautelando que “a vida humana é inviolável”.

No entanto, se compreende já que, conforme assinala NELSON HUNGRIA, “a pessoa humana, do ponto de vista material e moral é um dos mais relevante objecto da tutela penal. Certamente que o Estado não a protege apenas por gentileza ou delicadeza ao indivíduo, mas, é por exigência de inevitável interesse público ou atinente a elementares condições da vida em sociedade”³⁶⁹.

O autor defende que, “todos os direitos partem assim do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é exactamente o bem da vida”.

Por conseguinte, o homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é, o atentado contra a ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social³⁷⁰.

Observe-se n.º 2, art.º 160º CPM, que se elenca, de forma exemplar, algumas situações, que, ao ocorrerem, são susceptíveis de traduzirem a especial censurabilidade ou perversidade do agente do crime. Compreende-se, que para além de tais situações não ocorrerem taxativamente do preceituado ou seja, outras condições que não mencionadas na Lei podem revelar a adequação de um tal juízo de valor sobre o agente do crime, tanto mais que a Lei utiliza a expressão “é susceptível”³⁷¹.

Poderá também suceder que, apesar de se verificar preenchida mais circunstâncias daquelas referidas na lei, a conduta do agente não seja, em concreto, apta a conduzir à qualificação do crime por ele cometido, pois que, ao nível da respectiva culpa nada justifica aquele juízo de especial censurabilidade ou perversidade.

O ensinamento, do FIGUEIREDO DIAS, nos remete às circunstâncias contempladas no art.º160º CPM, no entanto, não são taxativas, nem implicam por si só agravamento do crime; isto

³⁶⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999, p. 17.

³⁶⁸ Cfr. O artigo 160º, da Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro

³⁶⁹ Vide, HUNGRIA, Nelson, *Comentários Ao Código Penal Vol. V, Artigos 121 a 136*, 5ª ed. Belo Horizonte, 1979

³⁷⁰ O Código Penal Brasileiro, pp 15 e 26 a 27, apud SIMAS Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, p. 13.

³⁷¹ Cfr. os seguintes: (al. a), ter havido premeditação, (al. b), o agente do crime ser ascendente ou descendente adoptado ou adoptante, padrasto, enteado, cônjuge, ex-cônjuge ou com quem vive como tal ainda que sem coabitação;

é, pode o juiz considerar como homicídio agravado a conduta do agente, embora, não tiver praticado de igual circunstâncias descritas, mas sim de outras, e pode, por outro lado, deixar de operar tal agravamento apesar da existência clara de uma ou mais dessas circunstâncias.

Contudo, mais adiante, o autor, acrescenta que “... face ao seu funcionamento não automático e a não taxatividade, tais circunstâncias apenas podem ser compreendidas enquanto elementos da culpa”³⁷².

Efectivamente, será preciso analisar a concreta culpa do agente, os exactos motivos que “determinaram” a respectiva conduta activa ou omissiva, assim como o concreto circunstancialismo em que a mesma ocorreu, para se determinar se o agente revelou, ou não, a especial perversidade ou censurabilidade que a qualificação do crime de homicídio pressupõe.³⁷³

Segundo DE SOUSA, compreende-se que para além de algumas diferenças nas circunstâncias que logrem levar à agravação do homicídio, a actual redacção do art.º 160º CPM explica que:

Em face deste dispositivo, a pena de prisão de 20 à 24 anos é aplicada a quem causar a morte de outrem em circunstâncias que revelem especial censura ou perversidade, devendo concorrer qualquer das seguintes circunstâncias:

- a) ter-se observado a premeditação;
- b) ser ascendente, descendente, adoptante, adoptado, padrasto, enteado, cônjuge, ex-cônjuge ou pessoa com quem vive como tal, ainda que sem coabitação; ser praticado para extracção ou consumo de órgãos, tecidos ou partes de corpo humano;
- c) fazer preceder, acompanhar ou seguir de outro crime, consumado ou tentado, a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a dois anos;
- d) praticar o facto na presença de menor de dezasseis anos ou contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;
- e) praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;
- f) praticar o facto movido por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, orientação sexual ou identidade de género da vítima;
- g) praticar o facto contra agente das forças e serviços de segurança, servidor público, civil ou militar, agente da força pública ou cidadão encarregado de um serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, no exercício das suas funções ou por causa delas; e
- h) ser servidor público e praticar o facto com abuso de poder de autoridade e, ou praticar o facto contra infante no acto do seu nascimento, ou dentro de quinze dias depois do seu nascimento.

³⁷² DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999, p. 30.

³⁷³ Ibidem., 1999, P.30.

Ainda na óptica De Sousa, o preceito legal acima referenciado teve como fonte o art.º 351º CPM, de 1886, assim como do art.º 157º CPM, de 2014.³⁷⁴ Antes de entrarmos profundamente no contexto do homicídio Agravado, torna-se necessário fazer uma abordagem do que é o tipo-base dos crimes contra a vida, no âmbito do homicídio voluntário simples. Partindo do tipo-base deste crime, podemos observar circunstâncias agravam ou atenuam, que, aplicadas, irão manifestar-se em molduras penais diferentes daquela prevista para o tipo-base.

No entanto, antes, cumpre-nos, falar do crime de homicídio voluntário simples, consagrado pelo art.º 159º do CPM, de 2019, segundo qual “*Quem voluntariamente matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 16 a 20 anos*” para caso concreto da jurisdição moçambicana, esta disposição legal teve como fontes os **art.º 349º CPM, de 1886 e art.º 155º CPM de 2014**, antes do código penal de 2019, constava do capítulo referente aos crimes contra segurança do Estado.

Neste contexto, estamos perante um crime comum e de resultado, querendo com isto dizer que é um crime que pode ser cometido por qualquer pessoa e que implica necessariamente a produção de um resultado, a morte de uma pessoa, por esta razão e outras, estará em causa o tipo legal do crime, fundamental³⁷⁵.

Não obstante, que o resultado seja imprescindível para a tipicidade do crime. Pode-se ainda, caracterizar este tipo objectivo do crime ou ilícito como um crime de execução livre sendo que acção pode ser levada a cabo de qualquer forma, não estando definido no tipo o modo de actuação do autor do mesmo, bastando a actuação do agente do crime, apenas ter culminado naquele resultado, a morte de outra pessoa.

O bem que se protege é a vida humana de outra pessoa, mas desde logo exclui-se juridicamente, deste tipo de ilícito o suicídio, porque tal não envolve a morte através de circunstâncias idênticas do homicídio, senão for com base à instigação ao suicídio.

O fenómeno suicídio não é um facto típico, isto é, não é punível no ordenamento jurídico-penal moçambicano, salvo nas circunstâncias que nos referimos no parágrafo anterior, se a lei assim o considerar³⁷⁶.

No entanto, o suicídio não é de todo irrelevante para o direito penal moçambicano, isto é, pode-se encontrar situações em que existe a responsabilização do agente que incite, auxilie ou ainda fez propaganda para que o suicídio ocorra, de acordo com o art.º 164º CPM³⁷⁷.

Na posição do tipo objectivo, deve-se obter o elemento subjectivo, ou seja, a vontade de cometer aquele acto, que está subjacente ao agente do crime. Assim, pode se falar de dolo nas

³⁷⁴ Ibidem, 2019

³⁷⁵ O que contém o tipo objectivo do crime na sua forma mais simples, constitui, o mínimo denominador comum de forma criminosa, conforme o tipo base cujos elementos vão como pressupostos nos tipos qualificados e privilegiados. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, ***Direito Penal. Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime***. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

³⁷⁶ O suicídio no direito penal inglês, foi considerado punível, até 1961.

³⁷⁷ Quem incitar, ajudar propagandear outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se. Se a pessoa incitada for menor de 16 anos ou se tiver por algum motivo a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, a pena de prisão será de 8 a 12 anos. E, se for feita propaganda ou publicidade de produto, objecto ou método que pode servir de veículo para que o suicídio aconteça, será punido com pena de 2 anos e multa correspondentes.

diferentes formas que se apresenta. No ordenamento jurídico-penal moçambicano, o dolo está previsto no art.º 12º CPM.

Quando se está perante do dolo directo, o agente representa determinado resultado e actua conformando-se, com intenção de obter esse resultado.

Quando tratar-se de dolo necessário, o agente apresenta um facto admitindo-o como criminoso, mas ele era necessário para realizar a sua finalidade. E, quando eventualmente o agente do crime, representar o resultado como consequência possível da sua conduta e actuação está-se perante ao dolo eventual.

Os números um, dois e três representam o dolo directo, necessário e eventual, respectivamente, sendo, segundo Sousa³⁷⁸ o dolo directo aquele que resulta da clara intenção de cometer um facto criminoso e que o agente tenha plena consciência.

O elemento intelectual traduz-se na representação que o homicida realiza dos elementos objectivos do crime; o elemento volitivo consiste na vontade do homicida cometer o facto ou produzir o resultado³⁷⁹.

No homicídio, tipo-base para outros crimes contra a vida, sabe-se que podem ocorrer determinadas circunstâncias que, por um lado, agravam a moldura penal ou seja, circunstâncias agravantes que se traduzem no homicídio agravado, de acordo com o art.º 160º CPM, ou, por outro lado, circunstâncias atenuantes que permitem diminuir os limites previstos na moldura penal do homicídio simples, sendo que pode se configurar em homicídio privilegiado, conforme o art.º 161º CPM.

Os dois tipos de crime configuram situações em que há uma diminuição sensível da culpa ou em que há uma agravação da culpa, tratando-se de homicídio agravado ou privilegiado, respetivamente.

Quer o homicídio agravado quer o homicídio privilegiado no ordenamento jurídico-penal moçambicano, não podem ser tidos como tipos de crimes autónomos, ou seja, eles não existem por si só. Tem de se ter sempre em atenção que eles existem em função do homicídio simples e não para além dele.

O homicídio simples, traduz-se, como já se percebeu que é o tipo legal fundamental dos crimes contra a vida.

Desde sempre, o homicídio foi considerado a forma mais desumana determinar com a vida de outra pessoa humana, sendo, por tal razão, o tipo legal do crime de homicídio. É designado homicídio o acto humano e voluntário, que resulte de condutas que dão origem a morte de outro ser humano, quando o comportamento do homicida não se encontra “justificado³⁸⁰” face à ordem social.

As sociedades humanas sempre se organizaram, no sentido de impor a necessidade de regulamentar comportamentos e acções considerados actos ilícitos ou criminosos e impondo

³⁷⁸ Novo código penal, anotado e comentado, por Elísio Frank Xavier de Sousa, 2019

³⁷⁹ PRATA, Ana et al, *Dicionário Jurídico: Direito Penal e Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2007.

³⁸⁰ Entende-se que estará justificado, quando ocorre homicídio em Legítima defesa.

castigo para com os praticantes desses mesmos actos, deste modo, criou-se normas de conduta que originassem os actuais Códigos Penais.

Desde o início da elaboração de normas, o conceito de homicídio teve sempre ligeiras mudanças “Quem matar outra pessoa...”, de seguida foi catalogado para um conjunto de normas adicionais que não são mais do que condições de tipificação, presumindo uma maior ou menor intencionalidade por parte do autor do crime, neste contexto, fez-se corresponder a essas condições ou circunstâncias especiais, reveladoras de maior ou menor censurabilidade, também maior ou menor grau da pena restritiva de liberdades³⁸¹.

No contexto da moral, recorria-se ao Direito, mas inserido no universo da cultura, fundamentalmente no conceito de pessoa. Neste contexto, segundo Luciano Correia Ortega³⁸², a medida que se desenvolveu o conceito de pessoa humana, foi se equiparando entre o homem e sujeito moral, ambos actualmente ligados mutuamente e inseparáveis.

Prosseguindo com a evolução do conceito de homicídio, a pessoa humana surge como um fim em si mesmo, isto é, as coisas passaram a serem atribuídas preços e a pessoa humana, atribuída a dignidade.

Todavia, o desenvolvimento conceitual, sobre a vida, consagrou-se a menção à pessoa humana, sem nenhuma separação entre o biológico e a moral, ao ponto de muitos pensadores associarem ao princípio da personalidade humana, rigorosamente, a vida da pessoa já nascida³⁸³.

3.5.1.3. Homicídio Privilegiado

No capítulo I do título I do Código Penal moçambicano, de 2019, estão previstos os crimes contra a vida, convém se observar com atenção como se liga a relação existente entre a sua sistematização com a base inicial do Crime do Homicídio.

O crime de homicídio doloso, está entre relações internas ordenadas em função de um tipo Legal do Crime base, descrito no art.º 159º do CPM, podendo-se afirmar que existe uma “conexão entre tipos legais de crime. No art.º 159º o legislador prevê e estatui sobre a conduta de matar outra pessoa, como várias vezes nos referimos, sobre estes aspectos, e avançando em seguida para o crime de homicídio agravado³⁸⁴ cuja base é a culpa agravada do agente do crime, e tendo em conta várias formas privilegiadas com base em diferentes critérios.

As formas de tipo privilegiada previstas no capítulo dos crimes contra a vida, estão inseridas em três modalidades de homicídio privilegiado, cuja justificação diverge quanto aos respectivos fundamentos, contudo, em todos está presente uma atitude menos gravosa do agente que resulta na aplicação de uma pena diminuída.

³⁸¹ De salientar que o conceito da pena foi também sofrendo com o tempo uma modificação ou evolução, como pode se recordar – na idade media, as penas eram meramente corporais ou de morte. Já na idade moderna vigoraram até então, penas privativas de liberdade.

³⁸² Vide, em sua tese, https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-25062013-085809/publico/Luciano_Correa_Ortega_Integral.pdf.

³⁸³ DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999, p.5

³⁸⁴ Cfr. o art.º160º CPM.

As três modalidades reconduzem-se ao “tipo de crime contemplado no art.º 161º CPM, de onde o motivo é uma culpa reduzida determinada por circunstâncias que tornam o facto menos exigível ao agente do crime, isto é, ao pedido feito pela vítima, a de terminar com a sua vida, e ao infanticídio, art.º 163ºCPM, que este, teve como base o estado de perturbação do autor que mata o seu próprio filho. Este preceito legal constava do art.º 356º do código penal de 1886, e no art.º 165º CPM de 2014.

No entanto, consta dos crimes contra a vida, também o Infanticídio, que consiste em provocar a morte por acção ou omissão a um recém-nascido dentro de 15 dias, diferentemente do código penal de 2014, que considerou 8 dias depois do nascimento. Outra questão que podemos relevar é o facto de nos termos do anterior código o crime de Infanticídio era punível numa moldura penal de 20 a 24 anos de prisão maior, mas o legislador decidiu brandar grandemente a moldura penal relativo ao Infanticídio, para 1 a 5 anos de prisão. Releva desta forma uma preocupação, pelo facto de Legislador ter reduzido a moldura penal, e não tendo fundamentado, se houve ou não, a desvalorização do bem jurídico protegido por infanticídio³⁸⁵.

Apesar da existência de três modalidades com relevante interesse dogmático, apenas se analisará neste trabalho de forma superficial a modalidade presente no crime tipificado no art.º 161.º CPM.

O homicídio privilegiado previsto no art.º 161º é aquele que recebe uma censura mais suave por força dos motivos que determinaram a sua consumação, motivos que se podem definir como a fonte impulsora da vontade tida criminosa.

Responsabilizar o agente do crime pela prática do homicídio privilegiado, “dominado por compreensível emoção violenta que reduza sensivelmente a sua culpa”, implica que, se verifiquem os pressupostos da responsabilidade criminal comuns à responsabilização pela prática de um qualquer crime previsto no CPM. Deve existir uma acção típica, ilícita e culposa.

Para tal situação, importa analisar cada um desses pressupostos, sem aprofundamento, apenas para trazer a noção e a correcta interpretação do art.º 161º na modalidade de agente do crime, dominado por compreensível emoção violenta que reduza a sua culpa, no sentido de verificar as especificidades de cada um desses pressupostos neste tipo de crime. O estudo de tais pressupostos implica necessariamente aludir à existência de três grandes fases de evolução da doutrina do facto punível.

Para a definição dos pressupostos da responsabilidade criminal, contou-se com contributo de diferentes escolas, nenhuma das concepções vigentes conseguiu afastar completamente as outras, continuando a existir até hoje, pensamentos convergentes. Tais pensamentos consistem no reconhecimento e definição comum para existir uma acção típica, ilícita e culposa, para haver crime.

Verificados todos os pressupostos da responsabilidade criminal, sem excepção, pela ordem sistemática e que vai melhor possibilitar a responsabilização do agente pela prática do crime de homicídio privilegiado “dominado por compreensível emoção violenta”.

³⁸⁵ Vide, Novo Código Penal, 2019, comentários do Elísio Frank Xavier de Sousa pp. 165 a 166.

Todavia, o conceito de acção é o primeiro pressuposto a verificar para poder responsabilizar um agente pelo cometimento do crime, o mesmo conceito de accção deve abranger o facto activo, omissivo, doloso e negligente, ou seja, a construção do conceito de facto punível deve ser quadripartida.

Entendemos que, existem diferenças assinaláveis entre as quatro formas de aparecimento do crime, no entanto, devia existir uma consideração dogmática autónoma para os crimes dolosos de acção, os crimes negligentes de acção, os crimes dolosos de omissão e os crimes negligentes de omissão, nesse contexto, importaria definir um conceito que incorpore as quatro formas.

Vários foram os conceitos trazidos pela doutrina. Desde logo, o conceito social de acção, segundo ROXIN, as acções relevantes são aquelas que têm uma consequência social, se a usufruírem, terão relevância penal³⁸⁶.

O Conceito pessoal de acção, consiste no facto de se considerar que os comportamentos das pessoas são manifestação da sua personalidade, nesse contexto, só têm relevância penal, os actos que advêm da personalidade, ou seja, os que constituem meros reflexos³⁸⁷.

Último conceito, trazido neste contexto, é o conceito negativo de acção, portanto, a acção relevante traduz aquele comportamento que não evita certo resultado. Mas o conceito diferente encontra o de *Frederick Herzberg*, cujo significado assenta no facto de tudo quanto sejam ataques de animais, circunstâncias das coisas ou acções de pessoas que foram inevitáveis, não são susceptíveis de responder criminalmente³⁸⁸.

De forma geral, as situações de emoção violenta não afastam a capacidade de acção do agente do crime porque continua dotado de capacidade para se conduzir voluntariamente, salvo, os casos em que a emoção conduz a uma completa demência.

Os reflexos da emoção que chegam a provocar demência estão associados à questão da imputabilidade ou inimputabilidade.

A tipicidade do crime previsto no art.º 161º, à semelhança de qualquer crime, afere-se através do preenchimento dos elementos objectivos e do elemento subjectivo do tipo de crime.

No que concerne aos elementos objectivos ao empregar o vocábulo “*quem*” significa que o agente do crime pode ser qualquer sujeito.

A designação “*matar*” indica a conduta típica, mas exige-se também um resultado, que é a “*morte de outrem*”. Observa-se aqui um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, logo, qualquer conduta típica será relevante se for apta a produzir aquele resultado, isto é, morte de uma pessoa humana.

No que tange ao elemento subjectivo, o homicídio privilegiado é um crime doloso, como se ilustra da sua conjugação com o art.º 161º CPM. Qualquer das modalidades de dolo previstas no

³⁸⁶ ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2 ed. Lisboa: Veja, 1993, p. 29.

³⁸⁷ Ibidem, 1993, p. 29.

³⁸⁸ Esta teoria explicada por autor, assemelha-se no caso da pratica de homicídio involuntário ou privilegiado para caso concreto ordem jurídica moçambicana e homicídio culposo para ordem jurídica brasileira.

art. 12º CPM, permite preencher o tipo subjetivo, embora, esta afirmação não é evidente principalmente em casos se tratar de dolo eventual.

Qualquer que seja o dolo deve abranger todos os elementos que integram o tipo objectivo, o mesmo deve aludir-se à acção e ao objecto da acção. No entanto, qualquer questão relativa ao erro devia existir um preceito que pudesse resolver situação de erro prevista e excluir a tipicidade e consequentemente a responsabilidade criminal também do agente, como se vislumbrados nos art.ºs 14º e 16º ambos do código penal Português de 12ª edição de 2007.

É do conhecimento e da vontade de cometer o crime que o dolo respeita, no entanto, o dolo pressupõe conhecer e querer os elementos objectivos do tipo. Mas o dolo enquanto vontade, é expressa em dois componentes cumulativos para existir com tal:

A parte intelectual ou cognitiva, que assenta no conhecimento, o agente do crime tem de conhecer os factos típicos; e o elemento volitivo, ou seja, o agente do crime quer aquilo que conhece e só pode querer o que conhece.

Contudo, quando o agente do crime, conhece mal ou simplesmente não conhece os elementos factuais, a vontade é deturpada, logo estará em erro.

Nos casos em que se age dominado de emoção violenta pode levantar-se a questão de saber, se esta exclui ou diminui aquele conhecimento factual ou aquela vontade, no contexto, “A resposta será negativa porque há duas razões que não devem ser confundidas: por um lado o saber que se está a cometer um crime e querer cometê-lo e, por outro, o ter diminuído a sua vontade e o seu conhecimento para se conformar a avaliação da ilicitude que foi feita.

Trata-se de níveis diferentes. Só o primeiro respeita ao dolo de homicídio e é comum também ao art.º 159º CPM. o segundo respeita já ao estado do agente ou à sua motivação e pressupõe o primeiro nível. No entanto, o conceito de ilicitude, assim como o conceito de tipicidade, recai sobre o facto. Um facto é ilícito por violar a lei, isto é, ilicitude formal, mas também é ilícito por ser lesivo de um bem jurídico fundamental, neste caso estaremos perante a ilicitude material. Neste âmbito, do art.º 161º CPM, ajusta à lesão do valor vida humana.

O concurso do art.º 161º com o art.º 159º concretiza uma relação de especialidade, tal que prevalece o tipo de crime do art.º 161º com os seus elementos factuais diferenciadores, ou seja, as circunstâncias previstas como causa de diminuição da culpa.

No entanto o concurso com o art.º 160º não é susceptível de se verificar, conseguindo apenas acontecer uma aparência de concurso porque entre ambos concorrem os elementos factuais objectivos que integram o tipo, mas nunca o pressuposto da culpa³⁸⁹.

Contudo, para o agente do crime a ser responsabilizado pela prática dos factos, cabe ao preceituado no art.º 161º CPM, enquadrar-se devidamente, na letra e espírito da lei, isto é, não basta haver crime (acção típica, ilícita e culposa), pois, de forma autónoma tem ainda de se analisar a punibilidade, portanto, circunstâncias extra-penal.

³⁸⁹ PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado* – Legislação Conexa e Complementar. Lisboa: Quid Juris, 2008. É possível concurso de elementos factuais privilegiados e qualificativos, mas não cabe o concurso de tipos de culpa agravada ou qualificada e atenuada ou privilegiada, por ser realmente antagónicas a especial censurabilidade ou perversidade e a diminuição sensível da culpa.

Por essa razão de não existência de mecanismos que possa trazer uma distinção no preceito dos dois grupos de hipóteses, tais que possam englobar a compreensível emoção violenta, a compaixão e o desespero e no outro que atenderia os motivos de relevante valor socialmente ou moralmente aceite.

Todavia, a compreensível emoção violenta, a compaixão e o desespero sempre privilegiam não quando implicam o poder de resistência do agente do crime à pulsão interior, embora como se observa, simplesmente quando diminui de forma sensível a necessidade de outro comportamento e são tal como o motivo de relevante social e moral, pertencentes a elementos exclusivamente relativos a culpa do agente do crime³⁹⁰.

Em geral, o homicídio privilegiado assenta, como refere o Prof. Figueiredo Dias, numa cláusula de exigibilidade diminuída de comportamento diferente, concretizada em certos “estados de afecto”, vividos pelo agente, que diminuem sensivelmente a sua culpa³⁹¹.

Constituem esses elementos privilegiadores a compreensível emoção violenta, a compaixão, o desespero, ou o motivo de relevante valor social ou moral³⁹².

A compreensível emoção violenta é um estado de afecto provocado por uma situação pela qual o agente não é responsável, que condiciona as suas faculdades e capacidades, designadamente a sua capacidade de escolha e de determinação³⁹³.

O agente, face a uma alteração do seu estado psicológico, resultante de um forte abalo emocional provocado por uma situação pela qual não pode ser censurado e à qual o homem médio não deixaria de ser sensível, conquanto mantenha a imputabilidade, vê limitada ou comprometida a capacidade de posicionamento ético e de controlo dos seus actos, sendo empurrado ou conduzido para o crime³⁹⁴.

O que está na base do ilícito típico não é a provocação da vítima, mas sim a diminuição da culpa do agente.

A culpa só deverá ter-se por sensivelmente diminuída quando o agente, devido ao seu estado emocional, seja colocado numa situação de exigibilidade diminuída, ou seja, quando actue dominado por aquele estado, isto é, seja levado a matar, no sentido de que não lhe era exigível, suposta fidelidade ao direito, que agisse de maneira diferente, que assumisse outro comportamento³⁹⁵.

3.5.1.4. Homicídio Involuntário

Toda a morte da pessoa humana provocada, mas sem que haja dolo, diz-se homicídio Involuntário (art.º 170º), previsto à luz do CPM, de 2019³⁹⁶. Entretanto, falar de Homicídio

³⁹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Português, Parte Especial*, 1999, pp. 47-48.

³⁹¹ Ibidem., 1999, Pp. 47-48.

³⁹² Ibidem, 1999, Pp. 47-48.

³⁹³ Ibidem, 1999, Pp. 47-48.

³⁹⁴ Ibidem, 1999, P. 49.

³⁹⁵ Ibidem, 1999, P. 49.

³⁹⁶ Cfr. o artigo 170, da Lei 24/2019 de 24 de Dezembro

Involuntário equivale ao Homicídio Negligente ou culposo à luz do código penal brasileiro, pois que a morte nestas circunstâncias é resultado de qualquer motivo que se prende com a imperícia, falta de cuidado, ou mesmo a inconsideração e a falta de alguma observância de algum regulamento.

O tipo legal do crime aqui descrito está perante circunstâncias paralelas ao abrigo do art.º 369º do código penal português de 1886, ex-colonizador de ambas jurisdições penais estudadas, Moçambique e Brasil.

Refere JORGE FIGUEIREDO DIAS, que a esta problemática, no domínio especializado da vida humana, está estreitamente ligada a questão chamada de negligência na aceitação, trata-se aqui de aceitar responsabilidade³⁹⁷.

O n.º1, art.1º CPM, de 2019, observa-se que de entre as circunstâncias aqui mencionadas a negligência, será o conjunto das circunstâncias mencionadas e que pode ser melhor percebido nos conceitos seguintes:

- **Imperícia** – resulta da falta da preparação técnica do agente do crime, na prática de certa actividade profissional ou não. No entanto, essa preparação pode ocorrer da experiência, sem que se exija uma preparação técnica especializada, com excepção de actividades em que somente podem ser exercidas por profissionais devidamente autorizados e com uma especialização, por exemplo, o individuo que ousa pilotar uma aeronave sem habilitação para o efeito.
- **Inconsideração** – neste contexto está -se perante casos em que um individuo que despreza uma situação do perigo, mas que devia considerar como tal. No entanto, podemos observar a título de exemplo o seguinte: um condutor que se coloca com a sua viatura sem iluminação, na via pública, de noite, passa por uma escola onde se encontravam alunos de curso noturno, atravessando estrada, e o condutor não se digne reduzir a velocidade, convencido que todos alunos estarão atentos ao seu veículo. No entanto, acaba atropelando dois alunos que ambos atravessavam a estrada sem ter visto o seu veículo, agravando por este não ter a iluminação.
- **Falta de Destreza** – Ainda neste contexto trazemos uma reflexão para o âmbito da actividade ligada a condução de veículo ou aeronave, observando que um individuo mesmo que esteja tecnicamente habilitado para conduzir ou pilotar e tenha capacidade de prever o perigo, mas enquanto conduz seu veículo esteja ao mesmo tempo preocupado em responder mensagens e ou falar ao seu celular, acaba atropelando um peão, a isto chamar-se-ia falta de Destreza.
- **Falta de Observância de regulamento** - aqui está-se perante aos casos em que as actividades em que o agente exerce tarefas regulamentadas, de forma negligente decide ignorar o que está devidamente regulamentada, como resultado desta falta de observância do referido regulamento, esta causa a morte de pessoa humana³⁹⁸.

³⁹⁷ DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, TOMO I, Artigos 131º a 201º Dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999.

³⁹⁸ Neste contexto tomamos como exemplo, caso de um condutor que desrespeita o sinal de trânsito que indica a paragem obrigatória, no caso concreto no semáforo, estando vermelho e condutor entende na parar, mas em consequência disso atropela um peão na passadeira e encontra a morte.

Deste modo, cumpre enfatizar que em geral o tipo de crime de homicídio involuntário pressupõe que:

- o agente assuma um comportamento comissivo ou omissivo;
- esse comportamento viole o dever (objectivo e subjectivo) de cuidado;
- a verificação do resultado morte de uma pessoa;
- a imputação desse resultado à conduta do agente.

O juízo de censura, nos crimes negligentes representa a relação do agente com o facto injusto, ao ser-lhe imputado como seu e que, embora não directamente querido, era previsível sendo que em razão dessa previsibilidade deveria o agente actuar com o cuidado a que está obrigado e é capaz para evitar a produção do facto injusto.

Para que o resultado em que se materializa o ilícito típico possa fundamentar a responsabilidade não basta a sua existência fáctica, sendo indispensável que possa imputar-se objectivamente à conduta e subjectivamente ao agente. O mesmo é dizer que a responsabilidade só se verifica quando existe nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento ocorrido.

O parágrafo segundo de art.º 170º, conjugado com art.º 13º ambos do CPM, de 2019, nota-se que os casos em que o agente do crime agiu de forma ilícita e negligente na prática do homicídio, neste contexto é de negligência que se pune o homicídio e não o dolo, art.º 12ºCPM, esta pena se aplica se mais grave, resultando em homicídio Involuntário³⁹⁹.

No entanto, segundo o art.º 13º CPM, age-se com negligência quem não proceder com o cuidado que, segundo as circunstâncias, está obrigado revelar como possível realização de um facto que preenche um tipo legal do crime, mas actuar sem se conformar com essa realização, ou não chegar sequer a mostrar a possibilidade de realização de um facto típico e culposo. Contudo, como se referiu a punição da negligência funda-se na omissão voluntária do dever de impedir.

Todavia, no regime de acidentes estradais, segundo o comentário trazido ao Código Penal moçambicano de 2019, por DE SOUSA, quando o resultado é morte de uma ou mais pessoas, aplicar-se-á, o regime do art.º 159º CPM, salvo, outras circunstâncias que possam servir de agravantes, como por exemplo o abandono do sinistrado, conforme regem os artigos 153º e 154º do código de estrada moçambicano (CEM), da Lei nº I /2011, de 23 de março.

No entanto, para a verificação deste tipo legal do crime, encontram-se disponíveis três elementos materiais a considerar: a) os actos de imperícia, inconsideração, negligência, falta de destreza ou falta de observância de algum preceito legal; b) a morte de uma pessoa e c) o laço de causalidade entre aquele acto e a morte.

³⁹⁹ Vide. Boletim da República - Código Penal - Lei n.º 24/2019, 2019.

3.5.2. Na Ordem Jurídica Brasileira

A Parte Especial, do código penal brasileiro ao tipificar crimes e cominar penas, constituiu-se em corolário do princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, consagrado na sua constituição, pelo art.º 5º CFB, e pelo art.º 1º CPB: segundo a qual refere que “*Não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal*”, Isto é, Chama-se por princípio “*Nullum crimen sine lege*” previsto também na CRM, no entanto nenhum facto, consista em acção ou omissão, pode julgar-se crime sem que uma lei, no momento da sua prática, o qualifique como tal.

Aplica-se as penas privativas ou não privativas de liberdade, em conformidade com as figuras típicas das normas incriminadoras, no qual o Estado protege os bens jurídicos cuja violação compromete as condições da existência da vida humana em sociedade. No entanto, se as condutas indesejadas não estiverem previstas e configuradas em preceitos legais como crimes, faltarão ao Estado o poder de punir⁴⁰⁰.

No entanto, como visto, o crime de homicídio é um fenómeno social tal que, a atenção do legislador quer em moçambicano, quer no brasileiro, o bem jurídico, vida, é pressuposto do Direito para todos os outros direitos.

Segundo HUNGRIA, o homicídio sempre foi o ponto culminante na orografia dos crimes contra a vida, tem uma vital importância e atenção especial, para qualquer Código Penal, nos Estados Democráticos do mundo⁴⁰¹.

Já na óptica do BETTENCOURT, o Código Penal vigente rompeu com a tradição da hegemonia do Estado sobre a pessoa humana, demonstrando na sua parte especial, que o ser humano é o epicentro do ordenamento jurídico, ao atribuir à pessoa uma posição destacada na tutela que o direito penal pretende proteger⁴⁰².

Como dito, o Código Penal deu grande importância ao crime de homicídio, iniciando sua parte especial tipificando como: matar alguém. Trata-se de um enunciado normativo cujo princípio é, não mate, pois se o fizer estará sujeito às sanções penais. A norma de conduta não matar é implícita, pois o crime em concreto não veio tipificado como Moisés revelou a Lei Divina, não matarás⁴⁰³.

No entanto, quando no Código Penal fixa-se que é proibido matar alguém, constitui uma premissa lógica, que exige ao ser humano para que não cometa o crime, visto que só comete homicídio quem matar uma pessoa humana. Portanto, quando um sujeito elimina a vida de outrem, pratica uma conduta proibida que se prevista na lei penal, que é de matar alguém, deste modo, violando a norma que implicitamente prevê a proibição de não matar alguém, ou seja, a lei penal descreve condutas que se cometidas violam a norma.

⁴⁰⁰ MASSON, Cleber, ***Direito Penal***, Vol. 2, Parte Especial (art.ºs. 121º a 212º, Esquemático), Grupo editora, Nacional, Brasil, 2015

⁴⁰¹ HUNGRIA, N. ***Comentários Ao Cp Vol V. Arts 121 a 136. V. 1940.***

⁴⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto, ***Tratado de Direito Penal, Parte Especial***, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁴⁰³ BATISTA, Nilo. ***Introdução crítica ao direito penal brasileiro***. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 284 – 286.

Todavia, no cumprimento do princípio da reserva legal, o Estado entra esfera individual da pessoa, para exercer o seu direito de punir de forma condicionada e limitada, para repor a convivência normal de pessoas dentro da sociedade. O Estado no âmbito do exercício do seu poder reguladora das condutas sociais, cumpre limites temporais e processuais, devendo respeitar uma condição fundamental que é somente de impor uma pena ao responsável pela prática de um facto descrito em lei como infração penal. Muitos desses fatos compõem a Parte Especial do Código Penal⁴⁰⁴.

O Código Penal, ao dar início à parte especial com a vedação do acto de matar alguém, segue um sistema classificatório, qual seja, o do valor social do bem jurídico protegido, pois a vida é pressuposta para todos os direitos⁴⁰⁵.

Inicia-se o Código Penal proibindo os crimes contra a pessoa porque “o ser humano é a razão de ser da sociedade e, portanto, do Direito”⁴⁰⁶.

Efectivamente, o Código Penal adoptou um critério sistemático ao elencar os crimes sem espécie, pois não poderia se afastar da técnica legislativa. No entanto, o sistema foi adoptado como forma de auxiliar àqueles que o consultam. Historicamente, a catalogação era empírica e genérica, como por exemplo, os delitos públicos e privados.

Outras espécies de classificação surgiram no decorrer dos tempos, como a de Beccaria, que elencava os crimes contra a sociedade, contra o indivíduo e os crimes que o cidadão deve ou não cometer. Porém, Carrara, dividia os crimes classificando-os em naturais e sociais, sendo que Franz Von Liszt, os dividia em crimes contra o indivíduo e contra os bens da colectividade. De extrema importância é a classificação dada por Arturo Rocco, pois elenca os crimes de acordo com a existência humana, ou seja, como centro de “irradiação de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos”⁴⁰⁷.

No entanto, segundo CLEBER MASSON, com o tempo o critério racional de objectividade jurídica, ou seja, foi considerado ao bem ou interesse jurídico a ser tutelado, assim permitiu ser aceite pela maioria dos códigos do mundo⁴⁰⁸.

O Código Penal brasileiro adoptou o critério de objectividade jurídica, optando por iniciar pelos crimes contra a pessoa, que são presumidamente crimes mais primitivos, mas não só foi adoptado o critério de acordo com o objecto jurídico, adoptou-se também o critério metodológico, partindo do crime mais simples para o mais complexo.

Contudo, o Código Penal brasileiro, datado de 1940, da índole manifestamente individualista, iniciou-se com os crimes que atentam imediatamente contra bens jurídicos individuais até aos crimes contra os interesses do Estado de natureza prolixa e, como resultado ou consequência do interesse mediato das pessoas em geral.

⁴⁰⁴ MASSON, Cleber, *Direito Penal, Parte Especial (artºs. 121º a 212º, Esquematizado)*, Vol. 2, Grupo editora Nacional, Brasil, 2015, p.40.

⁴⁰⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁰⁶ É aqui onde há convergência entre as constituições e seus actuais códigos penais, isto porque encontramos em ambos instrumentos a proibição de excessos que poe em perigo a vida da pessoa humana.

⁴⁰⁷ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 25.

⁴⁰⁸ Ibidem.,1942, P.25.

Nesse âmbito, foram tipificados em primeira linha os crimes contra a pessoa, seguidos pelos crimes contra o patrimônio, até aos crimes contra a Administração Pública. No nosso entender, os crimes de menor gravidade ficaram definidos por último no código penal, justificando-se desta forma, definição pelo legislador, a sanção penal mais branda⁴⁰⁹.

Assim, o Código Penal brasileiro de 1940, tal como moçambicano, iniciam na sua parte especial tipificando o crime de homicídio, pois a pessoa é sempre um dos mais importantes objectos da tutela penal, pois a vida é pressuposta da personalidade humana⁴¹⁰.

Segundo Nelson Hungria, o crime de homicídio é “*occisão violenta de um homem injustamente praticada por outro homem*”, no entanto, apoiando-se em Von Liszt, que optou por uma definição mais simples, qual seja: “a destruição da vida humana”⁴¹¹.

Os crimes de homicídio podem ocorrer das mais variadas formas e, no decorrer dos tempos, várias foram as classificações, como por exemplo, o simples, o deliberado, o qualificado e até o parricídio, para um caso específico.

O Código Penal brasileiro, seguindo a tradição do anterior, definiu o crime de homicídio como simples, qualificado até culposo. Na figura simples, o Código Penal brasileiro não apresenta peculiaridade específica, pois apenas descreve a conduta homicida que visa impedir⁴¹².

Entende-se que o crime de homicídio é classificado como simples pelo facto de atingir o bem jurídico tutelado, a vida humana extra-uterina sem nenhuma outra peculiaridade.

No entanto, o crime é qualificado quando a conduta do agente é diferenciada, demonstrando maior desvalor para com a vida, necessitando de uma reprovação com uma medida cautelar mais arrojada. Ou seja, nas qualificadoras o legislador apresenta peculiaridades não incluídas na figura básica do homicídio⁴¹³.

Todavia, o homicídio é culposo, quando a conduta do agente é diferenciada, demonstrando menor desvalor da sua acção para com a vida, no momento da ocorrência dos factos, no entanto, o homicídio culposo, se verifica quando resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Mas se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu acto, ou foge para evitar prisão em flagrante, deixará de ser de menor desvalor, ainda será de maior desvalor se é praticado contra pessoa menor de quatorze ou maior de sessenta anos.

Entende-se que na parte especial do Código Penal, não consubstancia uma conexão directa com a parte geral, sendo necessário, para nalgum momento, elaborar uma introdução à parte especial do Código penal, sobre tal pormenor argumenta-se que “a análise da parte geral deve ser

⁴⁰⁹ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*, 1942, p. 25.

⁴¹⁰ MANSO, Bruno Paes, 2012, *Crescimento e queda dos homicídios em SP, entre 1960 e 2010, Análise do mecanismo da escolha homicida e das carreiras no Crime*, (tese do Doutorado) São Paulo: Universidade de São Paulo.

⁴¹¹ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*, 1942, p. 25.

⁴¹² Ibidem., 1942, P.29. ; cfr. o paragrafo 1º, art.º 121º CPB

⁴¹³ Ibidem., 1942, P.29. ; Cfr. o paragrafo 2º, art.º 121º CPB

feita com um traço de união com a parte especial, para existir integridade do ordenamento jurídico-penal”⁴¹⁴.

No entanto, entende-se que actualmente não se vê tal necessidade, pois “a ilicitude é descontínua e casuística e os elementos factuais diferenciam-se a cada figura penal e impedem um critério de absoluto rigor na formulação de princípios ou fórmulas gerais”, ou seja, é necessário realizar um estudo aprofundado da parte geral casuisticamente para cada tipo penal previsto na parte especial.

No conceito da acção no âmbito social, tem sempre em vista um comportamento humano voluntário socialmente relevante. Parece-nos que a única situação que este conceito vem acrescentar é falar em “socialmente relevante”, no entanto, era preciso entender o que a escola neoclássica queria dizer como comportamento voluntário. Com essa explicação será bastante importante para a compreensão da concepção de acção.

Desde logo, fala-se desde já, fala-se de comportamento humano, mas que significa isto, para o âmbito criminal? Significa que, para se observar uma acção jurídico-penal relevante, tem de se manifestar um comportamento do homem.

Como ensina a Profª ANA BÁRBARA SOUSA BRITO E PEDRO MIGUEL SILVA, nem sempre tem relevância o comportamento de uma pessoa coletiva embora pode se constatar a relevância por parte dos coordenadores dessa pessoa coletiva, no entanto, a pessoa coletiva não pratica uma acção jurídico-penalmente relevante⁴¹⁵.

Na óptica do que foi exposto, se o homem praticar um homicídio numa acção individual, ao ter de ser voluntário, significa, de acordo com a escola social, ele será uma resposta a uma situação reconhecida ou reconhecível.

No entanto, se estiver perante uma tomada de decisão face a uma exigência situacional reconhecida ou reconhecível, haverá uma acção jurídico-penalmente relevante que pode consistir ou numa actividade, ou não. É nesse contexto que aparece no vocábulo homicídio acrescido da palavra “voluntário”.

Contudo, para se observar uma conjugação entre elementos do crime, o conceito de acção tem de ser imparcial. Haverá acção que passa a ser socialmente relevante por ter havido uma lei que se debruçou sobre ela, no entanto, não é necessário estar proibido o homicídio para ser uma acção reprovável. Contrariamente da determinada configuração de fuga aos impostos por exemplo, que precisa de estar na lei para ter relevância social.

Na afirmação do ROBERTO FREITAS FILHO, um “princípio consagra sempre um elemento ético-social” e “tem a função de ser norma base, de outras, ideia ou valor directriz que dá sentido a um sistema ou subsistema”.

Assim, pode-se dizer que um princípio não determina um comportamento, isto é, fazer ou não fazer, ditado pela regra, mas simplesmente “algum valor a se respeitar ou algum fim a se

⁴¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, 2006. p.96.

⁴¹⁵ Vide, Teoria do Crime, 2018/2019, 2º semestre da Profª Ana Bárbara Sousa Brito e PEDRO MIGUEL SILVA, disciplina do Direito Penal.

atingir”. O princípio traz “os valores consagrados por uma determinada sociedade”, ou seja, são limitadores do processo hermenêutico na busca “de conteúdo de sentido de normas particulares”⁴¹⁶.

Todavia, ao prosseguir analisar os princípios, convém salientar que o sistema penal brasileiro, inegavelmente é oriundo do sistema romano-germânico, isto é, sistema do direito positivo que pressupõe princípios que norteiam e delimitam a aplicação do Direito Penal e mais, constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas.

Na análise da relação íntima entre os princípios e a interpretação de um enunciado normativo penal, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, assevera que não existem regras específicas para interpretação do Direito Penal, razão pela qual devem ser aplicadas as regras e princípios que regem os demais ramos do Direito⁴¹⁷.

Note-se que alguns princípios são de grande relevância ao Direito Penal, são norteadores, ou seja, em que pese o citado autor relatar que não existem regras específicas, alguns princípios terão maior peso na interpretação do Direito Penal – em especial o da legalidade.

Com efeito, para Nilo Batista, o princípio da legalidade é indispensável a qualquer sistema penal que deseje ser racional e justo⁴¹⁸.

O art.º 121º CPB, é preceito legal mais importante dos crimes de Homicídio. Todavia, observa-se a regra geral de poder se modicar o crime basilar: de simples para qualificado, culposo e privilegiado, consoante circunstâncias e formas de cometimento.

Segundo MARQUES, “o homicídio, punido desde a época dos direitos mais antigos, era definido por Carrara, como a destruição do homem injustamente cometida por outro homem”. De facto, o homicídio pode ocorrer sem que tenha havido violência, neste contexto, tem se o caso do envenenamento, como exemplo, o homicídio, sendo o mais grave dos crimes contra a pessoa e que atinge a vida, o bem fundamental da pessoa humana, é crime, por excelência⁴¹⁹.

Ainda na conceituação do homicídio, MIRABETE, chama a atenção que, para evitar confusões entre os conceitos aborto e suicídio, o homicídio pode ser definido precisamente como a eliminação da vida extra-uterina praticada por outrem⁴²⁰.

De uma forma geral, homicídio é classificado em: simples, privilegiado, qualificado e culposo. A conduta que se encerra no tipo legal do homicídio simples está contida no preceito primário do art.º 121º CPB, na proposição seguinte: matar alguém.

Conforme observa GRECO, o homicídio simples possui a redacção mais compacta de todos os tipos penais incriminadores. Mas na verdade, embora apresentando de maneira assim tão simples e sintética, encontra-se descrita infracção penal tão grave, porque múltiplas são as formas de

⁴¹⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

⁴¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.96

⁴¹⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁴¹⁹ MARQUES *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

⁴²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

conduta de que pode revestir-se o homicídio, e variados os meios admissíveis para a sua prática e realização⁴²¹.

O homicídio simples pode ser considerado hediondo, de acordo com o art.º 1º, I, da Lei nº. 8072/90, quando praticado em actividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um só executor.

Nas palavras de MIRABETE, “o homicídio simples consumado ou tentado, quando praticado em actividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, é considerado crime hediondo”⁴²².

A forma privilegiada do homicídio vem expressa no paragrafo 1º do art.º 121º do CPB quando se verifica que: “o agente cometeu o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

A expressão homicídio privilegiado, embora muito usada pela doutrina e jurisprudência brasileira, nada mais é do que uma causa especial de redução de pena. Sobre este aspecto, GRECO, nota que, embora a lei diga que o juiz pode reduzir a pena, não se trata de faculdade do julgador, mas de um direito subjectivo do agente do crime em ter sua pena diminuída⁴²³.

Pelo que preceitua o parágrafo 1º, do art.º121º CPB, o legislador previu três figuras alternativas que podem constituir-se em causa especial de diminuição de pena, são elas: relevante valor social: relevante valor, significa ter valor importante para a vida em sociedade.

O valor social relevante é aquele que leva em consideração interesses não individuais, por ex.: a morte por acção policial ou popular do perigoso criminoso⁴²⁴ que aterrorizava a comunidade, ou um famoso traficante⁴²⁵ em que vivia numa comunidade ou cidade, para evitar que ele faça mais viciados, prejudicando o futuro de comunidade; o homicídio praticado contra um traidor da pátria.

Segundo ADEMIR DA COSTA VILAR, não há crime gratuito ou sem motivo, neste âmbito, é no motivo que reside o valor social. Nas suas palavras:

“Para regular e individualizar a medida da pena, não basta averiguar o valor psicológico do réu, a maior ou menor intensidade do dolo ou quantidade do dano ou perigo de dano; é imprescindível ter-se em conta a qualidade dos motivos impelentes. Conclui-se, portanto, que todo e qualquer crime tem um móbil propulsor que pode ser socialmente adequado ou não. O legislador, considerando que certas motivações que impelem o agente à prática criminosa estão de acordo com a moral média da sociedade, elevou à categoria de homicídio privilegiado os crimes cometidos por relevante valor moral ou relevante valor social”⁴²⁶.

⁴²¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁴²² MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

⁴²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁴²⁴ Niquinha, caso de moçambique, este foi referenciado na década 90 até anos 2000, como perigoso criminoso que dedicava-se a violação de mulher, roubo e homicídios. Neste contexto, este criminoso veio ser morto numa acção de perseguição policial, na cidade de xai-xai, Província de Gaza, sul de moçambique.

⁴²⁵ Aqui fica o exemplo de um dos criminosos mais procurados do Brasil após se ter evadido da prisão de Caradiru em 1999 e detido em Moçambique. Gilberto Aparecido dos Santos, mais conhecido como Fuminho, é um alegado líder do Primeiro Comando da Capital (PCC), um dos grupos criminosos mais relevantes da América do Sul e foi preso, num hotel de Maputo, numa operação internacional que incluiu agentes do Brasil, Moçambique e da agência norte-americana de combate ao tráfico de droga, a DEA.

⁴²⁶ VILAR, Ademir da Costa *apud* CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016, p. 54.

Relevante ao valor moral, conforme já mencionado, relevante valor moral é aquele aprovado pela moralidade média, considerados nobres e desinteressados, é um valor importante para a vida em sociedade, nesse caso diz respeito a interesses particulares, individual do agente do crime.

Para GRECO, “seria, por assim dizer, um motivo egoisticamente considerado”. ex. a eutanásia, que é considerado homicídio misericordioso ou piedoso, pois o agente causa a morte do paciente em estado terminal, que não suporta mais as dores da doença e impelido pelo sentimento de compaixão ou piedade. Neste contexto, deve ser considerado de relevante valor moral tal acto do agente⁴²⁷.

Agir sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, todavia, CAPEZ, diferencia a emoção da paixão. Segundo ele, a primeira assume uma transitória perturbação da afectividade; já a segunda considera a emoção em estado crónico. A violenta emoção, nas palavras do referido autor é⁴²⁸:

“Uma forte e transitória perturbação da afectividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modalidades particulares das funções da vida orgânica, pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenómenos musculares, alteração das secreções, suor e lágrimas”.

Assim, estar sob o domínio de violenta emoção é estar sob emoção intensa, absorvente, actuando o agente do crime em verdadeiro choque emocional.

Conforme destaca GRECO, são vários os elementos que devem estar presentes para que o agente possa ter o direito subjectivo e ver sua pena diminuída, são estes: sob o domínio; violenta emoção; logo em seguida e injusta provocação da vítima⁴²⁹.

O uso da expressão sob o domínio descrita no parágrafo 1º do art.º 121º, do CPB, significa que o agente do crime, deve estar completamente descontrolado, dominado pela situação. Dessa forma, ao praticar uma acção que em condições normais não faria. CAPEZ, observa que, para a incidência do privilégio, a lei exige que o agente do crime esteja sob o domínio da violenta emoção, o que o faz distinto do previsto no art.º 65º, III, c, in fine, do CPB, pois neste, o agente não se encontra dominado pela emoção, mas apenas sob sua influência⁴³⁰.

O paragrafo 1º do art.º 121º CPB, traz o elemento violenta, que segundo Capez⁴³¹, é aquela que se apresenta forte, provocando verdadeiro choque emocional. Devendo ser para Mirabete⁴³², a acção violenta, ou seja, intensa, absorvente. Portanto, estaria excluída a frieza, pois somente a violenta em forma de emoção autoriza o privilégio.

⁴²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.157.

⁴²⁸ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016, p. 54.

⁴²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 157.

⁴³⁰ *Op.cit.*, 2016.

⁴³¹ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.

⁴³² MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

O logo em seguida é o terceiro elemento previsto no inciso que autoriza o privilégio, pois o texto legal exige, além do facto do agente está sob o domínio de violenta emoção, que sua acção seja logo em seguida. Assim como destaca MIRABETE, “não configura o privilégio quando se verifica uma brecha, um intermedio entre a provocação e o crime, que só será privilegiado se ocorrer enquanto durar a exacerbação do agente”⁴³³.

O quarto e último elemento que deve estar presente para configurar o homicídio privilegiado é expresso com a ‘injunta provocação da vítima’. O texto legal exige que o impulso emocional e o acto dele resultante sigam-se imediatamente à provocação da vítima, conforme destaca CAPEZ⁴³⁴.

Assim, é necessário que a reacção seja logo em seguida a injunta provocação da vítima, ou seja, não podendo existir espaço de tempo entre a provocação e o crime. Para esse elemento basta provocação injunta. Por exemplo, ofender o agente, fazer brincadeira de mau gosto. Não há um período fixo ou critério rígido, assim deve ser analisado caso a caso. Veja-se um exemplo: dois agentes conversam tranquilamente em um bar quando, em determinado momento, um deles desfere um soco no rosto do outro.

Este esfaqueia o primeiro agressor “cego” de raiva. O homicídio é reacção desproporcional ao soco, porém provocada injustamente pela vítima. Presente, assim, a causa de diminuição. O que se exige, na realidade, é que não haja uma patente interrupção entre o momento da provocação e o homicídio.

O terceiro tipo de homicídio pela classificação doutrinária é o homicídio qualificado. Sua previsão normativa vem descrita no parágrafo 2º do art.º 121º do CPB, que estabelece o seguinte:

- I. Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
- II. por motivo fútil;
- III. com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio
- IV. insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
- V. à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que
- VI. dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
- VII. Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Dentre as circunstâncias qualificadoras, ocorre o homicídio qualificado naqueles casos em que os motivos que o determinarem, os meios ou os recursos empregados pelo agente tornam o crime mais grave que o simples e demonstram maior poder do agente do crime, fazendo com que a vítima tenha menor possibilidade de se defender.

O homicídio qualificado é crime hediondo, conforme art.º 1º, inciso Iº da Lei 8072/90. Trata-se, conforme destaca CAPEZ, de causa especial de aumento de pena, em que certas circunstâncias agravantes, previstas no art.º 61º do Código Penal encontram-se incorporadas para constituir elementos factuais do homicídio⁴³⁵.

⁴³³ Ibidem, 2012. P. 33

⁴³⁴ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.

⁴³⁵ Ibidem, 2016.

No inciso I, encontra-se aqui o chamado homicídio mercenário, o qual ocorre quando o agente do crime recebe um pagamento para praticá-lo ou porque simplesmente obteve promessa de ser recompensado pelo acto⁴³⁶.

Nele, responde pelo crime qualificado tanto aquele que pagou ou prometeu a recompensa, quanto aquele que executou o crime, ou intermediou pela vantagem, podendo esta consistir não só em dinheiro, como também em perdão de dívida. Refere também o dispositivo a qualquer outro motivo torpe.

Esse motivo é aquele motivo repugnante, inaceitável socialmente, imoral, desprezível, vil, profundamente imoral. Por exemplo, o agente mata a vítima por causa de uma dívida de drogas ou por vingança.

No inciso II, há previsão da qualificação pelo motivo fútil. Fútil, segundo Capez, significa frívolo, mesquinho, desproporcional, insignificante⁴³⁷.

O motivo fútil é aquele que é desproporcional ao crime praticado. Nas palavras do referido autor, “o motivo é considerado fútil quando notadamente desproporcionado ou inadequado, do ponto de vista do homo *medius* e em relação ao crime de que se trata⁴³⁸.”

O inciso III, destaca os meios empregados para a execução do crime de homicídio. Vale esclarecer cada um deles:

O veneno é a substância que, introduzida no organismo, altera seu metabolismo momentaneamente ou suprime definitivamente. Este pode ser sólido, líquido ou gasoso. Segundo MIRABETE, veneno é indicado pela doutrina como sendo toda substância, vegetal ou mineral que, introduzida no organismo, é capaz de lesar ou destruir sua saúde ou vida⁴³⁹.

Para CAPEZ, o uso de fogo ou explosivo para a prática do homicídio trata-se de um meio cruel, dessa forma, matar com fogo ou explosivo, demonstra a intensa dor que causa a vítima e pela este facto de crueldade do agente do crime qualifica o homicídio.⁴⁴⁰

Um exemplo de tal prática é quando um agente joga combustível e ateia fogo ao corpo da vítima. No entanto, asfixia consiste na supressão da função respiratória humana, podendo ser originado por processo mecânico (enforcamento, esganadura, estrangulamento, soterramento ou sufocação da vítima), ou tóxico (produzida por gases asfixiante, como gás carbónico).

Tortura, para CAPEZ, é o suplício ou tormento, que faz a vítima sofrer desnecessariamente antes da morte. O termo tortura designa qualquer acto causador de dores e sofrimentos agudos, físicos ou mentais. O agente deve ter a intenção ou que assuma o risco de matar a vítima, mediante tortura, pois se a intenção for torturar e ocorrer por culpa estrito senso a morte, o agente responderá pelo crime de tortura seguida de morte⁴⁴¹.

⁴³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012. p. 34.

⁴³⁷ *Op.Cit.*, (23ª ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.

⁴³⁸ VILAR, A. D. C. *Homicídio: Caracterizando e Mapeando*. 2013, p. 2–33.

⁴³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁴⁰ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23ª ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.

⁴⁴¹ *Ibidem*, 2016.

Outro meio insidioso ou cruel é os meio usados de forma bárbaro, desumana, que aumenta o sofrimento da vítima. Como observa MIRABETE:

“A crueldade só pode ser reconhecida quando partida de um ânimo calmo que permite a escolha dos meios capazes de infringir o maior padecimento à vítima. Os actos praticados após a morte da vítima (mutilações, esquartejamento) não qualificam o homicídio, mas podem constituir o crime de destruição ou vilipêndio ao cadáver (arts. 211º e 212º)”⁴⁴².

Ou possa resultar perigo comum: para Capez, trata-se de fórmula genérica, nesse caso, além de causar a morte da vítima, o meio usado tem o potencial de causar situação de risco à vida ou integridade física de número elevado e indeterminado de pessoas⁴⁴³.

O inciso IV traz outra qualificadora que descreve meios utilizados para que o agente diminua a capacidade de defesa da vítima, são eles: Traição: segundo MIRABETE, “a traição consubstancia-se essencialmente na quebra de confiança depositada pela vítima do agente, que dela se aproveita para matá-la”⁴⁴⁴.

É a deslealdade, que quebra a prévia de confiança da vítima para com o agente, e este aproveita dessa confiança (que diminuía a capacidade de defesa) para executar o homicídio. Emboscada: MIRABETE, destaca que a emboscada configura a espera, por parte do agente, da passagem ou chegada da vítima descuidada, para feri-la de improviso⁴⁴⁵.

Segundo GRECO, dissimulação tem o significado de ocultar a intenção homicida, fazendo o agente passar-se por amigo ou conselheiro da vítima a fim de facilitar o cometimento do delito⁴⁴⁶. A fórmula contida na parte final do inciso IV, “Ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido” é um *minus* em relação ao tornar impossível a defesa do ofendido.

Por fim, o inciso V descreve uma qualificadora relacionada à conexão de crimes, ou seja, vínculo entre dois ou mais delitos. Essa conexão pode ser: teleológica – para assegurar a execução de outro crime. Ex.: matar o marido para estuprar a esposa; consequencial – para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime. Ex.: agente mata testemunha que sabia que este vinha furtando o patrão; ocasional ou para assegurar a impunidade dele. Ex.: homicídio da testemunha que pode testemunhar contra o autor de um outro crime⁴⁴⁷.

O quarto tipo de homicídio pela classificação doutrinária, é homicídio culposo. NORONHA, conceitua como sendo quando o agente, deixando de empregar a atenção ou diligência de que era capaz, em face das circunstâncias, não previu o carácter delituoso de sua acção ou o resultado desta, tendo-o previsto, supôs levemente que se não realizaria, portanto, a acção ou omissão casual voluntária do agente, devido a sua habilidade ou não acreditou que não ocorreria, pois este não quis ocasionar um resultado gravoso⁴⁴⁸.

⁴⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012. p. 37.

⁴⁴³ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.

⁴⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012. P. 38.

⁴⁴⁵ Ibidem, 2012.

⁴⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁴⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁴⁸ NORONHA *apud* CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.

A culpa se divide em três modalidades: a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência é o agir do agente, quando uma ação é praticada sem a devida cautela. Negligência é a abstenção do agente, quando alguma ação é deixada de praticar; não há uma prevenção por parte do agente. Imperícia está relacionada com a falta de capacidade, conhecimentos ou habilitação para exercê-las, podendo ser por falta de prática ou da ausência de conhecimentos técnicos específicos, no que diz respeito a arte ou a profissão⁴⁴⁹.

Assim, no homicídio culposo são destacados os elementos Ação ou Omissão voluntária. No homicídio Culposo não é possível a forma tentada. Jurisdição penal do Brasil comporta todas as formas de homicídios acima exposto e em seguida serão detalhadas⁴⁵⁰.

Segundo MAXIMO SOZZO, no Brasil, existem cinco diferentes hipóteses de “homicídio qualificado”, os mesmos são estabelecidos no art.º 121º CPB, a pena de prisão prevista é de 12 a 30 anos. No entanto, existem outros números do mesmo contexto, em que a pena é modificada, sobretudo ao homicídio doloso simples ou qualificado⁴⁵¹.

Em outros países, a título do exemplo, embora fora do âmbito deste estudo, existe uma figura do “homicídio parentesco “ou “parricídio” que é diferenciada de outras formas de homicídio qualificado ou agravado.

Por outro lado, em alguns cenários estão previstos outros números que por suas vezes, têm uma escala penal diferente do homicídio qualificado ou homicídio agravado, tal que Brasil, Bolívia, Guatemala e Peru são uns dos exemplos.

Se considerarmos o único conjunto relativamente semelhante de números de homicídios que estão incluídos na definição de homicídio qualificado ou agravado, incluindo a figura do paricídio nos cenários em que existe de forma separada, mas excluindo os outros pressupostos que têm menos ou penas graves e que constituem circunstâncias particulares, é possível construir um exercício de comparação sobre os níveis de severidade penal previstos.

No entanto, está claro e evidente que em alguns países, as reformas consistiram e introdução novos casos deste tipo de homicídio, o que implicou um aumento da rigidez penal, isto é, penas duras em resposta a gravidade das circunstâncias emergentes, uma vez que anteriormente eram considerados homicídios simples. Comparativamente, a ordem jurídica brasileira apresenta penas mínimas baixas para homicídio simples e qualificado, com relação a ordem jurídica moçambicana.

No entanto, encontra semelhanças de penas máximas de vinte anos de prisão, para o homicídio voluntario simples.

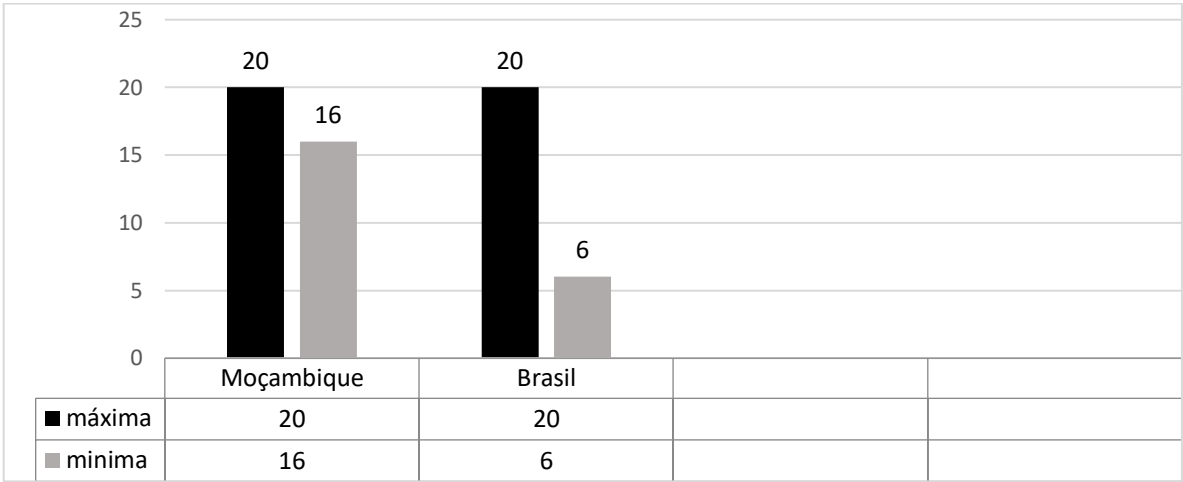
A qui a diferença é marcada por pena mínima, do homicídio no Brasil, as penas mínimas do homicídio são brandas, com relação as penas mínimas do homicídio, em Moçambique, (vide. os gráficos nº1 e 2), seguintes:

⁴⁴⁹ VILAR, A. D. C. *Homicídio: Caracterizando e Mapeando*. 2013, p. 2–33.

⁴⁵⁰ Lüdke, M., & André, M. E. D. *Métodos de coleta de dados: observação, entrevista e análise documental. Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*, 1986. p. 25–44.

⁴⁵¹ SOZZO, Máximo, *La inflación punitiva: un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina: 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Café de las Ciudades*, 2017.

Gráfico nº 1. Do Homicídio Voluntário Simples Moçambique e Brasil



3.5. 2.2. Homicídio Qualificado

No paragrafo 2º, art.º 121º CPB, trata-se do homicídio qualificado. No entanto esta forma de consecução do homicídio, observa-se que o legislador buscou proporcionalidade na aplicação da pena, de modo, a punir de forma mais grave do que o homicídio simples, como antes nos referimos.

Para THOMAS HOBBS, que “dos actos contrários à Lei, praticados contra particulares, o maior crime é o que provoca maior dano, segundo a opinião comum entre os homens⁴⁵².

No entanto, matar, constitui um crime maior do que qualquer outro crime que não sacrifique vidas. Contudo, matar antes, usando tortura é mais grave do que simplesmente matar.

O poder constitucional brasileiro, previu no art.º 5º, a inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou perdão da pena, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, o terrorismo e os definidos como *crimes hediondos*.

Tal norma, segundo Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, possui eficácia limitada, pois para passar a produzir os seus efeitos devia ser regulamentada. Neste âmbito, o legislador brasileiro editou para o efeito, no ano de 1990, a Lei 8.072, disciplinando em rol taxativo daqueles crimes considerados hediondos⁴⁵³.

No entanto, segundo o professor ALBERTO SILVA FRANCO, desde o primórdio, o crime de homicídio qualificado não nascera hediondo, isto significa dizer que no momento em que a lei surgira na jurisdição brasileira em 1990, o crime de homicídio qualificado não fazia parte. Em outras palavras, o homicídio qualificado não surgiu em simultânea com a lei, mas foi incorporada à lei em tempo posterior⁴⁵⁴.

No entanto, em 1992, após o assassinato de DANIELA PÉREZ, filha da escritora de novelas Glória Pérez, os delitos de homicídio qualificado assim como o delito de homicídio

⁴⁵² HOBBS, Thomas, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p.233.

⁴⁵³ DA SILVA, José Afonso . *Curso de direito constitucional positivo*. 38. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴⁵⁴ FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

simples praticado em actividade típica de grupo de extermínio, foram desde então considerados hediondos⁴⁵⁵.

Como se pode depreender diante do que foi pesquisado o homicídio é considerado crime desde os tempos mais remotos. O ser humano é provido de inteligência, raciocínio compreensão, discernimento, porém, também possui os sentimentos mais indesejáveis e nocivos que se pode imaginar, ou ainda, devido a problemas de ordem mental que pode acometê-lo, comete actos mais repreensíveis, e repugnantes que uma pessoa pode praticar.

O homicídio fora considerado crime nas mais diversas civilizações, jurisdições penais e nos tempos mais antigos era punido com a pena de morte. No entanto, o facto foi de que no Direito Penal ocorre uma evolução no que tange a forma de aplicação de penas em decorrência de influência de períodos mais humanistas.

A título de exemplo, no Ocidente a pena geralmente é de prisão, no entanto, existem em alguns países do mundo, pena de morte. Tem em conta a forma como é cometido o crime, contra quem, em que circunstâncias e assim aplicar a pena de acordo com a ocorrência e dos factos, podendo ocorrer uma maior punição, ou até forma mais branda da mesma.

É importante realçar que muitas vezes apesar do indivíduo ter cometido o homicídio, ou seja, o facto típico e antijurídico, pode ocorrer a falta de culpabilidade, isto é, não ter atingido os requisitos para haver a culpabilidade ficando assim isento de pena ou mesmo ter uma pena de prisão branda.

Portanto, o tipo penal, constitui uma figura abstracta que indica condutas proibidas, danosas e eticamente ou socialmente reprovadas. A figura típica deve conter elementos suficientes para se declarar conduta proibida. Para tal, existem casos em que o legislador apresenta tipos derivados da figura principal, muitas vezes para qualificá-los com outros elementos.

No nosso entender, quando o legislador qualifica os factos típicos, o faz na intenção de estabelecer uma punição acertada às certas circunstâncias, que antes não previstas ou expressa no tipo penal básico, neste contexto, o homicídio voluntário Simples, e que são de especial gravidade.

Acção penal relevante representa todo o comportamento humano relevante no mundo exterior e dominado pela vontade. No entanto, neste contexto ficam excluídos os comportamentos ou as acções das coisas, de forças da natureza e dos animais irracionais.

Quanta finalidade das penais, quer numa óptica retributiva, quer numa óptica preventiva, não fará sentido criminalizar comportamentos que não sejam dominados pela vontade.

O tipo penal abrange só a categoria da tipicidade, com a estrutura somente de elementos objectivos e subjectivos, podendo-se dizer assim que o tipo indiciador ou tipo em sentido restrito é a correspondência objectiva e subjectiva à definição de um tipo legal de crime.

No que tange a expressão tipo indiciador, tipo em sentido restrito ou tipo de injusto, consubstancia a delimitação de um comportamento proibido ou exigido, ao qual se determina uma sanção penal geral e abstractamente. Porquê se diz tipo em sentido restrito?

⁴⁵⁵ Vide, a Dissertação sobre assassinato de Daniela Pérez filha da escritora de novelas Glória Perez, Univerdade Federal Fluminense, NITEROI, 2004, pp. 75 segs. Da autora PRISCILA LEAL SEIFERT. Consultado em 15.10.23

Porque o facto típico preenchido neste sentido, neste sentido restrito não significa por si só, que o agente do crime seja punido, porque pode não ter a responsabilidade jurídico-criminal, por hipótese, naquele caso ter agido em legítima defesa.

No entanto, designa-se também tipo indiciador porque uma vez preenchida integralmente a tipicidade, preenchidos integralmente os elementos constitutivos do tipo de crime, forma-se um juízo de valor sobre esse agente no sentido de que a tipicidade indicia a ilicitude, na qual pode ser excluída pela intervenção das causas justificativas.

Todavia, ao se definir o crime de homicídio, na sua forma qualificada, apresentou-se com particularidades de reprovação, motivos pelos quais de aplicar pena diversa da figura simples ou basilar. O código penal considerou os motivos determinantes as circunstâncias consideradas torpe e fútil, os meios e modos de execução considerados cruel e na tortura que causa perigo comum como formas que representam maior censura do agente do crime, justificando a aplicação da pena mais severa⁴⁵⁶.

As circunstâncias, formas qualificadoras da execução do crime, são alheias ao tipo penal, pois são considerados factos elementares do tipo legal do crime base, neste caso do homicídio Voluntário Simples. Estes factos que surgem para além da figura base do crime são considerados acidentais, embora irão contribuir para agravação da pena consoante circunstâncias da maior reprovação social – mas, a não existência do tipo penal incriminador continuará a ser o mesmo, um crime de homicídio voluntário simples.

As circunstâncias qualificadoras são trazidas por legislador brasileiro, com as semelhanças de outras jurisdições, quando entender que fora da figura básica do tipo penal incriminador, existem factos que extrapolam as circunstâncias normais previstas para o crime comum, como por exemplo, matar desferindo através de um disparo de arma de fogo.

Segundo BATISTA, um crime é qualificado quando existem circunstâncias prevista para agravar a pena, cujo agravamento ocorre pelo facto de as circunstâncias serem reveladoras de maior reprovação social ou de elevado grau de crueldade do sujeito⁴⁵⁷.

A análise das qualificadoras do crime de homicídio, justifica-se devido a importância do bem em litígio, assim como pelas penas previstas, sinónimo de existência de um violador do bem maior previsto no Código Penal, nos termos do paragrafo 2º, art.º 121º CPB.

Quando se sabe do motivo da prática do crime, em princípio assume-se que personalidade do agente do crime é anti-social⁴⁵⁸.

Não é por outra razão que o legislador trouxe em primeiro lugar no Código Penal, as qualificadoras pelo motivo torpe, aquele repugnante, de extrema vileza, sendo que o Código Penal cita como exemplo de torpeza o crime de homicídio mercenário. Na exposição de motivos do Código Penal, Francisco Campos, relata que o motivo torpe “é o que suscita a aversão, a luxúria, o despeito da imoralidade contrariada, o prazer do mal, e mais”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 31 – 32.

⁴⁵⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁴⁵⁸ *Op.cit.*, 1942.

⁴⁵⁹ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 244.

Na análise do parágrafo 2º, art.º 121º CPB, encontra-se um exemplo casuístico (paga ou promessa de recompensa) e, em seguida, outro motivo torpe. No entanto, para NÉLSON HUNGRIA, crítica por motivos de não ter sido mencionada na questão, como o intérprete deve aplicar o enunciado normativo qualificado pelo motivo torpe.

Assim, surge a indagação: Torpe pode ser todo e qualquer motivo repugnante? O que é motivo repugnante? Cada intérprete apresentará uma solução para o caso, surgindo nova indagação: criar um tipo penal com tal imprecisão não fere o princípio da legalidade?

Tal indagação é o que aflige o intérprete da Lei ao caso concreto, problema de interpretação, pois a lei não contém somente termos inequívocos. Ainda sobre o crime de homicídio qualificado, o inciso II, parágrafo 2º, art.º 121º CPB, refere-se que o motivo fútil é causa que traz maior censura da sociedade humana.

Nos termos da exposição de motivos do Código Penal é aquele “que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”, ou seja, é o motivo desproporcional ou inadequado⁴⁶⁰.

Surge novamente o problema para saber, o que é fútil para uns pode não ser para outros acarretando inúmeras interpretações. Mais uma vez NÉLSON HUNGRIA, na sua análise, não indica como o intérprete deve proceder ao se deparar com o vocábulo comentado.

No inciso III, parágrafo 2º, art.º 12º CPB, o legislador novamente qualifica o crime de homicídio apresentando exemplos casuísticos, meios de matar, veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura e, em seguida, termina a qualificadora com enunciados genéricos, como tais, meio insidioso, cruel ou de que possa resultar perigo comum, ou seja, texto com casuística exemplificativa e fórmula genérica ao final⁴⁶¹.

O texto normativo é novamente equívoco e gera dúvidas. Ora, o que é causar perigo comum na prática de um crime de homicídio?

Seria dirigir um veículo com excesso de velocidade em racha automobilístico, com dolo eventual, e matar uma pessoa por atropelamento, causando também a outras pessoas perigo pelo fato de que o veículo ostenta um tanque de combustível que poderia explodir?

Seria o crime de homicídio praticado com disparo de arma de fogo contra uma única pessoa, mas pelo fato de existirem outras pessoas no recinto (causando perigo a elas)?

Concomitantemente, NÉLSON HUNGRIA, ao comentar tal qualificadora não esclarece ao intérprete de como se chega a uma interpretação segura que importaria respeito e obediência ao princípio da taxatividade/determinação, relatando que “o meio de que possa resultar perigo comum é o meio que além de atingir a vítima escolhida, pode criar uma situação de perigo extensivo a um indeterminado número de pessoas”⁴⁶².

Constata-se que existem cláusulas genéricas com vocábulos amplos que podem gerar uma interpretação generosa, como, por exemplo, dizer que a superioridade de armas é causa que

⁴⁶⁰ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

⁴⁶¹ *Ibidem.*, 1942.

⁴⁶² *Ibidem.*, 1942.

impossibilita ou dificulta a defesa do ofendido, ou que dirigir veículo automotor com excesso de velocidade é um meio que pode causar perigo comum – mesmo que se trate de período em que não há pessoas na via pública.

Argumenta, ROBERTO LYRA, que o tema das qualificadoras e o motivo torpe não é definido pelo Código actual e era tratado de forma vaga no Código Penal de 1890. Para ele, torpe é o motivo repugnante ao senso ético da colectividade e, fútil, aquele cometido a pretexto gratuito, desproporcionado.

Note-se que na abordagem faz um cotejo com o projecto do Código Penal Italiano que previa motivos objectos (torpes), perversos ou fúteis (desproporcionais), mas que o termo perverso foi omissa por ser muito genérico, ou seja, foi demonstrada a preocupação com termos abertos⁴⁶³.

No âmbito do estudo do Código Penal Italiano, ROBERTO LYRA, explica o que vem a ser o termo expresso no CPB, mas não analisou a questão da interpretação. Porém, ao citar Marciano (Il Nuovo Codice Penale, Nápoles, 1932) argumenta que cada juiz pode ter uma interpretação do que vem a ser fútil ou torpe, mas para interpretar tais termos qualificadores não se pode analisar o caso de acordo com seu individualismo, mas deve-se orientar para o todo, para a sociedade e não o indivíduo em particular⁴⁶⁴.

Paralelamente ao meio cruel e a tortura, ambos são definidos como sendo o que causa o sofrimento desnecessário e extraordinário, físico ou moral à vítima. Já para configurar o perigo comum basta a potencialidade deste para integrar o crime, não importando que ela se concretize.

Diante do exposto, percebe-se, mais uma vez, que não se aborda o tema interpretação, não se analisa o alcance do vernáculo, apenas os define.

Segundo HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, na interpretação do Direito Penal deve-se observar o princípio da legalidade e seu subprincípio taxatividade/determinação.

Na óptica do FRAGOSO, é sabido que tais princípios vedam a incriminação vaga e indeterminada, pois não tornam certa a ilicitude da conduta, o que redundaria em ofensa à segurança jurídica do cidadão, bem como deixa ao julgador a tarefa de identificação do facto punível⁴⁶⁵.

No entanto, ao abordar os crimes praticados por motivo torpe, fútil, para assegurar a vantagem de outro crime, cometido com recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, bem como que possa resultar perigo comum, limita-se a definir cada situação e não analisa o pormenor de que o tipo contém cláusulas casuísticas e genéricas⁴⁶⁶.

Segundo BENTO DE FARIA, as qualificadoras do crime de homicídio, asseverou que a primeira traz exemplos e encerra com a afirmação de que o homicídio também será qualificado se praticado por motivo torpe⁴⁶⁷.

⁴⁶³ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*: vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 268-271.

⁴⁶⁴ Ibidem., 1955.

⁴⁶⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁶⁶ Ibidem., 2006.

⁴⁶⁷ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*: vol. I, Parte Geral. Rio de Janeiro: Record Editora, 1958.

Como HUNGRIA, relata que é o motivo desprezível, repugnante, o que revela um particular grau de perversidade, no entanto, não traça nenhuma forma de como o juiz deve buscar a citada torpeza junto ao fato concreto⁴⁶⁸.

Na sequência, ao tratar da qualificadora do motivo fútil, limitou-se a definir que será aquele que tem uma desproporção entre a causa e o crime de homicídio. Segundo NELSON HUNGRIA, nada se aborda sobre a imprecisão terminológica utilizada pelo legislador⁴⁶⁹.

Ainda BENTO DE FARIA, analisando a crueldade e o meio insidioso, apenas os define, mas nada argumenta sobre o limite que o intérprete terá na análise do caso concreto, sequer aborda a questão do perigo comum, tampouco se há *in casu* interpretação analógica⁴⁷⁰.

Em seguida, analisa o crime qualificado pela traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que torne difícil ou impossibilite a defesa do ofendido, limitando-se a afirmar que se trata de circunstância que revela “sangue frio” do agente, ou seja, maior gravidade da conduta. No mesmo teor é a abordagem da qualificadora por conexão, ou seja, que será o crime de homicídio conexo com qualquer outro crime, mas não aborda a vagueza do enunciado normativo que diz “matar alguém para assegurar a vantagem de outro crime”⁴⁷¹.

Segundo CEZAR ROBERTO BITENCOURT, às qualificadoras se aplica o princípio da legalidade, ou seja, o termo qualificador deve ser determinado, mas como é sabido, o legislador vale-se, por vezes, de terminologias abertas para estabelecer a proibição a certas condutas, o que também ocorre nas figuras qualificadoras⁴⁷².

No entender de BITENCOURT, o legislador ao qualificar o homicídio trouxe alguns exemplos, tal como o homicídio qualificado pela tortura, mas ao final trouxe uma terminologia aberta, qual seja, homicídio qualificado quando praticado por meio cruel. São as chamadas cláusulas ou fórmulas casuísticas ou genéricas⁴⁷³.

No entanto, em análise detida, verifica-se que pouco se fala da interpretação das terminologias abertas. Para Bettencourt, na interpretação das qualificadoras genéricas, o intérprete deve buscar a similitude com as qualificadoras casuísticas, pois “servem apenas de paradigmas dos diversos modos de execução do crime de homicídio”⁴⁷⁴.

No entanto, para a interpretação do enunciado genérico existente na qualificadora, o intérprete deve buscar a natureza da qualificadora apresentada no enunciado normativo qualificador fechado utilizado como exemplo pelo legislador, como um parâmetro, ou como paradigma.

⁴⁶⁸ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

⁴⁶⁹ Ibidem., 1942.

⁴⁷⁰ Op.Cit., 1958.

⁴⁷¹ MASSON, Cleber, *Direito Penal, Parte Especial (arts. 121º a 212º, Esquematizado)*, Vol. 2, Grupo editora Nacional, Brasil, 2015.

⁴⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁷³ Ibidem., 2011.

⁴⁷⁴ Ibidem., 2011.

Para DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, diversas figuras típicas do crime de homicídio (simples, privilegiada, qualificada e culposa) e, no caso específico do crime de homicídio qualificado, narra que deixa de ser simples o acto de matar alguém quando os motivos, os meios, as formas ou a conexão com outro crime for tipificado como um tipo derivado, secundário⁴⁷⁵.

Ao tecer comentários sobre o homicídio qualificado por motivo torpe, JESUS argumenta que o intérprete deve lançar mão da interpretação analógica, pois “a paga e a promessa de recompensa são motivos torpes”⁴⁷⁶. E, quanto ao crime de homicídio cometido por meio cruel, insidioso ou por meio que possa resultar perigo comum, novamente afirma que se deve utilizar da interpretação analógica⁴⁷⁷.

No entanto, o autor assevera que a interpretação deve atentar para a natureza do meio empregado, pois deve ter semelhança ao exemplo casuístico. Explicação que se repete quando é abordada a qualificadora da traição, emboscada, dissimulação ou com o emprego de outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, qual seja, que na análise das cláusulas genéricas, o intérprete deve interpretar analogicamente com as cláusulas casuísticas, pois devem ter idêntica natureza das hipóteses descritas pelo legislador penal, neste caso em apreço.

De acordo com JÚLIO FABBRINI MIRABETE, no seu estudo específico do crime de homicídio qualificado, afirma que será qualificado o crime de homicídio quando o Estado deseja uma punição maior, quando os meios, as formas e os motivos revelarem maior periculosidade do agente.⁴⁷⁸

Na sequência, como, abordou-se especificamente de cada qualificadora disposta no parágrafo 2º do art.º121º CPB.

No entanto, definiu-se as hipóteses, analisando a tipologia dos enunciados normativos, citou-se exemplos e julgados, mas nada relatou-se sobre a existência e aplicabilidade das cláusulas genéricas, como por exemplo: perigo comum, meio insidioso ou meio cruel, bem como qualquer meio que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima ou ofendido.

No mesmo entendimento, abordando as qualificadoras do crime de homicídio, Prof. HELENO C. FRAGOSO, comentando na revista do Direito Penal, sobre a definição e a aplicabilidade de cada enunciado, portanto, ao referir-se à motivação torpe, narra que se trata de uma forma genérica que deve ser interpretada à semelhança da casuística, qual seja, a paga ou promessa de recompensa⁴⁷⁹, tal que:

“serão torpes todos os motivos que, à semelhança do fim lucro, ou da contratação de alguém para destruir uma vida humana, impelirem o sujeito a matar alguém. São os motivos indignos, que contrastam com os valores morais”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal - Parte Especial*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁷⁶ Ibidem., 2010.

⁴⁷⁷ Ibidem, 2010.

⁴⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁸⁰ Ibidem.,2006.

Na sequência da análise das qualificadoras, entende-se que a aplicabilidade da norma genérica, enaltece a expressão “meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”, para tal situação deve ser interpretada analogicamente, ou seja, o meio utilizado pelo agente deve ser semelhante às fórmulas casuísticas para serem inseridas na fórmula genérica.

Para ADEMIR VILAR, considera que o crime de homicídio e suas qualificadoras, inicia da parte especial do Código Penal, realçando a importância do princípio da legalidade especificamente quanto à necessidade da lei penal ser certa⁴⁸¹.

A Lei, então, deve ser clara e simples para que seu destinatário, o cidadão, tenha conhecimento e, assim, comportar-se de acordo com o que é proibido ou não. Contudo, sendo o enunciado normativo certo, taxativo, afasta-se a insegurança na aplicação do texto legal, bem como se evita o arbítrio, como dos métodos aplicados na época do nazismo, na qual os enunciados eram vagos, amplos e incertos, permitindo todo tipo de atrocidades⁴⁸².

Segundo GRECO, a pena para o crime de homicídio qualificado será mais severa devido aos motivos, meios, modos e fins aliados à prática do crime⁴⁸³.

O legislador, para abordar o maior número de casos, lançou mão da interpretação analógica, pois considerou como modelo casuístico do motivo torpe, no entanto, considera-se a paga e a promessa de recompensa⁴⁸⁴.

Na sequência, tecendo comentários sobre a qualificadora do homicídio praticado com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum, diz-se que o legislador se utilizou da velha fórmula casuística seguida da fórmula genérica e enaltece:

“Tal recurso visa preservar, na verdade, o princípio da isonomia, no qual situações idênticas merecerão o mesmo tratamento pela lei penal. Ou seja, tudo aquilo que for considerado meio insidioso, cruel ou de que possa resultar perigo comum qualificará o homicídio, a exemplo das hipóteses mencionadas expressamente pelo inciso III (veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura)”⁴⁸⁵.

Ao analisar os termos genéricos e abertos inseridos nos enunciados normativos qualificadores do crime de homicídio, CEZAR ROBERTO BETTENCOURT, argumenta que modernamente se aceita alguma indeterminação no enunciado normativo, pois o legislador não tem como antever todas as possíveis condutas que podem ocorrer na violação de um bem jurídico, ou seja, utiliza-se da generalidade para tentar abranger um número maior de conduta, citando como exemplo: punição por facto praticado contra “o são sentimento do povo alemão nocivas à sociedade”⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ VILAR, A. D. C. *Homicídio: Caracterizando e Mapeando*. 2013, p. 2–33.

⁴⁸² Ibidem., 2013, P. 2–33.

⁴⁸³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁴⁸⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁴⁸⁵ Ibidem., 2009.

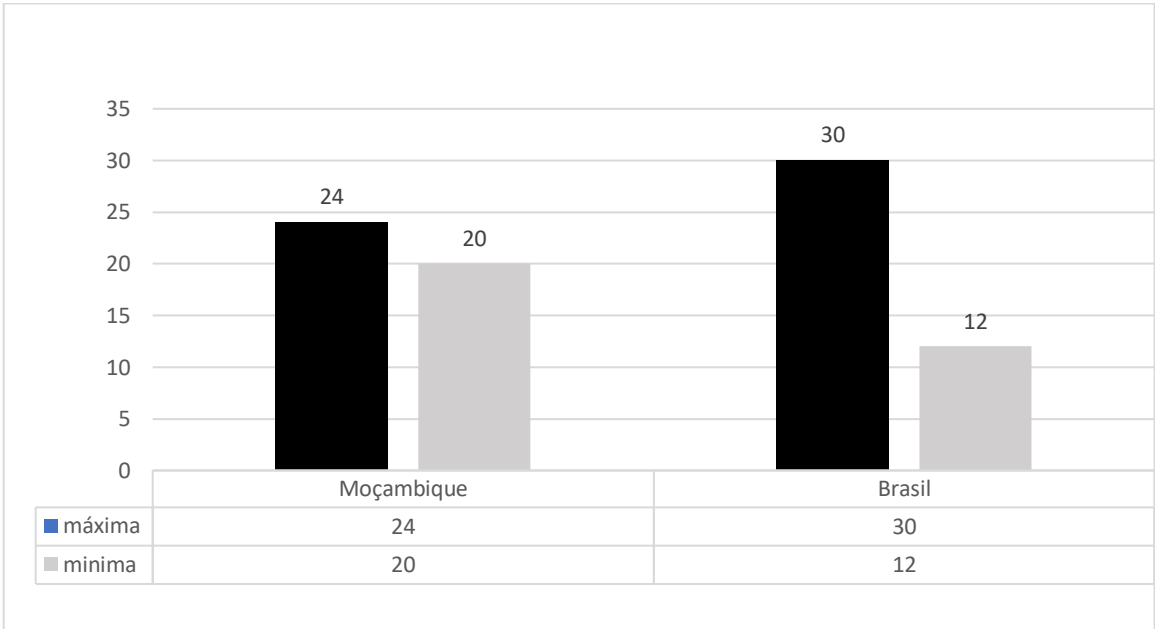
⁴⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

Assim, o legislador apresenta algumas circunstâncias tipologicamente fechadas coibindo certas condutas e, ao final, apresenta uma terminologia aberta para que condutas semelhantes também sejam consideradas proibidas.

No mesmo sentido, defendendo a possibilidade acima arejada, ROGÉRIO GRECO, argumenta que o legislador lança mão da fórmula genérica no intuito de abarcar hipótese não elencada expressamente, mas desejando que fosse, podendo assim, ser ampliado o sentido do enunciado normativo ⁴⁸⁷.

Um crime de homicídio qualificado é aquele que traz uma pena mais severa que aquela prevista para o tipo penal base. Uma qualificadora altera a pena mínima e máxima prevista para o crime base, porque entende-se que a circunstância em que o crime foi praticado torna-o mais grave. Como pode-se comprovar no gráfico comparativo seguinte:

Gráfico nº 2. Penas do Homicídio Agravado e Qualificado – Moçambique e Brasil



Portanto, matar alguém é um crime grave independente das circunstâncias. No entanto, na legislação penal brasileira entende-se que uma pessoa pratica o crime com o emprego de tortura ou de algum meio cruel, como o fogo por exemplo, vai merecer uma pena mais grave, pois tirou a vida de alguém utilizando um meio de execução cruel que causou muito sofrimento a vítima.

A tortura é apenas uma das circunstâncias que qualificam o crime, ainda para Código Penal entende-se que uma pessoa se matar outra pessoa por um motivo fútil, também deve responder pelo crime qualificado e merecer uma pena mais severa.

Todavia, observa-se que as qualificadoras não acabam por aí, como se observa das actuais alterações introduzidas pela Lei, que trouxe mais uma hipótese na relação do paragrafo 2º, art.º 121º ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Op.Cit.,2009.

⁴⁸⁸ TIXEIRA, Marco Jean De Oliveira, *Direito Penal*, <https://marcojean.com/homicidio-qualificado/>, LUANA SELVAUPDATED: 9 DE JANEIRO DE 2023, Consultado em 21 – 06 -24

Todas as circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio estão presentes no paragrafo 2º, art.º 121º CPB. No entanto, homicídio só será qualificado se o crime for praticado em algumas das circunstâncias previstas na Lei.

Se não existir previsão na lei penal, não haverá possibilidade de qualificar o crime. No contexto das qualificadoras vai-se dar a conhecer algumas que se relevam importantes, embora, a ordem de importancia não aparence de forma comparativa, porque todas são uteis para a analise casuistica: mediante pagamento ou promessa de pagamento ou motivo torpe, é a primeira qualificadora prevista no inciso I e que considera o homicídio qualificado quando praticado mediante algum pagamento ou promessa de pagamento ou por qualquer outro motivo inibidor.

Quando se fala em pagamento ou promessa de pagamento, está-se perante aqueles crimes em que alguém contrata uma pessoa para matar outra, seja pagando um valor ao agente do crime ou prometendo alguma recompensa, após a execução. Embora, no final do inciso, a lei fala em “outro motivo torpe” deixando, deste modo, espaço para algumas interpretações, o que no nosso entender, o legislador não devia abrir o espaço para que haja outras interpretações, fora do espírito e a letra da lei penal, evitaria o excesso na sua aplicação.

Neste caso, o que seria outro motivo torpe, então? É aquela circunstância em que uma pessoa mata os pais para receber a herança, ou mata um irmão para ficar sozinho com a herança? Presume-se que seja esses, outros motivos torpes. Mas no nosso entender a Lei não se presume. Ou seja, o motivo torpe é aquele repugnante, moralmente reprovável.

É, importante ressaltar que o motivo torpe não se confunde como motivo fútil, o qual iremos abordar logo abaixo. Por motivo fútil podemos entender como aquele desproporcional. É um motivo banal, que deveria ser considerado irrelevante pelo autor do delito. São exemplos, uma pessoa que mata outra pessoa, porque estava sentindo “encarado”, isto é, a vítima estava olhando demais para o agente⁴⁸⁹.

Porque foi chamado de feio ou algum outro desprezo. Outro exemplo que não podemos deixar citar e se enquadra perfeitamente em homicídio qualificado por motivo fútil são aqueles cometidos por torcedores de futebol, em situações em que sua equipa perde e o torcedor fanático, com raiva, vai lá e tira a vida do torcedor da equipa do vencedor.

O crime por motivo fútil há uma grande desproporção entre a conduta criminosa e a causa do Crime. Por meio insidioso ou meios cruéis. O inciso III do paragrafo 2º do art.º acima, qualifica o crime de homicídio quando este é praticado com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou ainda por algum meio que possa resultar perigo comum.

É importante realçar que a expressão “insidioso” significa em outras palavras, praticar o crime de forma disfarçada⁴⁹⁰.

Desses meios citados acima, a única forma de praticar o crime sem que a vítima perceba, é pelo envenenamento, pois os outros meios, são considerados cruéis.

⁴⁸⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁴⁹⁰ Ibidem, 2009.

Nesse sentido, a morte pelo emprego de veneno pode ser feita de maneira que a vítima não perceba que está sendo envenenada.

A causa da morte é certifica-se através do exame pericial, chamado de autópsia, conforme o art.º 162º do CPPB. Temos ainda a qualificadora da tortura, que não se confunde com o previsto na Lei 94.55/97 (sobre tortura) a qual traz o crime de tortura seguida de morte, que se trata de um crime preterdoloso. Já que nela, o criminoso pretende torturar e não matar a vítima, todavia, pela violência empregada na conduta, a pessoa acaba vindo a óbito⁴⁹¹.

Aqui, estamos diante de uma qualificadora dentro do crime do homicídio. Ou seja, o objectivo do agente sempre foi matar, a tortura nesse caso é o meio cruel de realizar a execução. Essas colocações acabam aparecendo em provas de concursos algumas vezes e por isso achamos importante abordar, na presente tese.

O inciso IV, neste encontram-se mais circunstâncias que qualificam o crime de homicídio. Neste contexto, se o homicídio ocorre com base, a traição, emboscada, mediante dissimulação ou por qualquer outro recurso que torne difícil ou impossível a defesa da vítima, responderá pelo homicídio na sua forma qualificada⁴⁹².

A traição nesse caso está ligada a algum tipo de relação de confiança que o criminoso tem com a vítima e valendo-se disso, encontra uma forma de chegar junto e tirar sua vida. Quanto à emboscada, esta refere-se a algum tipo de armadilha, o agente se esconde em algum local esperando a vítima sair do trabalho, por exemplo, e se colocando em uma posição de vantagem consegue realizar a execução do crime.

No caso da dissimulação, podemos entendê-la como algum tipo de enganação, em que o criminoso engana a vítima, dizendo que a mesma ganhou uma premiação, por exemplo, e quando ela vai buscar seu “prêmio” percebe que o criminoso queria na verdade matá-la. Para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro delito é o inciso V que aborda tais circunstâncias qualificadoras⁴⁹³.

De acordo com o inciso, o criminoso que praticar o crime para obter alguma vantagem em um outro delito que ele já praticou ou pretende praticar, responderá pelo homicídio qualificado, cuja pena é mais severa⁴⁹⁴.

Vamos aos exemplos para o entendimento ficar mais claro, imaginemos que um grupo de pessoas planeia e executam a acção de assaltar uma joalheria. No entanto, após o roubo, um integrante do grupo mata todos os outros para ficar sozinho com toda a vantagem obtida. Esse criminoso responderá pelo crime de homicídio qualificado, além de responder pelo crime de roubo, claro.

⁴⁹¹ Vide, sobre homicídio qualificado, em : <https://marcojean.com/homicidio-qualificado/> consultado em 14 de Agosto de 2023, as 14horas.

⁴⁹² Vide, sobre homicídio qualificado, em : <https://marcojean.com/homicidio-qualificado/> consultado em 14 de Agosto de 2023, as 14horas

⁴⁹³ Vide, sobre homicídio qualificado, em : <https://marcojean.com/homicidio-qualificado/> consultado em 14 de Agosto de 2023, as 14horas

⁴⁹⁴ Vide, sobre homicídio qualificado, em : <https://marcojean.com/homicidio-qualificado/> consultado em 14 de Agosto de 2023, as 14horas

Um outro exemplo, é o criminoso que mata uma testemunha para que ela não dê declarações acerca do que sabe perante à justiça.

A qualificadora do feminicídio está presente no inciso VI do parágrafo 2º do art.º121º, CPB. E comete este crime quem mata uma mulher pela condição do seu género. Em outras palavras, é matar uma mulher pelo facto de ela ser uma mulher, desde que o crime seja praticado em determinadas circunstâncias.

Nesse sentido, o crime só configura quando a vítima for uma mulher. No entanto, o agente do crime pode ser qualquer pessoa, independente do género. É importante ressaltar que nem toda vez que uma mulher for morta, será configurada a qualificadora do feminicídio. O crime tem que ser contra uma mulher e ser praticado em duas circunstâncias, sendo elas: no contexto de violência doméstica ou familiar; e pelo menos prezo ou discriminação à condição do género feminino.

3.5.2.3. Homicídio Privilegiado

“Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, reduzem evidentemente a sua culpa, tem pena de prisão diminuída, com relação a quem pratica o homicídio voluntário simples” (art.º 159º CPM e art.º 121ºCPB).

A base determinante do crime de homicídio privilegiado, tal como afirma, o FIGUEIREDO DIAS, é uma diminuição sensível da culpa do agente do crime, que é dominado pelos factores endógenas e exógenas, a compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, para tal devem existir o enquadramento da conduta do homicídio, o respectivo nexo de causalidade entre os elementos tipo e a prática do crime, isto é, o *conflito espiritual* que lhe foi imposto e que motivou a sua decisão⁴⁹⁵.

As transformações das sociedades humanas, ditaram entre outros factores, a globalização, as migrações, a mescla cultural, a baixa condição económica das famílias, que no caso de Brasil e de Moçambique, alguns cidadãos passaram para os bairros sociais na periferia das grandes cidades, de tal forma, veio condicionar o fenómeno do homicídio e em consequência disso, também nas normas que regulamentam o convívio nessas sociedades ou comunidades.

Uma das transformações conseguidas por exemplo a forma de punição dos chamados *crimes passionais*, as suas componentes de adultério, traição e morte, no qual a adúltera e seu amante, caso fossem surpreendidos em flagrante pelo marido, ambos eram mortos ou a um só, era punido com desterro até seis meses⁴⁹⁶.

No entanto, a situação, infelizmente, merecia um tratamento desigual, consoante, se estivesse em causa o homem ou a mulher, como autores, refletindo-se isso na Lei, quer na definição e punição do adultério, quer na clara indulgência relativamente aos casos de morte com constatação da traição.

⁴⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

⁴⁹⁶ Ibidem, 1999

Esta forma de agir da sociedade, só terminou em 1976, com a consagração posteriormente na Constituição do princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, acabando com situações de subalternidade social e a dita descriminação da mulher.

Os crimes com motivações *passionais* ainda são preponderantes praticados, sobretudo nos meios rurais, até urbanos, com utilização de arma branca ou qualquer outro instrumento contundente susceptível de causar a morte. O veneno foi usado e continua também, a ser o método mais utilizado nos crimes desta natureza, em meio familiar acreditando-se que muitos agentes do crime, podem continuar desconhecidos, atribuindo-se às mortes a causas naturais. Uma das formas de qualificação do homicídio é primeiro individualizar o crime em alusão.

Com a evolução das sociedades, no contexto conjugal, fruto de maior divulgação e valorização, levou com que estes actos, associados ao facto, actualmente chamado de violência doméstica, se ter tornado crime público, diminuiu o seu impacto negativo no seu das comunidades, e por razão de aplicação em sede de julgamentos medidas de segurança severas, isto é, penas de prisão gravosas⁴⁹⁷.

Para a jurisdição penal moçambicana, o legislador reforçou a medida com a criação da Lei Sobre a Violência Doméstica, o que constitui o mais recente avanço legislativo no Direito da Família foi a aprovação da Lei sobre a Violência Doméstica contra a mulher (Lei nº 29/2009, de 29 de Setembro), no entanto, para a ordem jurídica brasileira esta matéria é tratada também no CPB, visto que a preocupação de tutela penal da mulher também é prioridade⁴⁹⁸.

A Lei de Violência Doméstica (LVD), focaliza-se em aspectos domésticos e nas relações familiares e incorpora componentes de protecção dos direitos da mulher e a protecção da família. No entanto, a LVD foi criada com vista a proteger a integridade física, moral, psicológica, patrimonial e sexual da mulher contra qualquer tipo de violência perpetrado pelo cônjuge, ex-cônjuge, parceiros, ex-parceiros, amantes, ex-amantes, e/ou membros da família.

Pode - se considerar que a violência de género não é nenhum problema novo, não é exclusivo nem tanto para os homicídios por motivo de honra, por se entender que ocorrem em todas as sociedades humanas do mundo.

As vítimas de homicídios por motivo de honra, entende-se que na sua maioria têm sido jovens não casadas cujo comportamento é considerado como sendo aquele que atravessa as fronteiras sócio normativas de integridade sexual e genuinidade, ou mulheres que se querem separar dos seus cônjuges ou sobre quem se suspeitas a infidelidade.

Segundo WELCHMAN, os homicídios por motivo de honra são maioritariamente praticados contra pessoas do sexo feminino, todavia, há casos de homens mortos por violações da honra⁴⁹⁹. Vários motivos, ligam-se à origem da morte do homem, sendo, por exemplo, estar relacionado a caso de relações ilegítimas ou extraconjugais.

⁴⁹⁷ Ibidem, 1999

⁴⁹⁸ Cfr. Os incisos VI e VII, paragrafo 2º, art.º 121º CPB.

⁴⁹⁹ WELCHMAN, Lynn e HOSSAIN, Sara, *Honour: Crimes, Paradigms, and Violence Against Women*. Zed Books, 2005.

Segundo DA COSTA, neste contexto, em que apenas quando o homem é morto, o homicídio contextualiza-se pela violação de normas de moral sexual masculina, particularmente relativas à homossexualidade⁵⁰⁰.

Na perspectiva de BITENCOURT, a maior parte dos casos de homicídio, no passado assim, como agora, ocorre no domínio de relacionamentos próximos entre a vítima e o autor, não se pode deixar de referir outro tipo de factos em que surgem de relacionamento accidental⁵⁰¹.

Nesta perspectiva, cingimo-nos aos homicídios que decorrem de situações típicas ou a diversas, seja em residências, locais de diversão, na via pública, em que, sob a ameaça ou não, as vítimas são desapossadas dos seus valores patrimoniais, reagindo ou não, procurando contrariar a intenção dos agentes do crime, acabam encontrar a morte, como consequência.

Portanto, neste tipo legal do crime de homicídio converge-se na transformação da sociedade, tanto no acréscimo do número de casos e o aumento da violência, como consequência de maior acesso e disponibilidade de armas de fogo e à ausência de métodos eficazes de controlo e prevenção.

São crimes em que o homicídio não é o objectivo, mas sim, meio pelo qua se atingiu um fim, dominado por tensão emocional do acto, a reacção da vítima e a ausência de valores profundos do autor, acaba por criar um resultado morte, muitas vezes por valores patrimoniais irrisórios.

As mortes resultantes da violência doméstica, de roubo, por vezes entre amigos ou conhecidos, originadas pelo consumo exagerado de álcool, continuam a serem principais circunstâncias que levam à prática do homicídio.

Portanto, um direito subjetivo do condenado por crime de homicídio privilegiado, tanto que a discricionariedade prevista para o juiz se limita à quantidade de redução, dentro do limite de um sexto a um terço. Os factores que faz com que o agente do crime de homicídio privilegiado tenha a vontade criminosa são seguintes:

Motivo de relevante valor social: aquele que tem a causa principal, motivação e interesses coletivos, ou seja, ofensa flagrante que se funda no interesse de todos os cidadãos; relevante valor social que é determinado pela importância que representa perante a essa comunidade⁵⁰².

Procede impellido por motivo de relevante valor social aquele que mata devido a pressão de sentimentos aristocráticas segundo a concepção da moral social, como, por exemplo, matar alguém para proteger a sociedade, matar o traidor da pátria.

No entanto, para que o homicídio se considere privilegiado é necessário que tanto o motivo social quanto o moral sejam relevantes, consideráveis, dignos de apreço. Tal que essa relevância seja determinada objectivamente, obedecendo uma escala de valores em que se estrutura a

⁵⁰⁰ Vide, Direito Penal E Cultura: Da Responsabilidade Criminal Nos Homicídios Por Motivo De Honra, Na Universidade De Lisboa Faculdade De Direito, De José Fernando Seabra Pulido Neves Da Costa, Tese De Mestrado Em Ciências Jurídico-Criminais, 2013/2014.

⁵⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

⁵⁰² Ibidem., 2011, P.46.

sociedade e não subjetivamente e segundo o entendimento pessoal do agente do crime, que pode ser mais ou menos sensível.

Segundo BITENCOURT, é motivo de relevante valor moral quando o agente do crime, demonstra motivação ligada à compaixão ou piedade, isto é, sentimentos nobres perante o irremediável sofrimento da vítima⁵⁰³. Neste contexto, pode-se servir do exemplo citando a eutanásia, também chamado por homicídio piedoso.

Os motivos de “*relevante valor social ou moral*” também estão ligados ao art.º 65º, III, “a”, do Código Penal da República Federativa do Brasil, como uma das circunstâncias atenuantes. É nesse contexto em que, quando reconhecida uma Privilegiadora, é inadmissível, pelo mesmo motivo, admiti-la como atenuante, evitando assim o “bis in idem,” que, no caso concreto, o agente do crime beneficiaria do privilégio de forma injusta.

Quanto a questão de estar sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, sabe-se que as emoções, bem como a paixão, não excluem a responsabilidade penal ao abrigo do inciso I, art.º 28º CPB, mas possam diminuí-la, com a correspondente a redução de pena, conforme o parágrafo 1º, art.º 121º CPB, desde que se observe os seguintes requisitos legais: provocação injusta da vítima, domínio de violenta emoção e acção imediata entre provocação e reacção.

No entanto, o Direito Penal, reconhece que a emoção pode na verdade, apresentar diferentes níveis de influência sobre a autodeterminação do agente do crime, podendo ser medida em mais ou menos enérgica, violenta; de um lado, poderá assumir a condição de atenuante de pena, quando tiver simples efeito, ou, portanto, caracterizar causa de diminuição de pena quando assumir o “domínio”.

Em qualquer hipótese, é dispensada a ideia de que tenha sido originada por comportamento injusto da vítima contra o sujeito activo, isto é, contra o agente do crime, isto porque, se considera que a emoção, para assumir a condição de factos que possam produzir algum privilegio no homicídio, deve ser intensa, violenta, capaz de dominar o autocontrolo do agente do crime, ou seja, o sujeito activo deve agir sob o choque emocional, que libera os travões inibidores fazendo com que ele reaja orientado por impulsos incontroláveis.

Para tal, além da violência emocional, é basilar que a provocação tenha partido da própria vítima e não é justificável, não permitida ou não autorizada por lei.

Segundo BITENCOURT, a injusta provocação deve ser de tal ordem que justifique, de acordo com o consenso comum, a repulsa do agente da infracção a sua revolta. Se na provocação haver eminência de risco à integridade física ou psíquica do ofendido assumirá a natureza de agressão permitida, isto é, autorizando a legítima defesa⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Ibidem., 2011, P. 46.

⁵⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011, p.46.

Ainda, na óptica do BITENCOURT, o contexto da acção “*sob domínio de violenta emoção*” está vinculada a um requisito temporal: “*logo em seguida a injusta provocação da vítima*”⁵⁰⁵.

Nesse âmbito, a reacção deve ser imediata, ou seja, é necessário que entre a reacção e a causa desencadeada que teve como resultado a injusta provocação praticamente não se verifique um intervalo, isto é, o impulso emocional e a acção do agente da infracção devem ocorrer em breve espaço de tempo, enquanto perdurar o estado emocional dominador, para tal, preencher os requisitos⁵⁰⁶.

Todavia, se a emoção for menor, apenas influenciando a prática do crime, ou se a reacção não for logo em seguida a injusta provocação da vítima, não irá preencher os requisitos exigidos para se considerar como crime de homicídio privilegiado, mas sim, estará preenchido o requisito que constitui a atenuante genérica de acordo com o art.º 65º, III, “c”, do CPB.

No entanto, em virtude de certas circunstâncias subjetivas, conduzem a uma menor reprovação social da conduta do homicida e, por este motivo, a sua pena é atenuada. De acordo com o paragrafo 1º do art.º 121º do CPB, o legislador considerou notável “*homicídio privilegiado*”, expressão essa utilizada de forma errônea, devendo-se no nosso entender adoptar de forma jurídica, a nomenclatura homicídio com factos ou causa de diminuição de pena.

Paragrafo 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Compreende-se que o legislador pune aquele que pratica o homicídio em um dos estados acima catalogados, portanto, a paixão ou emoção não são suficientemente aptas a excluir a tipicidade penal⁵⁰⁷.

No entanto, actualmente se mostre simples e fácil distinguir a violenta emoção da paixão, não se pode afirmar que o mesmo deu no passado onde diversas teorias cercaram o assunto.

Outros percebiam a emoção como sendo um sentido psicológico; no entanto, alguns com sentido endocrinológico.

No entanto, as principais discussões estavam em volta se seria possível tais estados violenta emoção e paixão, excluïrem a culpabilidade do agente do crime.

Segundo CLEBER MASSO, os criminosos passionais são comumente absolvidos, sob o pretexto de que, ao encontrarem o cônjuge em flagrante no caso de adultério, ou movidos por elevado ciúme, estavam privados da inteligência e dos sentidos, para evitar cometer o crime⁵⁰⁸.

A ideia apresentada não encontra o nosso acolhimento, por entender-se que a vida é o bem mais precioso do homem, porque todo indivíduo tem o direito de viver e conviver de forma saudável. o sere humano desde antiguidade procurou regular o comportamento do Homem,

⁵⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁰⁶ Ibidem, 2011

⁵⁰⁷ Vide, Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940

⁵⁰⁸ MASSON, Cleber, *Direito Penal Esquematizado : Parte Especial*, Vol. 2, 7.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo; Método, 2015.

dentro da sociedade impondo castigo ou penas para aqueles que tirassem a vida do próximo, independentemente do motivo.

No entanto, com o surgimento do Estado, o dever de proteger pessoas dentro da sociedade passou a ser sua tarefa primordial.

Neste contexto, colocou à sua esfera de responsabilidade, mecanismos legais para a efetiva imposição de sanção penal há quem violar a Lei penal, num caso concreto⁵⁰⁹.

No nosso entender, o homicídio enquadra-se tanto na acção quanto na omissão, no facto da acção positiva o agente infractor pratica a acção, enquanto, no facto da conduta omissiva o agente omite a sua intervenção de poder fazer cessar ou evitar a ocorrência do homicídio.

A ocorrência do crime de homicídio, bem como qualquer outro crime, tem como origem os mais diversos motivos. Quando cometido por meio de tortura, emboscada, por motivo fútil, entre outros, dispostos do paragrafo 2º, art.º 121º CPB, é designado por homicídio qualificado.

No entanto, algumas acções de factos típicos, são cometidos por relevante valor social ou moral, razão pela qual pode o homicida, pode ser privilegiado, mas carecendo de análise e ponderação, se for o caso.

Segundo FERLIN, uma das formas de homicídios privilegiados que se observam nos últimos tempos são aqueles motivados por ciúmes, vingança, posse da pessoa amada que normalmente são chamados de homicídios passionais ou homicídio que resulta da violência doméstica, em que são relativos a não-aceitação do fim do relacionamento amoroso, traição, envolvendo aspectos psicológicos ou sociais⁵¹⁰.

O crime de homicídio privilegiado, acontece desde épocas mais remotas e vem crescendo cada vez mais, vitimando homens ou mulheres. Lamentável, pois, esse facto, para além de ferirem o principal direito fundamental, que é o direito à vida, fere também o direito a liberdade e a segurança.

Segundo GAIA, o homicida, para além de ser criminoso, é egoísta e possessivo, por essa razão a sociedade se comove e se revolta quando se depara com crimes dessa natureza⁵¹¹.

A legítima defesa da honra é comumente utilizada pelos defensores dos agentes do crime, no âmbito do julgamento para justificar os factos apresentados como crime.

Este posicionamento surgiu da legislação portuguesa e foi trazida para as antigas colónias, admitindo que o marido matasse sua esposa e o amante, se fossem surpreendidos cometendo adultério, todavia, essa legislação não era reconhecida no Direito Penal⁵¹².

A Legislação penal brasileira, isto é, o Código Penal de 1890, trazia a figura da excludente de ilicitude “*perturbação dos sentidos e da inteligência*”, foi nessa perspectiva que os defensores se apoiavam para colmatar a falta da estratégia. No entanto, a legislação penal de 1940, ainda em

⁵⁰⁹ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.

⁵¹⁰ FERLIN, 2010, p.3, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais - Parte Especial*, RBCCRIM Vol. 1, 2015.

⁵¹¹ GAIA, Luciana Garcia. *Homicídios passionais: a paixão e sua motivação para o crime*. Univem Aberto. Marília, 29 nov. 2010. Disponível em: <www.aberto.univem.univem.edu.br/handle/11077/549>. Acesso em: 24 mar. 2024

⁵¹² TOIGO, 2010 in in *Revista Brasileira de Ciências Criminais - Parte Especial*, RBCCRIM Vol. 1, 2015.

vigor por ter sido actualizado⁵¹³, eliminou a excludente de ilicitude referente à ‘*perturbação dos sentidos e da inteligência*’ que deixava impune os criminosos, passando a instituir-se a figura jurídica, de delito o “homicídio privilegiado”.

Neste contexto, o passional passou a não ficar impune, apesar de receber uma pena menor que atribuída ao homicídio simples, não obstante, a população ter permanecido com sentimento de que o homem traído tinha o direito de reivindicar causando danos humanos. A partir do texto legal não permitiu mais que o assassino passional ficasse impune, embora os defensores, por sua vez insatisfeitos, buscavam a absolvição de seus constituintes.

Foi neste âmbito que a legítima defesa da honra que é aceite, sem muito esforço, para perdoar a conduta criminosa, pois, naquela época era gritante a diferença entre homens e mulheres, em que as mulheres eram discriminadas. A sociedade via o homicida passional com indulgência, pois era considerada uma afronta aos direitos de o marido a mulher cometer adultério.

No entanto, não se encontra a legítima defesa da honra no ordenamento jurídico moçambicano assim como do Brasil, somente se admite a legítima defesa física.

Portanto, a legítima defesa da honra não existe na vida real, pois, os motivos que levam o indivíduo a praticar um homicídio passional estão ligados ao sentimento de vingança, ódio e ciúmes, já na lei mãe das jurisdições penais de Brasil e de Moçambique, que nos referimos, nos anteriores capítulos do trabalho, preconizam o direito a vida, isto é, nada justifica o assassinato de uma pessoa humana⁵¹⁴.

Com a reforma do Código Penal do Brasil, de 1940 e a nova Constituição Federal de 1988, deixou de ser considerada a legítima defesa da honra, facto que incentivou os defensores a procurar outro argumento.

Apesar disso, algumas doutrinas defendem a legítima defesa da honra até os dias actuais, pois sustentam que o comportamento da vítima é que convida a prática criminosa, no entanto, os autores do delito não estão dispostos a conviver com o adultério, a desonra e a traição.

Entretanto, isso só demonstra que o homem que mata sua esposa, alegando “honra”, quer exercer o absoluto direito de posse que julga ter sobre a pessoa. No entanto, a legítima defesa da honra ficou ultrapassado pela razão da evolução social.

Tal que, a CFB, de 1988, reconhece direitos iguais para homens e mulheres. Neste contexto, actualmente, a tese de legítima defesa da honra como justificativa para praticar o homicídio é inconstitucional, porque cada um tem a sua honra, isto é, aquele que age de forma escandaliza deve aguentar pessoalmente com as consequências de seus actos, sua conduta não contamina o cônjuge ou companheiro, de acordo com ao art.º 5º CFB.

Neste contexto, é claro que o homicídio privilegiado, que ocorre decorrente ao assassinato de uma pessoa em defesa da sua honra, com base no preceito constitucional, não é permitido, uma vez que a honra constitui um bem pessoal e intransferível, no entanto, a honra do marido

⁵¹³ Decreto-lei no 2.848/1940; actualizada em 2017.

⁵¹⁴ GAIA, Luciana Garcia. *Homicídios passionais: a paixão e sua motivação para o crime*. Univem Aberto. Marília, 29 nov. 2010. Disponível em: <www.aberto.univem.univem.edu.br/handle/11077/549>. Acesso em: 24 mar. 2024

não está na mulher e vice-versa. Um comportamento censurável por parte de um dos cônjuges não deve implicar a outra pessoa humana⁵¹⁵.

Embora, a lei, nos parece não deixar dúvida, no facto de que a redução da pena é facultativa, não constituindo obrigação para o juiz, tal que não seja pacífica, mas há quem entende ser imperativa a redução da pena, tal como foi defendido na Conferência dos Desembargadores, reunida em 1943, no Rio de Janeiro.

No entanto, a designação de “*homicídio-privilegiado*” surgiu no ordenamento jurídico-penal, brasileiro pela doutrina, tal que não se encontra em lei esta tipificação. A tipificação que se observa no paragrafo 1º, art.º 121º CPM, fala apenas de diminuição de pena e, portanto, é entendida como um tipo de privilégio ao autor do crime, sendo utilizada esta expressão.

“Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

O privilégio constitui um direito subjetivo do arguido ou réu, porém, independentemente do reconhecimento ou não, apesar do parágrafo expressar que pode ser reduzida a pena, deve-se entender que deverá ser reduzida, pois caso contrário estaria ferindo o princípio da soberania estabelecido no art.º 5º, XXXVIII, “c”, da CRFB.

São motivos determinantes para se considerar de homicídio privilegiado o facto de relevante valor social ou moral, ou estar sob o domínio de violenta emoção, em seguida a injusta provocação da vítima. Portanto, relevante valor moral [...], trata-se do valor superior, e nobrecedor de qualquer cidadão em circunstâncias normais. Faz-se necessário que se trate de valor considerável, isto é, adequado aos princípios éticos dominantes, segundo aquilo que a moral média considera nobre e merecedor de benevolência⁵¹⁶.

Na segunda parte do artigo cita-se o sujeito que age sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Para que esta emoção possa ser entendida como facto privilegiado no homicídio ela deve ser intensa, violenta e que domine o autocontrole do agente, fazendo com que o sujeito cometa actos sob o choque emocional. Além da emoção, também é essencial que a provocação tenha partido da vítima e seja injusta ao autor do crime, compreendendo-se que é injusta.

O motivo de relevante valor social acontece quando há interesse coletivo, acontecimento que seria importante para a sociedade em geral. Exemplo disso, um cidadão mata um assassino que está cometendo inúmeros homicídios na cidade, sendo assim, o individuo envolvido deverá ser privilegiado dado que cometeu algo caracterizado como correcto aos olhos da sociedade. Menos comum, o motivo de relevante valor moral pode ocorrer quando o agente age conforme a sua moralidade, a sua própria vontade individual sobrepondo a sociedade, quando este é movido por paixão ou piedade.

⁵¹⁵ GAIA, Luciana Garcia. *Homicídios passionais: a paixão e sua motivação para o crime*. Univem Aberto. Marília, 29 nov. 2010. Disponível em: <www.aberto.univem.univem.edu.br/handle/11077/549>. Acesso em: 24 mar. 2024

⁵¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011, p.46.

3.5.2.4. Homicídio Culposo

Quanto a culpa de âmbito criminal, o CPB, no inciso II, art.º 18º, refere que um crime é considerado culposo “*quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*”⁵¹⁷.

No entanto, as legislações actuais optam por princípio de excepionalidade do crime culposo, isto porque, a regra é a de que, as infracções criminais sejam imputadas em forma de dolo, e apenas a título de culpa, quando provado não existir dolo na acção praticada.

O facto é que, entre todas infracções penais, o homicídio, independentemente, de circunstâncias do seu cometimento é aquele em que sempre despertou mais preocupação das sociedades humanas, pois aglomera uma diversidade de sentimentos, como o ódio, mágoa e raiva, deste modo tornara-se crime especial diferente dos demais.

O homicídio culposo, para caso da jurisdição brasileira, está tipificado também no Código de Trânsito Brasileiro através do art.º 302º CTB, qual seja:

“Praticar homicídio culposo na direcção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”⁵¹⁸.

Contudo, ao analisar o presente tipo penal incriminador depende, antes de tudo da conceituação do homicídio culposo, em sentido amplo, também previsto na parte especial, título I, dos crimes contra a vida, no Código Penal do Brasil⁵¹⁹.

No homicídio culposo na jurisdição penal brasileira, prevê-se o aumento da pena em um terço, se o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou mesmo se deixar de prestar o imediato socorro à vítima, no entanto, ainda é acrescida a pena na mesma proporção se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos ou idoso de sessenta anos de idade.

Ainda nas mesmas circunstâncias, o juiz pode entender não aplicar nenhuma pena de prisão se a consequência da infracção, neste caso acidente tenha atingido o próprio agente da infracção ou delito de forma gravosa e que a sanção penal se torne inadequada.

Seguindo o modelo português o Código Penal Brasileiro, optou por manter a divisão entre homicídio simples e qualificado, ambos de carácter doloso, separando as condutas imprudentes em tópico à parte. Distingue para situação de motivação social positiva, sob a forma de causa especial de diminuição de pena.

Segundo, Paulo Cesar Busato, a conduta audaciosa ou aflita da vítima mais frágil conduz a uma causa especial de aumento da pena. E por fim, possibilita a concessão de perdão judicial em face de considerações a respeito do valor do resultado para o próprio o delito⁵²⁰.

⁵¹⁷ Cfr. Inciso II, art.º 18º CPB, Lei nº 9.777, de 26/12/98.

⁵¹⁸ Cfr. art.º 302º CTB

⁵¹⁹ Paragrafo 3º, art.º 121º CPB, da Lei nº 9.777, de 26/12/98

⁵²⁰ BUSATO, Paulo César, **Direito Penal - Parte Geral**, Vol. 1, 3ª ed. Editora Atlas, 2017.

Previsto no art.º 121º CPB, o homicídio é classificado de acordo com a doutrina como um crime comum, simples, em regra praticado de forma livre, podendo ser cometido dolosa ou de forma culposa, omissiva, de dano, material, instantâneo de efeitos permanentes, não transeunte, menos subjetivo, podendo configurar, também a hipótese de crime de ímpeto, como nos casos de violenta emoção seguida à injusta provocação da vítima⁵²¹.

O homicídio simples, disposto do art.º 121º CPB, a base da sua existência reside no acto de matar e pelo elemento objectivo alguém. Sua pena varia de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, possuindo a redacção mais compacta de todos os tipos penais incriminadores, qual seja: matar alguém. Matar a pessoa humana significa tirar a vida da mesma. Outrossim, neste contexto, quando se diz alguém se refere a uma pessoa com vida. Assim, o acto de matar alguém só tem lugar quando existir uma acção humana que poe em causa a vida de uma outra pessoa humana⁵²².

As diferenças encontradas entre homicídio simples e qualificado, residem na gravidade do crime. A conduta prevista do art.º121º CPB, de 1940, transpôs várias edições, “matar alguém”, corresponde ao homicídio simples, podendo ser assinalado no caso prático por circunstâncias que agravam ou o qualificam.

Para tal, a Lei Penal estabelece pena maior para o crime mais grave. No entanto, para o homicídio simples o Código Penal prevê pena de reclusão de 6 a 20 anos, para caso concreto brasileiro, o homicídio qualificado a pena encontra-se no intervalo de 12 a 30 anos de reclusão.

O homicídio é qualificado quando cometido em determinadas circunstâncias que o legislador previu como mais grave, merecerem condenação com base na moldura penal, de intervalo maior. Um exemplo de homicídio qualificado é o feminicídio, que nada mais é que um homicídio praticado contra a mulher, em razão da condição da pessoa ser do sexo feminino.

De acordo com o autor VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, o homicídio consiste na eliminação da vida extra-uterina provocada por outra pessoa, em que a vítima deixa de existir em decorrência desta conduta⁵²³, veja-se:

“O homicídio consiste na eliminação da vida humana extra-uterina provocada por outra pessoa. A vítima deixa de existir em decorrência da conduta do agente. Este pode realizar o acto homicida pessoalmente, ou atirando um animal brávido contra a vítima, ou até mesmo valendo-se de pessoa inimputável, como no caso de convencer uma criança a jogar veneno no copo da vítima⁵²⁴”.

O homicídio sendo ainda um crime que deixam vestígios, estes resultam, de regra, imprescindível para a demonstração do resultado morte, isso não significa que tenha a existência de um cadáver, no local dos factos.

No entanto, por razões diversas, devido a precariedade na preservação do local do facto ou empatia surgidas na conservação dos elementos que compõem o corpo do delito, razões existirão em que os vestígios poderão vir a desaparecer.

⁵²¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁵²² Ibidem.,2009.

⁵²³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, *Direito Penal - Parte Especial - Coleção Esquemático*, Editora Saraiva, 2011, p. 72.

⁵²⁴ Ibidem, 2011.

Importante é referir que na realização do exame pericial, ou exame de corpo do delito, o perito aplica seu conhecimento científico especializado sobre elementos geradores de incerteza que envolvem um facto de relevância penal submetido à sua observação.

No processo penal, tais elementos são denominados vestígios, que representam indícios, perceptíveis pelas formas de manifestações físicas que se ligam a um acto, ou facto ocorrido ou cometido, isto é, um facto típico, que consubstancia à infração penal⁵²⁵.

O que não se pode dispensar é a realização de um acto de exame de corpo de delito, o que, por conseguinte, resume-se a provas de ADN, e não só, em fragmentos de um corpo humano e outros elementos. Nestes casos, têm-se o chamado exame pericial indirecto, o que perante a sua impossibilidade de realização, pode ser suprida por testemunhas. Com isso, resulta perfeitamente possível uma condenação por homicídio sem um corpo⁵²⁶.

É importante se lembrar que, a objectividade jurídica do homicídio é a vida humana extra-uterina, pois antes do nascimento, a cisão da vida caracteriza crime de interrupção de gravidez ou aborto. Também, releva-se que, não se deve confundir a interrupção de gravidez com homicídio.

O sujeito activo no crime de homicídio pode ser qualquer pessoa, isoladamente ou associada à outra, não exigindo o tipo penal nenhuma condição especial de seu agente, é por essa razão que se chama de crime comum⁵²⁷.

O autor VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, apoiado na mesma ideia do doutrinador supracitado, reforça a admissão da co-autoria e participação no crime de homicídio, como no caso em que duas pessoas efectuem disparos de armas de fogo contra a vítima⁵²⁸.

O Homicídio enquadra-se no conceito de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, na medida em que o texto legal não exige qualquer qualidade especial para que alguém seja o autor desse crime.

Admite também co-autoria e participação, de forma autónoma ou conjunta. Haverá co-autoria quando duas pessoas realizarem os actos executórios que culminem na morte da vítima, como, por exemplo, quando efectuarem disparos de armas de fogo contra a vítima.

Neste âmbito, o crime será de participação quando a pessoa não realizar acto executório do homicídio, mas, de alguma outra forma, colaborar para o delito, como, por exemplo, incentivando verbalmente outra pessoa a cometer o crime ou lhe emprestando a arma de fogo para que o faça. É comum, observar que, em um mesmo caso, existam, concomitantemente coautores. Assim, como no activo, o sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, desde que tenha nascido e esteja com vida. Nos ensinamentos do ROGÉRIO SANCHES CUNHA, “O sujeito passivo é o ser vivo, nascido de mulher”⁵²⁹.

⁵²⁵ PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; OLIVEIRA, Ney Menezes de; FERNANDES, Daniel Fonseca. **Retratos do sistema penal: política de drogas, gênero e política de drogas**. Salvador, EDUNEB, 2020.

⁵²⁶ Ibidem., 2020.

⁵²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 57.

⁵²⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal - Parte Especial - Coleção Esquematizado**, Editora Saraiva, 2011, p. 72.

⁵²⁹ Op.Cit., 2020

A pessoa contra a qual recai a conduta praticada pelo agente é classificada como o objecto material do delito e a vida é o bem juridicamente protegido e, num sentido mais amplo, a pessoa, uma vez que o delito de homicídio se encontra inserido no capítulo correspondente aos crimes contra a vida⁵³⁰.

O elemento subjectivo do homicídio, porém, aquele previsto no Código Penal, é o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de matar alguém. A conduta do agente é dirigida com a única finalidade de causar a morte de um homem. Admite-se que o delito seja cometido a título de dolo directo quando o agente quer, efectivamente, a produção do resultado morte, ou quando assume o risco de produzi-lo, entretanto, actuando com dolo eventual⁵³¹.

O parágrafo 1º, do art.º 121º do CPB, trata-se do homicídio privilegiado que nada mais é quando o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Assim, presentes os requisitos previstos no artigo supra, reconhecida a causa de diminuição pelo tribunal, importa ao julgador tão-somente a fixação do *quantum* da redução, não podendo levarem a efeito qualquer juízo sobre a possibilidade ou não de sua aplicação.

O motivo de relevante valor social ou moral o qual se trata o parágrafo 1º do art.º121º CPB, primeiramente, deve ser relevante. Relevante valor social é aquele que atende os interesses da colectividade, como por exemplo a morte de um traidor da pátria. Já o relevante valor moral é aquele que, embora importante, é considerado levando em conta os interesses do agente, como exemplo: o pai que mata o estuprador de sua filha⁵³².

Quando o Código Penal usa o termo “sob o domínio”, isso significa que o agente deve estar completamente dominado pela situação. Caso contrário, a hipótese não será de redução de pena, mas sim, de atenuação. A expressão “logo em seguida” denota a relação de imediata, de proximidade com a provocação injusta a que foi submetido o agente. Por final, a locução “injusta provocação”, deve ser distinguida da chamada “injusta agressão”, tendo em vista que esta última afasta completamente a infracção penal, em virtude da existência de uma causa de justificação, enquanto a primeira permite apenas a redução da pena⁵³³.

O parágrafo 2º, art.º 121º, trata-se do Homicídio Qualificado. Veja-se: o Parágrafo 2º Se o homicídio é cometido:

- I. mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
- II. por motivo fútil;
- III. com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
- IV. à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

⁵³⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁵³¹ Ibidem., 2009.

⁵³² Ibidem., 2009.

⁵³³ Ibidem., 2009.

V. para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos”.

Existem aproximadamente cerca de 20 (vinte) qualificadoras do crime de homicídio. Em todo caso, a pena passa a ser de doze a trinta anos de reclusão, uma vez qualificado o homicídio, passa ele a ter natureza hedionda, alterando o regime de cumprimento da pena.

A circunstância que modifica o crime, de homicídio Simples ao qualificado observa-se segundo os móbil do crime, podendo ser com base ao pagamento, promessa de recompensa ou outro motivo torpe e motivo fútil; quanto ao meio empregue, pode ser por via de administração do veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura, ou outro meio insidioso, cruel ou de que possa resultar em perigo comum; quanto ao modo de execução, por motivo de traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima e por conexão, para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (Paragrafo 2º, art.º 121º CPB).

A regra é que todo homicídio seja doloso, somente punido a título de culpa se houver previsão expressa nesse sentido, o que se chama de princípio da excepcionalidade, como é o caso do paragrafo 3º, art.º 121º CPB. No homicídio culposo, tem-se, em regra, a chamada de crime do tipo aberto, que consiste na descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contido⁵³⁴.

Pode se encontrar ainda no crime culposo outra característica fundamental, que é previsibilidade do agente do crime. Se o facto escapar totalmente à sua previsibilidade, o resultado não lhe pode ser atribuído, mas sim ao caso fortuito ou a força maior. Essa previsibilidade é tanto objectiva e subjectiva.

A objectiva seria aquela em que o agente do crime, no caso concreto, deve ser substituído pelo chamado “homem médio, de prudência normal”, o que uma vez, hipoteticamente, levada a efeito essa substituição, o resultado ainda persistir, é sinal de que o facto havia escapado o seu âmbito de previsibilidade, pois dele não se exigia nada além da capacidade normal do homem. Já na previsibilidade subjectiva, não existe situação hipotética, o que se considera sãs as condições pessoais do agente do crime, isto é, as limitações e as experiências daquela pessoa cuja previsibilidade está se aferindo em um caso concreto⁵³⁵.

Será aumentada em um terço, a pena do homicídio culposo nos termos do parágrafo 4º, art.º121º, quando o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu acto, ou foge para evitar a prisão em flagrante.

Para ESTEFAN, deve-se lembrar que, aquele decorrente da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício não se confunde com o praticado mediante imperícia, pois nesta o agente não age conforme os ensinamentos da profissão, por desconhecer-los ou ignorá-los, enquanto naquela o agente conhece a regra técnica e a ignora⁵³⁶.

⁵³⁴ Ibidem., 2009.

⁵³⁵ Ibidem., 2009.

⁵³⁶ ESTEFAM, André. *Direito penal - parte geral (arts. 1 a 120)*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Todavia, se observa que antes do Código de Trânsito Brasileiro, Lei. 9.503/97, a provocação de morte culposa por parte do condutor do veículo caracterizava crime de homicídio comum, disposto no parágrafo 3º do art.º 121º do Código Penal.

Entretanto, as estatísticas que reconheceram o Brasil como recordista mundial em mortes no trânsito fizeram com que o legislador, inserisse no referido ordenamento jurídico, crimes especiais de homicídio e lesão culposa na direcção de veículo automotor, mais gravemente condenados.

Actualmente, existem dois tipos de homicídio culposo, qual seja o previsto no art.º 121º, paragrafo 3º, do CPB, como já mencionado do art.º 302º CTB. Assim, é de fundamental importância definir se o facto diz respeito ao CPB ou ao CTB, demonstrando tal distinção.

“Imagine, então, que um mecânico, durante o conserto de um automóvel, no interior de uma oficina, o accione acidentalmente, provocando a morte de seu colega de trabalho. Há homicídio culposo comum (art.º 121º CPB, paragrafo 3º) ou de trânsito (CTB, art.º 302º)? A resposta encontra-se no art.º 1º do Código de Trânsito, o qual define o âmbito de aplicação do referido Diploma („O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código; “Considera-se trânsito a utilização da via por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupo, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga “- parágrafo 1º. No exemplo, para que não reste dúvida alguma, o facto se subsume ao Código Penal, visto que não cometido durante a circulação do automóvel pelas vias terrestres abertas à circulação”⁵³⁷.

O autor FERNANDO CAPEZ, também traz a distinção do homicídio culposo previsto no Código Penal, daquele referido no Código de Trânsito, veja-se:

...] suponha-se que um pedestre desrespeite a sinalização e seja atropelado por um motociclista que esteja conduzindo corretamente o seu veículo, e este venha ao solo, sofrendo lesões corporais. A imprudência foi do pedestre e este deve ser responsabilizado criminalmente. Por qual crime (comum ou do Código de Trânsito)? Ora, o pedestre não estava na direcção de veículo automotor, e, assim, aplicável a legislação comum, não obstante o fato tenha se passado no trânsito. Se, entretanto, o autor da imprudência fosse o motociclista, seria aplicável o novo Código. Conclui-se, portanto, que as novas regras somente são cabíveis a quem esteja no comando dos mecanismos de controle e velocidade de um veículo automotor (2012, p.318)⁵³⁸.

No que se refere ao âmbito de abrangência da aplicação do CTB, o art.º 1º, da Lei 9.503/97 dispõe que: “o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código”

Enalte-se que, apesar de os aviões, helicópteros, lanchas e afins serem veículos motorizados, a conduta culposa em sua condução não é capaz de configurar crime da Lei especial, mas apenas aquele previsto no Código Penal.

Por outro lado, em que pese o art.º 2º CTB, definir via terrestre de forma a excluir as vias particulares, como o caso de estacionamentos privados, entende-se que deve ser aplicado os crimes de homicídio e lesão culposa do Código de Trânsito ainda que o facto não ocorra em via pública.

⁵³⁷ ESTEFAM, André. *Direito penal - parte geral (arts. 1 a 120)*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160.

⁵³⁸ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016, p. 318.

Não existe homicídio doloso no CTB, isto porque, prevê-se que todo homicídio na direção do veículo, em que seja aplicado o crime, previsto no art.º 302º, será culposos, podendo se aplicar o homicídio na base do art.º 121º CPB, na situação em que o veículo tenha sido usado como arma.

Não obstante, quando o legislador exigiu que o facto delituoso fosse caracterizado de factos que normalmente ocorrem em via pública, o faz de forma expressa no tipo penal, como nos crimes previstos no art.º 306º CTB, é o exemplo de quem conduz sob efeito de álcool, isto é, a embriaguez ao volante, art.º 308º CTB, e condução sem devida habilitação, previsto e punido pelo art.º 309º CTB.

Desta forma, é clarividente a intenção da lei em excepcionar a regra para permitir a aplicação da pena de seus crimes de homicídio e lesão culposa, qualquer que seja o local do delito, desde que o agente esteja na direcção de veículo automotor.

No entanto, o CTB, ainda, no seu anexo I, traz a definição de veículo automotor. Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte de pessoas e coisas, ou para a tracção viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas é caracterizado por veículo automotor.

Segundo a definição trazida por GONÇALVES, faz nos entender que estão inseridos todos pressupostos no conceito relativo aos automóveis, os utilitários, as motocicletas e ciclomotores, os quadriciclos, os autocarros que não circulam em trilhos, tractores, caminhões e outros. Já a conduta culposa na condução de carroças, bicicleta, dá-se origem ao crime culposos comuns⁵³⁹.

No entanto, o código penal do Brasil, não diferencia, a culpa consciente da culpa inconsciente, para que em sede de juízo, os factos tenham o tratamento diferenciado. Justifica-se aqui, o facto de ser difícil de aferir qual das duas modalidades ocorreram, de não prever uma acção humana, resultado antijurídico.

De certo modo, muitas vezes tem-se perguntado se a culpa consciente não representasse indicio de menor intensidade ético-social, de maior atenção na realização de tarefas perigosas, no entanto, na culpa inconsciente, o descuido é maior e representa um grande perigo, porque não tem a possibilidade de perceber da existência de uma ocorrência de facto danosa⁵⁴⁰.

⁵³⁹GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, *Direito Penal - Parte Especial - Coleção Esquematizado*, Editora Saraiva, 2011.

⁵⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPÍTULO 4: PENA DE HOMICÍDIO ENTRE MOÇAMBIQUE E BRASIL

As penas de Homicídios variam conforme a gravidade de cada caso, mas, há que realçar que na ordem jurídica brasileira, o crime de homicídio está previsto no art.º 121º CPB. Para o caso da jurisdição moçambicana encontra-se previsto pelo art.º 159º CPM – Homicídio, é um dos crimes mais graves se não, o mais censurado, uma vez que atinge directamente a vida da pessoa humana.

Por conta desta gravidade, o homicídio possui uma pena alta, que pode ir de 6 até 30 anos nos homicídios dolosos e de 1 até 3 anos nos homicídios culposos, no caso concreto da ordem jurídica brasileira, para ordem jurídica moçambicana, as penas variam de 16 a 24 anos e 1 a 2 anos para homicídios involuntários, como será melhor explicado em diante, na apresentação dos resultados. Existe uma observação importante que precisa ser colocada, tem a ver com as penas que a Lei indica, com base na moldura penal. As penas de prisão são agravadas ou atenuadas conforme a gravidade e circunstâncias de factos. Por exemplo, se o réu é primário e confesso, a sua pena é atenuada, se é reincidente e praticou o crime contra filho ou pai, isto é, ascendente ou descendente, a sua pena é agravada.

Segundo NIKITENKO, a função da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação da convivência social. O conteúdo da pena é uma contradição da negação da autoridade da norma, à custa do agente do crime.⁵⁴¹

A vigência ou estabilidade das leis é o principal objetivo da aplicação do sistema jurídico, pois as normas jurídicas têm a função de orientar, estabilizar e institucionalizar as convivências ou expectativas sociais, com objectivos de evitar prática da justiça com as próprias mãos.

Quando há uma infração criminal, a vigência da norma deve se fazer sentir, isto é, a norma continuará válida porque a pena, segundo NIKITENKO, justifica-se pela necessidade de confirmação da validade da norma, devido ao facto da sua violação desorientar o sistema jurídico da jurisdição onde ocorrem os factos⁵⁴².

Entendemos que, a pena não tem a função de prevenir o crime, ou seja, prevenção negativa, todavia, o seu objetivo é garantir a vigência da norma ou seja prevenção positiva, mostrando que ela continua determinante na orientação do comportamento da sociedade. No entanto, o crime é uma acção negativa à sociedade humana, na medida em que viola a norma, defraudando expectativas, por sua vez, é positiva porque garante a vigência da Lei⁵⁴³.

4.1. Homicídio Doloso e Culposo/Involuntario

O que se pretende demonstrar é que, o homicídio doloso é aquele que na sua prática o homicida, teve a intenção ou assumiu o risco de matar. No entanto, o involuntário ou culposos é

⁵⁴¹ NIKITENKO, Viviani Gianine. *Funcionalismo-Sistêmico Penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista*. Revista Direito em debate. N. 25, jan./jun. 2006, p. 123-135.

⁵⁴² Ibidem., Jan./Jun. 2006, P. 123-135.

⁵⁴³ Ibidem., Jan./Jun. 2006, P. 123-135.

aquele em que não há a intenção de matar, mas o agente do crime agiu com negligência, imperícia ou imprudência, como nos referimos nos capítulos anteriores.

Com este argumento, entende-se que o homicídio doloso é mais grave que homicídio involuntário ou culposo. No entanto, na ocorrência dos factos prevê-se na futura sentença do julgamento, pena maior para o doloso e pena menor para culposo, consoante os factos.

4.1.1. Homicídio Doloso

Na legislação penal moçambicana, assim como do Brasil, prevê-se o crime de homicídio⁵⁴⁴, apresentando-se conforme os factos analisados, várias penas, dependendo da sua forma dolosa, isto é, a intenção de matar (dolo), consoante a gravidade do caso em que resulte em morte de uma pessoa humano.

A título de exemplo, se o homicídio foi cometido com o uso de emboscada ou armadilha, haverá uma pena maior, e se foi utilizado fogo ou veneno para matar, o crime também será mais grave e terá uma pena maior. Estes são apenas dois exemplos de entre muitos que configuram circunstâncias agravantes trazidos junto aos códigos penais de ambas jurisdições penais, caso moçambicana e brasileira.

Na legislação penal moçambicana assim como do Brasil, nesta matéria, os seus códigos penais na parte especial, foram organizados em Homicídio Simples (Pena simples), Homicídio Privilegiado (Pena branda), Homicídio Qualificado e Homicídio Culposo, para ordem jurídica brasileira⁵⁴⁵.

Para ordem jurídica moçambicana, também se encontra organizado em homicídio Voluntário Simples, homicídio agravado, privilegiado, Envenenamento e o homicídio Involuntário. No Homicídio Voluntário Simples (artº 121º CPB), a reclusão, é de seis a vinte anos, o Homicídio Qualificado (paragrafo 2º, art.º 121º CPB) - reclusão, de doze a trinta anos. Pena do Feminicídio, consta do Incisos VI a VIII, paragrafo 2º, art.º 121º CPB - reclusão, de doze a trinta anos.

Todavia, a pena do Homicídio Privilegiado, previsto no parágrafo 1º, artº 121º CPB, corresponde a pena do homicídio simples ou qualificado, reduzida de um sexto a um terço. No entanto, a doutrina penal, não entende ser possível aplicar esta diminuição de pena ao feminicídio, diferentemente do homicídio Culposo que a pena é mais branda e por conta disso, a pessoa infractora responde ao processo por homicídio culposo em liberdade.

No homicídio privilegiado conforme o paragrafo 1º, art.º 121º CPB, corresponde a detenção, de um a três anos de prisão, contrariamente às penas de prisão aplicáveis, para o homicídio em geral no Brasil, de simples e atendendo suas variações, a moldura penal é de 6 até 30 anos de prisão.

O âmbito da aplicação da pena, leva-se em conta a intensidade do dolo, o grau de culpa, para determinar de forma cautelosa a dosagem da pena. A premeditação de que consta das

⁵⁴⁴ Cfr. art.ºs 159º CPM e 121º CPB, respectivamente.

⁵⁴⁵ Cfr. os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do art.º 121º CPB

circunstancias que agravam o homicídio, em Moçambique, pode representar uma forma de intensidade de dolo⁵⁴⁶.

A propósito do princípio da culpa actualmente, apenas se considera que não existe a responsabilidade penal sem culpa, pelo que não é suficiente a afirmação da ilicitude da conduta para que o individuo possa ser sancionado com uma pena. No entanto, é necessário que a conduta da pessoa seja culposa. Neste contexto, se refere a culpa enquanto elemento do crime ou infracção criminal.

Para tal, a nossa abordagem neste capítulo liga-se ao princípio do dano, no qual transporta para o campo penal a questão geral da bilateralidade do Direito, no entanto, difere da moral, mas sem impedimento da relevância jurídica que possam terem atitudes internas, associadas a uma razão ou a uma causa de agir, a um sucesso externo do direito, isto é colocar “*face-a-face*” pelo menos, dois sujeitos do Direito Penal.

No Direito Penal, a conduta do sujeito agente do crime deve relacionar-se, como estandarte do outro sujeito. O bem jurídico - vida da pessoa humana, é objecto da protecção penal. Segundo ROXIN, só se aplica pena ou castigo sobre comportamento, ou seja, pessoa que lesione direitos de outra pessoa. o Direito penal, tem de entre muitas outras tarefas, assegurar a ordem pacífica externa dentro de uma sociedade⁵⁴⁷.

No entanto, o simples complô entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não consubstancia a uma punição, se sua execução não for iniciada - art.º 31º CPB, tal como se verifica nas aplicações legislativas que tem como fundamento parcial da impunibilidade do chamado crime impossível - art.º 17º CPB. O mesmo fundamento veda o castigo pela lesão, ou seja, a conduta extrema que, embora criando dano formalmente a um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor; como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de substância psicotrópicas.

O dolo, que consiste neste elemento de vontade, nem sempre é igual para o Direito. Pode-se classificar o dolo de três formas distintas:

Dolo direto é aquele que consideramos o mais ilustrativo da vontade. É quando a pessoa tem a intenção de cometer algo e comete. Um exemplo típico do dolo direto é o indivíduo que pega uma arma de fogo, mira em sua vítima com intenção de matar, realiza o disparo e efetivamente mata⁵⁴⁸.

De entre os tipos de dolo destaca-se o Dolo Indireto e Eventual, tal que o indireto é aquele em que a pessoa comete o acto, no entanto, gera efeitos colaterais que são decorrentes dessa intenção original, imagine, por exemplo, que uma pessoa deseje matar um individuo, que está ao lado de um material explosivo. Para reduzir a margens do erro, o homicida observa no material explosivo e consegue apontar seu alvo. No entanto, a acção de explosão verificada no local, causa morte de outras pessoas.

⁵⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993, pp. 263 – 269.

⁵⁴⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, (reimpressão), 1999.

⁵⁴⁸ Cfr. art.º 18º CPB e art.º12º CPM.

Neste contexto a morte de outras pessoas, na ordem jurídica será considerada um acto de vontade indireto, neste caso. Afinal, foi vítima de uma acção intencional para gerar aquele resultado. Apenas não eram vítimas procuradas pelo agente do crime.

O Dolo Eventual, decorre de um acto de vontade que tem uma probabilidade de gerar aquele resultado. No caso de um homicídio com dolo eventual, significa tomar uma atitude que possa gerar mortes, compreender este risco, e mesmo assim agir neste sentido. É o caso de disparar uma arma para diversas direcções, por exemplo. mesmo sem ter uma vítima ou a intenção de vitimar alguém em mente, a pessoa assume o risco de gerar aquele resultado, por saber de sua probabilidade significativa.

No entanto, o homicídio doloso no Código Penal Brasileiro inicia pelo homicídio simples e se desenvolve em outras formas. Isto é, o homicídio doloso simples e o qualificado, para facilitar a diferença.

Em Moçambique, esta figura jurídica, se encontra prevista no art.º 12º CPM, no qual refere que se age com dolo quem demonstrar ter intenção de praticar o facto que preenche um TLC, ainda se considera também ter agido com dolo, quem representar a realização de facto típico que se configura a um crime, como resultado necessário da sua conduta. No entanto, para o n.º 3 do art.º 12º CPM, vislumbra a questão de realização de um facto que também preenche um tipo de crime, tal que o resultado possível da conduta, ter o agente do facto criminoso, se conformado com a sua realização.

Todavia, este preceito legal constava para caso da ordem jurídica moçambicana, no anterior código penal (2014) e corresponde a letra do art.º14º do código penal Português de 1982, observando algumas alterações. No entanto, para a legislação penal moçambicana, esta disposição representa, segundo DE SOUSA, parte da consagração legal da orientação da doutrina no que refere à equiparação da acção e omissão nos crimes de resultado como é o caso do homicídio⁵⁴⁹.

Contudo, o dolo apresenta sob forma de três tipos a destacar o dolo directo, dolo necessário e dolo eventual e em todo caso deve entender-se por acção dolosa aquela que se representa de forma explícita.

Quando existir dolo, todos os crimes serão puníveis sendo que, este pode ser dolo directo, quando alguém comete o crime com a intenção plena do concretizar, dolo necessário onde há o cometimento de um crime para o indivíduo conseguir cometer o crime principal que o moveu àquela conduta e, por fim, o dolo eventual onde o indivíduo prevê que o crime irá ocorrer, mas conforma-se com a realização não mostrando qualquer preocupação em impedir que o acto aconteça.

Neste âmbito, existem três teorias que sustenta o contexto de dolo, tais que a teoria da vontade que refere o dolo como sendo a consciência e a vontade de praticar a conduta e atingir o resultado.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ Vide, o Novo Código Penal Moçambicano (2019), anotado e comentado, por ELISIO FRANK XAVIER DE SOUSA, pp.28 a 29.

⁵⁵⁰ Vide. Comentários do ELISIO DE SOUSA, no novo código penal, moçambicano, anotado e comentado. 2019, p.30.

É, portanto, quando o agente quer efectivamente o resultado que o motivou inicialmente a ter determinada conduta. A segunda teoria será o assentimento ou a aceitação onde o dolo seria a vontade de praticar a conduta com a aceitação dos riscos provenientes do seu acto desde que o seu objectivo seja cumprido. Eventualmente, o agente não quer que ocorra uma morte, neste caso, mas não se preocupa com o seu resultado.

Por fim, a teoria da representação ou da previsão onde o dolo é a previsão do resultado. Para que haja dolo, basta o agente prever o resultado. Portanto dolo é querer cometer algo com a plena consciência de todas as consequências dos seus actos.⁵⁵¹

4.1.2. Homicídio Simples

O homicídio Voluntário simples é definido do segundo o art.º 121º CPB. Matar alguém, sua pena de reclusão varia de seis a vinte anos.

No entanto, caso da diminuição de pena será com base no parágrafo 1º do art.º 121ºCPB, se o agente do crime, comete a infracção impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Contudo, percebe-se que sua determinação é muito sucinta: “Matar alguém”. O parágrafo 1º, porém, já aponta possibilidades de redução da pena, a depender da situação. De forma geral, entende-se que homicídio simples é aquele que não possui nenhuma das qualificadoras que agrava o crime.

4.1.3. Homicídio Qualificado

Para o homicídio qualificado se dá pelas seguintes razões e segundo o paragrafo 2º do art.º 121º se o homicídio é cometido nas seguintes circunstâncias:

- I.mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
- II.por motivo fútil;
- III.com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
- IV.à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
- V.para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- VI.Pena – reclusão, de doze a trinta anos;
- VII.contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;
- VIII.contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142º e 144º da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;
- IX.com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido;
- X.contra menor de 14 (quatorze) anos, sua pena de reclusão, varia de doze a trinta anos.

É importante compreender que qualquer um dos factores é suficiente para qualificar o homicídio, o que resulta uma pena maior, de tal forma que uma dessas previsões legais seja observada para que o homicídio doloso seja considerado, qualificado.

⁵⁵¹ RIBEIRO,Tiago InElementos Subjetivos Do Tipo Penal E Os Limites Fronteiriços Entre O Dolo Eventual E A Culpa Consciente, endereço consultado em 20 de maio de 2024:https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/dolo_e_culpa.pdf.

Uma vez que as reacções criminais baseadas na aplicação de penas e medidas de segurança se traduzem em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do homem neste caso concreto do homem arguido, cujo respeito constitui uma finalidade essencial do Estado, e, é indispensável que tais restrições ou sacrifícios se limitem ao necessário para assegurar a prossecução penal.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso impõe que as restrições de direitos, liberdades e garantias, devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e encontrando-se consagrado, na maior parte das constituições de Estados que tenham sido colonias de Portugal, com a semelhança de Brasil e Moçambique, exemplo trazido dos seguintes art.^{os} da legislação constitucional e penal: por exemplo, o n.º 5 do art.º 17º da constituição da República de Cabo Verde (CRCV); art.º 40º CRM; art.º 30º da Constituição da República da Guiné Bissão (CRGB); art.º 18º da Constituição da República de São Tomé (CRST) e por último o art.º 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Segundo GOMES CANOTILHO, para além de preceito próprio que o define, o princípio da proporcionalidade, pode considerar-se comum aos nossos ordenamentos jurídicos, quer acentuando-se na sua íntima conexão com os direitos fundamentais, quer por se entender que o mesmo deriva do princípio do Estado de Direito e democrático⁵⁵².

Ensina ainda, a este propósito, CANOTILHO, que na qualidade de regra de razoabilidade, *rule of reasonableness* o princípio pelo qual, muito cedo influenciou a jurisprudência dos países de *common law*, tentando o juiz, através da regra da razoabilidade, avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente⁵⁵³.

Na visão do JORGE MIRANDA, enaltece que todo o pensamento relativo à proporcionalidade é congénito ao Direito, porque o Direito é proporção, embora, o mesmo é proveitoso, expansiva e ancora-se no campo publicístico⁵⁵⁴.

Ora vejamos, a constituição da República portuguesa de 1976, é considerada constituição que vai muito longe, na sua influência. Neste contexto, encontram-se em múltiplos preceitos e doutrinas até jurisprudência dos países da língua portuguesa, uma considerável atenção.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso, pode subdividir-se em três subprincípios, tais que:

O princípio da conformidade ou adequação, segundo o qual a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada ou adequada à prossecução do fim ou fins que lhe justifica. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.

O princípio da indispensabilidade, exigibilidade, ou necessidade, ainda conhecido como princípio da menor ingerência possível, isto é, o direito de menor desvantagem possível do cidadão. Exigibilidade material, espacial, temporal ou pessoal. Particularmente relevante para distinguir a

⁵⁵² Vide, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I, art.ºs 1º a 107º - 4ª ed. rev. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, outubro 2014, p. 446.

⁵⁵³ Ibidem, p.267

⁵⁵⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 4ª Ed.*, Coimbra editora, 2008, pp.279 a 282.

princípio da indispensabilidade da proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, a ideia em causa é saber se o legislador pode ter optado por outro meio igualmente eficaz e menos desfavorável ao cidadão.

O **princípio da proporcionalidade**, em sentido estrito, exigida presença de uma medida justa, entre os meios legais restritivos e os fins obtidos, proíbe, no que ao direito penal importa, que haja uma desproporção entre a restrição penal de direitos e a finalidade de tutela penal sobretudo a alcançar. Trata-se, aqui, de uma questão de medida ou ausência dela. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

A partir do estudo das penas e dos regimes de cumprimento delas, observa-se que o legislador brasileiro assim como moçambicano, estabeleceu penas privativas da liberdade no preceito secundário das infrações penais em consonância com a necessidade de repressão àquelas, mas proporcional ao dano ou ao perigo causado ao bem ou interesse jurídico tutelado. Também estabeleceu um sistema coerente de cumprimento de penas que será apreciado consoante a quantidade e qualidade de pena a ser atribuída ao criminoso ou homicida para este contexto, de acordo com suas condições e características pessoais.

Além desses institutos, previu-se a substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito, numa manifestação inequívoca de que outras alternativas visam a repressão à prática do crime, estão sendo estabelecidas pelo Estado brasileiro, com semelhança do Estado moçambicano, mas neste, sem pôr em causa o princípio legal, previsto pela alínea b), art.º 169º CPM. Nesse contexto, surge o cumprimento da pena de reclusão em regime disciplinar diferenciado⁵⁵⁵.

Em direito penal, relevam sobretudo os dois últimos subprincípios, o da indispensabilidade ou necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os quais praticamente se identificam com os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade ou subsidiariedade do direito penal.

Estes, foram desenvolvidos pela dogmática penal, partindo da concepção do Estado, como um Estado de Direito, fundado na soberania popular, não legitimado a prosseguir finalidades divinas ou transcendentais, pelo que o direito penal só deve intervir para protecção exclusiva de bens jurídicos e não para protecção de princípios morais cuja violação não tenha consequências a nível social, estando-lhe vedado servir de instrumento para impor concepções morais e ideológicas.

Do princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade do direito penal, resulta, assim, que ao direito penal deve caber apenas a protecção dos bens jurídicos fundamentais, isto é dos valores individuais e comunitários essenciais à realização pessoal e à convivência social, segundo o quadro constitucional de valores de cada ordem jurídica, quando não seja possível garantir uma tutela suficiente do bem jurídico em causa por meio de outros instrumentos jurídicos não penais (*a pena como última ratio*).

⁵⁵⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto, *A Formação Do Sistema Penal Brasileiro*, Revista Universitas Jus, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

A aplicação desta doutrina pode se ver do Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 634/93 de 4 de Novembro, que julgou incondicional a norma do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante que punia como desertor, com pena de prisão, o tripulante que deixasse partir o navio sem embarcar, por considerar que a criminalização daquela conduta é um meio desproporcionadamente gravoso para atingir o fim visado de salvaguarda do regular desenvolvimento da actividade económica de pesca de longo curso.

Um outro caso em que pode observar-se a discussão desta vertente do problema, pode ver-se no Acórdão do TC português n.º 572/95 de 18.10.95, em que se apreciou a inconstitucionalidade da norma que mandava aplicar as penas do furto à alienação, por parte do seu dono, de objecto constituído em penhor, mas que permanecera em seu poder, tendo o Tribunal considerado não ser inconstitucional a norma por não ser patente a desnecessidade de tutela penal.

Para CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, o **princípio da proporcionalidade**, máxime, em sentido estrito, pressupõe uma certa comparação entre os bens protegidos nos diferentes tipos legais e as respectivas penas, pelo que os tribunais ou outros órgãos responsáveis pela fiscalização da constitucionalidade das leis, têm legitimidade para ajuizar sobre a existência de eventuais desproporções, nomeadamente nos casos em que a ordem legítima de bens penais possa subverter de forma evidente a ordenação valorativa constitucional⁵⁵⁶.

Reportando-se ao vasto movimento internacional de reforma penal, iniciado após a II Guerra Mundial, que ostenta como matrizes comuns, a restrição das penas privativas de liberdade, especialmente a luta contra a pena curta de prisão, substituição por penas alternativas não privativas da liberdade, limitação do efeito estigmatizante das penas, num esforço comum para dotar a estrutura e aplicação das reacções criminais de garantias conformes à ideia de Estado de Direito, o Prof. DIAS, enfatiza ainda a ideia de *última ratio* da pena privativa de liberdade⁵⁵⁷.

Deste contexto vemos que, nas ordens jurídicas brasileira e moçambicana, para o nosso objecto de estudo não é aplicável penas alternativas não privativas de liberdade, para caso de crime de homicídio comprovado, ou seja, o essencial do que ficou dito relativamente à necessidade ou subsidiariedade e à proporcionalidade do direito penal e, portanto, das reacções criminais em geral, vale agora especialmente para a pena privativa de liberdade, de modo a limitar ao mínimo o seu efeito negativo e criminógeno, nomeadamente pela imposição legal e judicial de optar por penas não privativas da liberdade sempre que o ordenamento jurídico penal as considere.

Como diz o Prof. TAIPA DE CARVALHO, também o princípio da restrição mínima dos direitos fundamentais, próprio de um Estado de Direito material, reforçou-o apontado fundamento político-criminal⁵⁵⁸.

Na verdade, se o legislador entende que uma pena menos grave e, portanto, menos limitadora dos direitos fundamentais, máxime da liberdade, é suficiente para satisfazer as

⁵⁵⁶ DA CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1995, p. 273

⁵⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

⁵⁵⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Teoria Geral do Crime* (Reimpressão da 2ª Edição), Coimbra Editora, 2014.

necessidades de prevenção geral e de prevenção especial, então seria inconstitucional continuar a aplicar a lei antiga, mais grave, apesar de no momento do julgamento ou da execução ser a mesma desnecessária face às novas valorações do legislador.

O sistema normativo penal de Moçambique e do Brasil, convergente nalguns pontos, confirmados pela sua origem no direito português. Obviamente, ao utilizar-se a expressão sistema normativo pretende-se denominar o conjunto de normas que foram utilizadas tanto em Moçambique assim como no Brasil, desde a era da colonização e que influenciaram na formação da legislação penal moçambicana e brasileira. Assim, o Brasil, teve o seu primeiro conjunto de normas penais em 1830, e foram sistematizadas em um código criminal.

As Ordenações do Reino não se caracterizavam como códigos, mas como uma colectânea de leis que eram distribuídas em livros e cujo conteúdo versava sobre os vários ramos do Direito⁵⁵⁹.

Apesar da repetição das leis, já se diferenciava nos tipos em abstracto o preceito primário e o secundário⁵⁶⁰. No primário, a descrição dos elementos específicos do crime e, no secundário, a pena cominada.

A aplicação do princípio da reserva legal já estava presente no Brasil, determinando que “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal. O Código Criminal do Império representa a primeira sistematização de legislação penal no Brasil colônia, sua estrutura manteve-se até o código penal vigente. Para o Brasil, o Código foi disciplinado em duas partes: a geral e a especial com semelhança com o de Moçambique, que a parte geral, as normas penais são classificadas em explicativas, declarativas ou permissivas.

Na parte especial, dedicado aos crimes e a cominação das penas. Para o ordenamento jurídico-penal de Moçambique, os bens e interesses jurídicos são disciplinados em títulos e capítulos, constando nestes, matérias relativas a cominação, individualização das penas, assim como, os aspectos relativos a culpabilidade e a fixação da qualidade e quantidade de penas⁵⁶¹.

4.2. Dignidade Humana como Limite da Duração de Penas do Homicídio

O princípio da dignidade humana, constitui o fim de Direito. Estado de Direito foi construído com o fim único - respeito da dignidade da pessoa humana, ou seja, o ser humano enquanto um ser coberto da dignidade, deve estar no centro das atenções da humanidade.

Explica GOUVEIA, que o princípio da dignidade da pessoa humana, constitui um manifesto material do princípio do Estado de Direito, significando de um modo geral, que a pessoa é colocada como o fim supremo do Estado e do Direito⁵⁶².

⁵⁵⁹ Vide, em Pierangeli, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. São Paulo: Javoli, 1980. p. 27-60

⁵⁶⁰ O tipo em abstracto contém os elementos objectivos, subjectivos e normativos. É a descrição do comportamento humano, comissivo ou omissivo, doloso ou culposos, com ou sem previsão de resultado, estabelecido em um título do Código Penal, mediante a protecção de um bem ou interesse jurídico. Os preceitos primário e secundário estão contidos nos chamados elementos genéricos da infracção penal, o fato típico e antijurídico.

⁵⁶¹ PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. São Paulo: Javoli, 1980. p. 27-60

⁵⁶² GOUVEIA, Jorge Bacelar, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, p.205

Os filósofos na idade média, expressaram-se sobre a “*dignitas humana*”, conceito que foi aprimorado por PICO DELLA MIRANDA citado por OLSEM, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino⁵⁶³.

A dignidade da pessoa humana, diz respeito à autonomia da vontade, um valor inerente a humanidade ao qual não pode ser atribuído preço⁵⁶⁴, o que vale dizer, a dignidade humana não é uma coisa ou objecto, mas sim um elemento indisponível e essencial na vida humana.

O Direito penal no geral, sendo responsável na tipificação e na determinação das penas cabeis a cada infração, ciente de que as sanções são aplicadas ao indivíduo enquanto delinquente, neste, exige-se uma limitação e humanidade das penas.

A humanidade das penas, constitui o limite do poder punitivo do Estado, devendo conforme explica o DA SILVA, ajustar-se simultaneamente ao humanitarismo, que não deve entender-se como simples caridades ou benevolência, mas como manifesto do respeito pela pessoa, e à necessidade social do castigo⁵⁶⁵, pois sendo inconcebível ou incompatível a existência de sanções que atinjam a própria dignidade da pessoa humana⁵⁶⁶.

No preâmbulo do primeiro parágrafo da DUDH, explica sobre o reconhecimento da dignidade humana, considerando-a como elemento imprescindível da família humana e fundamento da liberdade, justiça e paz de todo mundo. Não se pode falar de harmonia entre os homens, enquanto dignidade da pessoa humana não é convenientemente protegida. A sociedade contemporânea clama sobre o respeito mútuo, pois a criação de condições jurídicas de tutela da dignidade humana, é um sinónimo de manutenção de paz e prosperidade dos povos.

A exigência do respeito da dignidade humana, se prolonga para várias partes da DUDH. Assim, explica-se que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”⁵⁶⁷.

Trata-se de um direito fundamental negativo, obtido mediante a intervenção da natureza, pois o ser humano adquire logo após o nascimento.

Sob inspiração da DUDH e fazendo uma análise comparativa, a ordem jurídica moçambicana⁵⁶⁸, e brasileira⁵⁶⁹, consagram perfeitamente a dignidade humana nas suas constituições. Ela é concebida como direito fundamental, expressada formalmente nos textos

⁵⁶³ OLSEM, Ana Carolina Lopes, *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação Frente à Reserva do Possível*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 41.

⁵⁶⁴ OLSEM, Ana Carolina Lopes, *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação Frente à Reserva do Possível*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 41.

⁵⁶⁵ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, 2ª edição, 2001.p.306

⁵⁶⁶ *Ibidem*, 2ª edição, 2001.p.307.

⁵⁶⁷ Cfr. art.º1º e n.º. 3, art.º 23º da Declaração Universal dos Direitos de Homem

⁵⁶⁸ Cfr. n.º 6, do art.º 48º, e n.º.3, do art.º 119º ambos da CRM.

⁵⁶⁹ Cfr. n.º 3, art.º 1º da CFRB.

constitucionais, com tarefa única de limitar actuação do poder punitivo que o Estado detém perante as condutas criminais dos cidadãos.

Por último, quando um individuo comete crime de homicídio preconizado nas diversas vertentes, os Estados através do poder punitivo, são exigidos a tomar uma postura humana, devendo-se com maior rigor evitar medidas cruéis, aprovar sentenças de natureza perpétua, pena de morte ou penas com tempo ilimitado⁵⁷⁰.

Esta discussão sobre Direitos Humanos consubstancia-se importante uma vez que o tipo legal do crime de Homicidio Voluntario Simple, a sua previsão legal, enquadra-se na defesa da dignidade da pessoa humana o que quer dizer que, a aplicação da pena neste tipo de crime, nos dois ordenamentos jurídicos, considerar o dever de respeito aos Direitos da pessoa humana como salvaguarda da sua integridade. Não é por acaso que, nos dois ordenamentos jurídicos, proibir-se a pena de morte conforme os art.^{os} 40º CRM e 5º CFB, respectivamente.

4.3. Princípio da Aplicação de Penas nas Ordens Jurídicas de Moçambique e do Brasil

O Princípio da universalidade ou cosmopolita, refere segundo CEZAR ROBERTO BITENCOURT, que as leis penais podem ser aplicadas a todos os homens, onde quer que se encontrem⁵⁷¹.

Este princípio é característico da cooperação penal internacional, porque permite castigar pela infracção criminal, em todos os Estados, e em relação a todos os crimes que forem objecto de tratados e de convenções internacionais⁵⁷². No entanto, aplica-se também a lei nacional a todos os factos puníveis, sem levar em conta o lugar da ocorrência do crime, a nacionalidade do agente da infracção penal ou do bem jurídico lesado, consta da alínea a) inciso II do art.º 7º CPB.

Tal que, o Direito Penal moçambicano, assim como brasileiro, é um ramo do Direito Público, valendo em ambos, princípios como o da legalidade e da irretroatividade da lei. Em harmonia, vigoram em Moçambique princípios como o da oficialidade, consubstanciado no facto de que o impulso para investigar a prática das infracções criminais e a competência de acusação cabem ao Ministério Público, o princípio da lealdade, sendo uma noção de natureza moral que traduz uma maneira de ser da investigação e da obtenção de prova, não se confunde com o princípio da legalidade⁵⁷³.

De Igual modo, ambos os ordenamentos jurídicos consideram que a vida humana tem início a partir do nascimento com vida e termina com a morte encefálica. Na perspectiva da protecção da vida humana, a legislação penal moçambicana, corroborando com DIAS, adotou-se a posição da diferenciação, chamando de vida ao bem jurídico protegido pelo homicídio e vida intrauterina

⁵⁷⁰ Cfr. nº.1, art.º 61º do CRM e al.a), b) e e), nº.47, do art.º5º da CRFB.

⁵⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *código Penal Comentado*, 7ª ed. Edição Sariaiva, SP, 2012

⁵⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto, *código Penal Comentado*, 7ª ed. Edição Sariaiva, SP, 2012

⁵⁷³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ªEd., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

ao protegido pela interrupção de gravidez ou aborto, conforme o caso e o local”⁵⁷⁴. Entretanto, CPM prevê, como crime contra a vida, os praticados contra a pessoa (vida extra-uterina) e crime contra a vida uterina, os praticados contra o feto.

Essa diferenciação não ocorre no CPB, no qual os crimes contra a vida estão todos centralizados no Capítulo I e os crimes em que têm a morte do agente como resultado final são localizados fora desse capítulo e considerados crimes qualificados pelo resultado.

Segundo, DIAS, diz que o aborto tem lugar até o início do “período de expulsão [...] Quando [...] tiver lugar o procedimento cirúrgico”⁵⁷⁵. Salienta-se que em Moçambique, assim, como em tantos outros países, a ciência médica e a doutrina jurídico-penal foram cada vez mais convergindo, para considerar o término da vida pelo critério da morte cerebral, em consonância com o entendimento brasileiro, que vem claramente delimitado no art.º 3º da Lei n.º 9.434/1997, a Lei que estabelece regras sobre doação de órgãos humanos. Outras diferenças importantes a serem destacadas, embora não sejam objecto da nossa tese, a Lei dos crimes hediondos e as penas correspondentes.

No entanto, a Lei dos crimes hediondos prevista na legislação brasileira, assinala-se que não possui previsão semelhante na legislação moçambicano. Por seguinte, no tocante aos valores e limites fixados a título de pena para os crimes, o CPB, prevê, no seu art.º 75º, que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não deve ser superior a 30 anos. Diferentemente da ordem jurídica-Penal moçambicano, que fixa, como limite máximo de pena 24 anos, nos termos de números 1 e 2 respetivamente, do art.º 61º, já no número 3 do mesmo artigo ressalva-se que a contagem dos prazos das penas é realizada segundo os critérios previstos na Lei processual penal, faltando remete-se à Lei do código do processo civil.

Denota-se, ainda, que o legislador moçambicano fixou como limite mínimo das penas privativas de liberdade um mês, havendo crimes na ordem jurídica penal, moçambicana, que possuem somente previsão de pena máxima, como os dispostos no nº 3, do art.º 161º ; art.ºs 164º e 170º; todos de CPM.

Dadas considerações iniciais, ao direito penal, relativas as jurisdições penais de Moçambique e do Brasil, passa-se a analisar as semelhanças e diferenças existentes nos tipos penais de crime de homicídio.

No entanto, o ordenamento jurídico penal moçambicano - artº. 159º CPM⁵⁷⁶, assim como o ordenamento jurídico-penal brasileiro - artº. 121º CPB⁵⁷⁷, consideram o homicídio, como um crime que consiste em matar outra pessoa, matar alguém, seja na sua forma simples e nas suas diversas modalidades qualificadoras ou que agravam, privilegiam ou culpabilizam.

Para o mesmo contexto, no Código Penal brasileiro o crime de homicídio, para todas as suas modalidades, vem tipificado apenas em um artigo, o art.º 121º CPB, enquanto que no Código Penal moçambicano, as modalidades de homicídio nas diversas formas, vêm consubstanciadas em

⁵⁷⁴DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª Edição - 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p. 5.

⁵⁷⁵Ibidem, 2012, p. 7.

⁵⁷⁶ Cfr. O artº. 159º do Código Penal moçambicano (CPM)

⁵⁷⁷ Cfr. O artº. 121º do Código Penal brasileiro (CPB),

tipos penais autónomos, articulados ou distribuídos em diversos artigos, quais sejam: homicídio simples no art.º159º, homicídio agravado no art.º160º, homicídio privilegiado no art.º161º, envenenamento no art.º162º, Infanticídio no art.º163º, Incitamento, ajuda e propaganda ao Suicídio no art.º164º, Transporte, detenção, posse e comercialização de órgãos humanos no art.º165º e homicídio involuntário no art.º 170º, este último integrado na secção III, do CPM, antecedido por crimes contra a vida intra-uterino, por sua vez integrados na secção II do mesmo código penal.

Todavia, no que concerne a modalidade basilar do crime de homicídio, sua forma simples, suas diferenças, observadas nos ordenamentos jurídico-penais dos dois países estudados, estão presentes no valor fixado a título de pena privativa de liberdade: de 16 (dezassex) a 20 (vinte) anos no CPM e de 6 (seis) a 20 (vinte) anos no CPB, ambos, para homicídio Voluntário Simples.

Com relação ao homicídio agravado - art.º160º CPM e qualificado - parágrafo 2º do artº 121º CPB, para caso do Brasil, a legislação penal moçambicana prevê a pena mínima de 20 (vinte) anos, máxima de 24 (vinte e quatro) anos de prisão, porém, a legislação brasileira prevê pena privativa de liberdade mínima de 12 anos e máxima de 30 anos. Para a mesma situação, na ordem jurídica moçambicana, pode excepcionalmente, o limite máximo previsto na lei chegar atingir os 30 anos, em caso algum não excedendo, semelhança-se com o regime jurídico-penal do Brasil⁵⁷⁸.

O entendimento legislativo, está presente no conceito das circunstâncias qualificadoras, conforme se observa do disposto do art.º160ºCPM ⁵⁷⁹. Entretanto, é possível identificar circunstancias qualificadoras semelhantes ou diferentes em ambos os ordenamentos jurídico-penais, a título do exemplo: No Projecto de Lei do CPB, nº 236/2012, prevê a inclusão das circunstancias qualificadoras do homicídio na hipótese de ser praticado “por preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de género, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional”, assemelhando-se ao disposto na alínea “g” do art.º 160º do Código Penal moçambicano, que prevê o homicídio praticado, movido “*por ódio racial, religiosos ou político*”.

Ainda, a Lei nº 13.142/2015, que adicionou ao homicídio qualificado o inciso VII (Art.º 121º, paragrafo 2º, do Código Penal brasileiro), no acto praticado contra autoridade ou agente descrito nos Art.ºs 142º e 144º CRFB, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função, assemelha-se ao disposto no art.º160ºCPM, no que concerne às circunstâncias qualificadoras ou agravantes na alínea “h”. As circunstâncias qualificadoras ou agravantes, previstas nas alíneas, “c”, “e”, “g”, “h”, “i” e “j” do art.º160º CPM, não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo SOUSA, este preceito legal, teve como fonte privilegiada o art.º 351º CPM, anterior ao novo, de 2019, com base na Lei nº 8/2002, de 5 de fevereiro, e pelo art.º 157º CPM, de 2014. No entanto, este TLC, encontra seu eco na especialidade dos crimes de homicídio voluntário simples, tendo em conta algumas circunstâncias modificativas e qualificativas, sendo que o anterior código penal moçambicano designava a este, de homicídio qualificado e se assemelhava a designação adoptada pela jurisdição penal brasileira, assim como do ex-colonizador de ambas jurisdições penais.

⁵⁷⁸ Cfr. nº 2 do artigo 61º conjugado ao nº 1, artigo 130º ambos do código penal moçambicano de 2019.

⁵⁷⁹ segundo BITENCOURT (2014), são consideradas circunstâncias susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade da atitude do agente.

Ainda no contexto, deste preceito legal, as circunstâncias previstas nas alíneas a), b), c), d), e), f), g), constavam do código penal moçambicano de 2014. Entretanto, foi aprimorado e introduzido para o novo código penal moçambicano, alínea h) para corresponder as dinâmicas sociais que impactava de forma negativa na sociedade moçambicana, por exemplo nos casos de homicídios praticados com fins de consumo de partes do corpo humano. Entendemos nós, que o legislador moçambicano foi ao encontro das inquietações sociais, percebendo-se de grande número de notícias que davam conta do aumento de número de casos de canibalismo, deste modo, tendo-se decidido agravar os homicídios⁵⁸⁰.

Contudo, a que destacar o disposto da alínea “a” do art.º 160º CPM, segundo ESTEFAM, a circunstância não foi tipificada pelo ordenamento jurídico brasileiro⁵⁸¹, todavia, os actos premeditados são imaginados com antecedência e que resultam em crimes qualificados, não pela premeditação em si, mas por serem cometidos com emprego de “dissimulação, à traição, motivo torpe.”

No que se refere ao disposto na alínea “d” do art.º 160º CPM, o ordenamento jurídico-penal, brasileiro prevê circunstâncias qualificadoras semelhantes, ao inciso V do paragrafo 2º do art.º 121ºCPB. Igualmente, as circunstâncias agravantes previstas nas alíneas “b” e “d” do art.º 160º CPM, apesar de não serem igualmente tipificadas nessa modalidade de homicídio perante a legislação brasileira, vêm previstas como circunstâncias agravantes genéricas, nos termos do art.º 61º CPB.

Todavia, o CPM, defende a existência de circunstâncias qualificadoras que não possuem previsão legal, no ordenamento jurídico-penal moçambicano, como por exemplo o facto de o homicídio ser cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou com emprego de fogo, explosivo, asfixia, à traição ou emboscada e contra mulher em face de sua condição de ser do sexo feminino, embora este ultimo preceito legal, cabe legislação moçambicana ao crime da violência domestica, que sua evolução bastante, na protecção do género.

Quanto ao homicídio privilegiado, tanto o ordenamento jurídico-penal moçambicano (art.º 161º) como o brasileiro (art.º 121º, paragrafo 1º) prevê como hipótese de circunstâncias que caracterizam o privilegio, cometer o crime por relevante valor social ou moral e sob domínio de violenta emoção, estando as diferenças baseadas na moldura penal aplicável nas penas privativas de liberdade; sendo de até dois anos e multa em Moçambique, para os factos descritos e correspondente a uma circunstância de redução de pena no ordenamento jurídico brasileiro, na proporção de um sexto a um terço da pena de 6 (seis) a 20(vinte) anos prevista para o homicídio simples.

Para os factos, descrito do art.º 161º CPM, prevê que o agente esteja dominado por compreensível emoção violenta, não exigindo que seja logo após injusta provocação da vítima. Tal que, em Moçambique assim como, no Brasil o instituto de Homicidio previligiado é

⁵⁸⁰ Vide, novo código penal moçambicano, anotado e comentado por ELISIO FRANK XAVIER DE SOUSA, 2019, PP.162-163.

⁵⁸¹ ESTEFAM, André. *Direito penal - parte geral (arts. 1 a 120)*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 518.

constituído por circunstâncias especiais da atenuação da pena do homicídio, também tal como se explica RIBEIRO, Rita Fernandes Teixeira, na sua dissertação⁵⁸².

Sobre o tipo de homicídio por envenenamento, previsto no art.º 162º CPM, ela não tem correspondência no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, no parágrafo 2º do art.º 121º CPB, prevê circunstância penal semelhante, ‘uso de veneno’ para matar um ser humano. Este tipo penal não possui previsão legal autónoma na legislação brasileira, tal como acontece na legislação penal moçambicana.

Contudo, existe previsão legal, da modalidade conhecida por homicídio Involuntário no âmbito do ordenamento jurídico-penal moçambicano e culposo no ordenamento jurídico-penal do Brasil, as quais, em que pese a identidade de tipo penal, possuem conceitos diferentes para culpa e negligência, assim, são critérios que norteiam as circunstâncias agravantes e atenuantes, tanto para a moldura penal aplicável.

O ordenamento jurídico-penal de Moçambique, consagra no art.º 170º CPM, que a acção perpetrada por quem não procede com o cuidado, susceptível às circunstâncias que causar a morte de alguém, incorre no crime de homicídio Involuntário.

Portanto, em consonância com o conceito de culpa no ordenamento jurídico-penal brasileiro, define homicídio culposo como aquele praticado pelo agente que “inobserva o cuidado objectivamente devido, a diligência indispensável em face das circunstâncias e produz, de consequência, o resultado morte”⁵⁸³.

Para esses tipos legais do Crime, para moçambique é fixada como pena privativa de liberdade, máxima de 2 anos de prisão, no entanto para ordenamento jurídico-penal brasileiro a pena privativa de liberdade máxima abstracta é fixada em três anos de prisão.

O conceito de culpa jurídico-penal está ligado à culpabilidade, à responsabilidade do agente, as quais podem ser decorrentes de acto doloso ou uma acção praticada de forma negligente⁵⁸⁴.

Na ordem jurídica-penal, brasileira, define-se a culpa como sendo o elemento subjectivo do facto típico culposos⁵⁸⁵, mas ressalta-se que a palavra culpa é muito utilizada em seu sentido amplo, que se equivale ao português, sendo considerada a culpabilidade do agente, ou seja, compreende o dolo e a culpa em sentido estrito, definida como “a conduta humana voluntária ou que produz um resultado antijurídico, não querido, mas previsível ou que podia com a devida atenção ser evitado”

Na esfera da legislação brasileira, a culpa ainda se apresenta nas modalidades de imperícia e negligência. Destaca-se que imperícia, considerada como a falta de capacidade para a realização do acto, no ordenamento jurídico moçambicano recebe o nome, conceitualmente, de negligência na assunção ou na aceitação, pois se trata da assunção de tarefas ou da aceitação de

⁵⁸² RIBEIRO, Rita Fernandes Teixeira, os Homicídios Passionais, Considerações Relativa ao Grau de Culpa do Agente, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015

⁵⁸³ PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; OLIVEIRA, Ney Menezes de; FERNANDES, Daniel Fonseca. *Retratos do sistema penal: política de drogas, gênero e política de drogas*. Salvador, EDUNEB, 2020.

⁵⁸⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª Edição - 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2012.

⁵⁸⁵ GOMES, Luis Flávio, BIANCHINI, Alice, *Curso de direito penal. Volume 1, Parte geral (arts. 1º a 120)*, JusPODIVM, Salvador, 2015., p. 99

responsabilidades para as quais o agente não está preparado ou em que lhe falta condições pessoais para o desempenho cuidadoso⁵⁸⁶.

De igual forma, para o seu antigo colonizador (sistema português), o doutrinador explica que é previsto um “grau essencialmente aumentado ou expandido de negligência, chamado de negligência grosseira, que não possui definição conceitual precisa, mas prevê que nessas situações o agente será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos. Ademais, o Código Penal português prevê, como modalidades de dolo, o directo, o necessário e o eventual, nos termos do art.º 14º, ao passo que os seus ex-colonizados (Moçambique e Brasil), os seus ordenamentos jurídicos penais diferenciam o dolo, somente, em dolo directo e eventual.

Convém, salientar que a diferenciação da tipificação atribuída aos homicídios causados na condução de veículo automotor. Inicialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, havia a figura geral do homicídio culposo que se aplicava também aos acidentes de trânsito. Após, com a edição do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), de 1997, foi criada uma nova figura, o homicídio culposo no trânsito, na forma do art.º 302.º, com pena privativa de liberdade de dois a quatro anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

No entanto, para Moçambique, o agente incorrerá na prática do crime de homicídio involuntário, consoante disposição do Código Penal. De outro modo, no contexto brasileiro é previsto que a pena é aumentada em um terço caso o crime resulte de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procurar diminuir as consequências do seu acto ou fuge para evitar prisão em flagrante, nos termos do paragrafo 4º do art.º.121º CPB.

Contudo, o paragrafo 5º do art.º 121º CPB, prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial nas hipóteses de homicídio culposo, visto que o Estado renuncia ao direito de punir por entender que a pena é desnecessária, embora tenha havido morte como consequência da falta da capacidade de evitar por parte do agente do crime, nas mesmas circunstâncias de facto não encontra semelhança, na previsão legal.

4.4. Matrizes Qualificadoras do Homicídio

O homicídio Agravado constante das alíneas a) até J) do art.º 160º CPM e Homicídio Qualificado, constante do paragrafo 2º do art.º 121º CPB, são normas inovadoras, uma vez que estão divididas em duas partes, divisão essa que é visível na própria norma. Na primeira parte do paragrafo primeiro, do art.º 160º CPM, encontra-se a cláusula geral, e nas alíneas a) até J) observa-se os chamados exemplos-padrão, que não são de todo taxativos, servindo de exemplo para aquilo que pode qualificar o homicídio.

Ao contrário do que se encontrava previsto nos anteriores códigos, apesar de não haver todas as situações que podem conduzir à qualificação do homicídio e nem sempre as situações previstas nesta norma levam à qualificação do homicídio.

⁵⁸⁶ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª Edição - 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p. 108..

Nas palavras do DIAS⁵⁸⁷, o homicídio qualificado não é mais que agravação do homicídio Simples, previsto no art.º 159º CPM, ainda foi mais longe ao afirmar que “o legislador, seguiu em matéria de agravação do homicídio, um método particular até certo ponto, neste domínio, pouco se assemelha com métodos de outros países(...): a combinação de um critério generalizador, determinante de um especial tipo de culpa, com a técnica chamada exemplos-padrão⁵⁸⁸.

Quando observado o art.º 160º CPM, “a quem causar morte de outrem em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de vinte a vinte quatro anos”, deparamo-nos com a tal cláusula geral que contém, nas palavras de ELISABETE MONTEIRO, “(...) dois conceitos indeterminados: a especial censurabilidade e a especial perversidade⁵⁸⁹.

Nas alíneas a) a j), da mesma norma vê-se um conjunto de circunstâncias exemplificativas, situações que no caso concreto sejam suscetíveis de revelar especial censurabilidade ou perversidade.

É importante ter em conta que se trata de situações exemplificativas e que não é só a sua existência que permite automaticamente afirmar que estamos perante um homicídio qualificado ou agravado pelo resultado. Trata-se de circunstâncias “cuja verificação não implica forçosamente a agravação ou a qualificação do homicídio”⁵⁹⁰. Contudo, só ocorrerá se tais circunstâncias exprimirem um grau especialmente elevado de culpa.

Olhando para esta ideia, representada por conceitos indeterminados vai ser necessário fazer uma análise específica a cada caso concreto de modo a perceber se efectivamente se subsumem a esta norma, se realmente existiu uma especial censurabilidade ou perversidade.

Agravação ou qualificação do homicídio deve corresponder a uma situação que, de acordo com o modo de actuação do agente, merecer desde logo uma maior reprovação por parte da comunidade e da ordem jurídica.

Todavia, quando efectivamente existir maior censura, ou seja, agravação ou qualificação terá como pressuposto uma maior grau de culpa por parte do agente do crime. No entanto, entende-se aqui, que os exemplos-padrão presentes na norma do art.º 160º CPM, se configuram como “elementos constitutivos do tipo de culpa” e não se configuram como circunstâncias que atendem ao tipo de ilícito, como era o nosso entendimento⁵⁹¹. Assim, ficou compreendido que as circunstâncias aí presentes estão ligadas a um desvalor da acção e da conduta do agente do crime. A especial censurabilidade ou perversidade do agente do crime, não será mais do que a revelação de um desrespeito acrescido, ou de um desprezo extremo, do autor, pelo bem jurídico protegido por Lei, que é a vida da pessoa humana. Então, em que consiste agravação ou qualificação do homicídio?

⁵⁸⁷ DIAS, Jorge De Figueiredo, *Comentário Conimbricense Do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, P. 25.

⁵⁸⁸ Ibidem., 1999, P.25.

⁵⁸⁹ MONTEIRO, Elisabete Amarelo, *Crime De Homicídio Qualificado E Imputabilidade Diminuída*, Coimbra Editora, 2012.

⁵⁹⁰ Ibidem, 2012

⁵⁹¹ Cfr. o art.º160º CPM

Podemos dizer que esta, prende-se com uma valoração diferente do grau de culpa aquando da actuação do agente do crime. Certamente, que para aferir a qualificação de um homicídio é imperativo analisar o caso concreto porque, independentemente de estar preenchida a parte geral da norma ou algum dos exemplos previstos na norma, isso não significa que exista automaticamente uma agravação ou qualificação do homicídio. Todavia, é necessário fazer uma leitura de todas as especificidades do caso.

E, ainda mais, um problema ao nível da compatibilidade da técnica dos exemplos-padrão com o princípio da tipicidade e da proibição da analogia.

Percebe-se claramente que há necessidade de a lei penal ter precisão, de modo a não permitir a existência de decisões discricionárias por parte do julgador, isto é, o juiz, de tal maneira que seja fiel a lei, de forma a respeitar tanto o princípio da igualdade como o da segurança jurídica.

No entanto, a sociedade, estando em constante modificação, e assim sendo também os comportamentos que merecem proteção penal, é perceptível que haja cada vez mais uma maior abertura da lei penal. Essa abertura é possível desde que se mantenha sempre em vista o princípio da legalidade criminal.

O princípio da legalidade criminal vem desde logo previsto na Constituição da República Portuguesa, no n.º 134, art.º 29º, e também no próprio Código Penal, no art.º 1º. Este princípio consiste na exigência de ser necessária uma lei escrita e precisa, e com base no qual se proíbe a retroatividade da aplicação da lei penal assim como se proíbe o recurso à analogia. “O princípio da legalidade criminal” encontra-se (...) associado e funcionalmente vinculado à proteção do indivíduo perante o direito penal, colocando-o na defesa de uma intervenção arbitrária ou excessiva.

Posto isto, é de aceitar a inclusão de cláusulas gerais e conceitos indeterminados na lei penal, como o que acontece neste art.º 160º CPM, desde que tal não seja incompatível com o princípio da legalidade e que tais cláusulas e conceitos sejam dotados de um conteúdo previsível, através de definições e exemplos típicos.

4.5. Censurabilidade e Perversidade

Ao falarmos em homicídio qualificado temos dois caminhos possíveis, aquelas actuações do agente que nos conduzem para uma especial censurabilidade e as outras que nos remetem para uma especial perversidade. São duas situações distintas. o que se pretende com contributo deste trecho é precisamente distinguirmos o que é especialmente ser censurável e o que é especialmente ser perverso? Esta questão tem levantado alguma divergência doutrinária.

Para TERESA SERRA, “a especial censurabilidade refere-se às componentes da culpa relativas ao facto, funda-se naquelas circunstâncias que podem revelar um maior grau de culpa como consequência de um maior grau de ilicitude”; por outro lado, a especial perversidade reporta-

se “a uma atitude profundamente rejeitável, no sentido de ter sido determinada e de constituir indício de motivos e sentimentos que são absolutamente rejeitados pela sociedade⁵⁹².”

Nesta ordem de pensamento vemos então que a especial censurabilidade está intimamente ligada ao facto em si e a perversidade a algo que está mais ligado com o agente do crime.

É neste mesmo sentido que DA SILVA, também se posiciona porquanto afirmando que a especial censurabilidade, constitui uma conduta que releva uma profunda distância em relação a um determinado quadro valorativo, afastando-se de um padrão normal (...). As circunstâncias que rodeiam o agente e o motivam a matar, representam maior refracção, sendo razões que deviam acarretar maior contra motivação para que o agente não tivesse agido daquele modo⁵⁹³.

O grau de censura aumenta por haver na decisão do agente o vencer de factores que, em princípio, deveriam orientá-lo ainda mais para se abster de actuar, as motivações que o agente revelou, ou a forma como realizou o seu facto, apresentam, não apenas um profundo desrespeito por um normal padrão axiológico vigente na sociedade, como ainda traduzem situações em que a exigência para não empreender a conduta se revela mais acentuada.

Por outro lado, a especial perversidade para este autor representa um comportamento que traduz uma acentuada rejeição, por força de sentimentos manifestados pelo agente que revela um egoísmo abominável. (...) O agente toma a decisão de sob grande reprovação atendendo à personalidade manifestada no seu comportamento,(...) para tal, o agente deixa-se motivar por factores completamente desproporcionais, aumentando a intolerância perante o seu facto⁵⁹⁴.

Noutra linha de pensamento, que não representa nenhuma doutrina, pensa-se que para além da especial culpa do agente, funda-se na qualificação do crime de homicídio, na perigosidade social do agente e nas exigências de prevenção geral que relevam para essa qualificação.

Ainda neste âmbito temos de dar crédito à divisão feita por Maria Fernanda Palma, ainda que o legislador tenha optado por não fazer tal divisão na letra da Lei, que nos diz que se inserem como circunstâncias que revelam especial censurabilidade aquelas “relativas ao modo de ser objectivo da acção”, e circunstâncias que revelam especial perversidade aquelas “relativas à implicação pessoal do agente na acção”⁵⁹⁵.

Deste modo, no primeiro nível inserem-se as circunstâncias reveladoras de um especial desvalor da acção que se traduz num maior grau de ilicitude do facto. E, num segundo nível, inserem-se as circunstâncias que traduzem, uma acção desvaliosa, mas agora intrinsecamente ligada à atitude do agente.

Apesar desta divisão nunca nos podemos esquecer que a qualificação do homicídio só pode ser feita olhando para o caso concreto e para os factores que motivaram a actuação do agente. Ou seja, não basta verificarmos que a conduta do agente é censurável ou perversa, “é necessário que esse juízo de culpa convoque circunstâncias e características especialmente desvaliosas:

⁵⁹² SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Edições Almedina, 1999.

⁵⁹³ SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da, *Hermenêutica e homicídio qualificado*, Brasília, TJDF, 2014.

⁵⁹⁴ Ibidem., Brasília, Tjdf, 2014.

⁵⁹⁵ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, 5ª edição, AAFDL Editora, 2023.

sensivelmente desconformes com os valores ético-jurídicos e com as exigências da comunidade”⁵⁹⁶.

Actuação do agente tem de se mostrar desconforme com o que é aceite pela ordem jurídica e tem de consubstanciar uma censurabilidade ou perversidade acrescida àquela que está presente no tipo legal do art.º 160º CPM.

Nas palavras de TERESA SERRA, “só se pode decidir que a morte foi causada em circunstâncias que revelam especial censurabilidade ou perversidade através de uma ponderação global das circunstâncias externas e internas presentes no facto concreto”⁵⁹⁷.

Podemos concluir, seguindo o pensamento de DIAS, que corresponde à doutrina dominante, que ao olharmos para a letra da Lei parece-nos acertado afirmar que o legislador quis conectar a especial censurabilidade a condutas que se traduzem numa acção desvaliosa que se verifica com a acção do agente enquanto a especial perversidade, está desde logo ligada às qualidades da personalidade do agente⁵⁹⁸. Esta questão parece estar mais ligada com o lado emocional.

Neste contexto, conclui-se que o art.º 160º do CPM, não pode ser analisado em separado, se aceitarmos que assim seja, e que a cláusula geral prevista pudesse existir sozinha seria permitir uma fuga ao princípio da determinação da Lei penal uma vez que daria ao juiz uma grande abertura e um largo âmbito de discricionariedade para actuar, uma vez que a lei não lhe indicaria um ponto de valoração onde se pudesse basear.

No entanto, TLC, é uma figura abstracta que retracta condutas proibidas ou ético-moral socialmente reprováveis. A figura retractada tem elementos suficientes para estabelecer a conduta proibida. Todavia, existem casos em que o legislador apresenta tipos derivados da figura principal, na maioria das vezes para qualificá-los ou agrava-los através de outros elementos ou factos.

Entende-se que, quando o legislador qualifica o crime, fá-lo na intenção de trazer maior punição com base em certas circunstâncias que não tenham sido previstas e expressa dentro do TLC, basilar, no contexto moçambicano - art.º 159º CPM e no Brasil pelo paragrafo primeiro do art.º 121º CPB, que tratam do crime de homicídio voluntário simples⁵⁹⁹.

O legislador penal, ao definir o crime de homicídio, na sua forma qualificada ou agravada, previu particularidades que proporciona maior censurabilidade, razão pela qual de atribuir pena diversa da figura simples. A Legislação penal brasileira, teve que considerar como motivos determinantes ‘torpe, fútil’, os meios e formas de execução, caracterizados por crueldade, tortura, que pode causar perigo comum, para corresponder, se justificar à aplicação da pena que corresponde aos factos⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ Ibidem, 5ª ed. 2023.

⁵⁹⁷ SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Edições Almedina, 1999.

⁵⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

⁵⁹⁹ GOMES, Luis Flávio, BIANCHINI, Alice, *Curso de direito penal. Volume 1, Parte geral (arts. 1º a 120)*, JusPODIVM, Salvador, 2015, pp. 193-194

⁶⁰⁰ HUNGRIA *apud* SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da, *Hermenêutica e homicídio qualificado*, Brasília, TJDF, 2014.

No entanto, as circunstâncias qualificadoras ou gravosas são alheias ao tipo penal, por não serem elementos factuais do tipo, se diz mais, que são factos accidentais, visto que, irão se configurar a uma nova pena, mas diversa da pena prevista da figura básica, embora o tipo penal incriminador continuará a ser o mesmo crime de homicídio.

As circunstâncias qualificadoras que o legislador considerou por bem tipificar fora da figura básica do tipo penal incriminador, já que ultrapassam as circunstâncias normais previstas para o crime basilar ou comum, dando exemplo, matar um sere humano usando arma de fogo, deste modo existirão circunstâncias qualificadoras ou gravosas que exigem uma punição maior ⁶⁰¹.

No nosso entender, o agravamento da pena, ocorre consoante circunstâncias qualificadoras ou gravosas, ocorre pelo facto de serem reveladoras de maior sanguinolência ou de elevado grau de crueldade. Todavia, justifica-se a análise das qualificadoras do crime de homicídio, de acordo com a importância do bem jurídico tutelado, que é a vida da pessoa humana.

A atenção observada no paragrafo 2º, art.º 121º CPB, verifica-se existir um exemplo casuístico com designação ‘paga ou promessa de recompensa’, em seguida, referenciado ‘outro motivo torpe’. Segundo, NÉLSON HUNGRIA, ao analisar a questão, não faz nenhuma menção de como o intérprete deve aplicar o enunciado normativo qualificador das circunstâncias enunciadas⁶⁰².

Assim sendo, cria-se espaço, para que surjam questões por esclarecer, por exemplo, quando se diz, motivo torpe, será que pode ser todo e qualquer motivo repugnante? Qual é o significado do motivo repugnante? Temos a certeza de que cada intérprete judiciário iria apresentar um resultado diferente para o mesmo caso, surgindo novas questões como por exemplo, de criar um TLC, com uma imprecisão, será que não viria ferir o princípio da legalidade?

Ainda no mesmo contexto, a questão do crime de homicídio qualificado, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, estabelece que o motivo fútil é causa de circunstâncias reprováveis. Fútil, nos termos da exposição do Código Penal, brasileiro é aquele ‘pela sua mínima relevância, não seria causa suficiente para o cometimento do crime do homicídio’, ou seja, é o motivo desproporcional, com menos relevância, ou inadequado⁶⁰³.

Neste âmbito, corroborando com o pensamento trazido, por NELSON HUNGRIA, o que é fútil para uns pode não ser para outros, porque este vocabulário leva consigo inúmeras interpretações. O legislador penal brasileiro, qualificou o crime de homicídio apresentando mais uma vez, exemplos casuísticos de meios empregues por homicidas para matar outra pessoa humana⁶⁰⁴ e, observa-se em seguida, circunstâncias qualificadoras ou gravosas à luz do código penal moçambicano, com enunciados genéricos ‘meio insidioso, cruel ou de que possa resultar perigo comum⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ Ibidem., Brasília, Tjdft, 2014..

⁶⁰² Ibidem., Vol. V. Rio de Janeiro, Forense, 1942.

⁶⁰³ *Op.Cit., Brasília, TJDFT, 2014.*

⁶⁰⁴ O Uso De Veneno, Fogo, Explosivo, Asfixia, Tortura, Para Pôr Fim Vida De Uma Pessoa Humana.

⁶⁰⁵ *Op.Cit., Brasília, TJDFT, 2014.*

São estas questões, que não nos deixe calar, como por exemplo: o que é causar perigo comum nos factos que circunscreve a prática do TLC, de homicídio? Seria, um automobilista, dirigir um veículo em excesso de velocidade, matar uma pessoa por atropelamento, sem ter prestado socorro; causar perigo a outras pessoas, pelo facto de o veículo possuir um tanque de combustível, na iminência de explodir? Seria o crime de homicídio praticado com recurso ao disparo de uma arma de fogo contra uma pessoa, que se encontrava junto de uma multidão humana, susceptível de causar perigo para demais pessoas, no lugar de facto?

Na óptica do NÉLSON HUNGRIA, ao nosso entender também, a circunstância qualificadora não esclarece ao intérprete como se alcança a uma interpretação segura com respeito e obediência aos princípios, isto é, pressupõe que o meio de que possa ser o local de facto, resulte o perigo comum, porque para além, da vítima escolhida pode de forma extensiva criar perigo a outras pessoas⁶⁰⁶.

Corroborando, com a abordagem do ROBERTO LYRA, segundo a qual, as circunstâncias qualificadoras, que circunscreve do motivo torpe não é definido pelo Código penal brasileiro, actual, sempre era tratado de forma ambígua no Código Penal, de 1890⁶⁰⁷.

Segundo LYRA, motivo torpe, podia se referir a falta do senso ético da colectividade e motivo fútil, aquele cometido a pretexto infundado, desproporcionado.

Nosso entender, o presente estudo, fez uma comparação com o projecto do Código Penal Italiano que previa motivos ‘torpes’, perversos ou fúteis ‘desproporcionais’, mas que a palavra perversa foi omissa por ser muito genérico. Todavia, Lyra, conceitua, o termo expresso no CPB, mas não analisou a questão da interpretação.

Neste contexto, o juiz pode ter uma interpretação na sua compreensão sobre o que ser fútil ou torpe, mas para interpretar tais termos qualificadores não se pode analisar o caso de acordo com seu individualismo, mas deve-se orientar para o todo, para a sociedade e não ao indivíduo em particular⁶⁰⁸.

O contexto referente ao meio cruel e à tortura, define-se, como sendo o que causa o sofrimento, físico ou moral à vítima. já para se considerar ser o perigo comum basta a potencialidade deste para integrar o crime, não se importa, se concretizou ou não⁶⁰⁹.

Na interpretação do direito penal, deve-se observar o princípio da legalidade, tal princípio proíbe a incriminação com base na ambiguidade ou presunções, pois nesta, não se apresenta a ilicitude da conduta, o que pode resultar em ofensa à segurança jurídica do cidadão, julga-se não ser saudável deixar ao critério do julgador a tarefa de identificar o facto punível, mas cabe-lhe a tarefa, simplesmente, para nosso entender, de confirmar os factos típicos.

Já na óptica do BENTO DE FARIA, as circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, vão qualificar-se quando praticado por motivo Torpe⁶¹⁰. Para HUNGRIA, o motivo

⁶⁰⁶ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

⁶⁰⁷ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*: vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955,

⁶⁰⁸ Ibidem.,1955, Pp. 268-271.

⁶⁰⁹ Ibidem.,1955, Pp. 268-271.

⁶¹⁰ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*: vol. I, Parte Geral. Rio de Janeiro: Record Editora, 1958.

desprezível, repugnante, revela um particular grau de gravidade, embora, não orienta nenhuma forma de como o juiz deve medir as circunstâncias que revelam a torpeza junto ao um facto concreto⁶¹¹.

Contudo, ao falarmos sobre as circunstâncias qualificadoras do motivo fútil, limitamos a definir aquela que tem uma desproporção entre a causa e o próprio crime de homicídio, neste caso concreto entre o crime basilar de homicídio e elementos factuais que qualificam como tal, mas não revela sobre a imprecisão terminológica usada.

Para BENTO FARIA, entende que na análise do facto cruel e o meio insidioso, limita-se a conceitual, nada argumenta-se acerca do limite que o intérprete deve se guiar, num caso concreto, nem se faz referência sobre as circunstâncias que relevam a questão do perigo comum. Todavia, fez-se análise do crime qualificado pela traição, emboscada, dissimulação e outro recurso que impossibilite a defesa da vítima, limitando-se a dizer que se trata de circunstância que revela ‘*sangue frio*’ do agente do crime, ou seja, maior gravidade social da conduta⁶¹².

Para mesma abordagem, a circunstância qualificadora, o crime de homicídio conexo com qualquer outro crime, não aborda acerca da imprecisão do enunciado normativo que releva a questão do cometimento do homicídio para assegurar a prática de outro crime, tomando como exemplo, matar uma pessoa humana, para roubar sua viatura⁶¹³.

Na óptica do CEZAR ROBERTO BITENCOURT, o legislador valeu-se, muitas vezes de terminologias abertas para estabelecer a proibição a certas condutas, o que também verifica-se nas figuras de circunstancias qualificadoras, sem colocar em causa o principio da legalidade⁶¹⁴.

No entender de BITENCOURT, o legislador, ao qualificar o homicídio trouxe alguns exemplos, tal como o homicídio qualificado pela tortura, mais uma vez trouxe uma terminologia aberta, qual seja, homicídio qualificado, quando praticado por meio cruel⁶¹⁵.

Contudo, no entendimento obtido da análise, verificou-se que pouco se fala da interpretação das terminologias abertas, mas segundo BITENCOURT, a interpretação das circunstâncias qualificadoras genéricas, o intérprete judiciário deve buscar a similitude com as casuísticas, porque estas servem apenas de paradigmas de diversas formas de execução do crime de homicídio⁶¹⁶.

Segundo DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, as figuras típicas do crime de homicídio já em análise “simples, privilegiada, qualificada e culposa”, no caso particular do crime de homicídio qualificado, se considera ter deixado de ser simples o acto de matar alguém, isto é, crime basilar do homicídio, quando os motivos, os meios, as formas, as circunstâncias e conexões com outro tipo legal do crime, se observar⁶¹⁷.

⁶¹¹ *Op.Cit., Brasília, TJDF, 2014.*

⁶¹² FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado**: vol. I, Parte Geral. Rio de Janeiro: Record Editora, 1958.

⁶¹³ *Ibidem*, 1958.

⁶¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Especial**, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶¹⁵ *Ibidem*, 2011.

⁶¹⁶ *Ibidem*, 2011.

⁶¹⁷ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal - Parte Especial**, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.

Segundo, DAMÁSIO JESUS, os crimes do tipo, determinados pelo CPB, o legislador classificou-os de acordo com “*a natureza e importância do objecto jurídico*”, isto é, o bem jurídico protegido por homicídio, que é a vida⁶¹⁸.

Explica-se ainda pelo facto de o intérprete na sua actividade lançar mão na interpretação analógica, porque “*a paga e a promessa de recompensa são motivos torpes*”.

Contudo, o investigador afirma que a interpretação devia atender a natureza do meio empregue devido semelhança às circunstâncias qualificadoras relativas à traição, emboscada, dissimulação ou o emprego de outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima. A interpretação devia ser analogicamente idêntica à natureza das hipóteses descritas pelo legislador⁶¹⁹.

No âmbito do estudo específico do tipo legal do crime de homicídio qualificado, observa-se que é qualificado quando o Estado deseja punir de forma exemplar, aplicando a pena maior de prisão efectiva, quando os meios, as formas e os motivos empregues por agente do crime, relevam maior reprovação social.

Como se pode depreender, vários pesquisadores que abordaram especificamente de cada circunstância qualificadora disposta no paragrafo 2º, do art.º 121ºCPB, conceituaram as hipóteses, analisou-se a tipologia dos enunciados normativos, citou-se os exemplos e julgados, mas nada também se relatou sobre a existência e aplicabilidade das cláusulas genéricas, tais como: perigo comum, meio insidioso ou meio cruel, bem como qualquer meio que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima.

No entanto, a acerca das qualificadoras do crime, para NEY MOURA TELES, considerou sobre a definição e a aplicabilidade de cada enunciado, afirmando que se trata de uma forma genérica da interpretação à semelhança da casuística, tal como a paga ou promessa de recompensa, conceituando que serão motivos torpes todos aqueles que, à semelhança da obtenção do lucro ou da contratação de alguém para destruir uma vida humana, impulsionarem o agente do crime, a matar alguém, pondo em causa também os valores morais, da sociedade humana⁶²⁰.

Segundo ROGÉRIO GRECO, deve-se realçar a importância do princípio da legalidade especificamente quanto à necessidade da legislação penal ser clara e simples para que seu destinatário, tenha melhor esclarecimento de modo a permitir o cumprimento integral Lei⁶²¹.

Deve se evitar criar espaço para que haja a insegurança na aplicação prática dos preceitos legais, de modo a não criar o arbítrio, como era prática verificada na época da inquisição⁶²².

A Lei não é mais do que um emaranhado de palavras que exprimem vontade, para determiná-la, o intérprete pode investigar e recuperar o conteúdo deduzido por meio das palavras

⁶¹⁸Ibidem,2010

⁶¹⁹ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal - Parte Especial**, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶²⁰ TELES, Ney Moura, *apud* SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da, **Hermenêutica e homicídio qualificado**, Brasília, TJDF, 2014.

⁶²¹ GRECO, Rogério *apud* SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da, **Hermenêutica e homicídio qualificado**, Brasília, TJDF, 2014.

⁶²² Vide, 3789-Texto do artigo-6241-1-10-20180522, Na época da inquisição, na qual os enunciados jurídicos eram vagos, amplos e incertos, permitindo todo tipo de desumanidade, in Politeia: História e Sociedade, Vitória da Conquista, v. 11, n. 1, p. 13-18, 2011.

do legislador, para tal, o Direito Penal, como ciência não deve limitar-se à interpretação hierárquica da Lei, porque ainda pode buscar a letra e espírito para ajustá-la à factos humanos⁶²³.

Na óptica do ROGÉRIO GRECO, a punição para o agente do crime de homicídio qualificado será mais grave porque os motivos, meios, modos e fins aliados à prática deste tipo Legal do crime, relevam maior reprovação social⁶²⁴.

Segundo TELES, o crime de homicídio é classificado como simples quando o facto que incide sobre o bem jurídico tutelado, neste caso, a vida humana extra-uterina não tenha outra particularidade. No entanto, será qualificado quando a conduta do agente é distinta da anterior, demonstrando maior desvalor para a vida humana, necessitando de maior reprovação, eis a razão da diferença do simples acto de matar alguém⁶²⁵.

Na prossecução de comentários sobre a circunstância qualificadora do homicídio praticado com o uso de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum, nos parece que o legislador usou da antiga fórmula casuística seguindo a genérica e prognostica, que visava preservar um princípio que segundo qual situações idênticas merecerem o mesmo tratamento, perante a Lei.

Portanto, tudo aquilo que se considerar meio insidioso, cruel ou de que resulte perigo comum qualificará o homicídio⁶²⁶.

Corroborando na análise feita, por CEZAR ROBERTO BITENCOURT, acerca de termos genéricos e abertos inseridos nos enunciados normativos qualificadores do crime de homicídio, na actualidade, devido a influência da globalização no Direito Comparado se admite alguma indeterminação no enunciado normativo, pois o legislador não tem como prever todas as possíveis condutas que podem ocorrer na violação de um bem jurídico, tutelado pelo homicídio ‘Vida Humana’ ou seja, usa-se da generalidade para tentar abranger um número maior de comportamentos nocivos à sociedade humana⁶²⁷.

No entanto, BITENCOURT, corrobora com a ideia do legislador, na qual, apresenta certas circunstâncias tipologicamente fechadas impedindo algumas condutas e, por fim, apresentara uma terminologia aberta para que condutas semelhantes, sejam consideradas proibidas⁶²⁸. A mesma visão é apoiada com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO⁶²⁹.

No contexto, académico é possível perceber que o legislador brasileiro tratou o crime de homicídio de acordo com a tradição moderna o considera, recebendo dela uma influência, ou seja,

⁶²³ HUNGRIA, *apud* SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da, ***Hermenêutica e homicídio qualificado***, Brasília, TJDF, 2014, p.17

⁶²⁴ GRECO, Rogério *apud* SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da, ***Hermenêutica e homicídio qualificado***, Brasília, TJDF, 2014.

⁶²⁵ TELES, *apud* SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da, ***Hermenêutica e homicídio qualificado***, Brasília, TJDF, 2014, p. 83

⁶²⁶ GRECO, Rogério. ***Curso de Direito Penal. Parte Especial***, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pp.167-168

⁶²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, ***Tratado de Direito Penal, Parte Especial***, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, ***Tratado de Direito Penal, Parte Especial***, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.80-81.

⁶²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.96.

revela-se, através da legislação penal, de ambos ordenamentos jurídicos, de Brasil e de Moçambique, a importância do direito à vida.

O legislador estipulou de uma forma simples de homicídio, mas também previu formas qualificadas para o Brasil e agravadas para Moçambique. Quanto ao meio, a forma ou motivo do crime, relevam maior reprovação da conduta do agente do crime, ou sua elevada perversidade. A estrutura base do crime de homicídio para o Brasil, é prevista do art.º 121º CPB, comumente chamado pela doutrina penal de tipo penal, sendo que os enunciados qualificadores estão previstos. No paragrafo 2º do mesmo preceito legal.

Contudo, observou-se que os enunciados normativos qualificadores não fazem parte da estrutura básica do crime do homicídio, pois são circunstâncias acidentais que elevam a censura, mas não alteram a conduta que o legislador visa impedir, a de matar alguém.

Notou-se ainda, que existem várias doutrinas acerca da definição e a forma de interpretar os enunciados normativos qualificadores, mormente a extensão e o alcance na interpretação analógica, são visíveis da primeira qualificadora⁶³⁰.

Verificaram-se duas correntes doutrinárias, uma que diminui a actuação do intérprete, na medida em que limita o alcance da fórmula genérica, isto é, motivo torpe, restringindo a aplicação da interpretação analógica aos casos semelhantes da fórmula casuística com designação “paga ou promessa de recompensa”.

A outra corrente doutrinária afirma que o legislador penal, responsabilizou ao intérprete a tarefa de complementar o enunciado normativo, ou seja, cabe a este, definir o que é motivo torpe, sugerindo que a definição seja expressa pela consciência jurídica moderna.

Na segunda qualificadora, observa-se existir uma tendência na doutrina brasileira, pois se define motivo fútil como sendo acto de menos importância, o banal, desproporcional, a conduta de matar outra pessoa humana, isto é, susceptível de aplicação da interpretação extensiva⁶³¹.

Na terceira qualificadora, na mesma que acontece da primeira, existe duas vertentes doutrinárias, uma advoga que a expressão aberta contida no enunciado normativo qualificador devia ser interpretadas à semelhança das fórmulas casuístas, com base na interpretação analógica, limitando o alcance do texto legal. Já que a outra, permite ao intérprete interpretar suas cláusulas de forma aberta e de acordo com a designação real, independente da semelhança com os exemplos casuísticos apresentados pelo legislador, permitindo assim, a incidência da interpretação extensiva⁶³².

Na quarta e quinta qualificadora, também se observa fragilidade dos argumentos da consciência jurídica contemporâneo, ou seja, a doutrina penal brasileira discorre de forma deficiente, sobre a forma de interpretar os referidos enunciados qualificadores.⁶³³

Todavia, existe também duas correntes doutrinárias, assim, um reflecte posicionamento doutrinário que restringe o alcance dos enunciados às hipóteses semelhantes aos exemplos da

⁶³⁰ Cfr. O art.º 121º, paragrafo 2º, inciso I, do Código Penal, brasileiro

⁶³¹ Cfr. o paragrafo 2º, inciso II, do artigo 121, do Código Penal brasileiro

⁶³² Cfr. o paragrafo 2º, inciso III, do artigo 121, do Código Penal brasileiro

⁶³³ Cfr. o paragrafo 2º, incisos IV e V, do artigo 121, do Código Penal brasileiro

interpretação analógica feita por legislador, outro posicionamento que permite uma interpretação desligada dos exemplos juridicamente aceites, sendo que, pode ser qualificado o crime de homicídio pela conexão de garantir a vantagem de outro crime, mesmo que a conexão não seja do interesse patrimonial.

Portanto, na óptica do MÁRCIO EVANGELISTA FERREIRA DA SILVA, o legislador penal responsabilizou o intérprete para completar o sentido e o alcance do enunciado qualificador aberto, embora, existir discussões doutrinárias sobre a existência ou não de limites ao intérprete, ou seja, de um lado o intérprete devia se espelhar nos exemplos casuísticos apresentados pelo legislador ou, de outro lado, podia apresentar um conceito com maior alcance do enunciado normativo qualificador⁶³⁴.

No entanto, a legislação penal Brasileira e Moçambicana, têm origem do ordenamento jurídico-penal português, como nos referimos nas anteriores abordagens, mas, a de Brasil, sofreu influência de outros ordenamentos jurídicos penais, nesse contexto foi-se afastando aos poucos da sua origem, apresentando estruturas e tipos penais próprios, ditando assim a sua autonomia, pós Brasil colônia, embora ainda seja possível, actualmente, encontrar semelhanças entre legislação penal moçambicana, brasileira e portuguesa, este último por ter deixado sua influência legislativa para os dois ordenamentos jurídico-penais.

Ao longo da pesquisa, deu-se margem para outros questionamentos. No decurso da análise comparativa feita, percebeu-se que o legislador moçambicano, quando da elaboração do Código Penal, valeu-se da sua artificialidade de modo a tipificar inúmeras condutas ilícitas como crimes, de forma clara e objectiva, visando a não deixar margem para interpretações e sua percepção dúbias. Para o Brasil não se verificou detalhes no art.º 121º CPB, que possui expressões dúbias e complexas, como sempre nos referimos, que dão margem a subjetivismos e brechas embora pode-se citar como melhor exemplo, a redacção atribuída ao inciso VII, parágrafo 2º, do art.º 121º CPB, nesta ordem jurídica.

Igualmente, salienta-se que o CPM, em tese, tem menos correlação com a actualidade social global, considerando que após colonização não sofreu grande reforma em comparação com o Brasil, que justamente vai adaptando-se à realidade da sua sociedade.

O CPM, estagnou-se no tempo, por não ter passado por nenhuma grande reforma, na parte Especial, apenas existindo pequenas alterações ao longo dos anos, que não visavam a se adaptar à realidade social mas sim, à realidade Política do País⁶³⁵.

De certo modo, verifica-se que no CPM, sobretudo a parte especial, onde constitui grande interesse da nossa pesquisa, observa-se que de certa forma, não vislumbra evolução, porque pende-se para a despenalização, para uma realidade que na nossa óptica não necessita de fortes medidas de repressão criminal, visto que as penas previstas atenderiam às suas funções e as políticas

⁶³⁴ DA SILVA, Marcio Evangelista Ferreira, *Hermenêutica e homicídio qualificado*, Brasília, TJDF, 2014.

⁶³⁵ CUCO, Arcénio Francisco, *Direito Uma necessária Problemática*, In Severino E. Ngoenha (Coord.), *(In) Justiça: Terceiro Grande Consenso Moçambicano*, ed. Real Design, 2019, pp. 17- 30, e SOUSA, no seu *Manual de Direito Criminal moçambicano*, 2º Ed. Escola Editora, Maputo, 2012. Passaram 128 anos, a legislação penal moçambicana sem se beneficiar da revisão.

criminais de ressocialização, nesse contexto seriam bem-sucedidas no actual contexto moçambicano, na nossa percepção.

Neste âmbito, o CPM, tem carácter punitivo, em que todas as condutas ilícitas, ou quase todas, estão tipificadas como crime⁶³⁶.

No entanto, a legislação brasileira prevê tipificações diferentes para os mesmos ilícitos, a exemplo do homicídio culposo na direcção de veículo automotor, que é tipificado pelo Código brasileiro. Contudo, também há previsão legal semelhante no CPM, mas com designação diferente, isto é, homicídio involuntário, no caso da jurisdição brasileira poderia se destinar para o mesmo fim como eram antes de 1997, o que acaba por gerar uma série de legislação dispersa, na qual nem próprios utilizadores são capazes de dominar plenamente.

Outro ponto apurado, e que marca diferença, o CPM, apresenta penas mínimas do homicídio, elevadas do que as previstas no CPB.

Considerando que, existe dificuldades de atingir a pena máxima, mas o seu cálculo faz-se partindo da mínima, não restam dúvidas de que a legislação moçambicana é severa.

Portanto, a legislação brasileira, por sua vez, proporciona maior protecção e repressão a actos praticados contra a mulher, perante o crime de feminicídio, a visão semelhante não teve espaço na legislação penal vigente do CPM, assim como, a Lei de crimes hediondos, apesar deste último ter sido previsto, do CPM, de 2014⁶³⁷, e pela revisão que deu origem ao novo CPM, não teve a sua manutenção, razões não explicadas.

Igualmente, existe maior repressão aos actos praticados aos indefesos, considerando, inclusive, que o Brasil não autoriza o aborto, o que é autorizado excepcionalmente, na legislação moçambicana⁶³⁸.

Do mesmo modo, a legislação brasileira proporciona maior individualização na fixação da pena a ser aplicada ao agente do crime, considerando que prevê, agravantes e atenuantes em número superior ao da legislação moçambicana.

No decurso da pesquisa percebeu-se que os ordenamentos jurídicos de Moçambique e do Brasil, possuem pontos positivos e negativos, e que uma mistura dos dois ordenamentos seria uma alternativa para a sociedade moçambicana ou vice-versa.

A estrutura do CPM, apresenta TLC, de homicídio, nas suas diversas formas, perante os factos circunstanciais do tipo basilar, de forma autonomamente articulado, essa forma de organização legislativa, na nossa óptica seria uma vantagem para o intérprete jurídico. Com relação ao código penal brasileiro, apresenta diverso TLC, de homicídio num único artigo⁶³⁹.

⁶³⁶ Assim, de certa forma, isso acaba por fugir aos objectivos do Direito Penal, que deve ser utilizado de forma subsidiária, como *ultima ratio*, e ater-se a condutas relevantes. Por exemplo, em relação ao delito de propaganda ao suicídio na legislação portuguesa, no Brasil ele seria solucionado por meio das disposições do Código de Defesa do Consumidor, gerando indemnização para eventuais lesados e, possivelmente, melhor atendendo aos objectivos das penas de desestímulo da reincidência do que na hipótese de uma sanção criminal.

⁶³⁷ Cfr. o art.º 160º, da Lei n.º 35/2014, de 31 de Dezembro

⁶³⁸ Cfr. os art.ºs 168º e 169º, da Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro

⁶³⁹ Cfr. art.º 121º, do Decreto-lei no 2.848/1940

Todavia, os CPB e CPM, vigentes, de facto, precisam de continuarem a se beneficiarem de reformas de forma a se adequar, cada vez mais à actual realidade social, de cada ordem jurídica estudada; entretanto, observa-se aqui, que um Código Penal mais rígido, apesar de aplaudido pela sociedade, não diminuirá ou dissolverá, por si só, a criminalidade, casos de homicídios, passam por se adoptar cada vez mais, medidas preventivas e de ressocialização, em consonância com o desenvolvimento da sociedade.

4.6. Penas de Homicídios

No TLC, do homicídio, observa-se das circunstâncias que podem constituir agravantes e atenuantes genéricas previstas nos art.^{os} 61º e 62º, e as atenuantes nos art.^{os} 65º e 66º, todos do CPB. No entanto, para o caso da Jurisdição penal moçambicana, agravação, da mesma forma observa-se nos art.^{os} 40º a 42º e atenuação nos art.^{os} 45º a 58º, ambos do CPM. Essas circunstâncias não integram a figura típica: limitam-se ao crime. Tais que;

A privação da liberdade é uma forma de restrição adoptada pelo Código Penal que consiste no aperto do direito de ir e vir, em resultado de reclusão num estabelecimento prisional com a finalidade de no futuro, reinseri-lo na sociedade, bem como prevenir a reincidência.

Todavia, no Direito Penal, tanto brasileiro assim como moçambicano, quando um indivíduo pratica um facto típico, definido por lei, como infração penal, isto é, crime e contravenções penais, nasce para o Estado a possibilidade de aplicar uma pena, exercendo assim o seu direito ou poder de punir, denominado de *ius puniendi*.

Para que o Estado exerça o seu poder de punir ao infractor, recorre a aplicação de penas, que podem ser privativas de liberdade, restritiva de direitos ou de multa. No entanto, um dos ganhos que o estado possui no âmbito penal, é o de punir quem cometer infração criminal, por meio das penas privativas de liberdade, que como o próprio nome diz, irá privar ou limitar a liberdade de quem não respeitar a Lei.

4.6.1. Pena de Homicídio Aplicável no Brasil

Existem diversas abordagens que explicam sobre o TLC, de homicídio, tal como BOTELHO e GONÇALVES, deram atenção sobre teorias associadas ao homicídio e organizá-las em categorias principais, tendo em observância relativo ao histórico do início das pesquisas, nesta matéria. No entanto, as teorias viam o seu núcleo localizado na racionalidade biológica⁶⁴⁰.

Segundo VERA MÓNICA RAMOS BATISTA Apud BOTELHO E GONÇALVES, esta racionalidade biológica, fazem com que o indivíduo carecesse de qualquer controlo próprio, bem como de algum domínio referente a factores biológicos, deixando-os submissos⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Vide, Vera Mónica Ramos Batista APUD Botelho e Gonçalves, in *As teorias explicativas sobre o crime de homicídio na decisão judicial – uma análise comparativa entre o discurso dos magistrados e os acórdãos* (Dissertação de Mestrado) Universidade Lusófona do Porto, 2017.

⁶⁴¹ Ibidem, 2017.

No entanto, a presença de características físicas ou anatómicas no fenómeno homicida, os seus seguidores, foram mais longe, apostando na investigação de diferentes explicações bio antropológicas, como a hereditariedade ou factores genéticos⁶⁴².

Segundo, DE SOUZA, Etel..., realçam, dizendo que embora não existir um gene, algumas características hereditárias possam influenciar no comportamento do indivíduo⁶⁴³.

No entanto, apesar das teorias deixarem pouca margem de erro, foram trazidas ideias segundo as quais, indicam que a prevenção do crime ou tratamento do indivíduo criminoso deve-se aprimorar os factores ambientais ou da sociedade, em que o indivíduo se desenvolveu, porque também influenciam o comportamento.

Todavia, parece haver um consenso científico quanto à influência das alterações no funcionamento do cérebro, segundo as quais apontam que indivíduos com lesões cerebrais têm uma grande predisposição para comportamentos violentos e anti-sociais.

BOTELHO e GONÇALVES; apontam os factores de desenvolvimento das sociedades, que fazem com que o comportamento criminal tenha distúrbios no processo de desenvolvimento, das famílias⁶⁴⁴.

Quando se observam, os défices neuro psicológicos de indivíduo, são olhados na ordem de maus comportamentos dos progenitores, apresentando-se como indivíduos de um temperamento difícil, no progresso comportamental e de capacidades cognitivas reduzidas.

Olhando para todos estes factores, entende-se que podem proporcionar comportamentos antissociais precoces, podendo, ainda, traduzir-se numa actividade delituosa significativamente versátil, tornando o indivíduo como responsável pela maioria da criminalidade, nomeadamente a violenta, especialmente, do tipo legal do crime de homicídio.

Antes de falarmos das penas de homicídio e medidas de Segurança aplicáveis, é imprescindível conceituar o crime, tal que, a Lei Penal brasileira, define crime, através do art.º 1º, do CPB, onde se destacam elementos e características indispensáveis para se considerar como tal:

O art.º 1º CPB, considera crime, a infração penal que a lei estatui pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

De forma geral, objetiva e simples, o crime é conjunto de acções humanas de condutas proibidas pelo tipo penal incriminador, no caso do ordenamento jurídico-penal do Brasil, usa-se o art.º 121º CPB, tal como se observa também no ordenamento jurídico penal de Moçambique, através do art.º 159º CPM, para a incriminação do homicídio.

⁶⁴² Porto, Valberto Barbosa, **Genética**. 2. ed. – Fortaleza : EdUECE, 2015.

⁶⁴³ DE SOUZA, Ilíada Rainha; Daniela Cristina de Toni e Juliana Cordeiro, **Genética evolutiva**, Florianópolis : BIOLOGIA/EAD/UFSC, 2011.

⁶⁴⁴ Vera Mónica Ramos Batista APUD Botelho e Gonçalves, in *As teorias explicativas sobre o crime de homicídio na decisão judicial – uma análise comparativa entre o discurso dos magistrados e os acórdãos* (Dissertação de Mestrado) Universidade Lusófona do Porto, 2017.

Este entendimento é conjugado também por GIUSEPPE BETTIOL, ao afirmar que de forma material, o crime é todo o facto humano em contrariedade com a Lei, o que releva aqui é que o facto tipo é praticado por pessoa humana, não ao contrário, por animal, por exemplo⁶⁴⁵.

Não se deve considerar que estamos perante um facto típico praticado por um animal, por este ser irracional⁶⁴⁶.

Segundo BATISTA, o princípio da legalidade penal, em sentido estrito, significa antes de mais que tem que existir uma norma escrita para que um facto seja considerado crime, sua qualificação como facto ilícito penal, não pode ser feita casuisticamente, de modo concreto e particular, tem que ser estabelecido em normas jurídicas, com carácter de abstração e aplicação de forma genérica⁶⁴⁷.

A história da pena, segundo MÁRIO YUDI TAKADA, Brasil colonial teve seu início em 1500, teve seu termino por volta de 1822, com a sua independência. No entanto, quando o Brasil foi descoberto, a primeira legislação que passou a vigorar foi as Ordenações Afonsinas, as mesmas de Portugal. Tal que, não ficaram em vigor por muito tempo, tendo uma importância apenas para a elaboração das Ordenações Manuelinas, não obstante, o período imperial começou em 1822, quando o Brasil teve sua independência de Portugal⁶⁴⁸.

No entanto, as Ordenações Filipinas não foram revogadas de imediato, porque aguardavam da elaboração de um novo código. A nova fase do Brasil ocorre uma reorganização de valores políticos, humanos e sociais, tendo se desenvolvido sob a capa da liberdade social.

A europa teve grande influência, na criação dos princípios fundamentais do direito penal no Brasil, através do princípio da irretroatividade, da unicidade da pena. Como pode se compreender a pena no decorrer da história sofreu inúmeras modificações, foi tendo funções distintas em cada momento, tendo influenciado de forma direta na sociedade.

As penas corporais do passado foram quase extintas nos dias de hoje, com uma única rara excepção a pena de morte no Brasil, em caso de guerra declarada. Denota-se que dessas várias etapas percorridas, podemos vislumbrar a grande evolução que sofreu o carácter da pena e a sua função social, entretanto, a diferença dos tempos do Brasil Império, para o estado Democrático de Direito em que vivemos actualmente é gigantesca⁶⁴⁹.

Entretanto, ainda existem dúvidas em relação ao verdadeiro carácter da pena, pois mesmo diante de toda essa evolução, a sua função não tem se mostrado muito eficaz, restando a questão de melhorar a função punitiva, coercitiva ou de ressocialização

⁶⁴⁵ BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal*, tradução brasileira e notas do professor Paulo Jose da Costa Junior e do magistrado Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

⁶⁴⁶ Ibidem., 2000, P.209

⁶⁴⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁶⁴⁸ TAKADA, Mario Yudi. *Evolução histórica da pena no Brasil*. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2428/1952>. Acesso em 23/03/2024.

⁶⁴⁹ TAKADA, Mario Yudi. *Evolução histórica da pena no Brasil*. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2428/1952>. Acesso em 23/03/2024.

4.6.2. Ressocialização

A execução penal (Lei Nº 7.210/1984), no art.º 1º, observa-se a dupla ordem de finalidades da pena. A primeira trata da correta efetivação do que foi determinado em sentença ou em alguma outra decisão criminal. A segunda trata-se de oferecer condições para estabelecer a integração do preso despertando o mesmo a conviver harmoniosamente tanto na prisão quanto na sociedade.

Todavia, nos vale destacar que a ideia central da Lei de Execução Penal (LEP), é oferecer condições favoráveis ao condenado para o cumprimento da pena de uma forma mais humanizada com uso de meios necessários para a ressocialização e retorno de forma harmonizada à vida em sociedade.

No entanto, a prisão significa o direito de punição, reservado, e da competência exclusiva do Estado. Mas para alguns cidadãos entendem como uma exclusão social, onde as vedações são enormes, com uma realidade ignorada por maior parte da sociedade, que compactua com os maus-tratos e torturas a que, muitas vezes, alguns condenados são submetidos.

E, outro grupo de cidadãos entendem que as cadeias são locais de multiplicação dos piores vícios assim como no cometimento de novos crimes.

O objectivo central da criação de um sistema, que consiste em retirar o indivíduo da sociedade e encarcerar, para que durante o tempo de reclusão, seja ressocializado, de modo retorná-lo para o convívio social. Nestes termos, existe um grande desafio, que é o de promover essa ressocialização. No entanto, essa técnica do isolamento vem sendo objecto de debates por se mostrar ineficácia que vem sendo algumas vezes comprovada.

O isolamento do agente do crime visa romper o vínculo do criminoso com a sociedade e o mundo do crime, fazendo com que o recluso tenha a possibilidade de pensar ou refletir sobre seus actos contrários à lei⁶⁵⁰.

Segundo MICHEL FOUCAULT, a reclusão actualmente é tida como empresa de transformação de mentes de indivíduos, no entender de alguns cidadãos a prisão é tida como uma escola para o surgimento de novas delinquências, dentro da sociedade prisional, terá uma nova sociedade e heterogenia, isto é, “outro mundo”, onde não se vive, mas sim, sobrevive-se, os reclusos são incapazes de superar, se tornando piores ou agravando suas situações em termos de atitudes antissociais⁶⁵¹.

Observa-se na sociedade, ou seja, no nosso meio, indivíduos com comportamento desviante motivado por diferentes factores embora com alguma ausência do Estado-regulador, em curá-los, antes de condená-los, ou mesmo antes de libertá-los.

A pena como meio usado por Direito Penal, para conter o desrespeito da ordem social. É uma punição imposta pelo Estado aos agentes do crime, com objectivo de evitar a prática de novas infrações, tal que, ocorre por meio de processo judicial, sendo garantido e respeitado os direitos e garantias fundamentais do acusado⁶⁵².

⁶⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2001.

⁶⁵¹ Ibidem., 2001.

⁶⁵² Ibidem, 2001.

Porém, é notório a ineficiência do sistema prisional, tanto no Brasil assim como, na jurisdição penal moçambicana, contudo, um mecanismo para ressocializar o criminoso, após cumprir o tempo da pena determinado em sentença, o criminoso retorna para o ambiente social comum, sem ao menos ter tido o tratamento adequado.

Discussões apenas sob o ponto de vista da ressocialização do recluso, desumanização da execução penal, compensação da pena pelo trabalho diverso, entre outros, embora sua relevância, são questões rasas e pouco analisadas pelos próprios agentes criminosos, que apostam muitas vezes na certeza da impunidade.

A determinação da pena em sentido amplo abrange, essencialmente três tipos de operações⁶⁵³: determinação da moldura penal ou abstracta da pena; determinação da medida concreta da pena; e escolha da pena.

Na determinação da pena deve se incluir as operações tendentes à individualização da pena principal, naturalmente, mas também das penas de substituição, no tipo legal do crime que se admite, e das penas acessórias, a aplicar no caso concreto, o que nos parece aconselhável, desde das penas acessórias, a aplicar no caso concreto, desde logo, alguma precisão terminológica, capaz de auxiliar na identificação das realidades abrangidas e na clarificação de sentido das expressões usadas.

Relativamente à escolha da pena, há que atender sobretudo a escolha entre as penas principais e, em momento subsequente à determinação da medida concreta da pena de prisão, a escolha entre penas de substituição⁶⁵⁴.

No entanto, considerar-se-ão, por um lado, as diferentes espécies de pena como são casos de penas principais, acessórias e de substituição, por outro lado as diferenças entre o procedimento comum e as especialidades de casos particulares, no que respeita à determinação concreta das penas principais, isto é, máxime da pena de prisão e por último a distinção entre a operação de escolha da pena principal e a de escolha da pena de substituição a que considerar a hipótese de juntar-se a eventual opção, em alternativa, pelo cumprimento descontínuo da pena de prisão.

O procedimento comum para determinação de pena principal tem lugar em todos os casos em que há lugar à aplicação de uma pena ou à decisão de dispensa da mesma e precede lógica e necessariamente as operações específicas de determinação da pena nos casos de procedimento especial para determinação da pena principal - o art.º 66º CPB.

No entanto, das três fases de penas a primeira tem carácter necessário, pois quando o tribunal conclui pela prática de facto típico, ilícito, culposo e punível, sempre o tipo legal respectivo conterà a indicação da punição aplicável.

Já a fase de escolha da pena tem carácter claramente eventual, dado que nem sempre o tipo legal preenchido prevê em alternativa ambas a penas principais e a fase de determinação da medida concreta da pena principal é tendencialmente necessária, por se seguir, em regra, a uma das anteriores, mas pode verificar-se quando o tribunal se decidir pela dispensa de pena.

⁶⁵⁴ Quanto à pena de multa apenas se prevê a sua substituição pela pena de admoestação (art. 60ºCPB), e a substituição da multa por trabalho regulada no art.º 48ºCPB, constitui uma das modalidades de cumprimento pena no Brasil.

Também no procedimento para determinação de pena de substituição podemos distinguir entre escolha da pena de substituição, sempre que for possível a opção por mais que uma delas, como ocorre actualmente se a pena de prisão concretamente fixada não for superior a um ano ou a 3 anos (cfr. nº1, art.º 44º ; nº1, art.º 58º e nº, art.º 50º, ambos do CPB) e a determinação concreta da pena de substituição não se resume à quantificação da mesma, podendo consistir num conjunto mais ou menos complexo de operações e actos tendentes à escolha da concreta modalidade a aplicar, como sucede, por exemplo, no caso de suspensão da execução da prisão em que o julgador poderá optar entre a panóplia de possibilidades postas à sua disposição pelo legislador. (cfr. art.ºs 51º, 52º e 53º do CPB).

Esta distinção tal como a antecedente autonomização das operações de determinação da pena de substituição, designadamente face à operação de escolha da pena principal, justificar-se-á ainda à luz de uma espécie de “teoria geral” das penas de substituição, de que seria um dos temas precisamente o critério ou a cláusula geral da substituição e da respectiva escolha da espécie da pena a aplicar efectivamente, embora restrito a cada um dos ordenamentos⁶⁵⁵.

Sem prejuízo de posteriores desenvolvimentos nas sessões passamos agora à descrição do procedimento comum para determinar a pena principal e dos aspectos mais relevantes do procedimento especial para determinação da pena principal no caso de concurso de penas, dada a impossibilidade de abordar aqui todas os procedimentos.

Como vimos, são três as fases que, abstraindo do seu carácter necessário ou eventual, se sucederão, tendencialmente, pela ordem seguinte: determinação da moldura legal abstracta da pena principal; escolha da pena principal; determinação da medida concreta da pena principal.

Abordaria agora, de forma perfunctória, as três fases do procedimento comum para determinação de pena principal, deixando para outra oportunidade o seu aprofundamento, bem como a análise das operações relativas às penas de substituição, aos casos especiais de determinação da medida concreta da pena principal e às penas acessórias.

A primeira das operações a realizar pelo tribunal, no âmbito da determinação da pena em sentido amplo, consiste na determinação da moldura penal aplicável o que implica, em primeiro lugar, decidir sobre o tipo legal de crime aplicável no caso concreto.

Isto é, quando não resulte da factualidade provada que o arguido deve ser absolvido da prática do crime, neste caso do homicídio, que lhe vinha imputado, o tribunal começará por confirmar as hipóteses de qualificação jurídica constantes da acusação, da pronúncia ou resultantes da discussão da causa, conforme os casos, e concluirá pelo preenchimento de um dado tipo de crime, a que corresponde

uma certa penalidade, estabelecida entre um mínimo e um máximo, como referido supra. A previsão legal pode consistir na cominação para o crime de uma só ou de ambas as penas principais acolhidas no ordenamento jurídico-penal, em alternativa⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 329

⁶⁵⁶ A reforma do C. Penal levada a efeito em 1995 pelo Dec.Lei 48/95 de 15 de Março (DR Série I-A de 15 de Março de 1995), pôs termo às penas de multa complementares da pena de prisão previstas em diversos tipos de crime, passando a prever apenas a fixação da pena de multa em alternativa com a pena de prisão, ao mesmo tempo que

Depois de determinada qual a moldura legal prevista no tipo, pode ter que prosseguir-se na tarefa de determinação da moldura abstracta, caso se verifique alguma circunstância modificativa da pena que o legislador não considerou ao configurar o tipo, mas que seja aplicável no caso⁶⁵⁷.

As circunstâncias modificativas propriamente ditas (i.e., não incluídas pelo legislador no tipo legal) podem ser atenuantes ou agravantes e, umas e outras, podem ser comuns, quando são aplicáveis independentemente do tipo crime em causa, ou especiais se valem apenas para certo ou certos tipos legais de crimes.

No que respeita à reincidência, que é a única agravante comum prevista no CPB, de 1982, a agravação opera de modo mais complexo, devendo o respectivo procedimento ser considerado entre os casos particulares de determinação da pena ao lado da pena relativamente indeterminada e do concurso de penas, uma vez que em todos estes casos deverá seguir-se primeiramente o procedimento comum para encontrar a pena principal concreta correspondente ao crime ou crimes sob julgamento, e só depois se lhe seguirão as particularidades de procedimento impostas pela eventual verificação dos respectivos pressupostos formais e materiais.

4.6.3. A Dispensa de Pena

Após a mera identificação ou determinação da moldura penal, prevista no tipo legal – seja ele fundamental, qualificado ou privilegiado, ou seja, depois de concluídas as operações com vista à completa determinação da moldura abstracta da pena, consoante as hipóteses, pode o tribunal ter que ponderar sobre a efectiva aplicação, ou não, da pena correspondente à declaração de culpa do agente da infracção, no caso concreto.

Refere-se à dispensa de pena prevista genericamente no art.º 74º do Código Penal Português, para crimes puníveis com prisão até 6 meses ou só com multa não superior a 120 dias e em algumas disposições da parte especial, a qual pressupõe um comportamento que integre todos os pressupostos da punibilidade (i.e. que constitua uma acção típica, ilícita, culposa e punível), mas em que se conclua pela isenção de pena em virtude do carácter bagatela do facto e da sua falta de dignidade punitiva em concreto, desenvolvendo-se a respectiva problemática do ponto de vista, dogmático e da política criminal, ao nível da determinação da pena e não das condições de punibilidade no âmbito da doutrina do crime.

aumentou de forma considerável o número de tipos penais em que tal sucede. Nestes casos é o próprio tipo legal de crime que prevê, em alternativa, a moldura penal da pena de prisão e de multa, quer indicando expressamente os respectivos limites mínimo e máximo, quer fazendo-o total ou parcialmente por remissão implícita para os limites gerais (e, nesta medida, limites supletivos) estabelecidos na parte geral do C. Penal para cada uma das penas principais. Assim, o art. 41º nº1 do C. Penal estipula que, “A pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de 1 mês e a duração máxima de 20 anos” e o art.º 47º nº1 do mesmo diploma legal, estabelece que, em regra, o limite mínimo da pena de multa é de 10 dias e o seu limite máximo de 360.”

⁶⁵⁷ As circunstâncias modificativas – agravantes ou atenuantes – têm por efeito a modificação (em regra), ou substituição (excepcionalmente) da moldura penal prevista no tipo legal e, não obstante as divergências na Doutrina ao nível da “teoria” das circunstâncias, nomeadamente no que respeita ao seu enquadramento dogmático, sempre a apreciação dos respectivos pressupostos de facto e do Direito, bem como a concretização dos efeitos que a lei lhes atribui, terá lugar no momento da determinação da moldura abstracta aplicável.

Discute-se, desde logo, como resumidamente dá nota Santiago Mir Puig, «... se as circunstâncias modificativas hão- Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 200.

A relevância concreta das opções de política criminal em matéria de fins das penas na escolha da pena principal.

O art.º 65º do Código Penal Guineense, tal como o actual art.º 70º do Código Penal Português, que mantém a opção clara desde 1982, pela pena não privativa da liberdade, determinam que o tribunal deve dar preferência à pena de multa sempre que está satisfizer adequadamente os fins das penas, mas raras vezes se aplica no homicídio.

Embora, desde que seja possível formular um juízo positivo sobre a sua adequação às finalidades de prevenção geral positiva e de prevenção especial, nomeadamente de prevenção especial de ressocialização, no caso concreto, e deve preteri-la na hipótese inversa.

Isto é, a opção neste momento da fase na escolha da pena principal pela pena de prisão, não é sinónimo de opção pela execução ou cumprimento da pena privativa de liberdade, pois no nosso sistema de escolha e determinação da pena, as restantes penas alternativas à prisão são penas de substituição, o que significa que as mesmas apenas são aplicáveis depois de escolhida e concretamente determinada a medida da pena principal privativa de liberdade, sendo nessa altura que terá de avaliar-se da necessidade de sujeitar o condenado ao efectivo cumprimento da mesma.

Logo após a determinação da moldura abstracta da pena ou depois de escolhida a pena principal estabelecida no tipo legal, em alternativa, há que proceder à determinação da medida concreta da pena, ou seja, à sua quantificação, pois tanto a pena de prisão como a pena de multa requerem esta operação.

O Professor FIGUEIREDO DIAS, vem defendendo uma solução que passa pelo entendimento que a medida da pena há-de ser encontrada dentro de uma moldura de prevenção geral positiva e que será definitiva e concretamente estabelecida em função de exigências da prevenção especial positiva⁶⁵⁸, solução corresponderá ao modelo assumido pelo legislador de 1995, nos nºs 1 e 2 do art.º 40º do Código Penal Português. Ainda na esteira deste autor⁶⁵⁹, modelo, pode resumir-se em:

- 1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial;
- 2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa;
- 3) Dentro deste limite máximo ela é determinada dentro de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela penal dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; e
- 4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

⁶⁵⁹ Ibidem., 1999.

⁶⁶⁰ Cfr F.Dias: 2001 p. 110-1; já anteriormente no mesmo sentido, F. Dias: 1993 pp. 227-231 e F. Dias: 1991 pp. 2230. Igual entendimento é seguido pela Prof. Anabela Rodrigues, cuja identidade de pontos de vista com o Prof. F. Dias é expressamente assinalada por este em F. Dias: 2001, 110, nota 87.; vd ainda A. Rodrigues: 2002, 204-208.

4.6.4. Formas de Cometimento

As características prováveis de um agressor são definidas através dos comportamentos exibidos durante o cometimento de um crime.

Segundo MONTET, o *profiling* é uma das componentes da análise criminal, mas também funciona como o seu prolongamento, consistindo em deduzir e/ou induzir a imagem psicossocial, o mais rigorosa possível, de um indivíduo a partir de um conjunto de informações relativas às circunstâncias criminais verificadas na cena de crime e reunidas em dossier de instrução⁶⁶¹. Uma premissa base dos perfis criminais é que a forma de pensar de uma pessoa dirige o seu comportamento.

Os principais objectivos do *profiling*, são orientar as investigações, com o auxílio das ciências humanas e das ciências criminais, ligar os casos, identificar crimes com as mesmas características, ajustar as estratégias ao perfil do criminoso e emitir recomendações em vários domínios da criminologia⁶⁶².

Para além das características do agressor, também as características da vítima são essenciais, uma vez que, de acordo com Holmes, quanto mais informação se souber da vítima mais se conhece o agressor.

A análise da cena de crime é também fundamental para a elaboração do perfil criminal, caracterizando-se a cena de crime, por provas físicas, entre as quais os diversos vestígios, e provas psicológicas, aferidas do comportamento do agressor.

Para o conceito social de acção, temos uma acção sempre que houver um comportamento humano voluntário e socialmente relevante. Parece-nos que a única coisa que este conceito vem acrescentar é falar em “socialmente relevante”, mas não é bem assim. É preciso entender o que a escola neoclássica queria dizer como comportamento voluntário. A explicação disto é bastante importante para a compreensão do conceito de acção.

No entanto, fala-se de comportamento da pessoa humano. Qual é o significado? Para se ter uma acção jurídico-penalmente relevante, deve se ter em conta o comportamento da pessoa humana. Poderá ter relevância por parte dos gerentes dessa pessoa coletiva, mas a pessoa coletiva não pratica uma acção jurídico-penalmente relevante.

Para isto ser praticado pelo homem individual, ele, ao ter de ser voluntário, significa, de acordo com a escola social, o facto de ele ser uma resposta a uma situação reconhecida ou reconhecível.

Sempre que estivermos perante uma tomada de posição face a uma exigência situacional reconhecida ou reconhecível, há uma acção jurídico-penalmente relevante que pode consistir ou numa actividade, ou numa inactividade. É nesse sentido que aparece a palavra “voluntário”.

Como sabemos, o conceito de acção, para cumprir todas as suas funções, tem de ser neutral em relação a todos os outros elementos constitutivos do crime. O que os críticos dizem é que, se

⁶⁶¹ MONTET *apud* CORREIO, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Almeida, Coimbra, 1963, reimp. 2007.

⁶⁶² TOUTIN *apud* CORREIO, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Almeida, Coimbra, 1963, reimp. 2007.

vou exigir que o comportamento seja socialmente relevante, isso resulta muitas vezes da lei – o que não confere suficiente neutralidade ao conceito de ação. O que os defensores do conceito social vêm contra-argumentar, com razão, é dizer que, quando se exige que um conceito de ação seja neutral, é no sentido de ser possível afirmar a existência ou não de uma ação independentemente de ela ser típica ou não. Não é pelo facto de algumas ações só serem socialmente relevantes porque são típicas que não deixamos de poder afirmar a existência de uma ação, independentemente da sua tipicidade. Ele é suficientemente neutral.

Nota: para servir de elemento de ligação com os outros elementos do crime, o conceito de ação tem de ser neutral. Há ações que passam a ser socialmente relevantes porque houve uma lei que se debruçou sobre ela. Há comportamentos desvaliosos por si só; não é preciso estar proibido o homicídio para ser desvalioso.

Mas determinada configuração de fuga aos impostos precisa de estar na lei para ter relevância social. Os defensores do conceito social dizem que não é pelo facto de isto, acontecer, não significa que o conceito seja neutral. Ele é neutral porque continua poder afirmar a existência de uma acção, independentemente de saber se ela é típica ou não.

4.7. Pena de Homicídio Aplicável em Moçambique

A pena de prisão na ordem jurídica moçambicana tem, em regra, a duração mínima de três dias e máxima de 24 anos, caso se observa bastantes agravantes o limite máximo previsto na Lei para a pena de prisão pode atingir os 30 anos, excepcionalmente, não podendo exceder, estes limites legais⁶⁶³. A duração da pena, ou seja, a contagem dos prazos da pena de prisão é feita segundo os critérios estabelecidos na Lei processual penal e, caso contrário na Lei civil.

Até ao século XVIII, não se falava da pena restritiva de liberdade, o direito penal era marcado por penas desumanas e cruéis, tais como: a pena de morte, a tortura, o suplício, mutilações, trabalhos públicos, o confisco, o desterro, a exposição a censura pública, e mais.

A pena de prisão era usada como custódia ou espécie de um depósito onde os condenados ou acusados aguardavam a execução da pena propriamente dita.

Segundo MATSINHE, a prisão era um meio, não fim. Durante o século XVIII, as penas corporais foram banidas e a pena de prisão passou a figurar no rol de punições do Direito Penal. A pena de prisão passou a exercer um papel de punição de facto, não uma custódia⁶⁶⁴.

Volvido um tempo, surgem as teorias sobre as penas, dentre elas destacam-se: as teorias absolutas, relativas e mistas. A seguir faremos uma breve abordagem sobre cada uma delas, começando pelas teorias absolutas, embora várias vezes foram apontadas nesta abordagem.

Actualmente, na ordem jurídica moçambicana, artº 60º CPM, não existe pena de morte nem penas ou medidas de segurança privativas de liberdade com carácter perpétuo, de duração ilimitada ou indefinida.

Em caso, de se mostrar evidencias ou factos de perigosidade baseada em anomalia psíquica grave, as medidas de segurança podem ser, mediante decisão judicial, renovadas sucessivamente

⁶⁶³ Cfr. art.º 61º CPM

⁶⁶⁴ Vide. MATSINHE, Manuel, *Pequeno Manual do Arguido*, Nova Vaga Editora, 1ª ed. 2010, pp.19-20.

enquanto aquele estado se mantiver, não podendo exceder o limite máximo da pena correspondente ao crime praticado. Em Moçambique as penas não são transmissíveis.

Teorias relativa à objectivos da aplicação das penas, admite-se que as penas tenham três fins essenciais. Porém, as teorias das penas pretendem identificar os motivos ou as razões que levam o indivíduo acometer o crime e posterior culpabilidade.

Segundo GRECO, entende-se que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta do agente do crime, bem como prevenir futuras violações da Lei penal⁶⁶⁵, isto é, no nosso entender, a punição na verdade é resultado de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável destinada a todo violador da norma penal, vinculado ao poder do Estado.

No entanto, o meio pelo qual o Estado exercer a jurisdição de uma conduta abstracta a um caso concreto, de acordo com ensinamento de BITENCOURT, que refere ser Estado, pena e culpabilidade, conceitos dinâmicos, inter-relacionados, porque observa-se evidentemente, uma interdependência entre estes, tal que, a justificação da pena envolve a prevenção geral e especial⁶⁶⁶.

Por tanto, estas conjecturas, têm fundamento em três teorias, tais como a Teoria Absoluta ou Retributiva, Teoria Relativa ou da Prevenção e Teoria Mista ou Unificadora da Pena⁶⁶⁷.

4.7.1. Teorias Absolutas ou Retributivas

As teorias absolutas também conhecidas como teoria retributiva tem como característica principal a concepção da pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o facto passado.

Segundo BITENCOURT, “a pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena”, e o fundamento da sanção estatal está no questionamento livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto⁶⁶⁸.

KANT E HEGEL, foram os percursores dessa teoria, mas não são os únicos defensores, CARRARA também fora defensor desta teoria. Este é conhecido como programa do Direito Criminal, explicou que “a finalidade primária da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade”⁶⁶⁹. Ainda no mesmo diapasão, CARRARA, entendia que:

[...] o delito agrava a sociedade ao violar suas leis e ofende a todos os cidadãos ao diminuir neles o sentimento de segurança, de forma a evitar novas ofensas por parte do delinquente,

⁶⁶⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal, Parte Geral*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

⁶⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência de pena de prisão: causas e alternativas* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶⁶⁷ MACIE, Albano, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. 1, escola editora, Maputo, 2021.

⁶⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

⁶⁶⁹ CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Tradução de Ortega Torres. Bogota: Temis, 1971, p. 615.

a pena deve ser aplicada para poder reparar este dano com o restabelecimento da ordem, que se vê alterada pela desordem do delito⁶⁷⁰.

Não se pretende com esta teoria dignificar a conduta do preso em garantir a sua reintegração ou ressocialização, reeducação, recuperação, correção ou instrução e muito menos reparar o dano causado pelo crime cometido, mas sim, castigar, punir, repreender, intimidar, humilhar e privar da liberdade devido à falta de atenção no cumprimento dos preceitos legais e o desrespeito para com a sociedade ao apresentar uma conduta desviante.

Pela retribuição penal, a luz do preceituado no art.º 110º CPM, a aplicação da pena, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da culpabilidade do agente, tendo em atenção, a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, a intensidade do dolo ou grão da culpa, ou motivos do crime e a personalidade do agente.

DA SILVA, em seus escritos sobre a execução penal, afirma que “esta teoria tem como propósito recompensar o mal pelo mal, isto é, o mal causado, causando um mal ao criminoso”⁶⁷¹.

Da teoria retributiva, o carácter punitivo em aplicar o castigo no condenado tem como fim último aplicar a justiça no respeito as diferenças e acima de tudo na legalidade. Se cometeu o crime é penalizado, infracção recompensa-se com a punição. Logo, pode-se aferir que o Estado está usando do seu poder máximo para fazer perceber ao condenado que sua detenção ou prisão é consequência de seu próprio acto.

4.7.2. Teorias Relativas ou Preventivas

Segundo a teoria e na óptica do CEZAR ROBERTO BITENCOURT, a pena se justifica não para retribuir o facto criminoso, mas, sim, para prevenir sua prática. De acordo com a teoria absoluta, o castigo se atribui ao autor do crime, somente porque delinuiu, já na teoria relativa a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesma, sua justificação deixa de estar baseada no facto passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade.⁶⁷²

Ainda na mesma linha do pensamento do Bitencourt, o SOUSA ensina que as “teorias prevencionistas tem como base da sua fundamentação a proteção da sociedade, visando evitar novas práticas ilícitas”⁶⁷³.

Portanto, a teoria retributiva visaria o passado, a teoria preventiva visa o futuro, no sentido em que procura pela pena aplicada dissuadir o malfeitor de repetir o crime ou mesmo de ter imitadores.

⁶⁷⁰ Ibidem.,1971, P. 615.

⁶⁷¹ DA SILVA, Haroldo Caetano. *Manual de Execução Penal*.2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 35.

⁶⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142.

⁶⁷³ SOUSA, Juarez Giagobbo. *Ressocialização prisional: a contradição entre o discurso e a prática institucional*. 2019. Trabalho de conclusão de graduação (Graduação em Ciências Sociais)_Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/19001>. Acesso em: 12. março. 2024.

A formulação mais antiga dessa teoria costuma ser atribuída a *Sêneca*, “que, se utilizando de *Protágoras* de Platão, afirmou: nenhuma pessoa responsável é castigada pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”.⁶⁷⁴

4.7.3. Teoria mista ou unificadora da pena

Tais teorias tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas.

DA SILVA, afirma que as duas teorias em combinação darão origem a uma terceira chamada mista ou eclética. Nota-se que a prevenção e retributividade são figuras afins que de algum modo concorrem para o mesmo fim, o de prevenir e o de punir o delinquente pelo mal cometido, não obstante a sua complementaridade⁶⁷⁵.

Ainda no decurso da unificação penal, confirma o PRADO, que “a retribuição jurídica se torna num instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua denegação”⁶⁷⁶.

Conforme o postulado antecedente, constata-se que o fim da pena seria a formação socioprofissional do delinquente, pois, nota-se que este uma vez cometido o crime foi punido, tendo recompensado a sua conduta. Pode-se de algum modo, evitar a eminência de novos crimes usando mecanismos de controlo, porventura, possa permitir com que o condenado regresse à convivência familiar. Afigura-se, portanto, que por sua natureza a pena é retributiva, mas sua finalidade para além de preventiva é também correcional, educacional e ressocializadora.

Com o tridimensionalismo das teorias penais, afigura-se importante notar que a pena é vista como um castigo, com o fim último de fazer a justiça usando da lei em consequência do mal causado pelo delinquente, prevenindo deste modo que ele volte a repetir ou incitar actos de vandalismos ou conduta ilícita. MIRABETE, no seu *Manual de Direito Penal* explica que “a retribuição, sem a prevenção é vingança; a prevenção sem a retribuição é desonra. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral”⁶⁷⁷.

Percebe-se que, pelo pensamento do MIRABETE, não basta castigar ao infractor sem lhe aplicar medidas que lhe permite a melhor ressocialização, para que o mesmo não volte cometer novas infracções.

4.7.3.1. Teoria Adoptada Na Ordem Jurídica moçambicana

Moçambique adotou as teorias mista ou unificadora da pena, conforme pode-se perceber do art.º 59º CPM: “A aplicação de qualquer medida ou pena criminal visa garantir a proteção dos

⁶⁷⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 347.

⁶⁷⁵ DA SILVA, Haroldo Caetano. *Manual de Execução Penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 35.

⁶⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 235.

⁶⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 244.

bens jurídicos, a reparação dos danos causados com a infração praticada, a reinserção do agente na sociedade e prevenir a reincidência”⁶⁷⁸.

Ainda no mesmo contexto, o art.º 63º CPM, do mesmo dispositivo estabelece: “Na execução das penas privativas de liberdade ter-se-á em vista, sem prejuízo da sua natureza repressiva, a regeneração dos condenados e a sua readaptação social”.

São proibidas as penas e medidas criminais privativas ou restritivas da liberdade com caráter perpétuo, de duração ilimitada ou indefinida - art.º 59º CPM. Ao se proibir aplicação de penas de caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida, limitando-se aos vinte e quatro (24) anos de prisão maior, ou até trinta anos, em casos excepcionais do art.º 61º CPM, deixa claro que a pena deve possibilitar o retorno e a reintegração do condenado ao convívio social, assegurando a passagem gradual de um regime para outro visto ser inconstitucional a pena de morte.

Portanto, a finalidade ressocializadora consubstancia-se na retratação do delinquente ao devolvê-lo a sociedade, adquirindo assim novos valores no contato ético-efetivo com os familiares e amigos, e acima de tudo o evitar das futuras delinquências. Nesta ordem de ideia, MIRABETE, acredita que “o trabalho é um direito social público, reeduca o delinquente, prepara-o para a sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece sua família”⁶⁷⁹.

Consta do CPM, que uma das formas de promover a regeneração e a readaptação social dos delinquentes é permitir-lhes a aprendizagem ou aperfeiçoamento de um ofício.

A prisão por si pode trazer consequências nefastas ao condenado se este não for tratado condignamente, dispõe a CRM, no nº 1 do art.º 40º, “Todo cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos” Pelo seu *ius imperis* o Estado tem a prerrogativa de criar condições mínimas de encarceramento do delinquente, numa análise simplista, não para vedar-lhe das liberdades, mas sim recompensar pelo crime cometido e preparar-lhe para uma nova vida.

Moçambique adoptou as teorias mista ou unificadora da pena, conforme pode-se perceber do art.º art.º 59º, conjugado com nº 1, art.º 62º, ambos CPM: “a aplicação de qualquer medida ou pena criminal visa garantir a proteção dos bens jurídicos, a reparação dos danos causados com a infração praticada, a reinserção do agente na sociedade e prevenir a reincidência”. Ainda no mesmo diapasão, o art.º 63º do mesmo dispositivo estabelece que: “Na execução das penas privativas de liberdade ter-se-á em vista, sem prejuízo da sua natureza repressiva, a regeneração dos condenados e a sua readaptação social”.

São proibidas as penas e medidas criminais privativas ou restritivas da liberdade com caráter perpétuo, de duração ilimitada ou indefinida art.º 59º CPM. Ao vedar penas de caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida, limitando à moldura penal maxima de 24, axcepcionalmente até 30 anos de prisão maior, deixa claro que a pena deve possibilitar o retorno e

⁶⁷⁸ Cfr. art.º 59º CPM

⁶⁷⁹ Ibidem.,1990, P.244.

a reintegração do condenado ao convívio social, assegurando a passagem gradual de um regime para outro visto ser inconstitucional a pena de morte.

Portanto, a finalidade ressocializadora consubstancia-se na retratação do delinquente ao devolvê-lo a sociedade, adquirindo assim novos valores no contato ético-efetivo com os familiares e amigos, e acima de tudo o evitar das futuras delinquências.

Nesta ordem de ideia, MIRABETE, defende que “o trabalho, sendo um direito social público reeduca o delinquente, prepara-o para a sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece sua família”⁶⁸⁰.

A Legislação Penal moçambicana, depreende-se que uma das formas de promover a regeneração e a readaptação social dos delinquentes é permitir-lhes a aprendizagem ou aperfeiçoamento de um ofício. A prisão por si pode trazer consequências nefastas ao condenado se este não for tratado com dignidade, dispõe a CRM no nº 1, art.º 40º “Todo cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos”. Pelo seu *ius imperis* o Estado tem a prerrogativa de criar condições mínimas de encarceramento do delinquente, numa análise simplista, não para vedar-lhe das liberdades, mas sim recompensar pelo crime cometido e preparar-lhe para uma nova vida.

O CPM, lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro, aborda no seu art.º 58º que a aplicação de qualquer medida ou pena criminal visa garantir a proteção dos bens jurídicos, a reparação dos danos causados com a infração praticada, a reinserção do agente na sociedade e prevenir a reincidência. Ainda na mesma linha de pensamento, o art.º 63º da mesma lei dispõe, na execução das penas privativas de liberdade ter-se-á em vista, sem prejuízo da sua natureza repressiva, a regeneração dos condenados e a sua readaptação social.

Tais disposições demonstram que a pena privativa de liberdade tem como finalidade o castigo do delinquente, com o fim último de fazer a justiça usando da lei em consequência do mal causado pelo recluso, prevenindo deste modo que ele volte a repetir ou incitar actos de vandalismos ou conduta ilícita. Assim, essa medida, visa produzir no delinquente a regeneração e sua readaptação social. Ou seja, a pena de prisão tem como finalidade suprema a ressocialização, reinserção social, reabilitação, educação ou ainda habilitar o delinquente de meios para a vida social digna de respeito e salvaguarda do bom nome.

No entanto, existe um abismo entre o que a Lei dispõe e a realidade prática. As condições dos estabelecimentos prisionais violam sobremaneira as disposições supracitadas. Devido às más condições dos estabelecimentos prisionais algumas pessoas entram e saem sem terem adequada ressocialização que a sua sociedade esperara, como resultado⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Ibidem.,1990, P.244.

⁶⁸¹ [Muerembe, Paulo Domingos Muenda](#), Direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal nas prisões em Moçambique : uma reflexão crítica,24-Dec-2015, endereço: <http://hdl.handle.net/10400.14/21267>, consultado em 17de Maio de 2024, as 23:42Horas.

4.7.4. Limites das Penas de Homicídio

Como se sabe, que podem ocorrer homicídio que em determinadas circunstâncias estabelece-se penas brandas ou graves, isto é, implica fazer-se análise das penas previstas para cada figura criminosa em cada contexto em concreto, na actualidade, o paradigma mostra-se a alterar.

No entanto, para determinar o limite da pena de prisão no caso concreto de homicídio, significa analisar se o TLC, praticado, suas variações, motivadas por circunstâncias que cada ocorrência apresenta. Uma vez que, a maior amplitude do homicídio vai implicar também um aumento da pena de prisão.

Algumas das circunstâncias incluem, como referimos acima em relação às variações que o crime de homicídio muitas vezes se apresenta, uma série de acções que excedem em muito o crime típico. Parece-nos importante começarmos com o caso de homicídio doloso ou simples doloso, definido em termos gerais como matar outra pessoa com a intenção (dolo), representando desta maneira, figura genérica comum na legislação penal moçambicana assim como brasileira.

O Código penal de moçambique e do Brasil não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição da pena mediante agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do julgador, isto é, do juiz.

No entanto, acautelou-se que na aplicação dessas circunstâncias, segundo sua variação não devem ultrapassar o além do limite mínimo das penas que é fixado em um sexto, isto acontece em ambos ordenamentos jurídico-penais.

Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se assemelhavam àquelas causas modificadoras da pena, que, ao nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras. As penas, nem se quer podem ultrapassar limites mínimo e máximo cominados no tipo legal do crime, neste caso do homicídio.

Entretanto, a aplicação de circunstâncias agravantes nos crimes culposos, tanto as agravantes quanto as atenuantes são com base a hipóteses de crimes culposos. No nosso entender não se vislumbra nenhuma razão para não aplicação de agravantes nos crimes culposos, pese embora existir correntes em sentido contrário. O dispositivo estabelece que são circunstâncias que “sempre agravam a pena”, excluindo somente as elementares e qualificadoras do crime.

4.7.5. Agravantes e Atenuantes do Homicídio no Brasil e em Moçambique

Reincidência: configura-se com a prática de novo crime, após ter sido definitivamente condenado por crime anterior, no Brasil ou no exterior. O trânsito em julgado pelo crime anterior constitui pressuposto para a reincidência. No entanto, entende-se aqui, que tanto para ordem jurídica-penal moçambicana assim como brasileira, a reincidência constitui uma das circunstâncias que contribui para o agravamento da pena.

Motivo fútil ou torpe: motivo fútil é aquele desproporcionado, insignificante. É o pretexto gratuito, desproporcionado em relação à causa e à acção. **Motivo torpe** é aquele repugnante, que ofende gravemente os princípios éticos dominantes em determinado meio social. Torpe é o motivo vil, abjeto.

Para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: esta agravante pressupõe a existência de outro crime, que seria o crime-fim, em que se pretende facilitar, assegurar, ocultar ou garantir a impunidade ou vantagem. Aplica-se somente ao crime-meio, ainda que o crime-fim não venha a ocorrer ou, enfim, a finalidade não seja atingida.

À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido: as agravantes relacionadas nesta alínea constituem modos ou formas dissimuladas e até insidiosas de cometimento do crime, a saber:

Traição, contém fortíssimo conteúdo imoral: deslealdade, perfídia. Na traição a vítima é surpreendida pelo ataque súbito ou sorrateiro do agente. Esta figura, em regra, só pode ocorrer nos crimes contra a pessoa.

Emboscada assemelha-se à traição, com a diferença de que, naquela, o agente espera, escondido, de tocaia, a passagem da vítima para surpreendê-la. Dissimulação é o encobrimento do propósito criminoso do agente. É o ardil utilizado para surpreender a vítima. Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa, nesta previsão destaca-se que a relação contida alínea é meramente ilustrativa, admitindo outras hipóteses similares.

Contudo, as hipóteses catalogadas devem caracterizarem-se pela traição, pela astúcia, não configurando, por exemplo, a superioridade em armas ou em força física. O exemplo mais comum desta modalidade similar é a surpresa. A ocorrência destas modalidades, na hipótese de homicídio, qualifica-o. Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum: estão directamente relacionados com os meios de cometimento do crime, que se caracterizam pela insidiosidade ou crueldade.

No entanto, meio insidioso - veneno é aquele capaz de iludir a atenção da vítima. Meio cruel, isto é, fogo, explosivo e tortura é aquele que causa, desnecessariamente, maior sofrimento à vítima, ou revela uma acção brutal, ou em confronto com o mais elementar sentimento de compaixão. No entanto, o meio de que pode resultar perigo comum, isto é, fogo e explosivo são o que podem atingir um número vasto de pessoas ou coisas. contudo, este agravante não se aplica aos crimes de perigo comum, porque já os integra.

Nos crimes praticados contra parentes, representam uma violação de deveres decorrentes do parentesco contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Entende-se aqui que, não se aplica a agravante em relação a cônjuge, se o casal se encontra divorciado, através de uma acção.

O abuso de autoridade nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: consideram-se aqui situações familiares que facilitam a prática criminosa. No entanto, refere-se aqui, às relações privadas em que tenha vínculo de dependência ou subordinação, com exercício abusivo ou ilegítimo de autoridade no direito privado. Portanto, relações domésticas, de coabitação e de hospitalidade, referem-se as que o existem dia a dia, isto é, da mesma família; conviveu, é, particularmente o aspecto da relação de conviveu e a hospitalidade, referem-se o amparo com dignidade oferecida à uma visita.

O abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, aqui, estamos perante a acepção de abuso de poder, ao contrário do que nos referimos no paragrafo anterior, refere-se ao exercício abusivo de autoridade pública.

Neste contexto, o abuso é o uso do poder fora dos limites legais, o desrespeito às regras ou normas que norteiam cargo, ofício, ministério ou profissão. No entanto, Não haverá abuso de poder quando também não existir a violação de dever, mas pode haver violação de dever sem abuso de poder. Está-se perante circunstâncias agravantes, também, quando se pratica homicídio contra criança, idoso maior de 60 anos de idade, doentes ou uma mulher gestante. o cerne da questão é a presumida menor capacidade de defesa dessas vítimas, além da perversidade e crueldade da acção do agente do crime.

Todavia, trata-se despresunção *juris tantum*. Portanto considera-se criança quem se encontra ainda longe da puberdade, aceita-se, como regra, o limite de sete a oito anos.

Quanto ao estatuto do Idoso, foi substituindo a expressão “velho” por “maior de 60(sessenta) anos”. No entanto, no passado era considerada velha toda pessoa com mais de 70 anos, o que não impedia que se considerasse como tal quem, com idade inferior, se apresentasse deprimido, enfraquecido ou precocemente envelhecido.

Pratica o homicídio quando vítimas e encontrava sob a imediata protecção da autoridade, isto é, na situação da pessoa que está protegida pela autoridade pública. A maior censurabilidade da conduta caracteriza-se não só pelo atrevimento do agente do crime pelo desrespeito à autoridade pública, aqui não se refere a protecção geral que todos cidadãos tem o direito, mas se exige a imediata e directa protecção de determinada autoridade pública, exemplo, o linchamento que ocorre quando a vítima foi forçada a retirada da custódia da autoridade pública.

A acção homicida, neste contexto, ocorre em ocasião de calamidade pública, ou de desgraça particular da vítima, nestas circunstâncias, o agente do crime aproveita-se da situação para praticar o crime, pois a calamidade ou a desgraça reduzem, naturalmente, a vigilância e a capacidade da defesa por parte da vítima. Também ocorre, na situação em que o agente do crime embriaga-se premeditadamente para praticar o crime. Portanto, é necessária a prova de que o propósito da embriaguez era praticar o crime.

O Direito penal reconhece consequências jurídicas não apenas ao comportamento do arguido no decurso do *itercriminis*, mas, também, ao seu comportamento anterior e posterior ao delito. Cingindo-nos ao comportamento positivo, onde se enquadra a colaboração com a justiça, nas suas possíveis formas, o mesmo assume, actualmente, enorme relevo jurídico na generalidade dos sistemas penais contemporâneos⁶⁸².

Funciona, desde logo, como circunstância modificativa atenuante, seja de carácter comum ou geral, seja de carácter específico ou especial , e como factor da individualização judicial da pena⁶⁸³ , mas, igualmente, para além de elemento a considerar no momento da sua escolha , como factor decisivo para a não aplicação de qualquer sanção criminal, através da respectiva dispensa,

⁶⁸² Essa relevância não é, porém, recente. O direito penal germânico, que inspirou algumas das soluções legais adotadas em diversos países europeus, valora-o pelo menos desde o século XIX, com a sua inclusão entre as circunstâncias passíveis de levar à atenuação da pena nos art.ºs 93º e 94º do Código Penal do Reino da Baviera (1813), cuja parte geral foi da autoria de Feuerbach, relativo aos princípios da determinação da pena, prevê-o expressamente como circunstância atenuante comum ou geral, especialmente quando se traduza em esforço para reparar o dano que possível.

⁶⁸³ Recorda-o RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, loc. cit., p. 613, referindo-se, genericamente, ao comportamento posterior ao facto. Recorda-o, também, Hans-Heinrich.

eliminados ou atenuados que se mostrem os efeitos negativos do crime, ou através da respectiva exclusão, quando o facto careça de dignidade punitiva.

À semelhança do que sucede com o comportamento criminoso, ou seja, com a acção típico enquanto primeiro elemento do conceito do crime, também o comportamento do agente subsequente à prática do ilícito criminal carece de ser exteriorizado através de actos concretos.

Ficam, pois, à margem do direito penal, sendo neutros em termos jurídicos, todos os processos meramente psíquicos do agente do crime, como sejam pensamentos, sentimentos e intenções, ainda que comprováveis em termos científicos, exactamente por lhes faltar a necessária exteriorização ou materialização física que toda a acção humana comporta e que o direito penal exige.

Para poder ser considerado pelo tribunal e produzir efeitos em termos jurídico-penais, o comportamento positivo pós-delito deve, também, servir os fins prosseguidos pelo direito penal, seja adjectivo, seja substantivo.

Em todo caso, deve mostrar-se útil para o sistema de justiça. Uma ideia importante para reter: o seu valor varia em função da sua utilidade. As respectivas consequências jurídicas dependem do conteúdo do comportamento e do momento em que ocorre. Em suma, a justiça e a conveniência constituem factores importantes a considerar na ponderação dos interesses aquando da valoração, concretamente se devem ou não ser levados em linha de conta e em que medida.

A colaboração com a justiça, enquanto comportamento pós-facto (positivo) do agente do crime, assume enorme relevo jurídico, quer se manifeste sob a forma de confissão, quer se manifeste sob a forma de arrependimento.

A sua relevância resulta particularmente evidente no processo de escolha e individualização da sanção penal. Raras são as sentenças e os acórdãos que não o fazem, seja para as considerar e valorar, seja para as afastar, seja, simplesmente, para constatar a sua inexistência.

Não poderia ser de outra forma, dado constituírem, isoladamente, mas sobretudo em conjunto, uma atenuante valiosa, como é salientado de modo particularmente e elucidativo, quando NELSON HUNGRIA, fala do homicídio voluntario e intencional, isto é a eliminação da vida humana, que pode deixar de ser crime, quando por exemplo em estado de necessidade, ou quando o agente se encontra na situação de Legítima defesa, argumenta-se ainda que em tais casos o individuo age sob coação psíquica, isto é, num estado de pressão irresistível da necessidade⁶⁸⁴.

A importância da confissão e do arrependimento também, não se esgotam, porém, no campo do processo da determinação da pena que se segue à produção da prova em sede de julgamento, desempenham, igualmente, papel decisivo na antecipação das consequências jurídicas do crime para as fases processuais anteriores, podendo ser feita a confissão, com ou sem reservas.

⁶⁸⁴ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

Tem reservas aquela em que o arguido admite os factos imputados sob condição de um acontecimento futuro ou na dependência do reconhecimento de outros factos não incluídos na acusação (ou na pronúncia), que afastam ou diminuem a sua responsabilidade.

Não tem reservas aquela em que isso não acontece. A confissão apenas diz respeito a factos. Excluído fica todo e qualquer aspecto jurídico, designadamente o enquadramento legal da conduta confessada.

A título de exemplo, a confissão, ainda que integral e sem reservas, de factos por hipótese erradamente qualificados na acusação ou na pronúncia como tráfico de estupefacientes simples, quando somente integram um tráfico de menor gravidade, não implica a aceitação da qualificação efectuada.

Apesar da admissão dos factos, o arguido deve ser absolvido da prática do primeiro e condenado pela prática do segundo. Tal sucede não apenas quando os factos confessados constituem crime menos grave, mas, igualmente, quando se verifica a situação inversa.

Imagine-se que o arguido confessa, também de forma integral e sem reservas, os factos que na acusação o Ministério Público considerou preencherem os elementos típicos de um crime de homicídio simples do art.º 159.º CPM, quando, na verdade, um dos factos confessados constitui circunstância qualificativa, reveladora de especial censurabilidade ou perversidade, prevista no art.º 160º CPM.

O tribunal não deve condenar o arguido pelo crime de homicídio simples, devendo proceder em conformidade com o disposto no art.º 359º CPPM, por se tratar de uma situação de alteração substancial dos factos, em virtude da agravação do limite máximo da sanção aplicável.

Ainda quanto ao conteúdo da confissão, entende-se que não basta o arguido assumir a responsabilidade criminal de forma genérica, impondo-se o reconhecimento pormenorizado dos factos. Contudo, deve concretizar a forma circunstancial do facto penal praticado, quer em termos de realização, seja em termos da sua localização espaço-temporal.

Isto não significa, contudo, que tenha de repetir a descrição factual da acusação ou da pronúncia. Considera-se suficiente a sua expressa confirmação, desde que previamente lida pelo tribunal.

Em certos casos, enquanto reacção contrária do arguido ao crime cometido, enquanto acto expiatório e de autor-reprovação e, portanto, enquanto acto concreto de arrependimento, a confissão torna-se, também, essencial para o tribunal aferir da personalidade do arguido e, consequentemente, para fazer funcionar o fim preventivo especial da pena.

Por essa razão, ainda que o seu contributo para a descoberta da verdade seja pouco, ou inclusivamente nenhum, por exemplo nos casos de flagrante delito, onde a sua valia como meio de prova pode ser nula, deve ser sempre considerada, dado constituir, independentemente da sua utilidade em termos probatórios, um sinal poderoso no sentido da inexistência de necessidades preventivas.

A confissão que se mostre útil para a administração da justiça, designadamente ao nível da descoberta da verdade, não pode deixar de ser valorada no momento da escolha e da determinação da pena. Com efeito, como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, de um modo genérico, toda a colaboração prática com as autoridades na descoberta da verdade deve ser creditada a favor do agente no balanço das necessidades preventivas do caso. Por isso, os tribunais se inclinam frequentemente a recompensar com a clemência o autor confesso⁶⁸⁵.

Quanto maior for essa utilidade, maior será, também, o seu peso a favor do arguido. A esse nível existe um relativo consenso no seio da doutrina e da jurisprudência.

Desde logo, é indiscutível que a confissão feita logo no início do julgamento, antes de produzida a prova, e a confissão feita no final do julgamento, quando os factos já estão demonstrados, não podem ter o mesmo valor. Terá mais peso a primeira, seja como atenuante geral, seja como factor de medida concreta da pena.

Com efeito, enquanto declaração do arguido, sendo pela ordem normal o primeiro meio de prova a ser produzido, poderá tornar desnecessários os demais. É o que sucede nos casos de confissão integral e sem reservas, que pode implicar, nos termos da alínea a) do n.º 2 do art.º 344.º CPPB⁶⁸⁶, a renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados e, nos termos da alínea b) da mesma norma, a passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da pena aplicável, com a inerente poupança de tempo e meios, actualmente uma preocupação transversal a todos os sectores da actividade pública nos Estados⁶⁸⁷.

Indiscutível é, também, que a confissão de um crime quando o arguido foi surpreendido e detido no momento da sua prática e a confissão de um crime onde tal não aconteceu, deverão, do mesmo modo, ser valoradas diferentemente.

Com efeito, e muito embora não deixe de funcionar o princípio constitucional da presunção de inocência, no primeiro caso dificilmente ficará por provar a autoria do crime. Por este contexto, o peso da confissão terá, necessariamente, de ser inferior, não significando, porém, que seja nulo. Igualmente indiscutível, é enorme relevância da confissão nos casos em que a infracção não é ainda conhecida das autoridades.

Nessas situações, pela sua decisiva importância como meio de prova, o seu valor, designadamente como atenuante geral ou como factor de medida da pena concreta, não pode deixar de ser particularmente elevado, o que igualmente se justifica do ponto de vista da prevenção geral e especial⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ªEd., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 363

⁶⁸⁶ Vide. Código De Processo Penal, Parte I, Livro VII - Do Julgamento TÍTULO II - Da Audiência, CAPÍTULO III, da Produção Da Prova, Artigo 344.º - Confissão.

⁶⁸⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ªEd., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 891.

⁶⁸⁸ *Dá nota Vicente Remesal, Javier de, loc. cit., pp. 178 e 180, que, na vigência do Código Penal de 1928, a jurisprudência espanhola apenas admitia a confissão como circunstância atenuante desde que ocorresse antes de o agente conhecer a abertura do procedimento criminal. Justificava-o com base na decisiva relevância que a declaração confessional assumia para a ação da justiça nessas situações, entendida como manifestação de um certo*

Podemos, pois, assentar na ideia de que o peso da confissão no momento da determinação da sanção varia na proporção da sua utilidade para o sistema da administração da justiça, designadamente enquanto meio de prova e da sua maior ou menor dificuldade. Em suma, quanto mais espontânea, desinteressada e atempada se apresentar, maior será o seu valor atenuativo⁶⁸⁹.

Segundo DEVESSE, In Da Cunha, define o arrependimento como um pesar pelo delito cometido, um desejo de não o ter praticado⁶⁹⁰. Indicando como seu fundamento um estado subjectivo de pesar e de aflição motivados pelo delito, diz tratar-se de um acto pessoal de contrição que leva o agente a condenar-se a si mesmo, “iure proprio”⁶⁹¹.

Na óptica do DEVESSE, et. al..., pelo contrário, qualifica-o não como um sentimento de pesar ou de remorso, mas antes como a vontade de afastamento do delito e de cooperação com o Direito, procurando despojá-lo de qualquer conotação ético-religiosa⁶⁹².

Embora o inclua entre as circunstâncias modificativas atenuantes gerais do n.º 2 do art.º 72.º do Código Penal Português não o define. Limita-se a dizer que pode extrair-se de determinados actos ou condutas, que, todavia, não concretiza, indicando, a título meramente exemplificativo, a reparação levada a cabo pelo agente, até onde era possível, dos danos causados.

Além da reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados, também a confissão pode constituir um dos elementos objectivos do arrependimento. Porém, apesar dessa estreita ligação, a primeira não pressupõe por si só o segundo, muito embora sejam raras as situações de confissão sem arrependimento e mais raras, ainda, as de arrependimento desacompanhado de confissão.

Trata-se, pois, do comportamento processual positivo pós-delito do arguido, realizado em benefício da vítima, ou da administração da justiça ou por esta considerado útil e, por isso, valorado positivamente pelo direito. Ou seja, como assinala o Ac. STJ de 18.02.199970, do comportamento que a doutrina italiana apelida de arrependimento «*post delictum*», que não se confunde com o arrependimento activo previsto no art.º 24.º do Código Penal, que a doutrina espanhola denomina por “desistência activa”.

Com efeito, o agente desenvolve uma actividade posterior ao crime destinada a eliminar ou atenuar os seus efeitos danosos ou perigosos, actividade essa que não poderá deixar de funcionar a seu favor. Recorda-o DA SILVA, salientando que aquele que erra e se arrepende merece um tratamento penal mais favorável⁶⁹³.

arrependimento. No entanto, bastasse ter o agente do crime ter conhecimento da abertura do procedimento criminal não valia como atenuante, por não facilitar a acção da justiça, mesmo que acção de confissão representasse a sinceridade.

⁶⁸⁹ MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena, finalidades, escolha : abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*. 1. ed. Coimbr, Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1889-3 (Brochado) consultado em 03.06.24

⁶⁹⁰ DAVESSE In Da Cunha, Jose Antonio Rodrigues, *A colaboração do Arguido com a justiça, a confissão e o Arrependimento, no Sistema Penal Português*, ed. Julgar, n.º 32 - 2017

⁶⁹¹ Ibidem, 2017.

⁶⁹² RODRÍGUEZ DEVESA, José María e ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18.ª ed., Madrid: Dykinson, 1995.

⁶⁹³ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª ed., Lisboa, Verbo, 2011.

Os pressupostos arrependimento carece, antes de mais, de ser demonstrado. Esse é o seu primeiro requisito, aliás distintivo da confissão. Com efeito, tratando-se de um sentimento do foro interior, impõe-se que seja exteriorizado através de actos concretos, devidamente provados em sede de julgamento, em conformidade com o disposto do n.º 1, art.º 355.º CPPM.

Não bastará, pois, ao arguido, para beneficiar do arrependimento, limitar-se fazer a sua proclamação. Por exemplo, e no que aos crimes contra o património diz respeito, o arrependimento dificilmente poderá ser demonstrado, e muito menos considerado sincero, sem concretos actos materiais que o comprovem, actos esses que terão de constituir uma contra-acção face ao crime cometido.

A restituição dos bens subtraídos ou a reparação dos danos causados, até onde se mostre possível, não esgotando os possíveis actos demonstrativos de arrependimento, são alguns deles, como resulta do n.º 10, art.º 45º CPM.

Para além de carecer de demonstração, o arrependimento pressupõe, também, que seja livre e sincero. É livre o determinado por si mesmo, em oposição ao provocado. É sincero o verdadeiro, o genuíno e sério, isto é, o que implique uma consciente mudança de atitude do agente relativamente à conduta criminosa, rejeitando-a. Sem essa mudança, nem sequer podemos falar em “arrependimento”.

A sinceridade, enquanto seu elemento subjectivo, constitui, pois, *conditio sine qua non* do arrependimento. Finalmente, o arrependimento deverá mostrar-se útil, não apenas do ponto de vista da administração da justiça e das vítimas, como exigem a doutrina e a jurisprudência espanholas, mas, também, do ponto de vista do fim das penas, designadamente a reintegração social do agente, uma das finalidades da sanção criminal enunciada do n.º 1, art.º 59.º CPM.

Essa finalidade mostra-se em parte conseguida com o arrependimento. Com efeito, revelando o agente arrependido uma personalidade menos endurecida do que a do criminoso insensível aos remorsos e, conseqüentemente, menor necessidade de prevenção especial em virtude de menor perigosidade, são necessariamente positivas as expectativas sobre o seu comportamento futuro, isto é, sobre o seu modo de ser e sobre a sua adequação ao ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, sobre o seu regresso à sociedade.

Nestes termos, contrariamente ao que sucede em Espanha, não vemos nenhum obstáculo em considerar a tentativa de suicídio do agente do crime como um acto de arrependimento sincero.

O chamado “direito à mentira” intimamente ligado ao direito ao silêncio encontra-se o que muitos denominam “direito à mentira” e defendem com base na inviolabilidade da personalidade e da pessoa humana, do direito de defesa e da liberdade.

Em bom rigor, trata-se de uma estratégia de defesa, umas vezes acertada, outras nem tanto, e não de um direito. A sua existência mostra-se, desde logo, contraditória com o próprio direito ao silêncio, na medida em que pressupõe a sua quebra, visto implicar a prestação de declarações, embora não verdadeiras.

Acresce que, podendo exercer o direito ao silêncio de forma selectiva, respondendo a umas perguntas e recusando responder a outras, em função dos seus interesses de defesa, o

arguido não necessita de mentir. Basta-lhe dizer que não pretende responder às perguntas que o podem incriminar e continuar a responder apenas às perguntas que o favorece. Por maioria de razão, poderá, também, sem necessidade de mentir, esquivar-se às perguntas, respondendo de forma ambígua e genérica.

Por um lado, se é legítimo ao arguido exigir da justiça que actue com respeito pelo princípio da boa-fé, o mínimo que se espera é que ele faça o mesmo.

Seguramente, não o fará mentindo. Finalmente, será de questionar se um suposto “direito à mentira”, em parte alguma consagrado expressamente, não viola o princípio da igualdade. Com efeito, importa ter em conta que a vítima, muitas vezes colocada numa posição de extrema fragilidade, tem que falar verdade, contrariamente ao arguido, dispensado, inclusivamente, de prestar juramento. No mínimo, para além de contrariar os próprios fins da justiça e os objectivos do processo penal, seria moralmente incompreensível.

A relevância jurídica do arrependimento enquanto comportamento pós-crime positivo alheio ao tipo, que não se reconduz nem à ilicitude nem à culpa, o arrependimento, desde que sincero, pode funcionar como circunstância modificativa atenuante, expressamente prevista do n.º 10, do art.º 45.º CPM, supra citado.

Pode, igualmente, funcionar como factor de individualização da pena, previsto, de modo não taxativo, do n.º 2, art.º 112.º CPM, dado que, como vimos, a reparação pode constituir um dos possíveis elementos objectivos do arrependimento a considerar pelo julgador. Esse sentimento, que pode manifestar-se de diversas formas e em diversos momentos, não relevará, no entanto, como salienta, DIAS, pela via da culpa, mas unicamente pela da prevenção, nomeadamente quando ligada à categoria da necessidade de pena⁶⁹⁴.

À semelhança do que sucede com a confissão, o valor atenuativo do arrependimento é variável em função do seu maior ou menor relevo, seja em termos investigatórios e probatórios, seja ao nível da prevenção de novos crimes, como é, igualmente, variável em função do momento em que ocorre.

É, por isso, ampla a sua margem de valoração por parte do tribunal. A título de exemplo, apenas o arrependimento sincero que diminua de forma acentuada a necessidade da pena dá lugar à atenuação especial da sanção criminal, como resulta do art.º 45.º do Código Penal moçambicano.

Quando não revista relevância bastante para esse efeito, funcionará como mero factor a considerar na determinação concreta da pena, dentro da ampla margem consentida pela culpa e pelas exigências de prevenção, nos termos do art.º 112.º do CPM.

Ponderada a gravidade do crime cometido, aferida pela medida da pena abstracta aplicável, e havendo sérias razões para crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção social do condenado, o juiz não poderá deixar de atenuar a pena. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime:

⁶⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

1. Com premeditação;
2. Por motivo fútil;
3. Mediante recompensa, remuneração ou sua promessa;
4. Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime;
5. Por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica;
6. Contra menor, idoso, mulher grávida ou pessoa enferma;
7. Mediante convocação, pacto ou execução entre duas ou mais pessoas;
8. Com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade;
9. Com espera, emboscada, disfarce, surpresa, traição, aleivosia, excesso de poder, abuso de confiança ou qualquer fraude;
10. Com arrombamento, escalamento ou chaves falsas;
11. Por meio de veneno, instrumento ou arma cujo porte e uso for proibido;
12. Por ocasião de incêndio, explosão, naufrágio, terremoto, inundação, óbito, acidente ou avaria de meios de transporte automóvel, aéreo e ferroviário, qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido;
13. Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços;
14. Entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido;
15. Na casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido;
16. Em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas;
17. Em estrada ou lugar deserto;
18. De noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade;
19. Por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade;
20. Com desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções;
21. Com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime;
22. Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;
23. Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão;

24. Tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição;
25. Havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime;
26. Contra ascendentes, descendentes, parentes até ao terceiro grau da linha colateral, ou afins, cônjuge ou pessoa em situação análoga;
27. Com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas;
28. Estando o ofendido sob a imediata protecção da autoridade pública;
29. Haver reincidência de crimes; ou
30. Haver concurso de crimes.

Verificados os respectivos pressupostos, a sua concessão é, pois, obrigatória e oficiosa. Dada a expressa prevalência da ressocialização sobre os demais fins das penas enunciada na norma, assume particular relevância o comportamento do agente do crime após a ocorrência, em particular o arrependimento sincero, demonstrado, designadamente, através do arrebatamento dos factos. Sem ele, a aplicação do regime especial encontrará dificuldades insuperáveis.

4.7.5.1. Determinação de Penas de Homicídio: Moçambique e Brasil

a) A Ordem Jurídica Moçambicana

A questão da determinação da pena constitui uma operação cuja responsabilidade se reparte entre o legislador e o juiz, cabendo ao primeiro estabelecer, dentro de um mínimo e de um máximo, as molduras penais abstractas aplicáveis a cada um dos tipos legais de ilícitos descritos na parte especial do Código Penal e na legislação avulsa⁶⁹⁵, bem como os critérios de que os aplicadores da lei devem lançar mão para determinar concretamente a pena dentro daqueles limites, ao juiz caberá, respeitando as balizas fixadas pelo legislador, dizer, em concreto, qual a pena que, no caso em apreço, deve ser aplicada ao agente.

No ordenamento jurídico moçambicano na determinação ou fixação da pena, o julgador terá dois problemas distintos a resolver:

Primeiro: encontrar a moldura legal abstracta que se e na quadra à situação concreta em apreço, o que se procurará através da definição do tipo de ilícito sob julgamento. Será, pois, a partir dessa definição que se estabelece a medida legal ou abstracta da pena que corresponde ao ilícito⁶⁹⁶.

Segundo: estabelecer a medida judicial da pena, ou seja, dentro da moldura legal ou abstracta antes encontrada, fixar a pena concreta ajustada à conduta do agente⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ O princípio da legalidade impede uma excessiva amplitude nessa moldura penal abstracta, sob pena de ser desrespeitado o comando *nulla poena sine lege*. E o princípio da proibição do excesso (artigo 60º da CRM, 2018) impõe que essa moldura penal seja proporcional ao valor do bem jurídico protegido pela norma incriminadora e à gravidade da conduta tipificada.

⁶⁹⁶ Assim, se o agente levou a cabo um homicídio voluntário simples, previsto pelo art. 159.º do CPM, a moldura legal será aquela que o referido preceito prevê – 8 a 16 anos de prisão.

⁶⁹⁷ Pena privativa ou não privativa da liberdade e correspondentes quantitativos.

No estabelecimento das sanções devem ser respeitadas normas, constantes do Código Penal, que regulam as operações de determinação da pena, mas com essas normas é necessário ter presentes princípios internacionais e constitucionais que lhes servem de inspiração e limite na correcta interpretação e aplicação e que ajudam na integração das lacunas que a prática judiciária põe a descoberto.

O **princípio da legalidade**, surge também neste domínio, na dimensão não só de que é necessária a predeterminação normativa das condutas típicas, como também é necessária a tipificação anterior e precisa, com a suficiente concretização da descrição das penas.⁶⁹⁸

De acordo com o n.º 1 do art.º 60.º da CRM, não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.

Mas este princípio também reaparece na modalidade de reserva de lei, pois que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias⁶⁹⁹: definição das penas e medidas de segurança e respectivos pressupostos. Na verdade, o art.º 60.º CRM, prescreve que:

- (i) Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em Lei anterior;
- (ii) Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em Lei anterior.

A Lei Penal moçambicana apresenta-se, pois, face ao princípio da legalidade, como um sistema fechado, no sentido de que nem o arbítrio judicial, nem a analogia, nem os princípios gerais do Direito, nem a moral, nem o costume, poderão em quaisquer circunstâncias criar directamente ilícitos criminais ou fazê-lo através do suprimento de vazios que o sistema porventura ofereça, cabendo à lei e só à lei a responsabilidade de dizer o que merece tratamento criminal, isto é, o que é crime⁷⁰⁰.

Impõe-se o enquadramento em qualquer preceito legal incriminador do Código Penal ou de diploma avulso que contenha norma penal sancionadora do facto cometido e provado em julgamento um facto com vocação criminal.

Tal preceito deverá descrever o tipo legal de crime (isto é, os elementos essenciais do facto ilícito), e conterà obviamente também a sanção que abstractamente se cuidou ajustada a comportamentos desse tipo.

Daqui partirá o julgador na sua actividade da determinação da pena e a sua primeira tarefa: enquadrar jurídico ou criminalmente os factos imputados ao agente e encontrar a moldura legal ou abstracta da pena que lhes cabe.

⁶⁹⁸ ANTUNES, Maria João, *Consequências jurídicas do crime*, Coimbra, 2007-2008, p. 8.

⁶⁹⁹ SANTOS, M. J. C. D. S., & Freitas, *Dosimetria da pena: fundamentos, critérios e limites. Em Processo e decisão penal – textos* (pp. 69-105). Centro de Estudos Judiciários. <http://hdl.handle.net/10400.14/34063>, 2019, p. 69.

⁷⁰⁰ SANTOS, Manuel José Carilho de Simas e FREITAS, Pedro, *Dosimetria da Pena: Fundamentos, Critérios e Limites*, Processo e Decisão Penal – Textos, Centro de Estudos Judiciários, P. 70.

Pode, porém, suceder que a conduta do agente não integra um crime simples, mas um crime agravado⁷⁰¹ ou atenuado⁷⁰², nenhuma questão especial então se colocando também, já que nos respectivos preceitos se contém a moldura legal alterada em relação ao crime simples, sendo, pois, a essa que o julgador deverá atender, já que, aqui, opera-se a modificação da moldura penal por efeito de alterações ao nível do tipo ou dos elementos típicos. Trata-se de um novo e diferente crime, que, por isso, tem também uma moldura legal diferente.

De igual modo, temos ordem jurídica brasileira que explica sobre as formas da fixação da pena de reclusão, nesta, a que ter em conta, dois sistemas de aplicação da advertência penal, o método bifásico e o método trifásico, que nas paginas seguinte será melhor explicado.

Agravantes na determinação da Pena

No contexto de agravantes e atenuantes, para devido cálculo da pena, surge casos em que a moldura penal pode ser modificada ou substituída em consequência de circunstâncias agravantes ou atenuantes chamadas modificativas, que aumentam ou baixam aquela pena. Circunstâncias que, segundo FIGUEIREDO DIAS, são “pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo directamente respeito nem ao tipo-de-ilícito (objectivo ou subjectivo), nem ao tipo – de – culpa, nem mesmo à punibilidade em sentido próprio, todavia contendem com a maior ou menor gravidade do crime como um todo e relevam por isso directamente para a doutrina da determinação da pena”⁷⁰³.

Essas circunstâncias podem ter natureza comum ou natureza especial. Têm natureza comum (aplicando-se, portanto, e regra geral, a toda a espécie de crimes, como por exemplo, a atenuante da tentativa ou a agravante da reincidência); ou natureza especial (as que apenas têm relevância para certos tipos de crimes e que o legislador indica em diversas disposições da parte especial do Código penal), sublinhando-se que só se podem atender às circunstâncias que constem expressamente da lei⁷⁰⁴. São três as situações a ponderar, tais como:

- (i) Cumulação de agravantes;
- (ii) Cumulação de atenuantes; e
- (iii) Cumulação de agravantes e atenuantes.

No caso de concorrência de agravantes modificativas, acumular-se-ão os seus efeitos, sem obediência a qualquer ordem, mas com preferência obviamente pelas circunstâncias especiais, a que se seguirão os comuns⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ o homicídio Agravado do art.º160.º.

⁷⁰² o homicídio privilegiado do art.º 161.º

⁷⁰³ DIAS, Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp.199 e 200.

⁷⁰⁴ DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL Autores: António João Latas, Jorge Dias Duarte e Pedro Vaz Patto ISBN: 978-972-9222-94-8. Ano de Edição: 2007, Consultado em 2 de junho de 2024.

⁷⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS refere que em caso de concorrência de modificativas agravantes «deve o juiz não exactamente “somar” ou “cumular” o valor agravante de cada circunstância, mas fazê-la funcionar sucessivamente até encontrar a moldura penal legalmente prescrita», a menos que seja outra a intenção da lei, sem ignorar que a «reincidência é verdadeiramente a única agravante modificativa comum que o Código Penal conhece» (*As Consequências Jurídicas do Crime*).

Será de observar o mesmo sistema, quanto ao concurso de circunstâncias modificativas atenuantes, aplicando-se sucessivamente o valor atenuante dessas circunstâncias, sejam especiais ou comuns, começando-se também pelas primeiras.

No que se refere ao concurso de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes, deve determinar-se, em primeiro lugar, a medida abstracta ou legal da pena em função do valor das agravantes e, em segundo lugar, fazer intervir sobre aquela medida as de natureza atenuativa, excepto no caso da reincidência⁷⁰⁶.

Efectuada esta operação, poder-se-á ficar por aqui se, determinada a medida legal ou abstracta da pena, for caso de dispensa de pena ou adiamento da sentença nos termos e condições do art.º 78º CPM. Porém, há que concretizar ou individualizar a pena, isto é, determinar a sua medida concreta.

Neste domínio torna-se imprescindível chamar à colação as finalidades da pena, bem como a articulação do art.º 59º CPM, onde as mesmas estão inscritas, com o art.º 112º CPM, que se ocupa especificamente da determinação da medida da pena.

Ora, entende a doutrina e jurisprudência maioritárias em Moçambique que com a aplicação de penas e medidas de segurança visa-se a protecção de bens jurídicos essenciais à subsistência da comunidade e a reintegração do agente na sociedade, sendo que a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa, enquanto a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Esta ideia decorrerá da norma do art.º 59º CPM, quando estabelece as finalidades das penas e das medidas de segurança, protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade, conta do n.º 1, do preceito acima exposto, em que se deve ter em vista a “protecção subsidiária e preventiva, quer geral quer individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, ou seja, a realização do fim de prevenção geral, já não no sentido de mera intimidação, mas com o significado, mais amplo e positivo, de salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade”⁷⁰⁷, e o fim de prevenção especial, isto é, a reintegração do agente do crime na sociedade, que irá informar sobretudo a fase de execução da pena⁷⁰⁸.

Atenuantes na determinação da pena

Atenuação da pena, as atenuações especiais da pena integram situações de atenuação modificativa comum *ope judicis* e não expressamente previstas na lei. O legislador criou, atento a situações específicas, um esquema que lhes respondesse eficazmente, a necessária válvula de segurança para situações particulares.

Segundo SANTOS e PEDRO, as circunstâncias modificativas atenuantes comuns expressamente previstas na lei, como a comissão por omissão, o erro censurável sobre a ilicitude, o excesso de legítima defesa, o estado de necessidade desculpante, o estado de jovem adulto (*ope*

⁷⁰⁶ SANTOS, Manuel José Carilho de Simas e FREITAS, Pedro, *Dosimetria da Pena: Fundamentos, Critérios e Limites*, Processo e Decisão Penal – Textos, Centro de Estudos Judiciários, P. 72.

⁷⁰⁷ ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2ª ed, Lisboa, Veja, 1993, p. 40.

⁷⁰⁸ Op.cit.,P. 72.

judicis), a tentativa, a cumplicidade e o consentimento do ofendido não conhecido do agente (*ope legis*) podem levar à alteração da moldura abstracta da pena⁷⁰⁹.

A parte Especial do Código prevê casos de atenuação especial, para tal, a pena pode ser modificada por circunstâncias comuns de especial valor atenuativo não expressamente previstas na lei, e de que se dão exemplos do art.º 118º do CPM. Tais exemplos de circunstâncias atenuantes de especial valor, destinam-se a fornecer ao juiz critérios de avaliação mais precisos do que aqueles que seriam dados através de uma cláusula geral de avaliação.

Oferecem-se, assim, sem se pretender entravar a necessária liberdade do julgador, princípios reguladores mais sólidos e mais facilmente apreensíveis para que, em concreto, se possa ajuizar quando se deve dar relevo especial à atenuação.

O efeito atenuante especial resulta do facto de terem como consequência diminuir essencialmente a ilicitude, a culpa ou a necessidade da pena e não do número das circunstâncias atenuantes. No artigo interessado continuam a enumerar-se como elementos fundamentais na medida da pena a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena (n.º 1, da parte final do art.º 118.º do CPM)⁷¹⁰.

Assim, o tribunal atenua especialmente a censura, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, como por exemplo:

- (i) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência;
- (ii) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;
- (iii) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;
- (iv) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta;

Uma atenção especial deve ser observada, sobre as situações referidas nas diversas alíneas do n.º 2, art.º 118º do CPM, não apontam, por si só, na sua existência objectiva, para um valor atenuativo especial, pressupondo antes que devem ser relacionadas com um determinado efeito: a diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa do agente ou a necessidade da pena⁷¹¹.

Assim, se uma circunstância, qualquer que ela seja, diminui acentuada ou essencialmente a ilicitude, a culpa ou a necessidade da pena, o juiz pode atribuir-lhe valor atenuante especial. Mas, ao invés, se essa circunstância não provoca uma diminuição então terá apenas valor de atenuante geral. No primeiro caso influirá na medida abstracta da pena, nos termos do art.º 118.º e para os

⁷⁰⁹ SANTOS, Manuel José Carilho de Simas e FREITAS, Pedro, *Dosimetria da Pena: Fundamentos, Critérios e Limites*, Processo e Decisão Penal – Textos, Centro de Estudos Judiciários, P. 72.

⁷¹⁰ SANTOS, Manuel José Carilho de Simas e FREITAS, Pedro, *Dosimetria da Pena: Fundamentos, Critérios e Limites*, Processo e Decisão Penal – Textos, Centro de Estudos Judiciários, p. 75. Consultado em 02 de junho de 2024. https://ciencia.ucp.pt/ws/portalfiles/portal/32291767/eb_DecisaoPenal_69_105

⁷¹¹ Ibidem., P. 75.

efeitos do art.º 119.º; no segundo, influirá na medida concreta da pena, nos termos do art.º 112.º, todos do CPM⁷¹².

Este art.º 118º CPM, tem, na verdade, um carácter excepcional que resulta, desde logo, da expressão “por forma acentuada” usada no n.º1 e também da própria excepcionalidade das situações previstas no n.º 2.

Registe-se, ainda que, só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou em conjunto com outras, der lugar simultaneamente a uma atenuação especial da pena expressamente prevista na lei e à atenuação especial prevista no art.º 118º do CPM.

A atenuação especial da pena tem de emergir de um julgamento do caso concreto – impondo-se proceder a uma apreciação conjunta do circunstancialismo factual da prática do crime, das condições pessoais e da personalidade do jovem, bem como da sua conduta anterior e posterior ao facto, – que incuta na convicção do juiz a crença em sérias razões de que, para o arguido, resultam vantagens para a sua reinserção⁷¹³.

Dispensa de pena, a dispensa de pena é um instituto situado no âmbito da censura penal e que se destina a privilegiar especiais situações de criminalidade, consagrando o Código Penal, nessa matéria, duas importantes inovações⁷¹⁴.

Por um lado, veio permitir que o tribunal não aplique qualquer pena quando a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado e a tal se não opuserem as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral⁷¹⁵.

Além disso, consente que nos casos em que não estejam ainda cabalmente realizados aqueles pressupostos o juiz possa não proferir a sentença, adiando a reapreciação do caso para um momento posterior, na esperança de que a reparação próxima do dano venha a justificar a dispensa da pena. Com tais medidas espera o nosso Código dotar a administração da justiça penal de um meio idóneo de substituição de curtas penas de prisão ou mesmo de pronúncia de curtas penas que nem a protecção da sociedade nem a recuperação do delinquente parecem seriamente exigir.

De acordo com o art.º 78.ºCPM, a dispensa da pena pode ter lugar quando o crime for punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a 3 meses e dependendo da verificação dos seguintes requisitos:

- a) a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;
- b) o dano tiver sido reparado; e
- c) à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

Para caso do homicídio pouco de aplicam estes requisitos, isto porque o dano da vida humana é irreparável.

⁷¹² Ibidem., P. 76.

⁷¹³ SANTOS, Manuel José Carilho de Simas e FREITAS, Pedro, *Dosimetria da Pena: Fundamentos, Critérios e Limites*, Processo e Decisão Penal – Textos, Centro de Estudos Judiciários, P. 76.

⁷¹⁴ Ibidem., P.76.

⁷¹⁵ Ibidem., P.76.

Reincidência, a reincidência é uma das circunstâncias relevantes e modificativa comum que altera a medida abstracta da pena, agravando-a. É, de resto, a única circunstância agravante modificativa comum prevista pelo Código, justificando-se a agravação dela resultante pelo mais elevado grau de censura de que o delinquente se tornou passível, uma vez que o novo facto demonstra que a anterior ou anteriores condenações não lhe serviram de advertência contra o crime⁷¹⁶.

O elemento fundamental da reincidência passa a assentar no desrespeito, por parte do delinquente, da solene advertência contida na sentença anterior – logo numa maior culpa referida ao facto – não constituindo, assim, uma reacção contra a perigosidade do delinquente já que esta é prosseguida através da prorrogação da pena.

De acordo com o art.º 42º CPM, é punido como reincidente quem: A reincidência ocorre quando o agente, tendo sido condenado por sentença transitada em julgado por algum crime, comete outro da mesma natureza antes de terem passado oito anos desde a condenação, ainda que a pena do primeiro crime tenha sido prescrita, perdoada ou indultada. A prática da segunda infracção pode não indiciar desrespeito pela condenação anterior, mas antes ficar a dever-se a causas meramente fortuitas ou exclusivamente exógenas. Em tais situações não deve ter lugar a agravação, uma vez que não pode afirmar-se uma maior culpa referida ao facto⁷¹⁷.

Por esta via (*de agravação ope judicis*) exclui-se do âmbito da reincidência a delinquência pluriocasional. É de ter presente o preceituado no n.º 1 do citado art.º 42º, ao considerar que não obstam à reincidência a prescrição da pena, a amnistia, o perdão genérico e o indulto.

b) A Ordem Juridica Brasileira

Na ordem jurica do brasileira, a fixação da pena de reclusão, observa-se dois sistemas, tais como o de aplicação da advertência penal, o método bifásico e o método trifásico.

O sistema da aplicação da pena sob método bifásico foi criado por ROBERTO LYRA, consiste em fixar a pena-base, valorando as circunstâncias judiciais e legais⁷¹⁸.

Por esse motivo, a fixação da pena-base, englobaria a culpabilidade, os motivos e circunstâncias do crime, o comportamento da vítima, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente do crime, bem como agravantes e atenuantes do delito⁷¹⁹. Posteriormente, seriam levadas em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena.

Esse método foi objecto de críticas, pois o quanto acrescido ou diminuído da pena-base por agravantes e atenuantes ficava desconhecido e as circunstâncias legais poderiam ser sobrepostas pelas circunstâncias judiciais⁷²⁰.

Dessa forma, o réu ficaria prejudicado em seu direito, a ampla defesa e não seria possível o conhecimento do raciocínio utilizado pelo magistrado ao calcular a pena.

⁷¹⁶ Ibidem., P.77.

⁷¹⁷ SANTOS, Manuel José Carilho de Simas e FREITAS, Pedro, *Dosimetria da Pena: Fundamentos, Critérios e Limites*, Processo e Decisão Penal – Textos, Centro de Estudos Judiciários, p. 79.

⁷¹⁸ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*: vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

⁷¹⁹ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, p. 35.

⁷²⁰ Ibidem., 2011, P.35.

Visando proteger, não apenas o réu em seu direito de defesa, mas toda a sociedade e, buscando possibilitar maior clareza ao aplicar a pena, foi criado o método trifásico, que é hoje utilizado no Código Penal brasileiro.

O método trifásico, idealizado por NELSON HUNGRIA, é composto por três fases de análise e individualização da pena ao caso concreto. Esse é o sistema adotado pelo Código Penal brasileiro⁷²¹.

O Código prevê esse método de aplicação da pena visando resguardar ao réu a possibilidade de acompanhar o raciocínio do magistrado ao aplicar a pena, isto é, tem o objectivo de tornar possível o direito a ampla defesa.

Na primeira fase, o magistrado fixa a pena-base, por meio de análise minuciosa das circunstâncias judiciais elencadas do art.º 96º CPB, com as semelhanças do art.º 59º CPM, relativos à medidas de segurança, prevista na ordem jurídica brasileira⁷²².

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por espécie de pena, se cabível.

Destaca-se que, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e circunstâncias propriamente ditas, bem como as consequências do crime e o comportamento da vítima são as circunstâncias judiciais, que só podem ser valoradas caso não componham outra fase.

Na técnica de aplicação da pena seguida pelo método trifásico, primeiramente é fixada a pena-base, posteriormente a pena provisória na qual se faz uma análise das circunstâncias agravantes e atenuantes e finalmente a pena definitiva é aplicada, após a análise das causas de aumento e diminuição da pena⁷²³.

Pena de prisão na ordem jurídica brasileira, é utilizada a minina, ou base, pelo juiz, como ponto de partida para aplicar restantes das pena, dentro da moldura penal previsto, uma vez que sobre ela incidem, em um primeiro momento, as agravantes e as atenuantes genéricas e posteriormente as causas de aumento e diminuição de pena⁷²⁴. A pena base, então, deve ser aquela a ser aplicada caso não existir circunstâncias modificadoras. De acordo com BOSCHI:

Como o próprio nome sugere a pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo se não existissem causas legais de modificação definidas como

⁷²¹ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

⁷²² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.96

⁷²³ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, p. 35.

⁷²⁴ Ibidem, 2011, p. 35.

agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68º do CPB)⁷²⁵.

Esse processo de formação da pena base é por meio das circunstâncias judiciais e é aquela pena que seria aplicada caso não houve mais causas modificadoras.

As circunstâncias judiciais, elencadas por sua vez no art.º 59º CPB, se dividem em circunstâncias subjetivas, na qual se encontram a culpabilidade, os antecedentes, a conduta e a personalidade do agente, bem como os motivos do crime, e, objetivas que englobam as circunstâncias do crime propriamente ditas, suas consequências e o comportamento da vítima diante do fato delituoso⁷²⁶.

Nessa fase, não podem ser consideradas a elementar do tipo pelo qual o acusado está sendo condenado, nem qualificadoras, atenuantes ou agravantes genéricas, majorantes ou minorantes, porque, neste caso, são analisadas em fase própria para não ocorrer o *bis in idem*⁷²⁷.

A pena base pode ser fixada acima do mínimo legal sempre que existam circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, no entanto, não pode ser fixada abaixo do mínimo ou acima do máximo legal, o que feriria a discricionariedade do legislador, que estabeleceu o mínimo e o máximo de pena, ao cominá-la a cada delito.

Ao fixar a pena base o juiz deve, assim como em todas as decisões judiciais, fundamentar os motivos de sua escolha.

A falta de fundamentação da pena base pode levar a nulidade da sentença, que apenas não ocorre quando for fixada a pena no mínimo legal, pela falta de demonstração de prejuízo ao réu.

Culpabilidade, a culpabilidade deve ser analisada como a reprovabilidade da conduta do agente. Engloba os graus de censurabilidade da conduta. Desta forma, deve o juiz, ver se a conduta do agente foi mais ou menos censurável, frente aos elementos de convicção carreados aos autos.

Nos crimes dolosos deve ser analisada frente à vontade do agente de praticar a conduta, enquanto que nos crimes culposos, se depara com as modalidades de culpa: imprudência, negligência e imperícia. Deve-se ponderar a maior ou a menor gravidade da vontade do agente ou da inobservância dos deveres de cuidado objetivos, nos quais temos como parâmetro o homem médio⁷²⁸.

Ela está intimamente ligada com a graduação da pena. Quando mais censurável a conduta do agente, maior a pena a ser aplicada. Quanto menor a reprovação social frente à conduta do réu, menor será a pena.

Essa análise da culpabilidade deve ter em vista as condições do agente. Conforme explica DE SOUZA :

“A reprovabilidade deve ser investigada sob o aspecto das condições pessoais do autor do delito, da situação fática e concreta em que este ocorreu, levando em conta

⁷²⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 187.

⁷²⁶ *Op.cit.*,2011, P. 35.

⁷²⁷ Bis in idem – Duas vezes a mesma coisa, repetição.

⁷²⁸ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, P. 39.

o comportamento exigido no caso real e outros elementos, como o grau de instrução, condição social, vida familiar e antecessa, cultura e o meio social onde vive ou viveu o agente”⁷²⁹.

Ainda é preciso ressaltar que a culpabilidade está ligada ao menosprezo, à indiferença ou a falta de cuidados do agente do crime com relação ao bem jurídico tutelado.

Antecedentes, quanto aos antecedentes, deve-se fazer uma análise dos factos anteriores ao crime em questão. O réu pode ter bons ou maus antecedentes, conforme seu comportamento anterior à prática da infração criminal. Entende-se que toda e qualquer acção penal onde o réu figurava como agente, poderia ser considerada como maus antecedentes.

No entanto, só podem ser considerados maus antecedentes, as condenações anteriores a prática do crime e se estas não puderem figurar como reincidência.

Havendo mais de uma condenação anterior, é possível, na fixação da pena base aumentar pelos maus antecedentes e posteriormente, na segunda fase do sistema trifásico aumentar a pena considerando a reincidência, uma vez que haviam ao menos duas condenações. Nesse caso incorre o “*bis in idem*”⁷³⁰.

Ademais, deve a sentença condenatória ter transitado em julgado para poder ser considerada como mau antecedente.

Necessário se faz ressaltar que as condenações anteriores que podem configurar os maus antecedentes são aquelas que não têm o condão de caracterizar a reincidência, ou seja, quando se passou um lapso temporal de cinco anos.

Apenas uma condenação pretérita pode ser usada como antecedentes criminais, as outras condenações não podem ser consideradas como antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena ou como a agravante reincidência na segunda fase, deve ser analisada pelo magistrado na personalidade do agente, ao fixar a pena base, isto para não ocorrer a utilização de uma mesma circunstância mais de uma vez e, ainda, para que o quantidade de pena aplicada seja individualizada de acordo com as circunstâncias judiciais apresentadas nos autos⁷³¹.

A respeito dos dados que, no sistema vigente, não podem ser utilizados para a caracterização de maus antecedentes, explica DE SOUZA, que:

“Não podem ser levados em conta para aferição de maus antecedentes: 1) inquéritos policiais ou ações penais em andamento, arquivadas ou pendentes de recurso, ou sobre as quais incidiu a prescrição da pretensão punitiva e suas modalidades (retroativa, subsequente, art.110, parágrafos 1º e 2º, CP); 2) Causas de extinção de punibilidade ocorridas antes do trânsito em julgado da ação penal (ex. art. 107, V, CP); 3) decisões absolutórias; 4) Ações penais concernentes a fatos posteriores à infração penal judicialmente apreciada, logicamente, porque os antecedentes referem-se à vida antecessa do agente”⁷³².

⁷²⁹ DE SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da pena: no estado democrático de direito* – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, P. 132.

⁷³⁰ Bis in idem

⁷³¹ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, P. 40.

⁷³² DE SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da pena: no estado democrático de direito*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, Pag. 134.

Destaca-se que, não podem, ainda, ser considerados maus antecedentes as passagens criminais anteriores à maioridade do agente.

Dentre essas circunstâncias, também, destacam-se as do art.º 61º CPB, vigente que dispõe seguintes circunstâncias:

- “I – a reincidência;
- II – ter o agente cometido o crime:
 - a) por motivo fútil ou torpe;
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
 - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
 - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que podia resultar perigo comum;
 - e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
 - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;
 - g) com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério, ou profissão;
 - h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida;
 - i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
 - j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
 - l) em estado de embriaguez preordenada.”

A reincidência constitui agravante presente no inciso I do art.º 61º CPB. Portanto, esta agravante encontra-se ligada à maior reprovabilidade da conduta do agente do crime. Entende-se aqui, que o Estado responde com maior pena àquele que insiste no propósito de vida criminoso e tende a viver no mundo do crime.

Há reincidência quando o agente do crime existindo contra ele, anterior sentença condenatória transitada em julgado. Uma condenação transitada em julgado, é necessário para se considerar reincidência, de acordo com o que afirma ESTEFAM⁷³³:

Trata-se de circunstância agravante genérica, de carácter preponderante (CP, arts 61, I e 67). Configura-se quando o agente pratica novo crime, depois de ter sido condenado definitivamente por crime anterior, no Brasil ou no estrangeiro (CP, art. 63). A condenação anterior proferida em outro país não precisa de homologação pelo STJ (art. 105, I, i da CF, com redação da EC n. 45, de 8-12-2004) para gerar reincidência (v. art. 9º do CPB).

Para GOMES, reincidir significa incidir novamente, repetir o acto, ou seja, quando o agente comete um delito depois de ter contra si condenação precedente transitada em julgado por outra infração penal⁷³⁴.

⁷³³ ESTEFAM, André. *Direito Penal, 1: parte geral* – 4. ed. Ver e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, P. 242.

⁷³⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Gárcias-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*: volume 2 / coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, P. 738.

Este é o conceito de reincidência no direito penal, uma vez que popularmente é chamado de reincidente, de forma equivocada, todo aquele que comete mais de um delito. Ainda, de acordo com GOMES⁷³⁵:

“Conceito técnico de reincidência: não se pode confundir o conceito popular de reincidência (cometimento de duas infrações penais) com o conceito técnico ou jurídico-penal. A reincidência, no sentido jurídico-penal, possui dois requisitos: (a) condenação anterior definitiva; (b) cometimento de nova infração penal após o trânsito em julgado da condenação anterior.”

Percebe-se que, a respeito da reincidência existe uma observação importante. Há o sistema da temporariedade, ou seja, com o passar do tempo a reincidência prescreve.

A reincidência persiste pelo período de 05 (cinco) anos. Após esse prazo, chamado de período depurador, o réu é chamado de tecnicamente primário. Dessa forma deve-se analisar a folha de antecedentes criminais do réu, bem como as certidões de objeto e pé, para constatar se haviam processos anteriores ao delito que esta sendo julgado.

E mais, se nesses processos anteriores o réu foi condenado, enquanto se espera do dia para considerar de trânsito em julgado da sentença ou acórdão para afirmar-se com propriedade que quando o réu cometeu o delito pelo qual responde ele era ou não reincidente⁷³⁶.

Ademais, não se pode esquecer se a condenação anterior transitada em julgado for antiga e o trânsito em julgado para o réu for a mais de 05 (cinco) anos, não pode ser utilizada como agravante de reincidência. Nesse caso, apenas pode ser usada como maus antecedentes.

A constatação do motivo pelo qual o agente praticou o delito poderá agravá-lo. É o caso do motivo fútil ou motivo torpe⁷³⁷.

O motivo fútil é aquele destituído de importância, insignificante. Demonstra futilidade o agente que por ninharia comete o delito.

Ressalta-se que, para o homem médio, o motivo pelo qual foi cometido o crime se demonstra desproporcional e desarrazoado, mostrando que o delinquente possui maior possibilidade de cometer crimes, uma vez que por pouco, ou seja, por razões insignificantes, já o fez. Isso revela a insensibilidade moral do agente

O motivo torpe, por sua vez, é aquele capaz de gerar repugnância. É o motivo indigno e imoral, que demonstra motivação repulsiva inaceitável para a sociedade⁷³⁸.

Há agravamento da pena qual o delito é cometido para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Isto porque um delito é cometido para proporcionar benefícios aquele que cometeu, está cometendo ou vai cometer outro crime.

⁷³⁵ Ibidem.,2011,P.738.

⁷³⁶ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016, p. 54.

⁷³⁷ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, p. 44.

⁷³⁸ Op.cit.,2016, p.54.

Essa agravante demonstra a reprovabilidade dada pelo ordenamento jurídico aquele que, sem escrúpulos, comete crimes para proporcionar vantagens a crime anterior, concomitante ou posterior ao qual o agente esta sendo julgado⁷³⁹.

A agravante disposta na alínea “c” do art.º 61º, inciso II do Código Penal demonstra a repudia do ordenamento jurídico aos meios insidiosos de cometer crimes. Por meio desta agravante genérica há aumento de pena àqueles que cometem o crime à traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido⁷⁴⁰.

No caso de recurso que impossibilite ou dificulte a defesa do ofendido, há que se fazer uma interpretação analógica do dispositivo legal, alcançando fatos não descritos no tipo legal, mas que são compatíveis com ele⁷⁴¹.

A traição existe quando o agente se beneficia da confiança da vítima para que possa executar o delito. Está envolta pela deslealdade, na qual o agente oculta sua intenção criminosa ou atinge a vítima quando esta não espera e está desprevenida. A dissimulação está ligada ao disfarce, encobrindo a vontade ilícita⁷⁴².

A agravante da emboscada se revela quando o agente aguarda a vítima para atacá-la. Refere-se ao delito cometido mediante tocaia.

A agravante relacionada no art.º 61º CPB, inciso II alínea “d” está ligada ao meio de praticar o crime. O emprego de veneno está ligado a substâncias que introduzida no organismo pode, mediante reação química, bioquímica ou mecânica, provocar danos ao ser humano. Para MIRABETE⁷⁴³ :

“Pode conceituar-se, para os efeitos penais, o veneno com toda substância mineral, vegetal, ou animais que, introduzida no organismo, é capaz, de mediante ação química, bioquímica, ou mecânica, lesar a saúde ou destruir a vida. Podem ser eles sólidos, líquidos e gasosos e administrados por via bucal, nasal, retal, vaginal, hipodérmica, intravenosa etc. As substâncias inócuas que, por condições especiais, podem causar dano à saúde (açúcar ministrado ao diabético, por exemplo) não podem ser consideradas venenos, mas não deixa de constituir sua utilização outro meio insidioso”.

A grande periculosidade do agente que, mediante o emprego de fogo ou explosivo comete delito, também é punida por meio do aumento da pena. Esta coíbe a pratica de crimes que expõe em perigo não só a vítima, mas a coletividade. O meio insidioso é aquele que demonstra que o agente usou astúcia.

⁷³⁹ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, p. 44.

⁷⁴⁰ Ibidem, São Paulo, 2011, p. 44.

⁷⁴¹ CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016, p. 54.

⁷⁴² GOMES, Luis Flávio, BIANCHINI, Alice, *Curso de direito penal. Volume 1, Parte geral (arts. 1º a 120)*, JusPODIVM, Salvador, 2015., p. 99

⁷⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

O meio cruel caracteriza-se quando da prática do crime a agente causa desnecessária sofrimento ao ofendido, demonstrando insensibilidade do delinquente. Também reflete crueldade o agente que age sem clemência e de forma desumana⁷⁴⁴.

A agravante aplicada no caso de crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, necessita de comprovação documental, nos autos, de que o ofendido está inserido em alguma das situações previstas de parentesco.

O inciso II, alínea f), art.º 61º CPB, dispõe sobre o agravamento da pena no delito cometido com abuso de autoridade, que pressupõe situação de dependência da vítima em relação ao agente, como o exemplo de curador e curatelado, empregador e empregado. Aborda, ainda, o crime praticado pelo o agente quando se prevalece de relações domésticas, entre pessoas da mesma família, de coabitação, onde há a moradia duradoura entre réu e vítima e hospitalidade, na qual se caracteriza pela recepção passageira⁷⁴⁵.

O abuso de poder ou violação de dever inerente a ofício ministério ou profissão também é uma agravante genérica, que se constitui punindo o desrespeito do agente em relação ao ordenamento jurídico que preceitua a conduta do agente em relação a sua ocupação lícita⁷⁴⁶.

Em contrapartida, existem, no estatuto repressivo, circunstâncias capazes de atenuar a pena do agente. De acordo com o disposto do artº. 65º CPB, são circunstâncias que sempre atenuam a pena, as seguintes:

- “I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- II – o desconhecimento da lei;
- III – ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.”

No entanto, o agente do crime que possui dezoito (18) anos é imputável na legislação brasileira assim como moçambicana. acontece que, o menor de vinte e um (21) anos, na data do facto, tem sua pena atenuada, assim como o maior de setenta (70) anos, na data da sentença. Esta atenuante da menoridade relaciona-se com a menor capacidade do agente do crime, fundamentada na sua imaturidade. A atenuante para o agente que possui mais de setenta (70) anos tem natureza humanitária, de diminuir o cárcere àquele que se encontra no fim da vida.

⁷⁴⁴ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, P. 44.

⁷⁴⁵ GOMES, Luis Flávio, BIANCHINI, Alice, *Curso de direito penal. Volume 1, Parte geral (arts. 1º a 120)*, JusPODIVM, Salvador, 2015., p. 99

⁷⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

O desconhecimento da lei não pode ser confundido com o erro de proibição, no qual o agente ignora a proibição e não tem o conhecimento que sua ação é contrária ao Direito⁷⁴⁷. Há atenuante, quando o agente não conhece os dispositivos legais, não sabe o texto da lei, tendo conhecimento de que a conduta por ele perpetrada é errada, mas não conhece a Lei. A respeito desse assunto explica NUCCI⁷⁴⁸ :

“No mais, quando a informação era possível de ser atingida, com algum esforço do agente, nenhuma excludente ou causa de diminuição de pena será considerada, mas é razoável supor que há normas em desuso ou de rara utilização, motivo pelo qual se tornam mais distantes do dia-a-dia. Nesse caso, viabiliza-se invocar o desconhecimento da lei, como critério residual, para atenuação da pena. Cuida-se de uma graduação estabelecida pela lei penal: do erro de proibição escusável, passando-se pelo inescusável até atingir o mero desconhecimento por vezes leviano da norma penal.”

Ainda prosseguindo com a sua explicação o autor afirmou que :

“A terceira atenua a culpabilidade, pois evidencia a situação do autor que, podendo ter a consciência do ilícito, desprezou o cuidado necessário para informar-se, embora a hipótese concreta demonstrasse a incidência de norma de rara utilização”⁷⁴⁹.

Quando o agente que comete o delito por motivo de relevante valor social ou moral, há atenuação da pena. Ao se tratar de relevante valor, se leva em consideração o que é importante para a coletividade. No caso do art.º 61º, inciso II, alínea “b”, percebe-se que o agente deve ter procurado, espontaneamente, a reparação do dano, com eficiência, logo após o crime, ou, até a data da sentença, ter o agente reparado o dano⁷⁵⁰.

Dessa forma, finaliza-se o estudo da segunda fase da dosimetria da pena, passando-se à análise da aplicação da pena definitiva.

Ainda no contexto da pena, após a fixação da pena base e a aplicação das agravantes e atenuantes, analisados as causas de aumento e diminuição da pena, torna-se definitiva a pena aplicada, conforme ensina NELSON HUNGRIA⁷⁵¹. Nesta fase há a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo ou acima do máximo previsto abstratamente em lei.

O legislador afirmou no parágrafo único do art.º 68º do CPB, que com concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua⁷⁵².

As agravantes ou atenuantes são previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal⁷⁵³.

⁷⁴⁷ FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, Pag. 44.

⁷⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, P. 247.

⁷⁴⁹ Ibidem., 2020, P. 247.

⁷⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

⁷⁵¹ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

⁷⁵² FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, P. 44.

⁷⁵³ Ibidem., 2011, P. 44.

As que estão na parte especial incidem de acordo com o crime praticado e devem ser analisadas no caso concreto. As causas de aumento e diminuição de pena da parte geral são de incidência obrigatória.

Há nesta fase o princípio da incidência cumulada que para ESTEFAM “na hipótese de haver mais de uma causa de diminuição ou de aumento, a segunda deverá sempre incidir sobre o resultado da operação anterior, isto é, observa-se o princípio da incidência cumulada”⁷⁵⁴.

4.8. Exclusão de Ilicitude no Homicídio

Nem sempre que as condutas criminais ou antijurídicas existentes quando a sua relevância e tipificação na legislação penal, a sua prática culmina com uma sanção. Há casos em que e dada as circunstâncias e as motivações, os indivíduos praticam os crimes de homicídio e por conseguinte exclui-se a ilicitude ou transforma-se em homicídio justificado.

A doutrina penal explica que o juízo de ilicitude sobre um facto concreto é síntese ou resultado da verificação do tipo legal (tipo incriminador) e da inexistência de uma causa de justificação (causa de exclusão da ilicitude ou tipo justificador). Uma acção típica e descrita num tipo legal de crime (TLC) devendo desse modo ser considerada em princípio ilícita. Pode, todavia, essa acção ter sido praticada num contexto fáctico, a que a lei atribua uma eficácia justificativa da acção típica, e quanto tal se verifica, apesar de formalmente típica, não é ilícita (...) ⁷⁵⁵.

Deste modo, sendo a base do estudo, o crime de homicídio na ordem jurídica moçambicana e brasileira, cujo critério de discussão se baseia nos métodos comparativos, torna relevante e antes, porém, verificar os elementos que compõem.

Numa visão geral, a doutrina penal explica que os elementos de exclusão de ilicitude predominantemente conhecidos na vida jurídica, resumem-se em: estado de necessidade, legítima defesa, consentimento do ofendido, dever de obediência e autorização legal no exercício de um direito ou no cumprimento de uma obrigação, se tiver procedido com diligência devida ou facto for um resultado meramente casual⁷⁵⁶.

Deste elenco de elementos de exclusão de ilicitudes, somente vai nós interessar dois, tais como o estado de necessidade e a legítima defesa, por ser mais utilizados nos crimes de homicídios na actualidade e os demais reservamos para outro estudo.

Deste modo, os dois institutos (estado de necessidade e legítima defesa) estão dispostas no art.º 23º CPB e no art.º 51º CPM, nas quais se está “afastando um dos elementos do crime, que é a contrariedade da conduta ao direito”⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ ESTEFAM, André. *Direito Penal, 1: parte geral* – 4. ed. Ver e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, P. 238.

⁷⁵⁵ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, parte geral*, 2ª edição, Coimbra, 2011, P.331

⁷⁵⁶ Cfr. art. 51 do CP e art.23 do CPBCORREIA, e veja também, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, Volume II*, 2008.p.35

⁷⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 119.

As causas de justificação do facto denominam-se também de exclusão da ilicitude. Ambas as designações possuem o mesmo significado. Todas as causas de justificação reduzem-se ao princípio de valores e interesses. Assim:

- "i) Das orações permissivas que garantem um direito de agressão aos bens jurídicos de outrem, resulta simultaneamente o dever de tolerância daquele que foi atingido pela acção justificada. Por exemplo, em caso de legítima defesa ou de auxílio necessário, o agressor deve tolerar a defesa e a agressão em seu círculo jurídico, a ela associada: ele não pode, ao contrário, por seu lado, exercer a "legítima defesa."⁷⁵⁸
- i) A participação punível só é possível em um facto ilícito. Se a conduta do autor é objectiva e subjectivamente justificada, eliminam-se a instigação e a cumplicidade⁷⁵⁹.

O CPM, prevê circunstâncias seguinte relativas as causas de exclusão de ilicitude, vide, art.º 51º CPM:

- “1. Constituem causas de exclusão da ilicitude, justificando o facto:
- a) o estado de necessidade;
 - b) a legítima defesa própria ou alheia;
 - c)
 - d)
 - e) ;
 - f)

Ao passo que, o Código penal Brasileiro prevê sobre as causas de exclusão de ilicitude, de acordo com artº. 23º - não há crime quando o agente pratica o facto:

- I - em estado de necessidade;
 - II - em legítima defesa;
 - III -
- Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. Quanto ao **estado de necessidade**, o art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade.
- § 1º
- § 2º

Da ilustração dos normativos dos dois ordenamentos jurídicos, revela importancia categórica do reconhecimento jurídico sobre a desresponsabilização do individuo no homicídio caso a sua contuda preencha nos moldes previstos, devendo desde já e por razões da coerência e clareza do estudo, falar de um de cada vez.

4.8.1. Estado de Necessidade

No âmbito da observância dos pressupostos que determinam a exclusão da ilicitude criminal, em primeira linha, encontramos estado de necessidade. A expressão estado de necessidade, está patente em vários documentos jurídicos, com tarefa especial de ilibar

⁷⁵⁸ MACIE, Albano, *Manual de Direito Penal- Parte Geral*, Vol. I, Maputo: Escolar Editores, 2021, P. 222.

⁷⁵⁹ Ibidem.,2021,P.2422.

responsabilidade criminal à indivíduos que por razões da salvaguarda do interesse maior, terão cometido o crime de homicídio.

Considera-se estado de necessidade, todo processo ou todo aquele que, para salvar um direito mais valioso, sacrifica um direito de menor valor⁷⁶⁰.

Dessa forma, estado de necessidade, em ambos os ordenamentos jurídicos, é definido como a acção do agente que “para salvar de perigo atual e inevitável, não provocado voluntariamente, objeto jurídico próprio ou de terceiro, obriga-se a lesionar outro alheio”⁷⁶¹.

Só pode - se falar de estado de necessidade, caso exista uma situação de perigo actual para determinado bem ou interesse jurídico de determinada pessoa que se encontra numa situação vulnerável, que só pode ser neutralizada mediante a lesão de um interesse ou bem jurídico de uma terceira pessoa alheia à criação da situação de perigo⁷⁶².

Definida o estado de necessidade na sua nobre dimensão e no valor jurídico, vale elencar os elementos que compõe. Assim a doutrina explica que o estado de necessidade sendo uma expressão normativa responsável na exclusão de ilicitude no crime de homicídio, a sua existência depende de elementos, que importa destacar :

- a) Os bens ou interesses jurídicos – quando se fala de bem ou interesse jurídicos no nosso estudo, refere-se a vida humana. Ou seja, falar do crime de homicídio logo a partida devemos compreender que estamos perante a vida humana que num dado momento ficou ameaçada ou sacrificada;
- b) Actualidade do perigo - comportamento ameaçador ou do sacrificio da vida, deve ser actual e sem possibilidades de recurso a força externa (força pública ou privada);
- c) Adequação da acção – para o afastamento do perigo iminente da vida humana é necessário o uso da força, pois essa força deve ser moderada e adequada. Explica o DE CARVALHO, que só há justificação da exclusão de crime de homicídio, quando o agente utilizar um meio idóneo para o terceiro⁷⁶³;
- d) Auxílio de estado de necessidade – trata-se de uma consequência lógica quer do fundamento do direito de necessidade, que é a solidariedade, quer do efeito em que se traduz o direito de necessidade, que é a preservação de um bem ou interesse mais valioso que o sacrificado⁷⁶⁴.

É uma justificativa da acção praticada daquele que pretendeu salvar a vida, considerada a mais nobre e relevante, que a data dos factos, a mesma estava sendo vítima de ameaça ou de sacrificio. É um dever na medida em que, o terceiro é obrigado a praticar acção necessária à salvaguarda do bem em perigo, (estado de necessidade), pois acção salvadora tem que ser considerada justificada, devendo para isso respeitar os pressupostos do estado de necessidade⁷⁶⁵.

⁷⁶⁰ CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, Vol.II.2008 p.81

⁷⁶¹PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, P. 123.

⁷⁶² CARVALHO, Taipa de, Direito Penal, parte geral, 2ª edição, Setembro, 2011.p.401

⁷⁶³ CARVALHO, Taipa de, Direito Penal, parte geral, 2ª edição, Setembro, 2011.p.410

⁷⁶⁴ *Ibidem*, 2ª edição, Setembro, 2011.p.410

⁷⁶⁵ *Ibidem*, Setembro, 2011.p.411

Fazendo um paralelismo comparativo do estado de necessidade versado na esteira jurídica moçambicana e brasileira sobre crimes de homicídio, importa explicar que nos termos do art.52 do CPM preconiza que só pode se verificar o estado de necessidade nos crimes de homicídio, quando exista em caso concreto, os seguintes elementos:

- a) Realidade do mal;
- b) Impossibilidade de recorrer a força pública;
- c) Impossibilidade de legítima defesa;
- d) Falta de outros meios menos prejudicial do que o facto praticado; e
- e) Probabilidade da eficácia do meio empregado.

Os requisitos ora determinados, correspondem a realidade factual, portanto são cruciais e interpretados de forma taxativa, e na falta de um deles, considera-se improcedente a exclusão da ilicitude por homicídio.

Olhando o contexto brasileiro, o art.º 24º CPB explica que, “só se considera estado de necessidade quem pratica o facto para salvar de perigo actual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”⁷⁶⁶

Analisado o conceito facilmente se compreende que, só pode – se falar de estado de necessidade quando exista: 1º um mal ou perigo, 2º existência de um terceiro para afastar um perigo que estava ameaçando ou sacrificando uma vida humana, 3º uma acção feita sem sua vontade, 4º falta de outros meio para evitar o sacrifício do direito, e ponto único do mesmo artigo, já explica que não se deve chamar-se de estado de necessidade quem tenha o dever legal de enfrentar o perigo.

Embora a ordem jurídica brasileira despir – se de certos elementos como a impossibilidade de recurso a força pública para remover o perigo iminente, a idoneidade dos meios e a impossibilidade de legítima defesa, tal como determina a ordem jurídica moçambicana, no geral reconhece o estado de necessidade como expressão jurídica de exclusão de ilícito nos crimes de homicídio.

4.8.2. Legítima Defesa

A legítima defesa é uma hipótese justificante que está prevista al.b do n.º 1 do art.º 51º e art.º 53º do CPM, e está fundamentada na “defesa necessária e consequente preservação do bem jurídico (para mais ilicitamente) agredido, deste modo se considerando esta causa justificativa um instrumento [...] de prevenção e [...] defesa da ordem jurídica”⁷⁶⁷.

Dentro do contexto do estudo dos elementos de exclusão de ilicitude, a legítima defesa enquadra – se no segundo elemento de análise. Assim, ela constitui um direito de exercício, devendo ser usado caso tenha uma necessidade pontual de natureza emergencial, ou seja, conforme

⁷⁶⁶ Cfr. o art.º 24º CPB, de 2017

⁷⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2014.P. 405.

explica o CORREIA, trata – se de uso de um meio necessário e exigido para a defesa contra a agressão actual e ilícita de bens jurídicos do agente ou do terceiro⁷⁶⁸.

Deste modo, o conceito doutrinário concebido, comunga com o teor do art.º 25ºCPB, que explica, “quem repele injusta agressão, actual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios de que dispõe”⁷⁶⁹.

Nos crimes de homicídio, a legítima defesa constitui elemento de exclusão de ilicitude, o que vale dizer, a tipificação da expressão crime de homicídio no código penal nas duas jurisdições em estudo, não simboliza uma generalidade de sanções assim que houver, releva - se efectivar uma análise cuidada através dos elementos de juízo ao local de facto, e certificando – se da existência da legítima defesa, coloca-se por encerrada a conduta criminal do indivíduo.

Todavia, para o reconhecimento e a determinação da legítima defesa em caso concreto, antes é necessário verificar a predominância de factores ou requisitos inadiáveis, que sem os quais ou ao contrário desses factores, a doutrina penal considera improcedente a exclusão da ilicitude.

4.8.2.1. Pressupostos de Legítima Defesa

a) Uma agressão

Conforme facilmente se compreende, falar de agressão em sentido geral, é falar de uma conduta humana antijurídica. Aquelas condutas que constituem uma ameaça perante a um bem jurídico socialmente reconhecido. Trata-se e conforme explica DE CARVALHO, uma conduta humana dirigida contra interesses ou bens jurídicos.⁷⁷⁰ O que significa que só pode ser considerado agressão, para efeitos de legítima defesa, o comportamento que seja social e juridicamente relevante que possa constituir objecto de uma valoração social e juridicamente negativa.⁷⁷¹

Em crime de homicídio, agressão constitui o primeiro elemento da acção, que o agredido deve ter em conta, segundo a intenção do agressor e a relevância do bem jurídico tutelado para desencadear a legítima defesa.

b) Ilícitude da Agressão

O elemento agressão deve preencher as expressões antijurídicas, ou seja, agressão deve ser ilícita e tipificada na lei penal. Não deve haver uma legítima defesa, sem no entanto, existir uma acção ilícita e perturbadora no seio da vítima.

Explica o CORREIA, que, a agressão que condiciona a legítima defesa há – de ser ilícita ou antijurídica, quer dizer que, há - de consistir na ameaça de lesão de interesse ou valores juridicamente protegidos⁷⁷².

⁷⁶⁸ CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, Volume II, 2008.p.35

⁷⁶⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, P. 119.

⁷⁷⁰ CARVALHO, Américo Taipa de, Direito Penal, 2011 p.360

⁷⁷¹ *Ibidem*, 2011 p.360

⁷⁷² CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, Vol.II.2008 p.39

O conceito da ilicitude da agressão pressupõe, não apenas a susceptibilidade de lesar determinado bem jurídico (susceptível de causar um desvalor de resultado) mas também é necessário que a conduta seja em si mesma desvaliosa com o conceito de ilicitude da teoria geral do crime⁷⁷³.

O desvalor da acção é característica irrenunciável da ilicitude da agressão, embora, obviamente, a legítima defesa só justifique a acção de defesa, quando a conduta em si desvaliosa for adequada a produzir a lesão do bem jurídico⁷⁷⁴.

Vale explicar que a conduta sendo antijurídica, agressão não precisa, de qualquer forma de ser culposa, mesmo sendo actos involuntários, actos não dolosos de crianças, dementes, de quem actua por erro ou em estado de não exigibilidade, devendo as condutas serem desenvolvida de forma preordenada, isto é, intencionalmente dirigida a criar as condições de legítima defesa⁷⁷⁵.

Em face dos comentários expostos, o crime de homicídio é um acto ilícito, que geralmente é praticado de diversas formas e com *modus operandi* distintos. As vítimas estando perante há uma conduta alheia capaz de criar uma perturbação na sua esfera jurídica que se consubstancia com a morte, aconselha-se o uso da legítima defesa.

c) Conduta actual

A conduta que necessita o uso da legítima defesa para sua remoção, deve ser actual e sem período para intervenção do Estado (polícia, tribunal, procuradoria etc). (...) actualidade existirá seguramente quando a agressão ilícita preencher um tipo legal de crime de homicídio, tendo-se iniciado a sua execução e não se verificou ainda a sua definitiva consumação⁷⁷⁶.

Em crime de homicídio, só pode acontecer a legítima defesa, em casos do início de tal crime ou durante a execução. Assim, mediante os instrumentos de defesa disponíveis na esfera do agredido, e estando despido de uma intervenção do Estado no momento da prática, é correcto o uso da legítima defesa.

A finalidade da legítima defesa em crimes de homicídio, não difere com as discussões jurídicas abordadas noutros campos de saber, deste modo, explica o DE CARVALHO que (...) a finalidade da legítima de defesa é para defender ou impedir a efectiva lesão do bem jurídicos ou a não efectivação do homicídio planeado⁷⁷⁷.

Considera-se legítima defesa em crimes de homicídio, caso haja uma proporção⁷⁷⁸ dos meios necessários para reprimir o facto.

⁷⁷³ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal*, 2011 p.360

⁷⁷⁴ Ibidem, 2011 p.360

⁷⁷⁵ Op. Cit. Vol.II. 2008 p.41

⁷⁷⁶ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol.II.2008 p.42

⁷⁷⁷ DE CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal*, 2011 p.366.

⁷⁷⁸ Proporcionalidade que aqui se refere é aquela que tem uma natureza de ataque e da sua intensidade concreta. E este elemento que vai determinar a medida de defesa, fixando os meios que no caso concreto são exigidos para que o defendente possa orientar o ataque e tornar-se senhor da situação. por isso se exclui a legítima defesa se os meios forem ineficazes para conseguirem este efeito (vide. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol.II. 2008 p.45)

Desta afirmação, explica o DE CARVALHO que, existindo uma verdadeira situação de legítima defesa, acção de defesa é justificada, desde que a defesa se apresente, no momento em que é exercida, tendo em conta as circunstâncias concretas em que é praticada a acção de defesa, como necessária para repelir a agressão.

Tendo em conta que a funcionalidade da acção de legítima defesa é apenas a de impedir ou repelir a agressão, resulta que só pode ser considerada necessária a acção de defesa, quando o agredido utilizar o meio adequado para impedir agressão e que, sendo vários os meios idóneos para tal facto, quando utilizar aquele que for menos gravoso para o agressor.⁷⁷⁹

Por fim, fazendo uma análise comparativa da exclusão da ilicitude no homicídio no ordenamento jurídico moçambicano⁷⁸⁰, e brasileiro,⁷⁸¹ conforme preconiza a discussão da temática, ambos são unânimes e de forma efectiva, reconhecer a legítima defesa e estado de necessidade como direito de exercício e meio necessário e legítimo, caso haja uma iminência de violação do direito à vida que cada um dispõe.

⁷⁷⁹ DE CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal*, 2011 p.371

⁷⁸⁰ Cfr. art.º 53º do CP.

⁷⁸¹ Cfr. art.ºs 23º e 25º CPB

CAPÍTULO 5: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DO HOMICÍDIO ENTRE MOÇAMBIQUE E BRASIL

É certo que, da aplicação do método comparado nas demais ciências, as suas etapas são comuns, embora, cada pesquisa diverge com relação a escolha dos elementos que serão comparados.

Especificamente, neste âmbito jurídico, foi escolhido o sistema do Direito ou parte dele que se quer comparar, em relação àquele que se quer confrontar. Isto encontra-se ilustrado em diante, muito bem delimitado em forma de quadro compativo, com objectivo de capitalizar os resultados.

Neste contexto, foi necessário estabelecer o que exactamente se quer comparar: uma aplicação de um instituto, que em si mesmo é considerado, uma regra, uma legislação inteira ou um sistema jurídico. E, depois, foi necessário evidenciar quais os problemas que se quer compreender e as soluções prováveis a se evidenciar, na conclusão⁷⁸².

1ª Etapa de análise, foi de seleccionar os objectos de comparação, para enfatizar aspecto dos elementos integrantes a serem comparados. Embora, se saiba que quando se está perante modelos jurídicos de países que possuem idiomas diferentes, a análise dos objectos a serem comparados, deve-se ter cuidado com relação à tradução, mas não é, o caso de Moçambique e Brasil⁷⁸³.

2ª Etapa, sugeriu a comparação de cada componente de forma separada, após a decomposição, iniciou-se o confronto entre os objectos, identificando-os suas semelhanças e diferenças entre os elementos de comparação, não foi realizada de forma separada, porque deve se confrontar cada elemento ou cada categoria de análise, com o todo, numa perspectiva geral;

3ª Etapa, foi o momento de olhar, o que foi feito com base das observações, de onde, a técnica comparatista vai extrair conclusões a partir dos vários confrontos feitos entre os elementos seleccionados na primeira etapa, e da técnica implementada no segundo estágio;

Seguiu depois da análise, a apreciação dos resultados, isto é, na chamada 4ª Etapa, ou seja, depois de se estabelecer os conceitos e entendimentos. A razão da existência 4ª etapa, é o facto de na anterior etapa, apenas se falou dos resultados das comparações numa espécie de “inventário”. Enquanto, na presente pesquisa, se exige a construção do conhecimento, porque, do contrário, a aplicação do método se resumiria a um diagnóstico de semelhanças e diferenças. Neste âmbito, o aprofundamento do conhecimento científico, como se pode observar adiante representado através de elaboração de categorias de análise já estabelecidas.

Segundo ANCEL, o método comparatista pode deter vários níveis de profundidade, ou seja, mais amplos ou mais específicos, a depender do que se quer pesquisar⁷⁸⁴.

⁷⁸² Vide, Jensen e Sgarbossa, 2008, pp.184-186

⁷⁸³ SACCO, Rodolfo, *Introdução ao direito comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53-54, destacando que por vezes, palavras, em línguas diferentes, podem designar o mesmo sentido ou objecto.

⁷⁸⁴ Vide, Ancel, 2015, p. 119-120.

No entanto, entende-se que devemos ter a devida cautelas acerca dos institutos ou normas a se confrontar, porque podem ser contemporâneos ou não, estando em estágios diversos de evolução, sem a devida actualidade.

Se deve destacar, também, que o método comparativo pode ainda ser empregue na aplicação do Direito, ou seja, servir à construção da jurisprudência, como forma de constituir (“criar”) um Direito novo⁷⁸⁵, mas não é o nosso caso, porque esta tese, visa a melhorar e não para criar o novo Direito. A crítica que se faz ao uso desta metodologia, neste âmbito, consiste no facto de que a análise casuística pode ter sido insuficiente, por não resistir à comprovação. Aliás, pode ser que sequer existam casos passíveis de comparação, especialmente diante de “casos atípicos”.

É claro, que a metodologia em questão pode aproximar objectos de estudo passíveis de serem comparados, ou seja, o confronto, deve ser coerente, neste caso para buscar os pontos comuns e diferentes⁷⁸⁶.

Segundo DUTRA, o método de direito comparado contribui para o desenvolvimento de dispositivos normativos, e não para a uniformização de instrumentos internacionais⁷⁸⁷.

E, é isto, que faz o método comparado ser uma forma de pesquisa empírica, e não dogmática. Iremos explorar um exemplo prático: à formação do Direito internacional mostrou-se profícuo ao conhecimento e a comparação entre os vários direitos de um número determinado de nações. Vale dizer, ainda, que tal método é bastante adequado no desenvolvimento do direito nacional.

Segundo, Jean Rivero, que defende e destaca ser importante estabelecer um direito administrativo internacional, para regular questões comuns entre várias nações. E, no nosso entender a aplicação do método comparativo do Direito, é imprescindível na constituição de soluções jurídicas, naturalmente, diante do controle da recepção do modelo estrangeiro⁷⁸⁸.

De lado, os pedidos de extradição, a par do eventual componente político que possa estar presente, certamente, haverá também a presença do factor jurídico. E, o método comparativo é chamada a intervir, porque vai ter em conta a legislação estrangeira em relação à nacional, por esta via, na medida em que se deve sindicar o tipo do homicídio e sua natureza, forma de cometimento, o nível da moldura penal aplicável.

O julgamento dependerá, inevitavelmente, da aplicação da metodologia de direito comparado, como forma de se produzir um conhecimento dos factos jurídico, a partir do confronto de modelos jurídicos. Entende-se, aqui, que a influência do método comparativo aplicado ao Direito será importante na construção da ciência jurídica nacional.

⁷⁸⁵ CURY, Paula Maria Nasser, *Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo: UNISINOS, v. 6, n. 2, 2014.

⁷⁸⁶ Exemplo: a organização do governo local inglês não pode ser comparada à francesa, moçambicana à brasileira, porque não possuem o mínimo de coerência. Não faria, pois, sentido perfazer o mencionado confronto.

⁷⁸⁷ DUTRA, Deo Campos, *Método(s) em direito comparado*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, v. 61, n. 3, 2016, p. 206.

⁷⁸⁸ RIVERO, Jean, *Curso de direito administrativo comparado*. Trad. José Crete-lla Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

Assim, entendemos que, a nova perspectiva relacionada aos métodos do direito comparado contribui bastante para que esta ciência continue a ser cada vez mais, um significativo campo do direito num mundo cada vez mais globalizado.

Na perspectiva contemporânea do Direito Comparado remete a sociedade humana, para uma escolha dos objectivos práticos que atendem aspectos profissionais da actividade jurídica e das relações entre os povos, promove ainda, o conhecimento de outros direitos que orienta as escolhas das melhores vias de investimentos e interesses laborais. Incentiva o estudo prévio de ordenamentos jurídicos de países com interesse comum.

Mais uma vez, encontramos motivos suficientes da opção do uso do método comparativo do Direito para comparar, identificar as diferenças e/ou semelhanças do TLC de homicídio; Analisar a moldura penal aplicável no Crime de Homicídio para as ordens jurídicas moçambicana e brasileira; ao analisar de forma minuciosa, do homicídio voluntario simples, outros tipos directamente com relacionados - art.º 159º CPM⁷⁸⁹ e art.º 121º CPB⁷⁹⁰.

Conforme ilustra a temática, “análise comparativa sobre homicidio e a aplicabilidade das penas entre Mocambique e Brasil”, antes de tudo há uma necessidade de trazer um paralelismo das semelhcancas e diferença nos dois ordenamentos judícos em estudo, e vai se observar mediante ao quadro abaixo:

5.1. Quadro Comparativo do Homicídio entre Ordem Jurídica Moçambicana e Brasileira

Tabela 2. Comparação do Homicídio entre Moçambique e Brasil

ASPECTOS QUE MARCAM SEMELHANÇAS	
República de Moçambique	República Federativa do Brasil
Homicídio Voluntário simples - art.º159º CPM	Homicídio Voluntário Simples - artº 121º CPB caput
Este preceito legal, teve como fonte o artigo 349º do código penal de 1886, e com base no artigo 155º do Código penal de 2014, referente ao capítulo dos crimes contra segurança das pessoas. Para o caso do código penal de Moçambique, a única alteração operada no artigo, segundo ELISIO DE SOUSA, foi alteração referente à expressão <i>Qualquer Pessoa</i> , por. <i>Aquele que</i> , tendo sido mantido outras expressões da redação anterior.	Art.º 121.º Matar alguém: Se o agente do crime, comete, impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (parágrafo 1º, art.º 121º CPB).
O homicídio voluntario simples – é um crime base, dos crimes contra a vida, no entanto, muitas das incriminações deste preceito legal é a combinação, ou seja, modalidades deste crime. No entanto, este crime é de natureza residual, cobrindo todos os actos criminosos que tenha por objecto a vida, sendo que antes de se determinar que uma certa conduta preenche o crime de homicídio voluntário simples, deve-se, antes, discorrer pelas outras modalidades de crime contra a vida, uma vez não couber nessas diversas modalidades, aí sim é que se vai se	O homicídio voluntario simples – é um crime base, dos crimes contra a vida, no entanto, muitas das incriminações deste preceito legal é a combinação, ou seja, modalidades deste crime.

⁷⁸⁹ Código Penal moçambicana de 2019, aprovado pela Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro.

⁷⁹⁰ Código Penal brasileiro, 2017, aprovado por Decreto-Lei.n.º 2.848/1940.

considerar crime de homicídio voluntário simples.	
O bem jurídico protegido neste, é a vida da pessoa humana, nascida de uma mulher, com vida.	O bem jurídico protegido neste preceito legal, é a vida da pessoa humana, nascida de uma mulher, com vida. O espírito e a letra da lei marcam sua consciencia no âmbito da protecção do bem jurídico vida humana.
Protecção constitucional, nos termos do art.º 40º, CRM	Protecção constitucional, nos termos do art.º 5º, CFB
Atenuantes - art.º 45º	Atenuantes - art.º 65º CPB
São circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal do agente: 1.ª O bom comportamento anterior; 2.ª A prestação de serviços relevantes à sociedade; 3.ª Ser menor de dezoito ou maior de sessenta anos; 4.ª Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte tentação ou solicitação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; 5.ª A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor; 6.ª O imperfeito conhecimento do mal do crime; 7.ª O constrangimento físico, sendo vencível; 8.ª A imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime; 9.ª A espontânea confissão do crime; 10.ª Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente, a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; 11.ª A ordem ou o conselho do seu ascendente, adoptante, tutor ou educador, sendo o agente menor e não emancipado; 12.ª O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; 13.ª Ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou afins nos mesmos graus, adoptante ou adoptado de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta; 14.ª Súbito arrebatamento despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública; 15.ª O medo vencível; 16.ª A resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituísse crime mais grave; 17.ª O excesso da legítima defesa; 18.ª A apresentação voluntária às autoridades; 19.ª A natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste; 20.ª O descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça; 21.ª Ter o agente agido sob temor reverencial; 22.ª As que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na lei; 23.ª Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuírem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados.	São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um anos), na data dos factos, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coacção a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por acto injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. De acordo com o art.º 68.º CPB, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código, seguirão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento da pena. Quanto ao concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua, a mesma.
Agravantes - art.º40º CPM	Agravantes - art.º 61º CPB
São unicamente circunstâncias agravantes ter sido o crime cometido: 1.ª Com premeditação; 2.ª Por motivo fútil; 3.ª Mediante recompensa, remuneração ou sua promessa; 4.ª Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime; 5.ª Por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; 6.ª Contra menor, idoso, mulher grávida ou pessoa	São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo

enferma; 7.^a Mediante convocação, pacto ou execução entre duas ou mais pessoas; 8.^a Com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; 9.^a Com espera, emboscada, disfarce, surpresa, traição, aleivosia, excesso de poder, abuso de confiança ou qualquer fraude; 10.^a Com arrombamento, escalamento ou chaves falsas; 11.^a Por meio de veneno, instrumento ou arma cujo porte e uso for proibido; 12.^a Por ocasião de incêndio, explosão, naufrágio, terremoto, inundação, óbito, acidente ou avaria de meios de transporte automóvel, aéreo e ferroviário, qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido; 13.^a Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços; 14.^a Entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido; 15.^a Na casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido; 16.^a Em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas; 17.^a Em estrada ou lugar deserto; 18.^a De noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade; 19.^a Por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade; 20.^a Com desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções; 21.^a Com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; 22.^a Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; 23.^a Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão; 24.^a Tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição; 25.^a Havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; 26.^a Contra ascendentes, descendentes, parentes até ao terceiro grau da linha colateral, ou afins, cônjuge ou pessoa em situação análoga; 27.^a Com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas; 28.^a Estando o ofendido sob a imediata protecção da autoridade pública; 29.^a Haver reincidência de crimes; ou 30.^a Haver concurso de crimes.	comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada. Art.º 62º. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.
Quando qualquer das circunstâncias indicadas no artigo 40º CPM, constituir crime, não agravará a responsabilidade penal do agente, senão pelo facto de concurso de crimes.	
Moldura penal – H.V.S	Moldura penal – H.V.S
Quem matar alguém será punido com a pena de 16 a 20 (dezasseis a vinte anos).	Quem matar alguém será punido com a pena de 6 a 20 (seis a vinte anos).
Homicídio agravado - artº160º CPM	Homicídio qualificado - nº 2, artº 121º CPB
A pena de prisão de 20 a 24 anos é aplicada a quem causar a morte de outrem em circunstâncias que revelem especial censura ou perversidade.	A pena de prisão de 12 a 30 anos é aplicada a quem causar a morte de outrem, usando formas que revelam maior reprovação da conduta praticada, é definido também pelo art.º 1º da Lei nº 8072/1990, como crime hediondo.
a) Ter havido premeditação;	I - Homicídio cometido mediante paga ou recompenso, ou por outro motivo Torpe
b) ser ascendente, descendente, adoptante, adoptado, padrasto, enteado, cônjuge, ex-	II - Cometido por motivo Fútil, isto é motivo insignificante ou desproporcional. É desproporcional

cônjuge ou pessoa com quem vive como tal, ainda que sem coabitação.	quando as causas de cometimento são ínfimas relativamente á ofensa praticada pela vítima.
c) ser praticado para extracção ou consumo de órgãos, tecidos ou partes de corpo humano;	III - Homicídio Praticado com emprego do Veneno, fogo, explosivo, asfixia, outro meio insidioso ou cruel, ou de que pode resultar um perigo comum. Neste parágrafo observa-se os meios de execução que empregados fazem com que o homicídio ocorra de forma insidiosa, cruel ou com perigo, resultando a outras pessoas. Insidioso é o meio que inserido no organismo humano que pode causar lesões ou a morte, isto é, o caso uso para o efeito do veneno.
d) fazer preceder, acompanhar ou seguir de outro crime, consumado ou tentado, a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a dois anos;	IV - À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Neste âmbito, a qualificadora está ligada ao modo de execução do crime, modos de execução que dificultam ou impossibilitam a vítima do crime ser cometido à traição, por exemplo, quando a vítima é alvejada por um tiro de arma de fogo, pelas costas. Neste contexto, traição só pode configurar-se quando existe quebra de fidelidade e lealdade entre a vítima e o agente do crime, constituindo qualificadora de natureza subjetiva. No entanto, não basta somente o ataque brusco e inesperado, é necessário a existência de anterior vínculo subjetivo entre o agente e a vítima. É nesse âmbito que se qualifica devido a maior reprovação da conduta. A emboscada é a “tocaia”, quando a vítima for atraída para um local onde será abatida por atiradores, sem chances de se defender. A dissimulação é configurada quando, por exemplo, o agente do crime se aproxima da vítima e faz amizade com objectivo de conquistar sua confiança, com único propósito de matá-la em momento posterior
e) praticar o facto na presença de menor de dezasseis anos ou contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;	V - Homicídio Praticado - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Neste âmbito, observa-se a conexão teleológica ou consequencial. É o caso, por exemplo, do agente do crime que Rouba e mata a vítima para garantir que “queima de arquivo”. Seja efectiva, isto é, o autor do roubo não seja descoberto.
f) praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima;	
g) praticar o facto movido por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, orientação sexual ou identidade de género da vítima;	
h) praticar o facto contra agente das forças e serviços de segurança, servidor público, civil ou militar, agente da força pública ou cidadão encarregado de um serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, no exercício das suas funções ou por causa delas;	
i) ser servidor público e praticar o facto com abuso de poder de autoridade;	
j) praticar o facto contra infante no acto do seu nascimento, ou dentro de quinze dias depois do seu nascimento.	
Atenuantes - art.º 45º CPM	Atenuantes - art.º 65º CPB
São circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal do agente: 1.ª O bom	São circunstâncias que atenuam a pena: I – o agente ser menor de 21 (vinte e um anos), na data dos factos, ou

comportamento anterior; 2.^a A prestação de serviços relevantes à sociedade; 3.^a Ser menor de dezoito ou maior de sessenta anos; 4.^a Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte tentação ou solicitação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; 5.^a A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor; 6.^a O imperfeito conhecimento do mal do crime; 7.^a O constrangimento físico, sendo vencível; 8.^a A imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime; 9.^a A espontânea confissão do crime; 10.^a Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente, a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; 11.^a A ordem ou o conselho do seu ascendente, adoptante, tutor ou educador, sendo o agente menor e não emancipado; 12.^a O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; 13.^a Ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou afins nos mesmos graus, adoptante ou adoptado de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta; 14.^a Súbito arrebatamento despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública; 15.^a O medo vencível; 16.^a A resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituísse crime mais grave; 17.^a O excesso da legítima defesa; 18.^a A apresentação voluntária às autoridades; 19.^a A natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste; 20.^a O descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça; 21.^a Ter o agente agido sob temor reverencial; 22.^a As que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na lei; 23.^a Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuir em por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados. De salientar - que as atenuantes relativas ao homicídio agravado do art.º 160º CPM, constam do art.º 161º do mesmo código, relativo ao homicídio privilegiado. No entanto quando o legislador releva dizendo que quem matar outra pessoa, mas estando dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de grande relevância social ou moral, atenuaria a sua culpa e a pena de prisão, até dois anos. É reconhecer de facto que se está perante um crime de homicídio, mas de forma atenuado.	maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.
Agravantes - art.º40º CPM	Agravantes - art.º 61º CPB
São unicamente circunstâncias agravantes ter sido o crime cometido: 1.^a Com premeditação; 2.^a Por motivo fútil; 3.^a Mediante recompensa, remuneração ou sua promessa; 4.^a Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime; 5.^a Por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; 6.^a Contra	São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de

menor, idoso, mulher grávida ou pessoa enferma; 7.^a Mediante convocação, pacto ou execução entre duas ou mais pessoas; 8.^a Com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; 9.^a Com espera, emboscada, disfarce, surpresa, traição, aleivosia, excesso de poder, abuso de confiança ou qualquer fraude; 10.^a Com arrombamento, escalamento ou chaves falsas; 11.^a Por meio de veneno, instrumento ou arma cujo porte e uso for proibido; 12.^a Por ocasião de incêndio, explosão, naufrágio, terremoto, inundação, óbito, acidente ou avaria de meios de transporte automóvel, aéreo e ferroviário, qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido; 13.^a Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços; 14.^a Entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido; 15.^a Na casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido; 16.^a Em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas; 17.^a Em estrada ou lugar deserto; 18.^a De noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade; 19.^a Por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade; 20.^a Com desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções; 21.^a Com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; 22.^a Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; 23.^a Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão; 24.^a Tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição; 25.^a Havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; 26.^a Contra ascendentes, descendentes, parentes até ao terceiro grau da linha colateral, ou afins, cônjuge ou pessoa em situação análoga; 27.^a Com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas; 28.^a Estando o ofendido sob a imediata protecção da autoridade pública; 29.^a Haver reincidência de crimes; ou 30.^a Haver concurso de crimes. Quando qualquer das circunstâncias indicadas no artigo 40 constituir crime, não agravará a responsabilidade penal do agente, senão pelo facto de concurso de crimes.	veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada. Art.º 62º. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.
Moldura penal - <i>ab initio</i> do art.º 160º CPM	Moldura penal - in fine do n.º 5 da subsecção 2º do art.º 121º do CPB
No crime de homicídio agravado, o arguido é punido na moldura penal que varia entre 20 a 24 anos de prisão.	No Direito penal brasileiro, o crime de homicídio é punido com uma moldura penal que varia entre 12 a 30 anos de prisão. Em lugar de prisão, utilizam o termo “reclusão”.
Homicídio Involuntário - artº 170º CPM	Homicídio Culposo - nº 3, artº 121º CPB
Homicídio Involuntário quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, paixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminua sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão até dois anos e multa.	Homicídio culposo Paragrafo 3º, art.º 121º CPB, se o homicídio é culposo, a pena é detenção, de um a três anos. Neste crime, observe-se que o foco do legislador reside no elemento da culpa do agente, não devendo verificar-se a vontade de perpetrar o crime. O que pode resultar da negligencia, imprudência, imperícia ou qualquer

	outra situação que exclua a vontade do agente em obter o resultado morte.
Atenuantes - art.º 45º do CPM	Atenuantes - art.º 65º do CPB
4.ª Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso (<i>Ab initio do 4º atenuante do art.º 45º CPM</i>); 9.ª A espontânea confissão do crime; 10.ª Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente, a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; 12.ª O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; 18.ª A apresentação voluntária às autoridades; 23.ª Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuïrem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados.	II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
Agravantes - art.º 40º CPM	Agravantes - art.º 61º CPB
Os agravantes semelhantes estão dispostos na lei moçambicana, os seguintes: 2.ª Por motivo fútil; 6.ª Contra menor, idoso, mulher grávida ou pessoa enferma; 9.ª Com espera, emboscada, disfarce, surpresa, traição, aleivosia, excesso de poder, abuso de confiança ou qualquer fraude; 11.ª Por meio de veneno, instrumento ou arma cujo porte e uso for proibido; 12.ª Por ocasião de incêndio, explosão, naufrágio, terramoto, inundaçã, óbito, acidente ou avaria de meios de transporte automóvel, aéreo e ferroviário, qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido; 22.ª Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; 23.ª Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão; 26.ª Contra ascendentes, descendentes, parentes até ao terceiro grau da linha colateral, ou afins, cônjuge ou pessoa em situação análoga; 28.ª Estando o ofendido sob a imediata protecção da autoridade pública; 29.ª Haver reincidência de crimes; ou 30.ª Haver concurso de crimes.	Art.º 61º CPB. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata protecção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundaçã ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
Moldura penal - <i>In fine do n.º 1 do art.º170ºCPM</i>	Moldura penal - <i>In fine</i> do parágrafo 3 do art.º 121º CPB
A única semelhança na moldura penal entre moçambique e brasil, reside no limite mínimo da pena para o crime de homicídio involuntário que, é ao limite mínimo de um ano.	No homicídio culposo é punido com uma moldura penal que varia entre uma detenção, de um a três anos.
ASPECTOS QUE MARCAM DIFERENÇAS	
Homicídio Voluntário Simples artº159ºCPM	Homicídio Voluntário Simples - art.º 121º CPB
O legislador moçambicano tem preocupado sempre em descrever os qualificativos do tipo legal de crime, o que tem sido uma diferença notável comparativamente ao legislador brasileiro. Observe-se que o legislador moçambicano dita de forma clara e precisa até na própria epígrafe que, para a verificação do crime de homicídio simples é imperioso haja uma manifesta vontade do agente em perpetrar o facto, prevendo sempre o resultado da sua acção. E, aqui não há de se questionar a questão da culpa pois, se há uma vontade do agente, fica claro e inequívoco que o resultado da conduta é da inteira culpa do agente.	Por seu turno, o legislador brasileiro faz de tudo para se poupar do trabalho de descrever em um só preceito os qualificativos do crime de Homicídio Simples. Como se pode observar do <i>ab initio</i> do art.º 121º do CPB, o legislador limitou-se em ditar o verbo no infinitivo, que claramente dá o entendimento de estar se referindo de uma conduta que tem por resultado "morte". Porém, esta modalidade não significa a falta de qualificação do tipo legal do crime, muito mais é uma questão de evitar replicar qualificativos já anteriormente transcrito, tal pode se verificar que os qualificativos estão pautados nos diversos preceitos da parte geral, onde, a título exemplificativo, podemos observar que a relação entre causa e efeito está

	devidamente tipificada no art.º 13º do CPB, o resultado está disposto no número 1 do art.º 18º do CPB.
Atenuantes - art.º 45º CPM	Atenuantes - art. º 65º a 66º CPB
Para a ordem jurídica moçambicana destacam-se circunstâncias atenuantes aplicáveis ao homicídio voluntário simples, previstos no art.º 45º do CPM. De entre elas encontramos as que marcam a diferença com as de ordem jurídica brasileira, mas concorrem para o mesmo fim: • O bom comportamento anterior; • Ser o agente, menor de 18 (dezoito anos) ou maior de (60) sessenta anos; • A prestação de serviços relevantes à sociedade; • Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte tentação ou solicitação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; • A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor; • O imperfeito conhecimento do mal do crime; • O constrangimento físico, sendo vencível; • A imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime; • A ordem ou o conselho do seu ascendente, adoptante, tutor ou educador, sendo o agente menor e não emancipado; • O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; • Ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou afins nos mesmos graus, adoptante ou adoptado de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta; • Súbito arrebatamento despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública; • O medo vencível; • A resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituísse crime mais grave; • O excesso da legítima defesa; • A apresentação voluntária às autoridades; • A natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste; • O descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça; • Ter o agente agido sob temor reverencial; • As que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na lei; • Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuïrem por qualquer	No regime geral das atenuantes, o legislador brasileiro estabelece os seguintes atenuantes que marcam a diferença com o estabelecido na lei moçambicana: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do facto, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coacção a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. Art.º 66.º A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Na subsecção 1º do art.º 121º do CPB, é estabelecido que o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço se, o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Fora do regime geral das atenuantes estabelecidas no parágrafo 5º do art.º 121.º o legislador estabeleceu uma hipótese em que o juiz deixa de aplicar a pena ao arguido, em razão deste arguido ter sido, em consequências da infracção, atingido de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados.	
Agravantes - art.º 40ºCPM	Agravantes - art.º 61º CPB
Olhe que não há agravantes especiais para o crime de homicídio involuntário, remetendo-se ao regime geral dos agravantes dispostos no art.º 40º do CPM. A eles, transcreve-se no seguinte: 1.^a Com premeditação; 3.^a Mediante recompensa, remuneração ou sua promessa; 5.^a Por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; 7.^a Mediante convocação, pacto ou execução entre duas ou mais pessoas; 8.^a Com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; 10.^a Com arrombamento, escalamento ou chaves falsas; 13.^a Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços; 14.^a Entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido; 15.^a Na casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido; 16.^a Em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas; 17.^a Em estrada ou lugar deserto; 18.^a De noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade; 19.^a Por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade; 20.^a Com desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções; 21.^a Com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; 24.^a Tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição; 25.^a Havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; 27.^a Com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas; 30.^a Haver concurso de crimes.	Olha, prestemos atenção e entendamos o seguinte. Na ordem jurídica brasileira há a possibilidade de aumentar a pena no concernente ao limite máximo e mínimo da moldura penal, conforme se pode observar do disposto na subsecção 4º do art.º 121º do CPB, em virtude do crime ter sido doloso: a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. Fora do anterior, há a regra geral nesta ordem jurídica, que consiste na seguinte diferença com a ordem jurídica moçambicana: No art.º 61º do CPB: II – ter o agente cometido o crime: 1) em estado de embriaguez preordenada. Já, na ordem moçambicana, não há possibilidade alguma de aumentar ou diminuir os limites máximos da moldura penal por crime específico. No art.º 62º do CPB: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.
Moldura penal - art.º159ºCPM	Moldura penal - art.º 121ºCPB
Diferente do estabelecido na lei brasileira, pelo crime de homicídio voluntário simples, na ordem jurídica moçambicana, é punido com uma moldura penal que varia entre 16 a 20 anos de prisão.	Na lei brasileira, pelo crime de homicídio simples, a condenação consiste em uma pena de reclusão, de seis a vinte anos. Nos termos da disposição do <i>ab initio</i> do art.º 33º do CPB, a pena de reclusão consiste no cumprimento da pena em regime fechado, semiaberto ou aberto.
Homicídio Agravado – art.º160º CPM	Homicídio qualificado - nº2, art.º 121ºCPB
Já no Moçambique, o homicídio qualificado é definido pelo Código Penal (art.º 160º) como um crime cometido em circunstâncias que revelem especial censura ou perversidade. Essas circunstâncias incluem a premeditação, a prática do crime por ascendente, descendente, adoptante, adoptado, padrasto, enteado, cônjuge, ex-cônjuge ou pessoa com quem vive como tal, a extracção ou consumo de órgãos, tecidos ou partes de corpo humano, a prática do crime na presença de menor de dezasseis anos ou contra pessoa particularmente indefesa, a prática do crime juntamente com outras pessoas ou utilizando meio particularmente	No Brasil, o homicídio qualificado é definido pelo Código Penal (art.º 121º, § 2º) como um crime cometido em circunstâncias que agravam a gravidade do crime. Essas circunstâncias incluem a prática do crime mediante paga ou promessa de recompensa, por motivo fútil, com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

perigoso, a prática do crime movido por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, orientação sexual ou identidade de género da vítima, e a prática do crime contra agente das forças e serviços de segurança, servidor público, civil ou militar, agente da força pública ou cidadão encarregado de um serviço público.	
Moçambique se concentra em circunstâncias que revelem especial censura ou perversidade.	Embora ambos os países tenham leis que estabelecem penas mais severas para homicídios qualificados, as circunstâncias que qualificam o crime e as consequências penais são diferentes. O Brasil se concentra em circunstâncias que agravam a gravidade do crime, enquanto o Moçambique se concentra em circunstâncias que revelem especial censura ou perversidade.
Atenuantes - art.º 45º CPM	Atenuantes - art.º 65º à 66ºCPB
São circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal do agente: 1.ª O bom comportamento anterior; 2.ª A prestação de serviços relevantes à sociedade; 3.ª Ser menor de dezoito ou maior de sessenta anos; 4.ª Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte tentação ou solicitação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; 5.ª A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor; 6.ª O imperfeito conhecimento do mal do crime; 7.ª O constrangimento físico, sendo vencível; 8.ª A imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime; 9.ª A espontânea confissão do crime; 10.ª Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente, a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; 11.ª A ordem ou o conselho do seu ascendente, adoptante, tutor ou educador, sendo o agente menor e não emancipado; 12.ª O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; 13.ª Ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou afins nos mesmos graus, adoptante ou adoptado de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta; 14.ª Súbito arrebato despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública; 15.ª O medo vencível; 16.ª A resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituísse crime mais grave; 17.ª O excesso da legítima defesa; 18.ª A apresentação voluntária às autoridades; 19.ª A natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste; 20.ª O descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça; 21.ª Ter o agente agido sob temor reverencial; 22.ª As que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na lei; 23.ª Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuírem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados.	São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.
Agravantes - art.º 40º CPM	Agravantes - art.º 61º à 62º CPB
São unicamente circunstâncias agravantes ter sido o crime cometido: 1.ª Com premeditação;	Art.º 61º São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I

2.^a Por motivo fútil; 3.^a Mediante recompensa, remuneração ou sua promessa; 4.^a Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime; 5.^a Por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; 6.^a Contra menor, idoso, mulher grávida ou pessoa enferma; 7.^a Mediante convocação, pacto ou execução entre duas ou mais pessoas; 8.^a Com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; 9.^a Com espera, emboscada, disfarce, surpresa, traição, aleivosia, excesso de poder, abuso de confiança ou qualquer fraude; 10.^a Com arrombamento, escalamento ou chaves falsas; 11.^a Por meio de veneno, instrumento ou arma cujo porte e uso for proibido; 12.^a Por ocasião de incêndio, explosão, naufrágio, terremoto, inundação, óbito, acidente ou avaria de meios de transporte automóvel, aéreo e ferroviário, qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido; 13.^a Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços; 14.^a Entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido; 15.^a Na casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido; 16.^a Em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas; 17.^a Em estrada ou lugar deserto; 18.^a De noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade; 19.^a Por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade; 20.^a Com desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções; 21.^a Com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; 22.^a Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; 23.^a Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão; 24.^a Tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição; 25.^a Havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; 26.^a Contra ascendentes, descendentes, parentes até ao terceiro grau da linha colateral, ou afins, cônjuge ou pessoa em situação análoga; 27.^a Com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas; 28.^a Estando o ofendido sob a imediata protecção da autoridade pública; 29.^a Haver reincidência de crimes; ou 30.^a Haver concurso de crimes. Quando qualquer das circunstâncias indicadas no art.º 40 constituir crime, não agravará a responsabilidade penal do agente, senão pelo facto de concurso de crimes.	– a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata protecção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada. Artº. 62º A pena será ainda agravada em relação ao agente do crime que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a actividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.
Moldura penal - art.º160º CPM	Moldura penal - paragrafo 2º, art.º 121º
A pena de prisão de 20 a 24 anos é aplicada a quem causar a morte de outrem em algumas circunstâncias que relevam e constam do art.º 40º CPM .	A pena de prisão de 12 a 30 anos, cabe a quem cometer o homicídio, segundo a ordem jurídica brasileira: I – Mediante paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe; II – por motivo Fútil ; III – Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou

	outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV – à Traição de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V -para assegurar a execução, a ocultação , a impunidade ou vantagem de outro crime.
Homicídio Involuntário - artº 170º CPM	Homicídio Culposo - paragrafo 3º artº121º CPB
A quanto da determinação dos elementos constitutivos desta natureza de homicídio não há diferença com o estabelecido na ordem jurídica brasileira pois, com exceção da descrição que se verifica na lei moçambicana nos seguintes termos “ <i>O homicídio que alguém cometer ou de que for causa por sua imperícia, inconsideração, negligência, falta de destreza ou falta de observância de algum regulamento</i> ”. Mas olhe-se que ainda que haja uma vasta descrição, tudo culmina na falta de vontade do agente em obter o resultado morte.	Na ordem jurídica brasileira, o legislador quis poupar as palavras configurando somente que, haverá um homicídio culposo quando, o facto tendo sido praticado pelo agente se preencha somente o elemento “ <i>Culpa</i> ” e não se verifique a vontade do mesmo, ainda que fruto de uma imperícia, inconsideração, negligência, falta de destreza ou falta de observância de algum regulamento. Logo, a diferença está somente no descritivo, mas que, em termos de interpretação não marca nenhuma diferença
Atenuantes - art.º 45º CPM	Atenuantes - art.º 65º e 66º do CPB
Na ordem jurídica moçambicana não há atenuantes especiais para o crime de homicídio involuntário, remetendo-se ao regime geral dos agravantes dispostos no art.º 45º do CPM. E seguiu a descrição dos que marcam a diferença: • O bom comportamento anterior; • Ser o agente, menor de dezoito anos ou maior de sessenta anos; • A prestação de serviços relevantes à sociedade; • Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte tentação ou solicitação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; • A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor; • O imperfeito conhecimento do mal do crime; • O constrangimento físico, sendo vencível; • A imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime; • A ordem ou o conselho do seu ascendente, adoptante, tutor ou educador, sendo o agente menor e não emancipado; • O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; • Ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou afins nos mesmos graus, adoptante ou adoptado de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta; • Súbito arrebatamento despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública; • O medo vencível; • A resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituísse crime mais grave; • O excesso da legítima defesa;	No regime geral das atenuantes, o legislador brasileiro estabelece os seguintes atenuantes que marcam a diferença com o estabelecido na lei moçambicana: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. Art.º 66.º A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Fora do regime geral das atenuantes estabelecidas no parágrafo 5º do art.º 121.º o legislador estabeleceu uma hipótese em que o juiz deixa de aplicar a pena ao arguido, em razão deste arguido ter sido, em consequências da infracção, atingido de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

• A apresentação voluntária às autoridades; • A natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste; • O descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça; • Ter o agente agido sob temor reverencial; • As que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na lei; • Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuïrem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados.	
Agravantes - art.º 40º do CPM	Agravantes - subsecção 4º do art.º121º do CPB, conjugado com os art.º 61º e 62º do CPB
Olhe que não há agravantes especiais para o crime de homicídio involuntário, remetendo-se ao regime geral dos agravantes dispostos no art.º 40º do CPM. A eles, transcrevemo-los nos seguintes: 1.^a Com premeditação; 3.^a Mediante recompensa, remuneração ou sua promessa; 5.^a Por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; 7.^a Mediante convocação, pacto ou execução entre duas ou mais pessoas; 8.^a Com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; 10.^a Com arrombamento, escalamento ou chaves falsas; 13.^a Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços; 14.^a Entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido; 15.^a Na casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido; 16.^a Em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas; 17.^a Em estrada ou lugar deserto; 18.^a De noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade; 19.^a Por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade; 20.^a Com desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções; 21.^a Com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; 24.^a Tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição; 25.^a Havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; 27.^a Com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas; 30.^a Haver concurso de crimes.	Olha, prestemos atenção e entendamos o seguinte. Na ordem jurídica brasileira há a possibilidade de aumentar a pena no concernente ao limite máximo da moldura penal, conforme se pode observar do disposto na subsecção 4º do art.º 121º do CPB, em virtude do crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixar de prestar imediato socorro à vítima, não procurar diminuir as consequências do seu ato, ou fugir para evitar prisão em flagrante. Fora do anterior, há a regra geral nesta ordem jurídica, que consiste na seguinte diferença com a ordem jurídica moçambicana: No art.º 61 do CPB: II – ter o agente cometido o crime: 1) em estado de embriaguez preordenada. Já, na ordem moçambicana, não há possibilidade alguma de aumentar ou diminuir os limites máximos da moldura penal por crime específico. No art.º 62º do CPB: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.
Moldura penal - in fine do n.º 1 do art.º 170º do CPM	Moldura penal - in fine da subsecção 3º do art.º121º do CPB
Na ordem jurídica moçambicana, o homicídio involuntário é punido com uma moldura penal de prisão que varia entre 1 mês a 2 anos e multa	Diferente da ordem jurídica moçambicana, no homicídio culposo na ordem jurídica brasileira, é estabelecido uma moldura penal de 1 a 3 anos.

correspondente, devendo a multa, ser calculada nos termos do art.º 63º do CPM. Porém, é estabelecida uma excepção que consiste nos casos em que o crime emerge em virtude de facto ilícito que se deva aplicar pena mais grave, resultando que se aplicará somente esta pena mais grave. Nisto, pode se perceber a diferença com relação aos limites máximo e mínimo da moldura penal de prisão que varia entre meses até 2 anos, sendo que que na ordem jurídica brasileira varia entre 1 ano a 3 anos, sem nos esquecermos da anterior referida excepção, e o termo utilização a quanto qualificação da pena (vide a diferença nos aspectos elencados sobre a ordem jurídica brasileira.	Observando em termos de linguagem, reside uma grande diferença com a ordem jurídica moçambicana, no emprego do termo “<i>detenção</i>”. Este termo emprego pelo legislador brasileiro, na ordem moçambicana é entendido como tendo duração que não ultrapassa 48 horas (n. º 1 do art.º 297º do Código do Processo Penal Moçambicano), efetuando-se em flagrante delito, ela tem um carácter preventivo e por finalidade: • Apresentação do arguido ao julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coação, ou para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, mas sem nunca exceder 24 horas, do detido perante a autoridade judiciária em acto processual. Concluimos que, o emprego deste termo na referida disposição do CPB, o legislador entendeu como sendo de estar a tratar de uma pena de prisão e não como é entendido na ordem jurídica moçambicana. Outrossim, pela disposição do art.º 33º do CPB, a detenção tem uma natureza de prisão que se cumpre em regime semiaberto, ou aberto.
---	---

Da análise feita sobre o quadro comparativo, denota existir de facto, diferenças e semelhanças do homicídio e penas de homicídios entre as ordens jurídicas- penais de Moçambique e do Brasil. Das semelhanças, destaca-se o facto de ambas jurisdições, suas legislação são codificadas ou seja os códigos estão organizados em forma de artigos.

No que diz respeito as diferenças encontradas, foram de ordem jurídico-penal, isto é, com penas minimas brandas e máximas severas no Brasil, com relação a moldura penal aplicável na ordem jurídica-penal moçambicana.

Quanto a tipificação das diversas formas do homicídio, foram estudados e encontrados diferenças de nomenclaturas de alguns tipos legais do crime, derivado do homicídio voluntário Simples. No estudo, não se observou a questão da politica criminal, embora imperscindivel, por não ter sido encontrado a base de comparação provavelmente porque a ordem jurídica moçambicana não possuir uma política criminal com os devidos preceitos orientadores.

No entanto, do quadro comparativa e da doutrina discutida na presente tese, verificou-se que há duas formas em que o homicidio pode-se apresentar: forma dolosa ou culposa, existe ainda, crimes cometidos com dolo eventual ou culpa consciente, nestas formas do dolo, em nenhum dos dois apresenta a intenção de causar o resultado, mas no primeiro o agente assume o risco de ocorrer o resultado e, no segundo, o agente do crime, acredita poder evitar tal resultado.

contudo, existe um outro modo de praticar o crime, que é o doloso, quando o agente tem uma intenção de cometer um crime e prevê os resultados, mas, no decurso dos factos, acaba agindo culposamente e produz um resultado mais grave do que o pretendido.

Neste âmbito, ainda pode se verificar situações de exclusão de ilicitude, como é o caso de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, por mais que o agente comete um facto descrito em tipo penal, o mesmo não será considerado como crime, uma vez que há discordância entre o facto praticado e o ordenamento jurídico, por agente se encontrar protegido pelas circunstâncias que exclui o crime.

O mesmo acontece quando o agente comete um crime, enquanto se apresente de forma permanente num estado psíquico que não lhe permite reprovar a sua conduta, ficando, então, o agente com a culpabilidade excluída ou até mesmo diminuída, em certos casos. O crime pode ser cometido por mais de uma pessoa, por co-autoria ou participação, e que todos os agentes respondem pelo mesmo crime, mas cada um é aplicado a pena de prisão individualizada, na proporção da sua participação ou actuação no acto.

A sanção penal, como forma de imputação directa da responsabilidade criminal, tem como fundamentos basilares: ser personalíssima, ter aplicação disciplinada por lei, ser inderrogável e proporcional ao facto criminal praticado.

Quanto as formas da criminalização ou pena, pode-se classificar em privativa de liberdade, com regime de detenção ou reclusão, restritiva de direitos e penas de multas.

No entanto, a sua aplicação, classifica-se em institucionais ou não institucionais, com cumprimento em regimes fechados, semi-abertos, ou aberto, com respaldo à progressão ou regressão de pena. Ainda, quanto a sua fixação e limite, estudou-se os critérios de sequências previamente estabelecidos para a fixação da pena base e seus limites máximos da punição em trinta anos de cumprimento de pena, na ordem jurídica brasileira e vinte quatro anos de máxima para ordem jurídica penal moçambicana, podendo excepcionalmente ir até 30 anos⁷⁹¹, de forma excepcional, assemelhando-se com o regime da moldura penal do Brasil. Todavia, ainda, destaca-se o concurso de crimes, chamado também de concurso de penas, que serve para fixação da pena máxima, com observância dos limites que a própria Lei impõe.

A forma mais branda de aplicação da pena criminal, o instituto do *sursis*, considera-a como suspensão da pena, seguindo critérios objectivos e subjectivos da norma penal, assim como também a Liberdade condicional, como uma concessão de pena mais benéfica ao sentenciado, condicionada a pressupostos objectivos, subjectivos e especiais para sua concessão. Dentro da punição pelo acto reprovado, como efeitos da sanção penal, além dos previamente discutidos, devido a forma como deve ser cumprida a pena, observa-se, também, os efeitos extrafiscais da punição criminal.

Esses efeitos são os reflexos do crime cometido, que ficam ligados à esfera civil do acto ilícito praticado.

No entanto, no concurso de penas distingue-se formas ou tipos de concurso, tal que, a reabilitação é a forma de regeneração da condenação sofrida, que foi disposta neste âmbito, com seus efeitos, quando concedida e revogada. E por fim, ainda dentro do grupo de penas previstas e aplicadas ao sujeito que pratica o acto típico e antijurídico há efeitos da sanção penal, na sua esfera criminal, como também na esfera civil, na obrigação de reparar o dano causado, se possível sua reparação, mas para o caso concreto do homicídio, não é reparável a vida já perdida.

Portanto, com relação a ordem jurídica penal do Brasil, se emprega o termo homicídio, mas distingue-se duas modalidades, representadas em Homicídio Simples - art.º 121º *caput*. e em Homicídio qualificado - parágrafo 2º, art.º 121ºCPB, estas duas figuras típicas foram de grande

⁷⁹¹ Cfr. art.ºs 61º CPM, 160º ambos do CPM.

interesse para o estudo, são cominadas uma pena autónoma (Vide, tabela nº1, da tese, referente as categorias de Análise).

No entanto, para o homicídio qualificado, aplica-se neste, uma pena mais severa que homicídio simples, devido às circunstâncias que o torna grave com relação a base. Neste âmbito, se assemelha ao crime de homicídio, previsto no art.º 160º CPM, embora nesta ordem jurídica penal cada tipo legal do crime de homicídio está autonomizado em termos de articulado. No entanto, difere da sua moldura penal, mas também, obedecem a mesma regra que do Brasil, no agravamento da pena.

No art.º 61º CPB, encontram-se circunstâncias que de forma geral agravam a pena, quando constituem ou qualificam o crime, por exemplo, a reincidência; ter o agente cometido o crime, por motivo fútil ou torpe; praticar um facto criminal com intuito de facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; praticar o facto criminoso mediante traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; com base na administração ou emprego de veneno.

Esta circunstância relativa a administração do veneno à pessoa humana, na ordem jurídica moçambicana, aparece tipicamente de forma autónoma; fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; praticado o crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; abuso de autoridade ou com fortes relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; este facto que também, tem a ver com Lei específica, assemelha-se à ordem jurídica penal moçambicana que adotou a lei que pune a violência contra mulher (Lei nº 29/2009, 9 de Setembro).

O crime neste caso de homicídio, é cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; também se qualifica, o crime cometido contra criança, idoso maior de 60 (sessenta) anos, doente ou mulher gestante; observa-se ainda quando o ofendido estiver sob a imediata proteção da autoridade; em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; e no estado de embriaguez.

O art.º 62.º CPB, considera que a pena de prisão poderá ser ainda agravada em relação ao agente do crime que, tenha promovido, ou organizado a cooperação no crime ou dirigido a actividade dos demais agentes do Crime; ter coagido ou induzido outrem à execução material do crime; ter instigado ou determinado a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ter executado o crime, ou nele participado, mediante paga ou promessa de recompensa.

Olhe, prestemos atenção e entendamos o seguinte: Na ordem jurídica brasileira há possibilidade de aumentar a pena no concernente ao limite máximo da moldura penal, conforme se pode observar do disposto na subsecção 4º do art.º 121º do CPB, em virtude de o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente ter no momento deixado de prestar imediato socorro à vítima, não ter procurado diminuir as consequências do seu acto, ou fugir para evitar prisão em flagrante. Fora do anterior, existe regra geral nesta ordem jurídica, que consiste na seguinte diferença com a ordem jurídica moçambicana:

No art.º 61º do CPB: II - ter o agente cometido o crime: I) em estado de embriaguez preordenada, isto é, embriagar-se consciente que é para cometer crime.

Já, na ordem moçambicana, não há possibilidade alguma de aumentar ou diminuir os limites máximos da moldura penal por crime específico. Tal que:

“No art.º 62º do CPB: I – entende-se que, promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a actividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

Nesta ordem jurídica, a atenuação da pena verifica-se pela previsão trazida, no art.º 65.º CPB, onde se encontram circunstâncias, tais que, quando observadas ajudam a atenuar a pena, mediante o seguinte: o agente do crime, ser menor de 21 anos de idade (vinte e um de idade), na data dos factos, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; outro factor será o desconhecimento da Lei e com base em ter o agente:

Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; buscando, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano, nesta circunstância é muito questionável, porque o dano no crime de homicídio é perda da vida humana e pressupõe que a vida perdida já não se repara e nem se faz reconstituição;

Ainda ter cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por acto injusto da vítima; ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; ter ainda, cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não ter sido autor da provocação.

O legislador brasileiro, através do art.º 67º CPB, adverte ao aplicador da Lei penal, referindo o seguinte: que no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, quando compreendidos como tais que resultam dos motivos determinantes do crime, olhando a personalidade da reincidência do agente do crime.

Na configuração do homicídio qualificado, na ordem jurídica brasileira, o legislador, dentre tantas circunstâncias que agrava o crime, considerou certos motivos determinantes tais como, quem matar outrem, motivado de interesse de ganhar dinheiro ou seja remuneração, outro motivo torpe e o motivo fútil, assim como tantos outros modos de execução tal como o emprego do veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum, aliás temos a traição de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

No entanto, já não configura a premeditação; a discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; a extracção ou consumo de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, como acontece na ordem jurídica moçambicana, relativamente ao semelhante preceito legal, em vigor, é aqui, onde se encontram as diferenças.

Elegeram-se estas categorias de circunstâncias que agravam ou qualificam o crime de homicídio, de entre tantas circunstâncias que marcam diferenças entre formas de qualificação de homicídio nas ordens jurídicas do Brasil e de Moçambique, isto é, a título representativo.

A premeditação do art.º 41º CPM, prevê que a intenção deve ser formada ao menos de vinte quatro horas, antes da prática do crime, mesmo que esteja dependente de algumas circunstâncias ou condições. Todavia, é premeditação os actos preparatórios do crime, ou seja, as vontades de matar outrem, esta vontade deve ser comprovada que existiu 24 horas antes da execução do crime.

O tempo de preparação para execução do crime, quanto mais superior, mais probabilidade de não falhar a execução do crime e oferecer menos oportunidade de defesa da vítima. A premeditação é uma das circunstâncias que qualifica ou agrava o homicídio, para caso concreto da ordem jurídica moçambicana.

Quanto a tipificação e as Penas, estas, na ordem jurídica brasileira, podem assumir diferentes classificações de acordo com o conteúdo previsto por cada uma delas. Para o ponto de vista jurídico, no referente às infracções, se encontram as seguintes penas:

- a) Pena privativa de liberdade;
- b) Penas restritivas de direito;
- c) Penas de multa;
- d) Penas infamantes;
- e) Penas cruéis;
- f) Penas exortatórias ou morais.

O sistema penal moderno é evoluído, usa-se regra geral, apenas algumas das penas acima mencionadas que antes foram referenciadas de forma pormenorizada. À semelhança do ordenamento jurídico moçambicano, estas penas também são aplicáveis, mas não de todo usuais. Pois, no Direito Contemporâneo, das pecuniárias destaca-se a multa, das privativas de liberdade é usual a prisão na forma institucional defendida por FOUCAULT, em *Vigiar e Punir*⁷⁹².

No actual sistema penal moçambicano as principais penas são as de prisão e de multa, pois, o nº 1 do art.º 61º e nº 2 do art.º 40º da CRM proíbe e condena, a pena de morte, perpétua, as penas cruéis e infamantes e de certo modo as penas exortativas ou morais.

Em seu fundamento, as penas privativas de liberdade vedam o convívio social ao condenado, privando sua liberdade dos demais seres humanos, familiares, amigos, vizinhos, entre outros.

No entanto, nota-se que a ressocialização do condenado não se faz sentir se comparando os valores e costumes adquiridos dentro da prisão e os que a sociedade oferece. MIRABETE, sustenta ainda, que é impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade deverá obedecer.

⁷⁹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2001.

Mas de verdade, a reclusão na actualidade, desvirtua o sentido que se pretende no preso, porque o impede a sua adaptação plena na sociedade⁷⁹³.

Das diferentes tipologias das penas privativas de liberdade, podem-se destacar três: reclusão, detenção e prisão simples. Outrossim, as penas de reclusão e detenção são figuras utilizadas em regimes fechados, semiabertos e abertos. Por outro lado, a pena de detenção seu regime é desempenhado no local aberto ou semiaberto, enquanto a pena simples os agentes ficam sempre distantes dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.

Contudo, a regra geral, a pena de reclusão destina-se aos crimes graves, privando de sua liberdade, sem ter em atenção a periodicidade e o modo de execução da pena. Normalmente, esta é usada no cumprimento de penas longas ou de maior duração e em estabelecimentos prisionais de máxima segurança, média ou em colónia penal em quaisquer tipos de regimes prisionais.

No entanto, são puníveis os crimes mais graves, podendo iniciar seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso do sistema penal moçambicano, contrariamente da pena de detenção⁷⁹⁴.

No cumprimento da pena de detenção pode ser do regime fechado. Outrossim, a pena de prisão simples assegura-se seu cumprimento em estabelecimento prisional especial, sem que as regras sejam rígidas e com prisão domiciliar nalgumas ordens jurídicas, para tal o exemplo disso é, o ex-colonizador de Moçambique e Brasil, que pode remeter o condenado a liberdade condicional, ainda imposta algumas restrições.

Quanto a letra e o espírito da Lei, no que refere unicamente as circunstâncias agravantes prevista do art.º 40º CPM, estas encontram as formas como o crime foi cometido, tal que: a premeditação, é a primeira qualificadora; segunda das outras como motivado por circunstâncias fútil; ter cometido o homicídio, mediante recompensa, remuneração ou sua promessa; ou para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime.

De outro modo, pode -se cometer o crime por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; contra menor, idoso, mulher grávida ou pessoa doente; cometer mediante duas ou mais pessoas; praticar com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; fazer emboscada, disfarce, surpresa, traição, perfídia, excesso de poder, abuso de confiança ou qualquer fraude.

Sustenta-se ainda no cometimento do crime mediante arrombamento, escalamento ou chaves falsas; por meio de veneno, instrumento ou arma cujo porte e uso for proibido; por ocasião de incêndio, explosão, naufrágio, terramoto, inundação, óbito, acidente ou avaria de meios de transporte automóvel, aéreo e ferroviário, qualquer calamidade pública ou desgraça particular da vítima.

⁷⁹³ MIRABETE, In. Eduarda Toledo Nascimento²; Janaína Luiza de Matos Marques³, *Jornal Electronico, Faculdades Integradas, Vianna Junior*, Vol. 13, Nº 2, 2021, p. 239. Consultado em 26 de janeiro de 2025, conjugado com o Boletim da REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Resolução n.º 65/2002, de 27 de Agosto. Política Prisional e estratégia de sua implementação. Conselho de Ministros. I SÉRIE NÚMERO 34, Maputo, 2002.

⁷⁹⁴ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Resolução n.º 65/2002, de 27 de Agosto. Política Prisional e estratégia de sua implementação. Conselho de Ministros. I SÉRIE NÚMERO 34, Maputo, 2002.

Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência para consumir; entrar o ou tentar entrar o agente do crime, em casa da vítima; na casa de habitação do agente do crime, enquanto não houve provocação do ofendido; cometer o crime em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas; em estrada ou lugar deserto; praticado de noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade.

Por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade. A desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções; com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão; tendo o agente do crime a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição.

Havendo o agente recebido de benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; contra ascendentes, descendentes, parentes até ao terceiro grau da linha colateral, ou afins, cônjuge ou pessoa em situação análoga; com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas; estando o ofendido sob a imediata protecção da autoridade pública; deve haver reincidência de crimes; ou concurso de crimes.

Quando qualquer das circunstâncias indicadas no art.º 40º CPM, constituir crime, não agravará a responsabilidade penal do agente, senão pelo facto de concurso de crimes.

As circunstâncias relevedoras na atenuação da responsabilidade penal do agente do crime, circunscrevem em bom comportamento anterior; a prestação de serviços relevantes à sociedade; ser menor de dezoito ou maior de sessenta anos; ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte tentação ou solicitação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida.

Constitui ainda atenuantes, intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor; o imperfeito conhecimento do mal do crime; o constrangimento físico, sendo vencível; a imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime; a espontânea confissão do agente do crime; demonstrados actos de arrependimento sincero do agente do crime, nomeadamente, a reparação, até onde lhe é possível, dos danos causados se for reparáveis.

São contemplados neste quadro, a ordem ou o conselho do seu ascendente, adoptante, tutor ou educador, sendo o agente menor e não emancipado; o cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou familiares afins nos mesmos graus.

Extensivo à este, adoptante ou adoptado de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta; súbito arrebatamento despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública; o medo vencível; a resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituir crime mais grave.

O excesso da legítima defesa; apresentação voluntária às autoridades; a natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste; o descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça; ter o agente agido sob temor reverencial; as que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na Lei.

Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuïrem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos resultados produzidos.

Portanto, figuras típicas do tipo legal do crime de Homicídio no Brasil, encontramos, Homicídio simples art.º 121ºCPB, o homicídio será “simples” quando o facto não se adequar a qualquer das hipóteses de homicídio “privilegiado - paragrafo 1º, art.º121º” ou “qualificado - paragrafo 2º, art.º121º”.

Quando o Homicídio Simples é cometido em actividade típica de grupo de extermínio, na ordem jurídica brasileira, se o mesmo ser cometido por um único executor, ele será designado como crime hediondo - vide, art.º 1º, I, Lei 8072/90.

Quanto ao Homicídio Privilegiado - paragrafo 1º, art.º 121º CPB, as privilegiadoras, não há ligação de comunicação na hipótese de concurso de pessoas.

“Impelido por motivo de relevante valor social”, é aquele que se fundamenta no interesse de todos os cidadãos de determinada coletividade.

“Impelido por motivo de relevante valor moral” já nesta circunstância, em si mesmo, é aprovado pela ordem moral. Observemos que quando reconhecida uma privilegiadora, é inadmissível, pelo mesmo motivo, admiti-la como atenuante.

“Sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”, aqui, deve ser comprovado ter havido de facto emoção intensa, violenta, quanto mais possível.

A provocação deve justificar a rejeição do agente do crime. Se a emoção, entretanto, for menor ou não for logo após a injusta provocação da vítima, não haverá a privilegiadora, mas poderá ocorrer a atenuação genérica, de acordo com art.º 65º CPB.

No entanto, o Homicídio Qualificado, previsto pelo paragrafo 2º, art.º 121ºCPB, as circunstancias ou modalidades presentes neste dispositivo são também as consideradas na Lei brasileira de crimes hediondos - art.º 1º, I, lei 8072/90.

Portanto, na qualificadora, “paga” o agente do crime, recebe previamente a recompensa, que não é, no entanto, necessariamente que seja dinheiro, pelo crime. Todavia, responde pelo crime qualificado o autor do acto e quem pagou ou prometeu a recompensa.

Portanto, o agente do crime, usando o veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum preenche meios qualificadores, previstos no Inciso III, paragrafo 2º, art.º 121º CPB, no entanto, a utilização de veneno só qualifica o crime, como meio insidioso, se for feita dissimuladamente, isto é, com subterfúgio, ou emboscada. Portanto, quando a vítima tem conhecimento, designar-se-á de meio cruel.

Quanto à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, este acto ilícito está previsto, no Inciso IV, paragrafo 2º, art.º 121º CPB, no entanto, não se configura a traição se a vítima ter tido conhecimento da intenção do agente do crime. Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime praticado (Inciso V, paragrafo 2º, art.º 121º).

No entanto, será irrelevante se o autor do homicídio actue em interesse próprio ou alheio e não se extingue a qualificadora do homicídio, se for retirada a punibilidade do outro crime.

Para configurar a qualificadora é irrelevante que o homicídio tenha sido praticado antes, ou depois do crime que se deseja assegurar, ou mesmo que o agente desse crime desista ou se arrependa de praticá-lo.

No paragrafo 4º, art.º 121º CPB, prevê a existência de instituto de homicídio culposo, que se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício aplica-se somente ao profissional. Já no paragrafo 5º, do mesmo preceito legal do código penal brasileiro, prevê-se a perdão judicial, mediante a qual o juiz pode deixar de aplicar pena de acordo com determinadas circunstâncias, como por exemplo um acidente de viação em que o condutor morre no local e a vítima sobrevive, ou morre o condutor e vítima⁷⁹⁵.

Neste preceito, residem nas ordens jurídica-penais moçambicana e brasileira, pontos coincidentes na letra e espírito da Lei, distanciando-se quanto a designação adotada, assim como na moldura penal aplicável em cada jurisdição, tanto que homicídio culposo (paragrafo 4º, art.º 121º), a pena varia de um a três anos, no Brasil e homicídio involuntário do art.º 170º CPM, a pena é de um a dois anos.

O Direito penal brasileiro, assim como o direito penal moçambicano divide-se em “sentido objectivo (*ius penale*)”, consistente no que se deixa “formalmente definido “como tipo penal, e “sentido subjectivo (*ius puniendi*)”, consistente no “poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crime os comportamentos humanos em conflito com a Lei penal e ligar-lhes sanções específicas”, ou seja, “O direito penal objectivo é expressão ou origem do poder punitivo Estatal”⁷⁹⁶.

O direito constitucional, se liga a todos ramos do Direito, tal que o Direito penal em ambos o país integra o ramo do direito público, ademais, “tanto a doutrina do crime, como a dos seus efeitos jurídicos assumem uma estreita conexão com o direito constitucional”⁷⁹⁷.

Por fim, vigora no Direito Penal moçambicano, assim como no brasileiro, princípios tais como: da legalidade, da irretroatividade da lei, da aplicação da lei mais favorável (*Lex mellior*), da proporcionalidade, da humanidade e intransmissibilidade das penas, do *ne bis in idem*, da culpabilidade, da presunção de inocência (*in dubio pro reo*) e da tipicidade.

No tocante ao homicídio, ambos os ordenamentos jurídicos consideram que a vida humana tem início a partir do nascimento completo com vida e finda com a morte encefálica.

⁷⁹⁵ Vide, Resumo - Homicídio (art.º 121º do Código Penal brasileiro), consultado em 01.05.24), www.linkedin.com/in/elias-coelho-b8b585177.

⁷⁹⁶ Vide, Figueiredo Dias, 2012.

⁷⁹⁷ DA SILVA, Ivan Luiz, *Das bases constitucionais do Direito Penal*, Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002.

Moçambique e Brasil, a ciência médica e a doutrina jurídico-penal foram progressivamente convergindo” para considerar o término da vida pelo “critério da morte cerebral”⁷⁹⁸.

No mesmo sentido, e como várias vezes nos referenciamos nos capítulos anteriores, o início da vida extrauterina ocorre “a partir do começo do nascimento, ou seja, quando das primeiras contrações expulsivas [...] ou com a primeira incisão efetuada pelo médico “e dá-se a morte “com a irreparável lesão ao funcionamento do cérebro”, cujo entendimento brasileiro vem claramente delimitado no artº. 3º da Lei n.º 9.434/1997(Lei de doação de órgãos humanos).

Feitas as considerações iniciais, passa-se a continuar a analisar as semelhanças existentes nos tipos penais relativo ao homicídio.

Homicídio - Tanto o ordenamento jurídico penal moçambicano (art.º 159º CPM), como o brasileiro (art.º 121º do CPB), prevê como sendo ilícito penal o homicídio, que consiste em matar outra pessoa, pondo fim a vida, seja na sua forma simples ou nas modalidades agravadas ou qualificada, privilegiada, involuntária ou culposa.

No que tange ao crime de homicídio agravado ou qualificado, destacam-se as suas diferenças, na moldura penal, tal que na ordem jurídica moçambicana, prevê pena mínima de 20 anos de prisão, podendo excepcionalmente ir até 30 anos de máxima, consoante o caso. No entanto para ordem jurídica brasileira prevê-se a pena mínima de 12 anos e a máxima de 30 anos de reclusão. Ademais, as qualificadoras, conforme se denota do disposto no art.º 160º CPM, são consideradas circunstâncias suscetíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade da atitude. Este entendimento é também adotado por legislação brasileira, usando palavras quase sinónimas.

No que concerne, aos motivos, ao modo de acção ou natureza dos meios empregues, mas todas se caracterizam por revelar maior perigosidade ou perversidade do sujeito activo, embora diferem-se no que concerne, a qualificadora referente ao emprego do veneno, arrolada na ordem jurídica brasileira e que em Moçambique, ganhou uma autonomia num artigo próprio, que o qualifica como um TLC, de envenenamento - art.º 162º CPM.

É possível identificar qualificadoras diferentes e semelhantes em ambos os ordenamentos jurídicos penais, quais sejam: o emprego de veneno, embora, esta, é qualificadora na jurisdição brasileira enquanto em moçambicana é um TLC, de Evenenamento;

Tortura, ou outro meio insidioso ou cruel para aumentar o sofrimento da vítima; o uso de meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum; ou a prática do delito no intuito de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, bem como facilitar a fuga.

O Projeto de Lei do Novo Código Penal Brasileiro, nº 236/2012, ainda em trâmite, prevê a inclusão da qualificadora do homicídio na hipótese de ele ser praticado “por preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional”. Assemelhando-se, assim, ao disposto na alínea

⁷⁹⁸ Vide, DIAS, 2012, p. 09.

“g”, do art.º 160º, do CPM, o qual prevê a circunstância do agente praticar o crime compelido por “por ódio racial, religiosos ou político”.

No entanto, nota-se com bastante elogio à ordem jurídica brasileira, por integrar reformas legislativa, sobretudo da parte especial, no tange a Lei nº 13.142/2015, que adicionou ao homicídio qualificado o inciso VII, paragrafo 2º, art.º 121º CPB, consistente no acto praticado contra autoridade ou agente descrito nos art.ºs 142º e 144º CRFB, no que refere o sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, pouco se assemelha ao disposto da alínea “h”, art.º 160ºCPM, no que tange à qualificadora, a qual prevê:

“Artigo 160º - Homicídio Agravado

[...] a quem causar a morte de outrem em circunstâncias que revelem especial censurabilidade censura ou perversidade, concorrendo à circunstância do agente do crime:[...] h) Praticar o facto contra agente das forças e serviços de segurança, servidores públicos, civil ou militar, agente da força pública ou cidadão estrangeiro de um serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ministro do culto religioso, no exercício das suas funções ou por causa delas”⁷⁹⁹.

Quanto ao homicídio privilegiado, tanto o ordenamento jurídico moçambicano - art.º 161ºCPM, como o brasileiro, do paragrafo 1º, art.º 121.º CPB, prevê como pressuposto privilegiadora cometer o crime por relevante valor social ou moral, e sob domínio de violenta emoção.

A diminuição de pena de homicídio privilegiado, se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social, será âmbito que diz respeito a interesses da sociedade, como, por exemplo, matar traidor da pátria, matar um cadastrado perigoso, desde que não se trate de acção de “ajuste de contas” ou moral.

O sentimento pessoal do agente, como no caso da eutanásia, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima existência de emoção intensa, isto é, tirar o agente totalmente do sério; injusta provocação da vítima, neste contexto, refere-se a questão de brincadeiras inaceitáveis ou de “mau gosto”, flagrante de adultério; uma reacção imediata, “logo em seguida”, nestes casos o juiz pode ou deve reduzir a pena de 1/6 a 1/3.

Entrento, no ordenamento jurídico-penal moçambicano, nos termos do art.º 170º CPM, a acção causada por quem não procedeu com cuidado ou falta de alguma observância, a que, segundo as circunstâncias, deveria ter, agido com negligência. E, portanto, em consonância com o conceito da culpa brasileiro, que define homicídio culposo como aquele praticado pelo agente que “inobserva o cuidado objectivamente devido, a diligência indispensável em face das circunstâncias e produz, de consequência, o resultado morte”⁸⁰⁰.

Para tais crimes, ambas legislações fixam como pena privativa de liberdade, no entanto, a ordem jurídica moçambicana tem como pena máxima dois anos e mínima um mês, enquanto a ordem jurídica brasileira tem a pena máxima abstrata três anos e mínima também um ano de prisão, assemelha-se com pena mínima aplicável em moçambique.

⁷⁹⁹ Cfr. al) h, art.º 160º CPM, Novo Código Penal Moçambicano, p. 162.

⁸⁰⁰ Cfr. o paragrafo 3º do art.º 121º CPB.

No ordenamento jurídico-penal moçambicano, vigora sobre a mesma matéria dos factos, o Decreto-Lei n.º 1/2011, de 23 de março Código de Estrada, tal como sucede com Brasil, portanto vigoram dois instrumentos que regulam a mesma matéria.

Moçambique não fugiu da regra, tanto que, existem semelhanças na moldura penal, quando se tratar do regime dos acidentes estradais e o resultado ser a morte de uma pessoa humana, e mais (art.º 153º CEM), o número (1)um, deste preceito legal, comina a pena de um ano a três anos de prisão, ao condutor que com a culpa grave cause a morte de uma pessoa, já no número três refere que quando não for habitualmente imprudente, a pena de prisão será de seis meses a dois anos e multas correspondentes.

Pese embora, existir diferenças de nomenclatura (involuntário ou culposo), os termos utilizados são sinónimos porque nos remetem a mesma conduta ilícita. Igualmente, é tipificado em ambos os Códigos Penais como sendo crime, embora com uma certa atenuação, noutra ordem jurídica, de acordo com as circunstâncias.

No tocante aos efeitos do aborto no Brasil e Interrupção de Gravidez em Moçambique, não há controvérsias entre as legislações, ambas prevendo penas mais graves para as hipóteses em que, ocorrendo o aborto ou interrupção de gravidez, a sua prática ou os meios empregues para tal, resultarem na morte da gestante ou em uma grave ofensa à integridade física dessa.

Igualmente, há previsão de aumento de um terço para tais casos, pese embora, na ordem jurídica moçambicana, tal aumento seja previsto para todas as hipóteses retro citadas, no Brasil limita-se aos casos em que a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, visto que para o caso de morte é duplicada a pena.

Exclusão de ilicitude, portanto, na ordem jurídica moçambicana não há atenuantes especiais para o crime de homicídio involuntário, remete-se ao regime geral dos agravantes dispostos no art.º 45º do CPM, a descrição dos que marcam a diferença com a ordem jurídica penal brasileira, relativo aspectos atenuantes:

- O bom comportamento anterior;
- Ser o agente, menor de dezoito anos ou maior de sessenta anos;
- A prestação de serviços relevantes à sociedade;
- Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte tentação ou solicitação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;
- A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor;
- O imperfeito conhecimento do mal do crime;
- O constrangimento físico, sendo vencível;
- A imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime;
- A ordem ou o conselho do seu ascendente, adoptante, tutor ou educador, sendo o agente menor e não emancipado;
- O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste;

- Ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou afins nos mesmos graus, adoptante ou adoptado de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta;
- Súbito arrebatamento despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública;
- O medo vencível;
- A resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituísse crime mais grave;
- O excesso da legítima defesa;
- A apresentação voluntária às autoridades;
- A natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste;
- O descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça;
- Ter o agente agido sob temor reverencial;
- As que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na lei;
- Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuïrem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados.

Entretanto, o regime geral das atenuantes, o legislador brasileiro estabeleceu os seguintes atenuantes que marcam a diferença com o estabelecido na Legislação penal moçambicana:

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II – o desconhecimento da lei;

III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art.º 66º CPB, refere que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Fora do regime geral das atenuantes estabelecidas no parágrafo 5º do art.º 121.º o legislador estabeleceu uma hipótese em que o juiz deixa de aplicar a pena ao arguido, em razão deste arguido ter sido, em consequências da infracção, atingido de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Quanto aos agravantes, ambas ordens jurídica-penais se vislumbra seguintes constatações, pois que não há agravantes especiais para o crime de homicídio involuntário, remetendo-se ao

regime geral dos agravantes dispostos no art.º 40º do CPM. A eles, transcreve-se nos seguintes termos:

1.ª Com premeditação; 3.ª Mediante recompensa, remuneração ou sua promessa; 5.ª Por razões de discriminação racial, nacional, étnica, ideológica, religiosa, sexual, de doença ou deficiência física ou psíquica; 7.ª Mediante convocação, pacto ou execução entre duas ou mais pessoas; 8.ª Com auxílio de pessoas que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; 10.ª Com arrombamento, escalamento ou chaves falsas; 13.ª Com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços; 14.ª Entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido.

Nesta linha, reconhece o 15.ª como agravantes a entrada a casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido; 16.ª Em lugares destinados ao culto religioso, em cemitérios ou em repartições públicas; 17.ª Em estrada ou lugar deserto; 18.ª De noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade; 19.ª e por qualquer meio de publicidade ou para que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade.

O número 20.ª do mesmo dispositivo, julga procedente como agravante a desconsideração da qualidade de servidor público, no exercício das suas funções; 21.ª Com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; 24.ª Tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição; 25.ª Havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; 27.ª Com manifesta superioridade em

A moldura penal (in fine do n.º 1 do art.º 170º do CPM), na ordem jurídica moçambicana, o homicídio involuntário é punido com uma pena de prisão que varia entre 1 mês a 2 anos e multa correspondente, devendo a multa, ser calculada nos termos do art.º 63º do CPM.

Porém, é estabelecida uma excepção que consiste nos casos em que o crime emerge em virtude de facto ilícito que se deva aplicar pena mais grave, resultando que se aplicará somente esta pena mais grave. Nisto, pode se perceber a diferença com relação aos limites máximo e mínimo da moldura penal de prisão que varia entre meses até 2 anos, sendo que que na ordem jurídica brasileira varia entre 1 ano a 3 anos, sem se esquecer da anterior referida excepção, e o termo utilização quanto qualificação da pena, vide a diferença nos aspectos elencados sobre a ordem jurídica brasileira.

Olhe, prestando atenção e perceba o seguinte. Na ordem jurídica brasileira há possibilidade de aumentar a pena no concernente ao limite máximo da moldura penal, conforme se pode observar do disposto na subsecção 4º do art.º 121º do CPB, em virtude de o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixar de prestar imediato socorro à vítima, não procurar diminuir as consequências do seu acto, ou fugir para evitar prisão em flagrante.

Fora do anterior, há a regra geral nesta ordem jurídica, que consiste na seguinte diferença com a ordem jurídica moçambicana: No art.º 61º do CPB: II – ter o agente cometido o crime: l) em

estado de embriaguez preordenada. Já, na ordem moçambicana, não há possibilidade alguma de aumentar ou diminuir os limites máximos da moldura penal por crime específico.

No art.º 62º do CPB: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

No entanto, moldura penal (in fine da subsecção 3º do art.º 121º do CPB), diferentemente da ordem jurídica Moçambicana, no homicídio culposo na ordem jurídica brasileira, é estabelecido uma moldura penal de 1 a 3 anos.

Observando em termos de linguagem, reside uma grande diferença com a ordem jurídica moçambicana, no emprego do termo “detenção”. Este termo emprego pelo legislador brasileiro, na ordem moçambicana é entendido como tendo duração que não ultrapassa 48 horas, n.º1, do art.º 297º CPPM, efectuando-se em flagrante delito, ela tem um carácter preventivo e por finalidade:

- Apresentação do arguido ao julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção, ou para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, mas sem nunca exceder 24 horas, do detido perante a autoridade judiciária em acto processual.

Concluimos que, o emprego deste termo na referida disposição do CPB, o legislador entendeu como sendo de estar a tratar de uma pena de prisão e não como é entendido na ordem jurídica moçambicana. Outrossim, pela disposição do art.º 33º CPB, a detenção tem uma natureza de prisão que se cumpre em regime semiaberto, ou aberto.

Portanto, foi possível notar a existência de diversas semelhanças entre as legislações penais moçambicana e brasileira, nos termos retro mencionados. Entretanto, igualmente podem ser verificadas diferenças, como a exemplo dos princípios, visto que há aqueles que vigoram, tão somente, no ordenamento jurídico moçambicano, tais como:

a) princípio da lealdade: é uma noção de natureza moral e traduz uma maneira de ser da investigação e da obtenção de prova, mediante respeito a dignidade das pessoas e sem o qual as provas obtidas serão ilícitas.

Ressalta-se que este não pode ser confundido com o princípio da legalidade, vigente tanto no ordenamento jurídico moçambicano como brasileiro, e que prevê que somente nos termos da lei podem ser aplicadas medidas de seguranças ou imputadas penas⁸⁰¹.

b) princípio da oficialidade: vem consubstanciado no impulso para investigar a prática das infracções penais, e que a decisão de deduzir ou não acusação cabe ao Ministério Público.

⁸⁰¹ GOMES, Décio Luiz Alonso, *Imediação Processual Penal: Definição do conceito, Incidência e Reflexos No Direito Brasileiro*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade De Direito, 2013

De outro lado, as legislações penais de Moçambique assim como do Brasil “protegem a vida humana, a partir do momento do início do nascimento do novo ser humano” sendo considerado aborto ou interrupção de gravidez “a destruição dessa vida até o início do parto”⁸⁰².

Por sua vez, em que pese a legislação penal moçambicana, igualmente proteja a vida humana, tanto que a legislação adotou a posição de diferenciá-las, chamando de vida ao bem jurídico protegido pelo homicídio e vida intra-uterina ao protegido pelo aborto ou interrupção de gravidez.

No entanto, o CPM, prevê como crimes contra a vida (Livro Segundo, Título I, Capítulo I, Secção I) os praticados contra a pessoa (vida extrauterina) e crimes contra a vida intra-uterina (secção II) os praticados contra o feto, tal que, a diferenciação não ocorre no CPB, no qual os crimes contra a vida estão todos centralizados no Capítulo I. todavia, os demais crimes em que tem como resultado final também a morte do agente, são localizados fora desse capítulo, serão considerados “crimes qualificados pelo resultado”⁸⁰³.

Outras diferenças importantes que devem ser destacadas consistem na Lei dos crimes hediondos e nas penas. Inicialmente, assinala-se que não há previsão de crimes hediondos ou Lei de Crimes Hediondos na legislação actual moçambicana, tal como existe no Brasil. Por seguinte, no tocante aos valores e limites fixados a título de pena para os crimes, o CPB, prevê, no art.º 75º, que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderá ser superior a trinta anos. Contrariando tal norma, o Código Penal de Moçambique que fixa, como limite máximo de cumprimento de pena, vinte e quatro anos, nos termos do nº1, art.º 61º CPM, com excepção apresentada através do nº 2, do mesmo artigo que prevê ir até aos trinta anos e não podendo em caso algum se ultrapassar.

Com base ao art.º 61º CPM, entende-se, ainda, que o legislador moçambicano fixou como limite mínima das penas privativas de liberdade três dias. No entanto, existe incontáveis crimes previstos no CPM, aplicando-se para esses a pena mínima legal. Tecidas as considerações iniciais, passa-se continuar com a análise das diferenças presentes nos tipos penais dos crimes contra a vida.

No entanto, homicídio é o “acto humano consistente na supressão da vida extrauterina alheia”⁸⁰⁴ e possui previsão legal tanto no ordenamento jurídico moçambicano como no brasileiro, ressalvadas suas diferenças, embora o seu conceito visa o objecto comum que é a vida da pessoa humana. Tanto que o homicídio, é a eliminação da vida humana extrauterina praticada por outra pessoa, neste conceito permite uma importante conclusão, que é a eliminação da vida humana, que a mesma não precisa da tipificação do crime de homicídio.

No entanto, se a vida humana for intrauterina estará caracterizado o crime de interrupção de gravidez ou de aborto, agora consoante a legislação adoptada por cada ordem jurídica penal. Para além disso, se o início do trabalho de parto tiver desencadeado, a morte do feto configura

⁸⁰² BALBINOT, Rachele A. A., *O Aborto: Perspectivas E Abordagens Diferenciadas*, Revista Sequência, n.º 46, jul. de 2003.

⁸⁰³ LAGE, Matheus Canazart, *Delitos qualificados pelo Resultado: Uma análise das elevadas penas à luz do conteúdo de injusto*, Revista de CAAP, nº 2, 2019.

⁸⁰⁴ Masson, Cleber, *Direito penal esquematizado : parte especial*, vol. 2, 7.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo; Método, 2015.

homicídio ou infanticídio, dependendo do caso concreto, mas não interrupção ou aborto. Portanto, “matar alguém” pode resultar no crime de infanticídio, se presentes as demais elementares tipificadas pelos art.º 166º CPM e art.º 123º CPB, quais sejam, a vítima deve ser o filho nascido ou recém-nascido, além de ser a conduta praticada pela própria mãe durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal.

Contudo, cuida-se de um dos primeiros crimes do conhecimento da humanidade, é por essa razão, se sustenta que a história do homicídio pode ser confundida com a própria história do direito penal, para além de que em todos os tempos das civilizações, a vida humana sempre foi o primeiro bem jurídico a ser tutelada ou protegida⁸⁰⁵.

Inicialmente, destaca-se que, enquanto no CPB o homicídio, em todas as suas modalidades, vem tipificado apenas em um art.º 121º, no CPM, as modalidades de homicídio vêm consubstanciadas em tipos penais autônomos, estando distribuídos em diversos artigos, quais sejam: homicídio simples no art.º 159º, homicídio agravado no art.º 160º, homicídio privilegiado no art.º 161º, o envenenamento no art.º 162º e homicídio Involuntários no art.º 170º, entre outros.

No tocante à modalidade fundamental de homicídio, sua forma simples, a diferença está presente no valor fixado como anteriormente observamos, a título de pena privativa de liberdade: de 16 a vinte anos no CPM e de seis a vinte anos no CPB. Por sua vez, em relação ao homicídio qualificado ou agravado, enquanto a legislação brasileira prevê, pena privativa de liberdade máxima de trinta anos e mínima de 12 anos, a legislação moçambicana prevê pena máxima de vinte e quatro anos e mínima de 20 anos, podendo excepcionalmente ir até trinta anos, sem exceder.

Outrossim, no CPM estão tipificadas circunstâncias qualificadoras que não possuem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, tais como: art.º 162º Envenenamento, no entanto este tipo legal do crime, aparece no código penal brasileiro como uma das circunstâncias que agravam o crime, neste caso de homicídio qualificado (inciso III, paragrafo 2º, art.º 121º CPB).

Todavia, é nosso propósito afirmar que no âmbito da presente tese verificou-se que, o caminho para uma sociedade justa, milhões de cidadãos do mundo, se deparam com um precipício entre ter um direito e torná-lo parte de suas vidas. Para muitos seres humanos, a palavra justiça se resume às instituições ditas de Justiça, neste caso os tribunais.

No entanto, o estudo mostrou que para o âmbito do homicídio a justiça deveria fazer parte das escolhas diárias de qualquer pessoa humana. Mas, o que falta?

Do Direito Comparado, ou seja, da comparação de Direitos pode-se chegar rápido e fácil à informação jurídica de alto valor juridico-social, para colmatar este factor.

O compromisso de comparatistas, será sempre com todas as pessoas humanas que precisam tomar decisões com maior qualidade e segurança, construindo uma sociedade justa com maior confiança jurídica-social.

⁸⁰⁵ Ibidem, 2015.

CONCLUSÃO

O sistema penal quase em todo mundo, não prevê a pena de morte dado tal ser considerado contrário aos princípios em que o mesmo se baseia, isto é, a pena de morte não é compatível com o objectivo de reintegração do recluso na sociedade.

No entanto, na reforma dos Códigos Penais do Brasil e de Moçambique, como consequência do apelo, as penas mais duras, não foi introduzida a pena de morte nem de prisão permanente e avaliável (*prisión permanente revisable*), como vislumbra, no código penal Espanhol, como simples exemplo, encontramos no art.º 33º, que elenca as penas existentes no sistema espanhol.

No ordenamento jurídico penal Espanhol, a pena de prisão permanente, é aplicável aos crimes mais graves como no entanto, homicídio de menor de 16 anos ou pessoa especialmente vulnerável em razão da idade, doença ou incapacidade, crimes contra a liberdade sexual com resultado homicídio, homicídios múltiplos, homicídios praticados por membros de organizações criminosas ou terroristas, homicídio do rei, homicídio de chefe de Estado estrangeiro em território nacional Espanhol, ou contra outra pessoa com protecção internacional decorrente de tratado, crimes de genocídio e crimes contra a humanidade⁸⁰⁶.

Conforme verificado durante a pesquisa, a legislação penal brasileira assim como moçambicana tem origem nas disposições do ordenamento jurídico português.

No entanto, com o decorrer dos séculos, sofreu influência de inúmeros outros ordenamentos jurídicos, afastando-se de sua origem e apresentando estruturas e tipos penais próprios, apesar destes factores, ainda é possível, identificarem-se semelhanças.

Verificou-se ainda, que no ordenamento jurídico do antigo colonizador de Moçambique e do Brasil, houve redução dos índices de criminalidade.

No Brasil e Moçambique por sua vez, houve aumento preocupante dos crimes, fazendo surgir uma indagação, se esse facto se devia tão somente a questões sociais ou se, possivelmente, haveria descontrolo nos ordenamentos jurídico-penais? No entanto, para nossa reflexão, não cabe a comparação para este aspecto, dado que Moçambique, Brasil e Portugal têm diferenças naturais caracterizadas por suas dimensões territoriais e o número de habitantes.

Não se estudou estes factores relacionados com índice de homicídios, pelo facto de que o estudo centra-se sobre semelhanças e diferenças do tipo de homicídio e correspondente aplicação de penas para moçambique e Brasil, tal que Portugal surge pela história do Direito de ambos países estudados.

A Partir do problema proposto e tendo em conta toda análise feita ao longo do estudo, deu-se margem para outros questionamentos, pois, percebeu-se que o legislador do seu antigo colonizador, português, aquando da elaboração do Código Penal, valeu-se de preciosismo em sua elaboração, de modo a tipificar inúmeras condutas ilícitas como crimes, de forma clara e objectiva,

⁸⁰⁶ REPÚBLICA FEDERATIVA DE ESPANHA, CODIGO PINAL, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre RCL 1995\3170*, consultado aos 06 de Maio de 2024, em: <https://www5.poderjudicial.es/secp1011/Documentaci%C3%B3n%20Espa%C3%B1ol/Textos%20legales%20b%C3%A1sicos/Legislaci%C3%B3n%20penal/C%C3%B3digo%20Penal.pdf>

visando a não deixar margem para interpretações e entendimentos divergentes ou, ao menos, reduzi-los. Essa riqueza de detalhes não está presente no CPB, que possui expressões dúbias e complexas que dão margem a subjetivismos e brechas para ludibriar a lei ou interpretá-la segundo analogia de cada um, citando-se, como melhor exemplo, a redação atribuída ao inciso VII, parágrafo 2º, do art.º 121º CPB.

Igualmente, salienta-se que o Código Penal Português, em tese tem mais correlação com a actualidade social global, considerando que data de 1982, tendo sofrido grande reforma em 1995, justamente para adaptar-se à realidade do país à época. O Código Penal brasileiro, por sua vez, encontra-se ultrapassado, em relação a este, assim como de Moçambique datando de 1940, e não tendo passado por nenhuma grande reforma na parte especial (a da parte geral é de 1984), apenas havendo pequenas alterações ao longo dos anos, as quais, segundo nosso entender, não visavam a se adaptar à realidade social brasileira, mas, sim, à realidade política do país.

Por outro lado, analisando-se o homicídio no CPM, verificou-se que ele, de certa forma, não demonstra indícios de evolução, mas, sim, de retrocesso ou estagnação em determinados pontos.

A ordem evolutiva do direito penal pende para a despenalização, para uma realidade na qual não haja necessidade de forte repressão criminal, visto que as penas previstas atenderiam às suas funções e as políticas criminais no processo de ressocialização; todavia, o CPM, possui carácter punitivo, sobretudo nos crimes do homicídio, em que as suas penas mínimas são bastante duras com relação as do Brasil.

Assim, de certa forma, isso acaba por fugir aos objectivos do Direito Penal, que deve ser utilizado de forma subsidiária, como *último rácio*, e ater-se a condutas relevantes. Por exemplo, em relação ao delito de propaganda ao suicídio na legislação moçambicana (art.º164º CPM), através deste preceito legal, o legislador moçambicano, instituiu punição severa dependendo da forma e mediante o resultado, tal que, quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou por algum pedido sério, instante e expresso que esta lhe tenha feito e prestado ajuda para esse fim, a pena de prisão será de 2 a 8 anos, mas se o suicídio vier a ser tentado ou consumado.

No entanto, a idade da pessoa vítima ou condição da incitada ou a quem se prestou ajuda, for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, a punição é de prisão de 8 a 12 anos. Contudo, por qualquer modo, fizer propaganda ou publicitação de produto, objecto ou método preconizado como meio para produzir a morte, de forma adequada a provocar suicídio, será punido com pena de prisão até 2 anos, tendo em conta, as respectivas e correspondentes multas.

Diferentemente da moldura penal aplicável, na ordem jurídica brasileira, e outras circunstâncias que em diante iremos nos debruçar. Na ordem jurídica brasileira, o tratamento penal deste tipo legal do crime, está diferenciado com relação a ordem jurídica moçambicana, no entanto para brasil, este, está previsto no art.º122º CPB, vale dizer, que o crime ou seja delito de induzimento ou instigação ao suicídio, à pessoa humana, ou prestar lhe auxílio para que o faça, a pena será de dois a seis anos, se o suicídio se consumir a prisão será efectiva; de um a três anos, será no contexto da tentativa de suicídio que resulte em lesão corporal de natureza grave, estas

circunstancias, para o mesmo tipo legal do crime, não encontra previsão legal na ordem jurídica penal moçambicana, senão de forma autónoma.

No mesmo âmbito, no Brasil, a pena de prisão, para este tipo legal do crime, poderá ser duplicada se o crime é praticado por motivo egoístico; ou se a vítima ser menor ou tem diminuída capacidade de raciocínio ou resistência. Sobre a questão de induzimento ao suicídio, aqui, entende-se, que o agente do crime, faz surgir a ideia do suicídio na vítima, sugerindo-a, tal acto e incentivando a realizá-lo, sem que ela tivesse reflectido essa possibilidade antes.

Ao seu tempo, a legislação brasileira prevê tipificações diferentes para os mesmos ilícitos, a exemplo do homicídio culposo na direcção de veículo automotor, que é tipificado pelo CPB, equivale para moçambique ao homicídio involuntário.

Contudo, há previsão legal de homicídio culposo no Código Penal brasileiro, que poderia se destinar para o mesmo fim como eram feito antes de 1997, o que acaba por gerar uma vasta série de legislações dispersas, as quais nem os próprios juristas são capazes de apropriar-se plenamente. Outro ponto verificado e estudado, foi que o CPM, apresenta penas mínimas mais rígidas do que às previstas no CPB, para diversos tipos de homicídios, pois, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro apresentar penas máximas superiores às previstas em Moçambique, a ordem jurídica penal moçambicana por sua vez, apresenta penas de homicídios, mínimas superiores, que do Brasil.

Assim, concluída análise para responder ao problema colocado, verificou-se que dificilmente se atinge a pena máxima na dosimetria da pena, mas todo o calculo parte da pena mínima para determinar tempo correspondente a privação de liberdade, consoante circunstâncias agravantes ou atenuantes. todavia, não restaram dúvidas de que a legislação moçambicana é mais severa que brasileira.

Verificou-se ainda, que a legislação brasileira, oferece maior protecção e repressão a actos praticados contra a mulher, perante a previsão do crime de feminicídio.

De igual ou semelhante forma, a legislação moçambicana, prevê também através de da Lei especifica nº 29/2009, de 29 de Setembro, a repreensão de actos de violência Doméstica, praticada contra Mulher, tanto que mesmo não fazendo parte das categorias de análise propostos na tese, julga-se ser necessário trazer de forma geral.

O crime hediondo, este TLC, não encontra a previsão legal, no novo código penal moçambicano, como era antes do actual código penal, no art.º 160º CPM, de 2014, aprovado por Lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro, tal que, na legislação brasileira ainda se encontra em vigor, no entanto, não mereceu sua análise para este estudo.

Referente ao conceito de culpa, a jurisdição moçambicana, aparentemente, apresenta uma noção mais coerente ao dispor que culpa do agente do ilícito sempre terá. Entretanto, essa culpa divergirá entre culpa dolosa e culpa negligente, de acordo com o intuito que levou a gerar o ilícito.

No que tange ao projeto do novo código penal brasileiro, ele prevê alterações na parte especial no tocante aos crimes contra a vida, as quais, se aprovadas, aproximarão à legislação moçambicana, contudo, na falta da revisão, denominamos - o como um Código Penal, desajustado da sociedade brasileira.

Um Código Penal mais severo iria na contramão da história evolutiva da sociedade ou país, afastando-se da finalidade ressocializadora das penas, como nos referimos antes, tal que, hoje, o mundo clama-se por existências de penas mais rigorosas, não humanizadas ou não ressocializadoras.

Do estudo feito foi possível verificar que ambos os ordenamentos jurídicos possuem pontos positivos e negativos, e que uma mescla dos dois ordenamentos jurídicos seria uma boa alternativa para estas ordens jurídicas.

No entanto, no referente aos códigos penais estudados, parte especial, art.^{os} 159º e 121º do CPM e CPB, respectivamente, eles, de facto, precisam serem adaptados à realidade social; entretanto, entende-se que um código penal mais rígido, não reduzirá ou resolverá, por si só, os homicídios.

Pretende-se, que com base no resultado do estudo influenciar a sociedade jurídica ou seja legisladores, para reflexões sobre a necessidade de adequarem os códigos penais de ambos países ao contexto social actual, por forma aproximar as molduras penais dos países de que tem acordos ou tratados de extradição.

Aos estudiosos e técnicos do direito, pretende-se com a pesquisa influencia-los para continuar-se abrir novas linhas de reflexão sobre Homicídio, suas tendências ou evolução nos países Lusofonos.

Da análise que se propôs, na tese, se cumpre elencar algumas conclusões a que se chegou:

1. O Direito Penal tem como função primordial a protecção do bem jurídico - vida da pessoa humana, uma das funções é a delimitação do poder de intervenção do Estado na esfera do cidadão e ainda na interpretação da norma.

2. Os homicídios, previstos, nos art.^{os} 159.º CPM e 121º CPB, visam a protecção do bem jurídico - vida humana, tais que, se mostram tutelados no crime de homicídio-base de ambos países, e que pode se apresentar de forma diversa.

3. O legislador estabeleceu a norma como um preceito de crime, visando colmatar lacunas de punição, só aplicável nos casos em que a norma principal não preencha os pressupostos da incriminação.

É aplicável, no crime de homicídio, penas de prisão, de acordo com as circunstâncias agravantes ou atenuantes, assim homicídio agravado, disposto no art.º 160.º CPM, que se assemelha em algumas circunstâncias que o qualifica, do art.º 121º CPB, também para o código penal Português, disposto do art.º 132.º CPP, alínea b), ex-colonizador dos dois países estudados, neste caso Moçambique e Brasil.

Assim, conclui-se que o bem jurídico protegido por homicídio, é a vida em ambas legislações penais.

No entanto, o bem jurídico, vida tutelado por homicídio com especial tipo de culpa, embora se pode observar no preceito um privilegiamento do mesmo, não encontrando no ordenamento jurídico brasileiro preceito correspondente ao disposto no art.º 162.º referente ao crime de envenenamento, que na ordem jurídica moçambicana legislador autonomizou enquanto na ordem

jurídica brasileira surge no paragrafo 2º, art.º 121º como uma das circunstâncias que qualifica o homicídio.

Na protecção do bem jurídica - vida, o legislador moçambicano, atento ao direito comparado, nomeadamente ao caso brasileiro neste campo, são várias as questões que se podem levantar acerca das formas ou circunstâncias que qualificam o homicídio, no que concerne ao tratamento como crime base – homicídio voluntario simples.

Para determinação da responsabilidade criminal dos agentes do crime, é a responsabilidade do Estado a protecção do cidadão; no âmbito de aplicação do regime mais favorável ao preso, atento as circunstancias da pratica do homicídio para corresponder à moldura penal justa.

Porém, a nossa escolha primou para a doutrina do bem jurídico, naquilo a que se refere como função primacial do Direito penal, visando a protecção do bem jurídico “VIDA” razão limitadora da intervenção do Estado ao cidadão delinquente, na escolha da punição de determinada conduta.

Eis que, como refere CESARE BECCARIA “*não terei dito. Se fosse necessário dizer tudo*”. Fica aqui uma contribuição daquilo que se pretende com a justiça criminal moçambicana e brasileira, no contributo de homicídio como um fenómeno, temido, conhecido no quotidiano de qualquer moçambicano e brasileiro, quer por via da realidade de factos, quer pela narrativa e imagens veiculadas pelos meios de comunicação social.⁸⁰⁷

Por fim, durante a discussão da temática feita com base no quadro jurídico penal vigente na ordem jurídica moçambicano e brasileira, para o âmbito da aplicabilidade das penas, notou-se uma percentagem elevada das similaridades dos aspectos jurídicos que diferenças. A razão deste posicionamento legislativa penal, reside nas questões históricas, aliás conforme facilmente se compreende, Moçambique e Brasil são Países Lusofonos colonizados no passado pelo Portugal, neste aspecto e contexto, faz todo sentido que a doutrina jurídica apresente mais semelhanças que diferenças.

Em matérias das diferenças, é aceitável que embora as duas ordens jurídicas - Moçambique e Brasil, possuïrem a mesma identidade histórica, Brasil não ficou estagnado no tempo, portanto, através da dinâmica da vida jurídica, e convista à enquadrar novos desafios do contexto penal, originados pelo desenvolvimento social, Brasil foi dando mais passo em termos da revisão legislativa que Moçambique, justificado isto, também pelo tempo que cada país deixou de ser colônia de Portugal.

Em termos de eficácia das penas, no Brasil, são humanizadas e com probabilidade de terem maior ressocialização, na medida em que as penas mínimas são brandas com relação as de ordem jurídica moçambicana, ou seja, se com iguais circunstancias cometer o homicídio, no ordenamento jurídico penal moçambicano, certamente, terá a pena que varia entre 16 à 20 anos de reclusão enquanto na esteira jurídica brasileira espera cumprir a pena que varia de 6 à 20 anos, logo a pena brasileira é mais eficaz e humanizada que de Moçambique.

⁸⁰⁷ BECCARIA, Cesar, *Dos Delitos e Das Penas*, ed. Ridendo Castigat Mores, 1764.

SUGESTÕES

As penas aplicáveis ao homicídio mostram que nos dois ordenamentos jurídicos, são enquadrados, geralmente, no grupo de crimes mais graves, observado naturalmente suas semelhanças ou diferenças no que tange, o tipo e as circunstâncias que o agravam ou atenuam⁸⁰⁸.

Reconhece-se que moçambique e brasil têm molduras penais diferentes no que diz respeito aos limites mínimos e máximos das penas, podendo, encontrar aspectos jurídicos distintos e iguais. Essas semelhanças e diferenças verificadas durante a pesquisa, nos remete sugerir o seguinte:

- Harmonização dos institutos jurídicos estudados, plasmados nos códigos penais de 2019 e de 1998, edição de 2017, vigentes em Moçambique e no Brasil respectivamente por ser países de língua portuguesa e têm um passado histórico intrinsecamente ligados.
- Da dinâmica da vida social, uma revisão do código penal brasileira à semelhança o que sucedeu em Moçambique, em particular nos crimes de homicídio, parte especial do código.
- Introdução e autonomizar por legislador moçambicano o tipo legal de crime de Feminicídio, com semelhança no que sucede no Código Penal do Brasil.
- Introdução no CPB o TLC de Envenenamento, com assemelhança no que ocorre no código penal moçambicano.

Contudo, em termo de eficácia, vale explicar que a ordem juridical brasileira, as penas do homicídio são mais humanas, verificada a sua moldura penal e aplicação da mesmas, em relação a ordem juridical moçambique, pois as penas do homicídio, são mais severas que as de brasil. Tanto que sugere-se a harmonização neste âmbito, para facilitar a cooperação jurídica sobretudo com fundamento de extradição e ambos ser países lusófonos.

⁸⁰⁸ Aqui nos referimos a questão de homicídio se apresentar de varias formas partindo da base, isto é, homicídio voluntario simples que se verifica em ambas ordens jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

2. Legislação Nacional

1. REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, **Constituição da República**, (2018) in Boletim da República I série nº 115 de 12 de junho.
2. REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei 24/2019 de 24 de Dezembro, **Código Penal In** Boletim da Republica, I Série N.º 248 de 24 de Dezembro.
3. REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, **Código Penal aprovado pela Lei nº 35/2014 de 31 de Dezembro, 1ª edição**, Imprensa Nacional de Moçambique.
4. REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei N.º 29/2009, de 29 de setembro, lei sobre violência, praticada contra mulher.
5. REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Código do Processo Penal aprovado pela Lei n.º 25/2019 de 26 de Dezembro, Imprensa Nacional de Moçambique.
6. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adoptada e proclamada pela Resolução 217; A (III) da assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948.

3. Legislação Estrangeira

1. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Decreto-Lei No 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, **Código Penal Brasileiro (2017)** in Diário Oficial.
2. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, **Constituição da República**, (2016) in Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008.
3. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, **Código De Trânsito Brasileiro**, 4ª Edição, 2010.
4. REPÚBLICA PORTUGUESA, do Decreto-Lei N.º 53/2004, da Lei N.º 59/2007, de 4 Setembro, **Código Penal Portuguesa**
5. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Decreto-Lei No 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, **Código Penal Brasileiro (2017)** in Diário Oficial.

4. Obras

1. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de Comentário **do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 4ªEd., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.
2. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, **Intriducaao ao Direito comparado**, 2ª edição, Coimbra, 1998.p.9
3. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, **Direito comparado e ensino, ensino e Método**, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, p.100
4. ALMEIDA, Ferreira Carlos de, **Introdução ao Direito Comparado**, 2a edição, Almedina. Coimbra, 1998, p.16

5. ANDRADE, Manuel da Costa. **Homicídio. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). Comentário Conimbricense do Código Penal.** Coimbra, Portugal: Coimbra, 2014, p. 65.
6. ASCENSÃO, José de Oliveira, **O Direito, Introdução e Teoria Geral**, 13ª edição Refundida, Coimbra, 2005.
7. ASCENSAO, José de Oliveira. **O Direito , Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso Brasileiro**, 10ª ed, Coimbra 1997, p. 135.
8. ANTUNES, Maria João, **Consequências jurídicas do crime**, Coimbra, 2007-2008, p. 8.
9. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
10. BARRETO, Tobias, **Prolegômenos ao Estudo do Direito de Punir”. Estudos de Direito II.** Rio de Janeiro: Record/Governo de Sergipe. 1991, p. 102.
11. BECARIA, Cesar, **Dos Delitos e Das Penas**, ed. Ridendo Castigat Mores, 1764.
12. BELEZA, Teresa Pizarro, **Direito Penal**. Vol. I, 2ª ed.,, Lisboa: AAFDL, 1984, p. 270.
13. BELEZA, Teresa Pizarro, **Direito Penal**, Iº Volume, 1979, p.48
14. BITENCOUT, Cezar Roberto, **Código Penal Comentado**, 7ª ed. Edição Sariaiva, SP, 2012
15. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Especial**, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 80-81.
16. BETTIOL, Giuseppe, **Direito penal, tradução brasileira e notas do professor Paulo Jose da Costa Junior e do magistrado Alberto Silva Franco**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
17. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 187.
18. BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 109.
19. BUSATO, Paulo César, **Direito Penal - Parte Geral**, Vol. 1, 3ª ed. Editora Atlas, 2017.
20. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I, Artigos 1º a 107º - 4ª ed. rev. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, outubro 2014, p. 446.
21. CARLOS, Ferreira de Almeida, **Introdução ao Direito Comparado**, 2ª edição, Almedina. Coimbra, 1998, pp.12-13.
22. CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira, **Introdução ao Direito Comparado**, Coimbra: Almedina, 2015.
23. CARVALHO, Américo Taipa de, **Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime**, Coimbra Editora, 2ª edição, 2008.
24. CARVALHO, Américo Taipa de, **Direito Penal**, 2011 p.366.
25. CAPEZ, Fernando, **Manual de Processo Penal**, 23ª ed., Vol. 231, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
26. CELLARD, André, **A análise documental. In: POUPART, J. et al. (Coord.). A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008.
27. CEREZO MIR, José, **Curso de Derecho Penal Español** (tradução por José Oliveira). Madrid: Tecnos, 1993. p.15.
28. CISTAC, Gilles, **O direito administrativo em Moçambique**, Maputo, 2016, p. 1–44.

29. COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, Livraria do Advogado, 2000 p. 137-138.
30. COSSA, José de Ionocêncio Narciso, *Estratégia De Elaboração De Projectos De Pesquis E Trabalhos De Fim- De-Curso*, 1ª Ed., Maputo, 2024.
31. COSTA, José Faria da, *Noções Fundamentais do Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4.ª ed., Coimbra editora, 2015, p. 164.
32. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, Vol. I*, Coimbra: Almedina, 2010, p.49.
33. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol.II.2008 p.39
34. CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.
35. DA CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1995, p. 273.
36. DA FONSECA, João José Saraiva, Metodologia da Pesquisa Científica, Universidade Estadual do Ceará, 2002.
37. DAVID, René, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2020.
38. DAVID, René, *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2010.
39. DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 3ª edição, 1996, p.2
40. DA SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, 2a edição, 2001.p.306.
41. DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 38. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
42. DA SILVA, Márcio Evangelista Ferreira, Hermenêutica e homicídio qualificado, Brasília, TJDF, 2014.
43. DEMO, Pedro, *Introdução à metodologia da ciência*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1986.
44. DE SOUSA, Elísio, Manual de Direito Criminal moçambicano, 2ª Ed. Escola Editora, 2012.
45. DE SOUSA, Marcelo Rebelo, Introdução ao Estudo de Direito. 5ª ed., LEX, Lisboa: 2000, p. 25.
46. DE SOUZA, Paulo S. Xavier, Individualização da pena: no estado democrático de direito, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006, p. 132.
47. DE SOUZA, Ilíada Rainha; Daniela Cristina de Toni e Juliana Cordeiro, Genética evolutiva, Florianópolis : Biologia/Ead/Ufsc, 2011.
48. DE OLIVEIRA, Maxwell Ferreira, Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em. Administração. Catalão: Universidade Federal de Goiás, 2011.
49. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª Edição - 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2012.
50. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 109
51. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

52. DIAS, Jorge de Figueiredo, **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
53. ESTEFAM, André. **Direito penal - parte geral (arts. 1 a 120)**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
54. ESTEFAM, André. **Direito Penal 1: parte geral**, 4. ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 238.
55. FARIA, Bento de, **Código Penal Brasileiro Comentado**: vol. I, Parte Geral. Rio de Janeiro: Record Editora, 1958.
56. FERRI, apud CARVALHO, Américo Taipa de, 2008, **Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime**. Coimbra Editora, 2ª edição, p. 80.
57. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2001.
58. FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.96.
59. FRANCO, Alberto Silva, **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**, 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007.
60. FREITAS FILHO, Roberto, **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.
61. FREIXO, Manuel João Vaz, metodologia científica, fundamentos, métodos e técnicas, 2ª ed. 2010. pp. 91 a 98.
62. GIL, António Carlos, **Como elaborar Projectos de Pesquisa**, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
63. GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
64. GOMES, Luis Flávio, BIANCHINI, Alice, **Curso de direito penal. Volume 1, Parte geral (arts. 1º a 120)**, JusPODIVM, Salvador, 2015.
65. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal - Parte Especial - Coleção Esquemático**, Editora Saraiva, 2011.
66. GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, 2015, p.205
67. GRAWITZ, Madelaine, **Méthodes des Sciences Sociales**. Paris: Dalloz, 2001.
68. GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal. Parte Especial**, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
69. GREIA, Jacson, **Guia para apresentação de teses dissertações e trabalhos de graduação**. Nampula: ISCG Editora, 2016.
70. HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993, pp. 263 – 269.
71. HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
72. HUNGRIA, Nélson, **Comentários ao Código Penal**: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
73. JENSEN, Geziela e SGARBOSSA, Luís Fernando, **Elementos de direito comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

74. JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA UMINHO, 2015.
75. JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal - Parte Especial*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.
76. LARA, Marilda Lopes Ginez; MENDES, Luciana Cortis, Suzanne Briet *e a documentação como técnica cultural*. *Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação*. In: Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação, v .14, n. esp., jul. 2018, p. 77.
77. LOMBROSO, Cesare apud VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, O “Progresso ao Retrocesso”*.4ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p.31.
78. LÜDKE, M.; ANDRÉ, M. E. D. *Métodos de coleta de dados: observação, entrevista e análise documental. Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*, 1986.
79. LYRA, Roberto, *Comentários ao Código Penal*: vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
80. MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva. Maria, *Fundamentos de metodologia científica* 5ª ed. - São Paulo: Atlas 2003.
81. MARQUES apud MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.
82. MASSON, Cleber, *Direito Penal, Parte Especial (arts. 121º a 212º, Esquematizado)*, Vol. 2, Grupo editora Nacional, Brasil, 2015.
83. MASSON, Cleber, *Direito Penal Esquematizado : Parte Especial*, Vol. 2, 7.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo; Método, 2015.
84. MENDES, João de Castro de, *Direito Comparado*, Lisboa, 1982 – 1983.p.53
85. MENDES, João de Castro de, *Direito Comparado*, Lisboa, 1982 -1983, p.80
86. MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal, parte especial*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.
87. MIR PUIG, Santiago, *Estado, Pena y Delito. Colección: Maestros del Derecho Penal*. n. 21. Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 85.
88. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 4º Ed.*, Coimbra editora, 2008, pp.279 a 282.
89. MONTEIRO, Elisabete Amarelo, *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*, Coimbra Editora, 2012.
90. MONTET apud CORREIO, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Almeida, Coimbra, 1963, reimp. 2007.
91. NORONHA apud CAPEZ, F. Fernando Capez, *Manual de Processo Penal*, (23.a ed., Vol. 231). Editora Saraiva, 2016.
92. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 247.
93. NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. 11.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.119.
94. OLSEM, Ana Carolina Lopes, *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação Frente à Reserva do Possível*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 41.
95. PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, 5ª edição, AAFDL Editora, 2023.

96. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980. p. 27-60.
97. PORTO, Valberto Barbosa, *Genética*. 2. ed. – Fortaleza : EdUECE, 2015.
98. PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; OLIEVEIRA, Ney Menezes de; FERNANDES, Daniel Fonseca. *Retratos do sistema penal: política de drogas, gênero e política de drogas*. Salvador, EDUNEB, 2020.
99. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.
100. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, P. 28.
101. PRATA, Ana et al, *Dicionário Jurídico: Direito Penal e Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2007.
102. PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado* – Legislação Conexa e Complementar. Lisboa: Quid Juris, 2008.
103. PEREIRA, C. M. da S. *Direito comparado, ciência autônoma*. Revista Da Faculdade de Direito, 1952.
104. RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
105. RODRIGUES, Anabela, *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 33.
106. RODRÍGUEZ DEVESA, José María e Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18.^a ed., Madrid: Dykinson, 1995.
107. ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2.^a ed. Lisboa: Veja, 1993.
108. SABADELL, Ana Lúcia, DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito Social, Regulação Econômica E Crise De Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 51.
109. SACCO, Rodolfo, *Introdução ao direito comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
110. SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Edições Almedina, 1999.
111. SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: Os crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011.
112. SOARES, Guido Fernando Silva, *Estudos de direito comparado: O que é a "common law", em particular, a dos EUA*. São Paulo, 1997.
113. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto, *A Formação Do Sistema Penal Brasileiro*, Revista Universitas Jus, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.
114. TEXTO EDITORES, *Dicionário da Língua Portuguesa, Universal*, 8^a ed., Portugal: Textos Editores, LDA, 2006.
115. TOUTIN apud CORREIO, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Almeida, Coimbra, 1963, reimp. 2007.

116. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, ***Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, O “Progresso ao Retrocesso”***. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 73.
117. VILAR, A. D. C. ***Homicídio: Caracterizando e Mapeando***. 2013.
118. ZAMBELLO, Aline Vanessa et al (Coord.), ***Metodologia da pesquisa e do trabalho científico***, Penápolis: FUNEPE, 2018.
119. WELCHMAN, Lynn e HOSSAIN, Sara, Honour: ***Crimes, Paradigms, and Violence Against Women***. Zed Books, 2005.

5. Artigos Científicos

1. BALBINOT, Rachelle A. A., ***O Aborto: Perspectivas E Abordagens Diferenciadas***, Revista Sequência, n.º 46, jul. de 2003.
2. BECHARA, Ana Elisa Liberatore, ***O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual***. Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista Liberdades, n. 1, São Paulo, maio – agosto, 2009, p. 21, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/>, acesso aos 27 de Julho de 2023.
3. BRUCH, Kelly Lissandra, ***A Propriedade no Direito Muçulmano: Uma Análise Comparativa Com O Direito Brasileiro***. Ed. R. Fac. Dir. UFG, v. 36, n. 02, 2012. Consultado em 22 01.2025
4. CUCO, Arsénio, ***Direito: uma necessária Problemática***, in NGUENHA, Severino E., ***(in) justiça: Terceiro Grande Consenso Moçambicano***, ed. Real design, 2019.
5. CUCO, Arcênio Francisco, ***Direito Uma necessária Problemática***, In Severino E. Ngoenha (Coord.), ***(In) Justiça: Terceiro Grande Consenso Moçambicano***, Maputo: ed. Real Design, 2019.
6. CURY, Paula Maria Nasser, ***Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)***. São Leopoldo: UNISINOS, v. 6, n. 2, 2014.
7. DUTRA, Deo Campos, ***Método(s) em Direito Comparado***, in Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 61, n. 3, Curitiba, UFPR, 2016.
8. Erik Jayme, 1997, pp. 813-829, in DUTRA, Deo Campos, ***Método(s) em Direito Comparado***, in Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 61, n. 3, Curitiba, UFPR, 2016.
9. FRAGOSO, Heleno Cláudio, ***Direito Penal e Criminologia***, In REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, Universidade de Minas Gerais, 1972.
10. FERLIN, 2010, p.3, in Revista Brasileira de Ciências Criminais - Parte Especial, RBCCRIM Vol. 1, 2015.
11. LAGE, Matheus Canazart, ***Delitos qualificados pelo Resultado: Uma análise das elevadas penas à luz do conteúdo de injusto***, Revista de CAAP, nº 2, 2019.
12. LEITE, Andre Lamas, ***Algumas Notas Para Um Conceito Operativo De «Pena»*** Almedina, Julgar - n.º 32, 2017. Consultado em 07.06.2024.
13. NIKITENKO, Viviani Gianine. ***Funcionalismo-Sistêmico Penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista***. Revista Direito em debate. N. 25, jan./jun. 2006, p. 123-135.
14. SILVA, Ivan Luiz da, ***Das bases constitucionais do Direito Penal***, Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002.

15. TAKADA, Mario Yudi. *Evolução histórica da pena no Brasil*. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2428/1952>. Acesso em 23/03/2024.

16. CALIL, Mário Lúcio Garcez, Apud. Franz Von Liszt, , *Ensinar Criminologia: Entre Von Liszt E Baratta*, Revista Brasileira, 2020, consultado em 05.06.2024.

6. Trabalhos Acadêmicos

1. BATISTA, Vera Mónica Ramos APUD Botelho e Gonçalves, *in As teorias explicativas sobre o crime de homicídio na decisão judicial, uma análise comparativa entre o discurso dos magistrados e os acórdãos* (Dissertação de Mestrado) Universidade Lusófona do Porto, 2017.

2. CUCO, Arcênio Francisco, *Cultura Jurídica e Tradição: O Conflito Entre Os Usos e Costumes Tradicionais Moçambicanos e a Herança Jurídica Dos Colonizadores*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013.

3. DA COSTA, José Fernando Seabra Pulido Neves, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminai, Universidade de Lisboa, Faculdade do Direito, 2013/2014

4. GOMES, Décio Luiz Alonso, *Imediação Processual Penal: Definição do conceito, Incidência e Reflexos No Direito Brasileiro*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade De Direito, 2013

5. FORATO, Nathássia, *Dosimetria da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Monografia apresentada a Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2011, p.

6. MANSO, Bruno Paes, *Crescimento e queda dos homicídios em SP, entre 1960 e 2010, Análise do mecanismo da escolha homicida e das carreiras no Crime*, (Tese do Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

7. RIBEIRO, Rita Fernandes Teixeira, os Homicídios Passionais, **Considerações Relativa ao Grau de Culpa do Agente**, (Dissertação) - Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015

8. SCHNEIDER¹ , 1971: 21; LUOPAJÄRVI, 2003, in JOSÉ FERNANDO SEABRA PULIDO NEVES DA COSTA, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminai, Universidade de Lisboa, Faculdade do Direito. 2013/2014.

9. SOUSA, Juarez Giagobbo. *Ressocialização prisional: a contradição entre o discurso e a prática institucional*. 2019. Trabalho de conclusão de graduação (Graduação em Ciências Sociais)_Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/19001>. Acesso em: 12. março. 2024

7. Documentos electrónicos

1. ADVOGARJ, *TUDO SOBRE DIREITO, Homicidio: o que é Homicidio?* Em <https://advogarj.com.br/homicidio/>, 16 de Janeiro de 2024. Consultado em 12 de junho 2024

2. CARDOSO, G. V. *O direito comparado na jurisdição constitucional*, In REVISTA DIREITO GV, 6(2), 2010, pp. 469–492. Disponível em <https://doi.org/10.1590/s1808-24322010000200006>. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde25062013085809/publico/LucianoCorrea_Ortega_Integral.pdf.

3. HEINEN, Juliano, *Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas*, 2017. Disponível em Email: julianoheinen@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7687802519468461> , acesso 31.08.2024. 12h30.
4. GAIA, Luciana Garcia. **Homicídios passionais: a paixão e sua motivação para o crime**. Univem Aberto. Marília, 29 nov. 2010. Disponível em: www.aberto.univem.univem.edu.br/handle/11077/549>. Acesso em: 24 mar. 2024.
5. GODOY, Arnaldo; Ribeiro, Gustavo, **O Direito Comparado: resgate historiográfico, conceitos e problemas metodológicos**. *Revista de Direito Internacional*, 17, <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i1.6252>.
6. OVÍDIO, Francisco, **Aspectos do direito comparado**, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, n.79, São Paulo, 1984, p. 161, Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>.
7. REPÚBLICA FEDERATIVA DE ESPANHA, CODIGO PINAL, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre RCL 1995\3170* , consultado aos 06 de Maio de 2024, em: <https://www5.poderjudicial.es/secp1011/Documentaci%C3%B3n%20Espa%C3%B1ol/Textos%20legales%20b%C3%A1sicos/Legislaci%C3%B3n%20penal/C%C3%B3digo%20Penal.pdf>
8. Vide, Resumo - Homicídio (art.º 121º do Código Penal brasileiro), consultado em 01.05.24), www.linkedin.com/in/elias-coelho-b8b585177
9. TIXEIRA, Marco Jean De Oliveira, Direito Penal, <https://marcojean.com/homicidio-qualificado/>, LUANA SELVAUPDATED:9 DE JANEIRO DE 2023, Consultado em 21. 06 -24
10. TEXTO EDITORES, **Dicionário da Língua Portuguesa, Universal**, 8ª ed., Portugal: Textos Editores, LDA, 2006, p.833.
11. RIBEIRO, Breno Augusto Braga, **Genocídio, Um Crime Contra A Humanidade: O estudo do caso concreto Holocausto**, S/D, consultado em 21-05-24.
12. RIBEIRO, Tiago In Elementos Subjetivos Do Tipo Penal E Os Limites Fronteiriços Entre O Dolo Eventual E A Culpa Consciente, endereço consultado em 20 de maio de 2024: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/dolo_e_culpa.
13. LATAS, António João; Jorge Dias Duarte e Pedro Vaz Patto, *Direito Penal E Processual Penal*, ISBN: 978-972-9222-94-8, Edição: 2007, Consultado em 2 de junho de 2024.
14. SANTOS, Manuel José Carilho de Simas e FREITAS, Pedro, **Dosimetria da Pena: Fundamentos, Critérios e Limites**, Processo e Decisão Penal – Textos, Centro de Estudos Judiciários, p.75. Disponível em: https://ciencia.ucp.pt/ws/portalfiles/portal/32291767/eb_DecisaoPenal_69_105. Consultado em 02 de junho de 2024.
15. Cfr. art.º 2º da Convenção de 9 de Dezembro de 1948, disponível em : <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, consultado aos 21 de Maio de 2024.
16. MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena, finalidades, escolha : abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*. 1.ed.Coimbr, Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1889-3 (Brochado) consultado em 03.06.24.
17. SANTOS, M. J. C. D. S., & Freitas, *Dosimetria da pena: fundamentos, critérios e limites. Em Processo e decisão penal – textos* (pp. 69-105). Centro de Estudos Judiciários. <http://hdl.handle.net/10400.14/34063>, 2019, p. 69. Consultado em 03. 06. 24.