

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE**

**FACULDADE DE DIREITO**

Julieta Pedro Atanásio Godó

**Análise Crítica do crime de tráfico de pequenas quantidades a luz do artigo 36.º da Lei 3/97 de 13 de Março, que estabelece o regime aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes em Moçambique.**

Nampula, Março de 2023

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE**

**FACULDADE DE DIREITO**

Julieta Pedro Atanásio Godó

**Análise Crítica do crime de tráfico de pequenas quantidades a luz do artigo 36.º da Lei 3/97 de 13 de Março, que estabelece o regime aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes em Moçambique.**

Dissertação a ser apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestrado em Direito Penal.

**Supervisor:**

PhD. Barbosa Morais.

Nampula, Março de 2023

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE**

**FACULDADE DE DIREITO**

Julieta Pedro Atanásio Godó

**Análise Crítica do crime de tráfico de pequenas quantidades a luz do artigo 36.º da Lei 3/97 de 13 de Março, que estabelece o regime aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes em Moçambique.**

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Resultado \_\_\_\_\_

**Membro do Júri;**

**Presidente:**

\_\_\_\_\_

**Supervisor:**

\_\_\_\_\_

**Examinador 1:**

\_\_\_\_\_

**Examinador 2:**

\_\_\_\_\_

**Estudante:**

\_\_\_\_\_

**NAMPULA**

**2023**

**TERMO DE AUTENTICIDADE**

Eu, Julieta Pedro Atanásio Godó , estudante de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, declaro, para todos os fins de direito, que o presente trabalho de fim curso de licenciatura em Direito, é da minha autoria e todas as fontes usadas estão devidamente citadas e referenciadas na bibliografia.

Por ser verdade passo assinar

---

Julieta Pedro Atanásio Godó

Nampula, Março de 2023

### **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus pai todo poderoso que olha os fracos com compaixão, e que atende aqueles que pedem de verdade.

Ao meu supervisor Professor Barbosa Morais, o meu muito obrigado pelos conselhos académicos valiosos; ao meu pai Pedro Atanásio Godó que a sua alma

descanse em paz, à minha mãe Ana Dimande Godó, que desde o início sempre apostaram e acreditaram na minha educação.

Ao meu esposo Hélio Veda e a minha filha Hélifer Veda que sempre estiveram do meu lado nesta empreitada acadêmica.

Aos meus irmãos, Neusa Godó, Julian Godó e Happynes Godó vai o meu muito obrigado pela força e coragem transmitida.

## **Dedicatória**

*Dedico este trabalho ao meu  
eterno e querido Pai.*

### **Lista de Abreviaturas**

**Artº** - Artigo;

**Sec.** – Século;

**CP** – Código Penal;

**CRM** – Constituição da República de Moçambique.

## RESUMO

Esta pesquisa subordina – se a Análise Crítica do crime de tráfico de pequenas quantidades a luz do artigo 36.º da Lei 3/97 de 13 de Março, que estabelece o regime aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes em Moçambique, que trata – se de uma temática que gira em torno do Direito Penal tendo em conta que trata – se da criminalização atinente ao tráfico de drogas e aplicação das penas do tipo legal de crime em alusão. No n.º 2 do artigo 36.º da lei em atenção, o legislador ordinário se limita em determinar quantidades como sendo as que não excedam o necessário para o consumo individual durante um dia. Deste modo, urge fazer a seguinte questão de partida: Em que medida a consagração do n.º 2 do artigo 36.º da Lei n.º 3/97 de 13 de Março pode colidir com os princípios da legalidade e tipicidade em direito penal nos termos do artigo 1.º código penal, e atento também a proibição de interpretação extensiva e analogia segundo o artigo 7.º do código penal? A motivação para escolha deste tema, surge no âmbito da leitura desencadeada pela pesquisadora na referida Lei, facto que suscitou a devida atenção ao verificar que o n.º 2 do art. 36.º pode colidir com a axiologia que o Direito penal sempre ostentou no nosso solo pátrio, por outro lado, vale acrescentar ainda mais que, pela idade que a referida Lei ostenta há necessidade suficiente para sua alteração da mesma de modo a acautelar novos comportamentos anti sociais que giram em torno do objecto da tipificação. Recorreu-se igualmente a pesquisa bibliográfica que constituirão no desenvolvimento da pesquisa com matéria já elaborada e publicada por diversos autores, especificadamente por manuais, artigos científicos relacionados com o tema, ou seja, uma pesquisa desenvolvida exclusivamente por fontes bibliográficas. Deste modo, o presente projecto procura explicar o problema a partir do referencial teórico descrito ao longo do texto. Assim, a responsabilização do agente pela prática de crime de tráfico de pequenas quantidades previsto e punido pelo art. 36.º n.º2 da lei n.º 3/97, de 13 de Março , deveria ser especificado qual é a quantidade considerada não excessiva para o consumo diário como é o caso da contravenção de condução sob efeito de álcool, estupefaciente ou

substâncias psicotrópicas nos termos do art. 81.º do código de estrada aprovado pelo decreto-lei n.º 1/2011 de 23 de Março.

**Palavras – chave:** artigo 36.º a luz da Lei 3/97 de 13 de Março; ao tráfico e consumo de estupefacientes em Moçambique e Legalidade E Tipicidade.

## ÍNDICE

Ficha de avaliação.....	iii
Termo de autenticidade.....	iv
Agradecimentos.....	v
Dedicatória.....	vi
Lista de abreviaturas.....	vii
Resumo.....	viii
<b>CAPITULO I: PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA.....</b>	<b>15</b>
1. Tipologia de Pesquisa.....	15
1.1. Quanto a abordagem.....	15
1.1.1. Qualitativa.....	15
1.2. Quanto a finalidade.....	15
1.2.1. Básica.....	15
1.3.1. Quanto aos objectivos.....	15
1.3.2. Explicativa.....	15
1.4.1. Quanto aos procedimentos metodológicos.....	16
1.4.2. Bibliográfica e documental (legislação).....	16
1.5. Método da Pesquisa.....	16
1.6. Instrumentos de Recolha de Dados.....	16
1.7. Técnica de Apresentação e Análise de Dados.....	17
<b>CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>18</b>
2. Breve historial da lei 3/97 de 13 de Março.....	18
2.1. Noções gerais.....	20
2.1.1. Conceito de Direito Penal.....	20
2.1.2. Noção Formal e Material do Direito Penal.....	20
2.1.3. Conceito Formal de Crime.....	20
2.1.4. Conceito Material do Crime.....	21
2.1.5. Elementos do Crime.....	22
2.1.6. Crime de Tráfico de Drogas.....	22
2.1.7. Caraterísticas Essenciais do Direito Penal.....	22
2.1.8. Autonomia.....	23

2.1.9.	Proporcionalidade.....	23
2.1.10.	Subsidiariedade .....	23
2.1.11.	Fragmentariedade.....	24
2.1.12.	Legalidade e Jurisdicionalidade .....	24
2.1.13.	Culpabilidade .....	25
2.1.14.	Humanidade das Penas.....	25
2.2.	Principio Fundamentais do Direito Penal.....	25
2.2.1.	Principio da Legalidade.....	25
2.2.2.	Dimensão Actual do Principio da Legalidade e o Estado de Direito .....	27
2.2.3.	Garantias que contem o Principio da Legalidade.....	29
2.2.4.	<i>Nullum crimen, nulla poena sine lege previa</i> .....	29
2.2.5.	<i>Nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i> .....	30
2.2.6.	<i>Nullumcrimen, nullapoena sine lege scripta</i> .....	30
2.2.7.	<i>Nulla poena sine iudicio</i> .....	31
2.2.8.	Principio da Culpabilidade ( <i>nullapoena sine culpa</i> ) .....	31
2.2.9.	Principio da não Retroatividade da Lei Penal e da Humanidade das Penas.....	32
2.2.10.	Principio da Individualidade da Responsabilidade Criminal e da <i>Non bis in idem</i> .....	32
2.3.	A tipicidade em Direito Penal .....	34
2.4.1.	Tipicidade e a Técnica de Redação das Normas Penais.....	35
2.4.	Elemento do tipo legal de crime.....	36
2.5.	Interpretação e Integração da Lei Penal .....	37
2.6.1.	Interpretação da Lei Penal.....	37
2.6.2.	Integração da Lei Penal.....	38
2.6.3.	Da tutela de bens jurídicos pelo direito penal .....	38
2.6.4.	O bem jurídico tutelado pela Lei nº 3/97 de 13 de Março.....	43
2.7.	Direito Comparado.....	46
<b>CAPITULO III. APRESENTAÇÃO , ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE DADOS</b> .....		<b>48</b>
3.	Tipo Legal de Crime de Trafico e Pequenas Quantidades do Disposto no artigo 36.º a Luz da Lei 3/93 de 13 de Março.....	48
3.6.	Indeterminação do art 36.º n.º2 da lei n.º 3/97, de 13 de Março .....	49
<b>CAPITULO IV: DISCUSSÃO DOS RESULTADOS A LUZ DO MARCO TEÓRICO</b> .....		<b>52</b>

4.1. A imprecisão da normal penal nos termos do art. 36 da lei 3/97 de 13 de março, na quantificação do consumo mínimo individual por dia. ....	52
4.2. Fraca efectividade prática do principio da legalidade face a norma do art. 35 da lei 3/97 de 13 de março. ....	53
4.3. Falta de limites na determinação da culpabilidade no cumprimento do N° 2, do art. 36 da lei 3/97 de 13 de março. ....	54
Considerações finais.....	55
1. Conclusão.....	55
2. Sugestões.....	58
BIBLIOGRAFIA.....	59

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação do Mestrado em Direito Penal subordina – se a Análise Crítica do artigo 36.º a luz da Lei 3/97 de 13 de Março”, que estabelece o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes em Moçambique. Trata – se de uma temática que gira em torno do Direito Penal.

O objecto da nossa abordagem surge mediante a predisposição de que a incriminação do tráfico e consumo de plantas, substancias psicotrópicas ou preparados na lei n.º 3/97, de 13 de Março, o legislador ordinário previu o art. 36.º do tipo legal de crime de tráfico de pequenas quantidades, que o atribuiu uma consequência jurídica menos gravosa em detrimento dos outros tipos legais de crime previsto no mesmo diploma legal em virtude de o agente ser encontrado na posse de pequenas quantidades das substâncias de droga. Outrossim, no n.º 2 do artigo 36.º da lei em atenção, o legislador ordinário limita – se em determinar quantidades como sendo as que não excedam o necessário para o consumo individual durante um dia.

Tendo em atenção aso fundamentos apontados no paragrafo anterior, que se insere na problematização do presente tema, suscitou-nos também uma alguma inquietação ao verificar que o n.º 2 do art. 36º pode colidir com a axiologia que o Direito penal sempre ostentou no nosso solo pátrio, isso de um lado. Por outro lado, vale acrescentar ainda mais que, pela idade que a referida Lei ostenta, há necessidade suficiente para sua alteração da mesma de modo a acautelar novos comportamentos anti sociais que giram em torno do objecto da tipificação.

Nesse corolário, verificamos há aqui uma discrepância na interpretação das normas penais, o que é inadmissível, principalmente, no caso da interpretação extensiva e o recurso a analogia, visto que a lei penal caracterizar – se pela exactidão das suas normas que constitui o corolário do sacrossanto princípio da legalidade e tipicidade. Deste modo, com base no somatório de fundamentos invocados nos parágrafos anteriores, urge-nos fazer a seguinte questão de partida: até que ponto a consagração do n.º 2 do artigo 36º da Lei n.º 3/97 de 13 de Março pode colidir com os princípios da legalidade e tipicidade em direito penal nos termos do artigo 1º código penal, e atento também a proibição de interpretação extensiva e analogia segundo o artigo 7.º do código penal?

A abordagem destaca-nos como pertinente e importante pelo facto de que a discussão acerca do objecto da criminologia é praticamente tão velha quanto a própria criminologia. Apesar do problema persistir, a verdade é que a investigação criminológica, não tem deixado de se afirmar, desenvolver e alargar o seu campo. Nestes termos, estamos reconhecidamente perante a um problema cujo tratamento mostra carácter à teoria e à prática criminológica. Decorrente disso, achamos ser importante discutir esta abordagem pela ligação que ela tem com as formações sociais vigentes e fundamentos do poder político como instância de definição do que é e do que deve ser problema criminal e, por isso, criminológico.

É importante aludir a relevância do estudo na predisposição de que a norma penal incriminadora tende ser certa, isto é, determinar com suficiente previsão o facto criminoso: o crime não pode consistir numa situação, numa qualidade ou atitude pessoal. Também, o facto, a acção ou omissão, não pode ser inferido da lei, tem que ser definido na lei. Para que a garantia seja efectiva é necessário que a descrição do comportamento incriminado seja suficientemente clara e unívoca.

A exigência de lei certa não consta expressamente nem no texto constitucional nem da lei ordinária, mas é um postulado do princípio da legalidade, em quanto é um obstáculo ao arbítrio da aplicação de direito aos casos da vida.

Assim sendo, de forma geral pretende – se criticar o artigo 36.º da lei 3/93 de 13 de Março, que estabelece ao regime aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes em Moçambique. E especificamente pretendemos:

- compreender as vicissitudes do princípio da legalidade face ao nº 2 do art. 36 da Lei nº 3/97 de 13 de Março;
- discutir os contornos da indeterminação da norma do artigo 36 da Lei 3/97, de 13 de Março, com maior destaque no seu nº 2;
- Verificar os limites na determinação da culpabilidade no incumprimento da norma prevista no nº 2, do artigo 36 da Lei nº 3/97, de 13 de Março.

Os objectivos definidos nesta abordagem estão compatibilizados com o tipo de pesquisa definido para esta temática, que é uma pesquisa qualitativa, pois permitiu trazer uma explicação do fenómeno em estudo de forma mais exaustiva, ao invés de caracteriza-lo pelo emprego de métodos estatísticos no processo na análise dos dados. Não obstante à isso, recorreu-se a hermenêutica jurídica, técnica que auxiliou

na interpretação das normas jurídicas em alusão e de todo o processo de discussão dos resultados da pesquisa.

Esta dissertação está dividida em quatro capítulos, sendo que o primeiro capítulo é referente aos Procedimentos Metodológicos aplicados no presente estudo; o segundo é relativo a fundamentação teórica relativa ao tipo legal de crime de tráfico de pequenas quantidades do disposto no artigo 36.º a luz da lei 3/97 de 13 de Março; o terceiro diz respeito a apresentação, análise e interpretação de dados e o quarto capítulo traz a discussão dos resultados à luz do marco teórico. Por último apresentamos as nossas conclusões e sugestões, para além da bibliografia chave do nosso estudo.

## **CAPITULO I: PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA**

### **1. Tipologia de Pesquisa**

#### **1.1. Quanto a abordagem**

##### **1.1.1. Qualitativa**

A presente pesquisa é qualitativa, visto que faremos uma análise exaustiva no que concerne a Análise crítica do de Crime de Trafico e Pequenas Quantidades do Disposto no artigo 36.º a Luz da Lei 3/97 de 13 de Março. Trata – se de um fenómeno que gira em torno do Direito Penal, não obstante a isso, não nos descuraremos do fenómeno hermenêutico uma vez que faremos uma interpretação da própria Lei Constitucional, a Lei nº 3/97 de 13 de Março e o próprio Código Penal.

#### **1.2. Quanto a finalidade**

##### **1.2.1. Básica**

É básica, na medida em que consiste na realização de trabalhos teóricos ou experimentais, cuja finalidade principal seja a aquisição de novos conhecimentos sobre os fundamentos de fenómenos e fatos observáveis, sem objetivo particular de aplicação ou utilização, ou seja, é dedicada à geração de conhecimento para solução de problema específico, e é dirigida à busca da verdade que no caso em concreto é partir do art. artigo 36.º a luz da Lei 3/97 de 13 de março face ao principio da legalidade vigente no ordenamento jurídico moçambicano.

##### **1.3.1. Quanto aos objectivos**

##### **1.3.2. Explicativa**

A pesquisa explicativa pretende justificar os fatores que motivam a realização do objecto ou do fenómeno estudado. Ela é a pesquisa que relaciona teoria e prática no processo da pesquisa científica. Assim sendo, a presente pesquisa, surge no âmbito da leitura desencadeada pelo pesquisador na referida Lei facto que suscitou a devida atenção ao verificar que o nº 2 do art. 36 pode colidir com a axiologia que o Direito penal sempre ostentou no nosso solo pátrio, por outro lado, vale acrescentar ainda mais que, pela idade que a referida Lei ostenta há necessidade suficiente para a alteração da mesma de modo a acautelar novos comportamentos anti sociais que giram em torno do objecto da tipificação.

#### **1.4.1. Quanto aos procedimentos metodológicos**

#### **1.4.2. Bibliográfica e documental (legislação)**

A Pesquisa baseia – se na pesquisa bibliográfica que resulta graças a análise, recolha de dados, estudo e interpretação de obras literárias, legislativas que em forma de artigos publicados, abordam matéria referente ao regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes, particularmente em Moçambique.

A pesquisa bibliográfica, ou de fonte secundária, abrange toda a bibliografia já tornada publica em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revista, livros, monografias, teses entre outros. Tem finalidade de colocar a nossa abordagem em contacto direto com a os manuais, livros, ou tudo quanto já foi dito acerca do tema em questão.<sup>1</sup>

#### **1.5. Método da Pesquisa**

Tendo em atenção ao facto de que a nossa pesquisa é de índole qualitativa, os métodos a aplicar-lhe é método dedutivo, na medida em que através do mesmo permite a pesquisadora utilizar um raciocínio lógico e obter uma conclusão a respeito de um determinado assunto e por outro lado esta pesquisa assenta na discussão sobre aspectos técnicos jurídicos e modos práticos de os aplicar, ou seja, a nossa abordagem assenta numa ciência jurídica, e por outro lado, o mesmo método possibilitará à pesquisadora reflectir em torno das normas jurídicas existentes, partindo da Constituição da República de Moçambique descendo as leis ordinárias que se preocupam na disciplina sobre a Lei 3/97 de 13 de Março.

#### **1.6. Instrumentos de Recolha de Dados**

Tendo em atenção que a nossa abordagem tem em vista aspectos jurídicos, importa cautela na recolha de dados, sendo-lhe pertinente o uso de fontes de evidências diversificadas. Nesta senda, como instrumentos de recolha de dados, foi empregue o levantamento bibliográfico e o quadro legal, pois estes permitem uma análise minuciosa e detalhada das questões levantadas pela nossa abordagem.

---

<sup>1</sup>MARCONI, Marina, e LAKATOS, Eva, *Técnicas de Pesquisa*, 7ª edição, editora atlas, São Paulo, 2010

Tal como sucede na maior parte das pesquisas qualitativas, na nossa abordagem a recolha de material bibliográfico e dispositivos legais devidamente mencionados na bibliografia desta pesquisa.

### **1.7. Técnica de Apresentação e Análise de Dados**

Na nossa abordagem, para apresentação de dados será aplicado o critério da categorização, tendo em conta que esta permite-nos fazer uma análise mais detalhada da informação apurada na recolha de dados. Desta forma, a apresentação de resultado foi feita de forma a criar maior simplicidade na leitura e interpretação dos dados obtidos.

Relativamente a análise de dados, importa referenciar que será empregue a triangulação entre a informação obtida na revisão bibliográfica, na análise do quadro legal, sendo que para a análise da legislação, optamos pelo uso da hermenêutica jurídica, que constitui um dos métodos usados na ciência jurídica.

## **CAPITULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2. Breve historial da lei 3/97 de 13 de Março**

A aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, assinada por Moçambique e ratificada é a razão determinante da Lei n.º 3/97, de 13 de Março.

Tal instrumento de direito internacional público visa prosseguir três objectivos fundamentais:

Em primeiro lugar, privar aqueles que se dedicam ao tráfico de estupefacientes do produto das suas actividades criminosas, suprimindo, deste modo, o seu móbil ou incentivo principal e evitando, do mesmo modo, que a utilização de fortunas ilicitamente acumuladas permita a organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as actividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis.

Em segundo lugar, adoptar medidas adequadas ao controlo e fiscalização dos precursores, produtos químicos e solventes, substâncias utilizáveis no fabrico de estupefacientes e de psicotrópicos e que, pela facilidade de obtenção e disponibilidade no mercado corrente, têm conduzido ao aumento do fabrico clandestino de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

Em terceiro lugar, reforçar e complementar as medidas previstas na Convenção sobre Estupefacientes de 1961 – Resolução da Assembleia da República n.º 7/90, de 18 de Setembro - e na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 - Resolução da Assembleia da República n.º 8/90, de 12 de Setembro – colmatando brechas e potenciando os meios jurídicos de cooperação internacional em matéria penal.

A transposição para o direito interno dos objectivos e regras que, num processo evolutivo, vão sendo adquiridos pela comunidade internacional mostra-se necessária ao seu funcionamento prático, acontecendo que as disposições mais significativas daquela Convenção das Nações Unidas não são exequíveis sem mediação legislativa.

A lei interna atendeu já à Convenção das Nações Unidas de 1988, designadamente em matéria de perda de produtos do crime. No que respeita à dosimetria das penas a presente reformulação deverá ser harmonizada com o restante sistema jurídico, particularmente com o Código Penal. É sabido, outrossim, o nulo ou reduzido efeito dissuasor da previsão abstracta de penas severas, se não for acompanhado de uma melhoria progressiva dos recursos técnicos da investigação criminal e da formação e dinamismo dos seus titulares.

Nos termos da Lei n.º 3/97, de 13 de Março, no art. 3º, “consideram-se drogas as plantas, as substâncias e os seus preparados, e os produtos definidos como tal nos diversos diplomas legais em vigor ou que constem das listas anexas às Convenções sobre estupefacientes e substâncias psicotrópicas já ratificadas por Moçambique ou as que venham a ser ratificadas e as respectivas alterações, bem como ainda as listas que vierem a ser adoptadas pelo Governo em cumprimento das recomendações emanadas da Organização Mundial de Saúde.

Na lei, as penas foram graduadas tendo em conta a perigosidade das substâncias. A graduação das penas aplicáveis ao tráfico tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade. O que não implica necessária adesão à distinção entre drogas duras e leves e, muito menos, às ilações extraídas por alguns países no campo da descriminalização ou despenalização do consumo.

Simplesmente, a decisão de uma graduação mais ajustada tem de assentar na aferição científica rigorosa da perigosidade das drogas nos seus diversos aspectos, onde se incluem motivações que ultrapassam o domínio científico, para relevarem de considerandos de natureza sócio-cultural não minimizáveis.

Deve-se fazer um apelo à maior articulação entre o papel do sistema judiciário e dos serviços e organismos de saúde pública,

## **2.1. Noções gerais**

### **2.1.1. Conceito de Direito Penal**

Diz-se direito criminal o conjunto de normas jurídicas que fixam os pressupostos de aplicação de determinadas reações legais: as reações criminais, que englobam as penas e ainda medidas de outro tipo, entre as quais avultam hoje as chamadas medidas de segurança.<sup>2</sup>

Professor Germano Marques Silva, entende que o direito penal é a parte do ordenamento jurídico que estabelece quais são os comportamentos humanos qualificados como crime e os estados de perigosidade criminal, define os agentes dos crimes e os sujeitos dos estados de perigosidade e fixa as penas e medidas de segurança a ser-lhes aplicadas. Por isso podemos definir o direito penal como o sistemas das normas jurídicas que atribuem aos agentes de certos comportamentos como pressuposto uma pena ou uma medida de segurança criminal como consequência.<sup>3</sup>

### **2.1.2. Noção Formal e Material do Direito Penal**

No decurso da historia da ciência penal doutrina tem tentado conceitos materiais de direito penal e de crime, sendo as orientações dominantes as que lhes referem como fim a proteção de interesses especialmente importantes para convivência social, interesses que constituíram condições de existência, conservação e progresso social ou numa formulação mas moderna a proteção de bens jurídicos especialmente relevantes para a vida em sociedade e, por isso, merecedores da tutela penal sendo crime o comportamento humano que lesa ou poe em perigo de lesão esses bens.

### **2.1.3. Conceito Formal de Crime**

No ordenamento jurídico moçambicano, Conceito de crime, encontramos plasmado no artigo 1.º do código penal, que define como sendo “facto voluntário declarado punível pela lei penal.

Segundo a autora TERESA PIZARRO BELEZA, define como sendo uma Acção típica, ilícita e culposa.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup>CORREIA, Eduardo, *direito criminal*, volume I. Almedina, Coimbra, Lisboa, 2008, p. 12

<sup>3</sup>SILVA, Germano Marques da, *Parte Geral I Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.<sup>a</sup> edição, Editorial VERBOS, Lisboa, 2001, p. 14

<sup>4</sup>BELEZA, Teresa Pizarro, *direito penal, 2ªEdicao revista actualizada, 1º volume, associacao academica da facultadede lisboa*, 1984, 1984, p. 20.

Por outro lado, em sentido formal, o direito penal, pode ser entendido como sendo parte do ordenamento jurídico ou do sistema de normas jurídicas que atribuem aos agentes de certo comportamento como pressuposto de uma pena ou medida de segurança criminal como consequência.

Estas definições formais de crime, acabam não sendo eficazes pelo facto de não nos dizerem nada acerca do conteúdo material dos comportamentos considerado como crime, razão pela qual que leva a grande parte da doutrina a definir o crime num sentido material.

#### **2.1.4. Conceito Material do Crime**

A melhor orientação para a obtenção de um conceito material de crime, é aquela que tem em vista o bem protegido pela lei penal. Tem o Estado a finalidade de obter o bem colectivo, mantendo a ordem, a harmonia e o equilíbrio social, qualquer que seja a finalidade do estado ou do seu regime político.

Tem o Estado que velar pela paz interna, pela segurança e estabilidade colectiva diante os conflitos inevitáveis entre os interesses dos indivíduos e entre os destes e os do poder constituído. Por isso, é necessário valorar os bens ou interesses individuais ou colectivo, protegendo-se, através da lei penal, aqueles que mas são atingidos quando da transgressão do ordenamento jurídico. Essa protecção é efectuada através do estabelecimento e da aplicação da pena, passando esse bem a ser juridicamente tutelado pela lei penal.

Chega-se, assim, aos conceitos materiais de crime: crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal, crime é acção ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente os valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que considere afastável somente através da uma sanção penal.<sup>5</sup>

Segundo autora Teresa Beleza Pizarro, na sua obra direito penal, define o crime em sentido material como sendo um acto típico, ilícito e culposo.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, volume I, editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 80.

<sup>6</sup>BELEZA, Teresa Pizarro, *direito penal, 2ªEdicao revista actualizada, 1º volume, associacao academica da facultadede lisboa*, 1984, 1984, p. 21.

### 2.1.5. Elementos do Crime

Já foi visto que o crime é um facto típico e antijurídico. Para que possa se afirmar que o facto concreto tem tipicidade, é necessário que ele se contenha perfeitamente na descrição legal, que haja perfeita adequação do facto concreto ao tipo penal. Deve-se por isso, verificar de que se compõe o facto típico. São elementos do facto típico:

- a) Conduta (acção ou omissão);
- b) O resultado;
- c) Relação de causalidade;
- d) A tipicidade.

Caso o facto concreto não apresente um destes elementos, não é facto típico e, por tanto, não é crime.<sup>7</sup>

### 2.1.6. Crime de Tráfico de Drogas

Considera-se que comete um crime de tráfico de drogas segundo o artigo 33.º n.º 1 da Lei 3/97 de 13 de Março, quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou detiver plantas, substâncias ou preparações que se encontram identificadas nas tabelas anexas à lei de combate à droga.<sup>8</sup>

### 2.1.7. Características Essenciais do Direito Penal

Neste subtítulo iremos abordar sobre algumas características essenciais do direito penal, que o distinguem dos outros ramos de direito. A indicação dessas características serve para melhor entender o sistema do direito positivo e interpretar os seus preceitos. Aida daqui procura-se construir uma teoria legitimadora do direito penal e uma base crítica para analisar as soluções do direito positivo.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, volume I, editora Atlas, São Paulo, 2011, pp 85.

<sup>8</sup> REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei n.º 3/97, de 13 de Março – regime jurídico de tráfico e consumo de estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e preparadas*, in *Boletim da Republica*, I Serie;

<sup>9</sup> SILVA, Germano Marques, *direito penal portugues, parte geral I introducao e teoria da lei penal*, 2ª edicao editorial verbos, 2001, pag. 79.

### **2.1.8. Autonomia**

É velha a ideia de que as leis penais nada comandam, autorizam ou proíbem, mas apenas se limitam a sancionar imperativos preestabelecidos em outras leis constitutivas da ordem jurídica (caracter sancionador, secundário ou derivado do direito penal).

Da autonomia do direito penal resulta, em princípio, que as leis penais se devem interpretar automaticamente, sem atender ao modo como os outros ramos do direito defendem os interesses por elas tutelados.<sup>10</sup>

### **2.1.9. Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio da proibição do excesso, é um princípio geral do Direito que, num sentido amplo, preconiza o justo equilíbrio entre os interesses em conflito, obrigando o legislador, os juízes e demais operadores do direito a ponderar os interesses em conflito para em função dos valores subjacentes e os fins prosseguidos os resolver segundo medida adequada.

A proporcionalidade em sentido restrito exige, antes de mais, a limitação da gravidade da sanção à gravidade do mal causado pelo crime, na base da adequação da pena ao fim que esta deve cumprir.<sup>11</sup>

### **2.1.10. Subsidiariedade**

Fala-se do carácter subsidiário do direito penal para significar a ideia de que só deve recorrer-se ao direito penal, como instrumento de tutela de bens jurídicos, quando a incriminação for não só necessária, mas também adequada.

O princípio da subsidiariedade pode ser concebido em suas diversas acepções. Em sentido restrito, o recurso ao direito penal é injustificado ou supérfluo quando a tutela do bem jurídico for eficaz mediante sanções de natureza não penal; em paridade de eficácia dos instrumentos de tutela, o legislador deve optar por aqueles que limitam menos os direitos das pessoas.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> SILVA, Germano Marques, *direito penal portugues, parte geral I introducao e teoria da lei penal*, 2ª edicao editorial verbos, 2001, P. 81

<sup>11</sup> Ob. Cit. P. 85.

<sup>12</sup> SILVA, Germano Marques, *direito penal portugues, parte geral I introducao e teoria da lei penal*, 2ª edicao editorial verbos, 2001, p. 88.

Numa acepção mais ampla, a sanção penal seria a preferível ainda nos casos de não absoluta necessidade, mas sempre que a função estigmatizante própria do direito penal for útil para os fins de uma mais forte reprovação do comportamento e consequente mais enérgica tutela do bem jurídico.

#### **2.1.11. Fragmentariedade**

O carácter fragmentário do direito penal é um aspecto do princípio da subsidiariedade. Se o direito penal é subsidiário, não tutelando todos os casos em que é necessário a intervenção sancionatória da ordem jurídica, mas só aquela cuja gravidade em termos de dano social justifica a ameaça de uma sanção penal, a escolha desses comportamentos faz-se de modo fragmentário. Nem todos os factos socialmente danosos, lesivos de bens jurídicos, constituem crime, mas só aqueles que o legislador qualifica como tais, aqueles que o legislador considera de tal modo graves para a vida social que justificam a sanção penal para quem os praticar.<sup>13</sup>

Por outro lado, nem todos os comportamentos lesivos dos bens que são objecto de tutela penal constituem ilícito penal, mas só aqueles que ocorrem nos termos da previsão legal, isto é, só aqueles que correspondem ao modelo da previsão legal.

#### **2.1.12. Legalidade e Jurisdicionalidade**

O carácter essencial do direito penal é também a legalidade, garantida pelo art. 60.º, n.º 1 da CRM e n.º 2 do artigo 1 do Código Penal, segundo a qual, ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude da lei anterior que declare punível a acção ou omissão nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior, nem ser aplicada penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior. Mas adiante analisaremos acerca do princípio da legalidade.<sup>14</sup>

Por outro lado, o princípio da jurisdicionalidade, significa que, a competência para decidir a matéria penal e aplicar penas e medidas de segurança é da exclusiva competência da jurisdição. A ideia de jurisdição esta implícita a ideia de juiz imparcial e essa imparcialidade da entidade competente para decidir a matéria penal e aplicar penas e medidas de segurança criminais constitui uma garantia das pessoas.

---

<sup>13</sup> SILVA, Germano Marques, *direito penal português, parte geral I introdução e teoria da lei penal*, 2ª edição editorial verbos, 2001, pag 89.

<sup>14</sup> Idem, P.. 91.

### **2.1.13. Culpabilidade**

O princípio da culpabilidade é considerado pela doutrina dominante como os fundamentos limite de qualquer política criminal num Estado de direito. Com a inovação deste princípio pretende-se preservar uma série de garantias que o princípio encerra e que são a sedimentação de uma progressiva evolução do direito penal.

O princípio em análise, significa a pena se funda na culpa do agente pela acção ou omissão, isto é, em um juízo de censura do agente por não ter agido em conformidade com o dever jurídico, embora tivesse podido conhecê-lo, motivar-se por ele e realizá-lo.<sup>15</sup>

### **2.1.14. Humanidade das Penas**

A pena criminal é uma amarga necessidade, um facto de força, a *ultima ratio* de que se lança mão a sociedade para fazer respeitar as suas normas. Cumprindo o direito penal uma função de protecção da sociedade e da pessoa, a aplicação da pena só pode ser aceite quando seja necessária para essa protecção.<sup>16</sup>

O poder punitivo de ajustar-se simultaneamente a humanitarismo, que não deve entender-se como simples caridade ou benevolência, mas como manifestação do respeito pela pessoa. E à necessidade social do castigo.

O princípio da humanidade das penas, enquanto limite do poder punitivo do Estado, é, porventura, o princípio que em maior medida caracteriza a evolução do sistema penal contemporâneo. Este postulado do sistema penal é incompatível com a sanção que atinjam a própria dignidade da pessoa, como a pena de morte, que é proibida no nosso ordenamento jurídico, nos termos do art. 61.º n.º 1 da CRM.<sup>17</sup>

## **2.2. Princípio Fundamentais do Direito Penal**

### **2.2.1. Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade tem natureza essencialmente política e é com o pensamento iluminístico-liberal que assume o significado actual, político antes de jurídico, tendo sido dirigido contra os abusos do *ancien régime*.

---

<sup>15</sup> SILVA, Germano Marques, *direito penal português, parte geral I introdução e teoria da lei penal*, 2ª edição editorial verbos, 2001, pag. 95

<sup>16</sup> Idem, pag. 98

<sup>17</sup> REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República de Moçambique*, Imprensa Nacional de Moçambique, Maputo, 2004, actualizada pela Lei nº1 /2018 de 12 de Junho.

A sua matriz coloca-se historicamente nos finais do século XVIII, nos desenvolvimentos da doutrina da divisão dos poderes e a sua função era a de submeter à lei o exercício dos poderes do Estado, garantindo que fosse legal, que não pudesse transformar-se em arbítrio. A ideia da tutela dos direitos e liberdades do cidadão nos confrontos do poder estadual, exprimia-se, fundamentalmente, pela proibição da retroatividade das leis penais.

Aos iluministas parecia gravemente lesivo de tais direitos punir uma acção que no momento em que fora praticada não era punível, nem mesmo quando fosse contrária ao direito ou à moral. Na verdade, a proibição de retroactividade era referida mais à sanção do que às regras de comportamento, a qual se aplicada retractivamente transformar-se-ia em medida arbitrária, inconciliável com a liberdade dos cidadãos, porque aplicada sem prévio aviso da sanção aplicável a determinado comportamento<sup>18</sup>.

Os iluministas intendiam que o crime e a pena são puras criações do legislador, o qual representava a sociedade unida um contrato social e estava estruturado segundo o princípio da divisão de poderes que preservava a liberdade e a igualdade dos cidadãos. Esses princípios implicavam a atribuição do poder punitivo a uma assembleia legislativa de índole democrático-representativo, modo de representação política pela qual os indivíduos livres e iguais participavam na formação da vontade geral legislativa, através da lei.

A tradução em termos jurídico-penais do fundamento político do princípio da legalidade ocorre, nos princípios do século XIX, na obra de Feuerbach, que o consagra com o célebre brocardo «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» e o liga conceitualmente à questão do fundamento da pena, a prevenção geral. A ameaça da pena deve funcionar para constranger o cidadão a não cometer o crime e para tanto é necessário que os destinatários conheçam primeiro quais são os factos cuja prática comporta a aplicação de uma pena criminal<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> SILVA, Germano Marques, *parte geral I introdução e teoria da lei penal*, 2.ª Edição, editorial VERBOS, 2001.p. 107

<sup>19</sup> SILVA, Germano Marques, *parte geral I introdução e teoria da lei penal*, 2.ª Edição, editorial VERBOS, 2001.p. 107

### 2.2.2. Dimensão Actual do Principio da Legalidade e o Estado de Direito

No plano político, o principio da legalidade é indissociável do Estado de Direito. No plano científico postula a prévia determinação dos factos criminosos e da penalidade que é aplicável aos seus agentes. Em consequência, tanto a crise do Estado de Direito como a rotura dos limites à intervenção do Estado em nome de razões científicas arrastaram consigo a crise do principio da legalidade.

No plano político o principio da legalidade foi acusado de liberal-burgues, e por isso, incompatível com os supremos interesses coletivos que se sobreponham ao retrógrado respeito pela pessoa. A analogia, a retroatividade, a imprecisão das incriminações e das penas, exigências do principio da legalidade, eram abandonadas à medida que se punha em causa o Estado de Direito.<sup>20</sup>

Depois da II Guerra Mundial o principio da legalidade ressurgiu como elemento fundamental dos sistemas jurídicos da maioria dos países e foi reconhecido e consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11.º), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 7.º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 15.º). se politicamente o principio da legalidade exprime a ideologia liberal garantística, a sua consagração nos textos internacionais para a defesa dos direitos humanos repropõe-no como critério normativo de acção para os poderes do Estado, condição da sua qualificação como Estado de Direito.

O principio da legalidade é hoje sobretudo um postulado de garantia que compõe a parte formal do principio de Estado de Direito, mas sob esse especto formal há toda uma referência material ao Estado de Direito. Com efeito, como ensina o prof. Castanheira Neves no estudo que temos vindo a citar, se o direito cumpre uma positiva função constituinte na sua internacionalidade material, cumpre simultaneamente uma negativa função de garantia com sua internacionalidade formal”. Esta função de garantia cumpre-se no direito penal pela definição expressa, exclusiva e previa do poder punitivo do Estado.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup>SILVA, Germano Marques, *parte geral I introdução e teoria da lei penal*, 2.ª Edição, editorial VERBOS, 2001.p. 107

<sup>21</sup>. NEVES A. Castanheira, *Digesta*, I, Coimbra, 1995, pp 405-406.

Como também ensina o prof. Jorge Miranda, só existe Estado de Direito a subordinação do Estado a critérios matérias que transcendem, critérios que bem podem sintetizar-se na ideia de protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a justiça, função que cabe bem ao princípio da legalidade.<sup>22</sup>

A plena virtualidade do princípio da legalidade só se lança no seio do Estado Democrático, porque Estado de direito é um povo livre: é o povo, todo povo real e concreto, o povo das pessoas humanas, isto é, o povo organizado, representado e conscientemente solidário e participante

Segundo professora Teresa Beleza, entende que 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 muito geral, é hoje um princípio que se pretende aplicar a toda aplicação estadual. Mas é discutível se isso acontece apenas a um nível muito formal ou a nível material e, eventualmente, se os conceitos de Estado de direito formal e material fazem ou não pleno sentido.<sup>23</sup>

Também entende que, o que é facto é que, hoje em dia, praticamente todos governos ou todos os sistemas se reclamam de um princípio de legalidade, ou seja, aquele princípio segundo a qual os poderes estabelecidos são submetidos à lei. Isto naturalmente tem a ver com a evolução dos governos constitucionais, a evolução dos parlamentos, ou seja, com a reação contra o poder absoluto, que por distinção e em termos pré-revolucionários (1789) era apropriada fonte da lei e, portanto, não estava, com autoridade máxima, submetido a qualquer lei constituída.

Para além desse sentido muito geral que possa implicar uma ideia de legalidade ou do princípio de legalidade, ele é estudado no direito penal de uma forma especialmente cuidada, porque assume, deve assumir ou tem assumido, no direito penal, um significado especial, para além dessa ideia geral que em princípio os poderes constituídos estão sujeitos à lei até ela ser alterada (ou pelo menos assim se diz) no direito penal o princípio da legalidade assume um sentido ou vários sentidos

---

<sup>22</sup>MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, p.476.

<sup>23</sup>BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, volume I, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, 1998, p. 325

característicos de limitação, a vários níveis, do poder de punir. E, como sentido histórico, tem o sentido da limitação desse mesmo poder de punir por parte do Estado.<sup>24</sup>

### **2.2.3. Garantias que contem o Princípio da Legalidade**

Limitando-nos ao âmbito do direito penal, o brocardo devido a Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exprime só uma parte do seu significado garantístico. Com efeito, a enunciação legal (art. 60.º, n.º 1 da CRM e n.º 2 do art. 1 do CP.) do princípio cobre uma área mais ampla do que a relativa ao enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

É costume desdobrar o princípio da legalidade nos seguintes subprincípios, sintetizados nos brocardos: *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*; *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; *nulla poena sine iudicio*.<sup>25</sup>

### **2.2.4. Nullum crimen, nulla poena sine lege previa**

Esta garantia significa que nenhum facto pode ser considerado crime, nem nenhuma pena pode ser aplicada ao agente do facto, sem que uma lei anterior qualifique o facto como crime e estabeleça a natureza e quantidade da pena que lhe corresponde.

Do princípio deriva a proibição de analogia para qualificar factos como crime (*nullum crimen sine lege scripta*) 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 previa.

A aplicação retroactiva da lei penal a factos praticados antes da sua entrada em vigor permitiria a manipulação do poder punitivo e a utilização da lei penal para fins puramente políticos ou morais, mas carecendo de justificação jurídica.

A Constituição e Código penal abrange no princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* não só os crimes e as penas, mas também os pressupostos dos estados de perigosidade e as medidas de segurança (60.º n.º 1 da CRM e n.º 2 do artigo 1 do Código Penal.).

---

<sup>24</sup>BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, volume I, 2.ª edição, Lisboa, 1998, p. 326

<sup>25</sup>SILVA, Germano Marques da, *Parte Geral I Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.ª edição, Editorial VERBOS, Lisboa, 2001, pag 242

### **2.2.5. *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa***

A norma penal incriminadora tende ser certa, isto é, determinar com suficiente previsão o facto criminoso: o crime não pode consistir numa situação, numa qualidade ou atitude pessoal, também o facto, a acção ou omissão, não pode ser inferido da lei, tem que ser definido na lei. Para que a garantia seja efectiva é necessário que a descrição do comportamento incriminado seja suficientemente clara e unívoca.

Intimamente ligado ao princípio da certeza esta a proibição de leis penais em branco. Não é norma incriminadora válida aquele cujo teor se apaga numa clausula geral, que remete o seu preenchimento para o arbítrio do julgador.

O princípio da legalidade, não sua existência da lei certa, é também imposta por razões processuais, nomeadamente no que respeita ao princípio da legalidade da acção penal e ao exercício do direito de defesa.

A exigência de lei certa não consta expressamente nem no texto constitucional nem da lei ordinária, mas é um postulado do princípio da legalidade, em quanto é um obstáculo ao arbítrio da aplicação de direito aos casos da vida.

Intimamente relacionada com a garantia do *nullum crimen sine lege certa* esta a problemática das leis penais em branco. Com efeito, *ratio* de garantia do princípio é violado quando a lei seja de tal modo incompleta que exija de facto normativo não a sua integração, mas a própria definição de comportamento típico, como sucedera, por exemplo, no caso de total reenvio para os regulamentos. É a mesma razão da proibição da analogia que proíbe também as leis incertas e as leis penais em branco. Este corolário do princípio da legalidade exclui tanto a incriminação como a determinação da pena por analogia.

### **2.2.6. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta***

Sendo a lei de Estado a fonte das normas que definem as incriminações e as sanções, fica excluído o costume como facto normativo relativamente a essas normas, ressalvando o costume internacional, em termos que adiante serão analisados.

### 2.2.7. *Nulla poena sine iudicio*

Ao princípio da legalidade, como garantia da liberdade dos cidadãos, esta estritamente ligado ao princípio da jurisdicionalidade. Na verdade, a aplicação do direito penal pelos tribunais, órgãos imparciais e independentes dos demais poderes, é uma das mais importantes garantias da actuação do direito.

Traduz a ideia que não há pena que pode ser aplicada fora do tribunal, toda pena deve ser aplicada no tribunal institucionalmente formal. A competência de decidir em matéria penal e aplicar penas e medidas de segurança criminais é exclusiva dos órgãos jurisdicionais, independentes e imparciais.<sup>26</sup>

### 2.2.8. *Princípio da Culpabilidade (nulla poena sine culpa)*

Um dos outros princípios fundamentais do direito penal, é o da culpabilidade, a sua essência concerne na correspondência da culpa à pena. Toda pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta, portanto, a culpa é fundamento da pena.

Nas palavras da autora TERESA PIZARO BELEZA, para melhor compreensão deste princípio, a autora supra faz uma comparação da responsabilidade criminal exigida neste ramo com a responsabilidade objectiva ou responsabilidade pelo risco admitida no direito civil, em que por exemplo: uma pessoa pode ser obrigada a pagar uma indemnização porque tinha uma extensão perigosa numa fabrica e este tenha causado danos a terceiros pese embora a pessoa tenha respeitado todas as normas da instalação, não tenha nenhuma intenção de fazer mal a ninguém (portanto não tenha dolo).<sup>27</sup>

Em Direito Penal só é possível responsabilizar alguém quando tenha agido com dolo ou negligencia ao abrigo do disposto dos art. 12.º e 13º do código penal, aprovado pela lei Lei nº 24/2019 de 24 de dezembro. A responsabilidade criminal é sempre subjectiva<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup>CORREIA, Correia, *Direito criminal, I reimpressão, livraria almedina, Coimbra 1996*, pag 129.

<sup>27</sup> BELEZA, Teresa Pizaro, *Direito penal* volume I, 2.ª edição, Lisboa, 1998, pag 50.

<sup>28</sup> REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código Penal, aprovado pela Lei nº 24/2019 de 24 de dezembro*, in boletim da república, I série, maputo

Outro sentido, mas restrito do princípio da culpabilidade que a autora TEREZA PIZARO BELEZA, apresenta como somatório esta ligado em não se admitir a responsabilização de um agente por um facto que tenha cometido quando não tinha a necessária inteligência e liberdade, fenómeno este ligado a um outro princípio da imputabilidade.

### **2.2.9. Princípio da não Retroatividade da Lei Penal e da Humanidade das Penas**

O escopo do princípio da não retroatividade da lei penal consubstancia-se em não admissão da retroactividade da lei penal, excetuando-se nas situações que beneficie ao arguido e outras pessoas jurídicas, ou seja, a lei penal só se aplica retroactivamente quando disso beneficiar ao arguido (artigo n.º 57.º da CRM e artigo 3 do Código Penal).

Já no princípio da humanidade das penas, como nome assim o diz, consiste em certos limites impostos ao poder punitivo de Estado elencados na constituição com vista a trazer o aspecto humano das penas e medidas de segurança criminais.

No ordenamento jurídico moçambicano encontramos enumeradas nas disposições do n.º 1 do art. 61.º conjugado com o n.º 2 do art. 40.º ambos da CRM, segundo o qual são proibidas penas e medidas de segurança privativa de liberdade com carácter perpetuo, incluindo a pena de morte.

O poder punitivo deve ajustar-se simultaneamente ao humanismo que é a manifestação do respeito pela pessoa e a necessidade social do castigo, sendo incompatível com as sanções que atinjam a dignidade das pessoas, como a pena de morte, as penas corporais e instantes, as penas de privação de liberdade de duração excessiva ou com carácter perpetuo ou de duração indefinida.

### **2.2.10. Princípio da Individualidade da Responsabilidade Criminal e da *Non bis in idem***

As individualidades da responsabilidade criminal delimitam os agentes do crime, entre os autores morais, materiais, os co-autores, cúmplices e os encobridores responsabilizando cada um de acordo com a sua participação no acto.

No ordenamento jurídico moçambicano encontramos disposto no n.º 2 do art.61.º da CRM conjugado com o art. 29.º do código penal, aprovado pela lei n.º

24/2019 de 24 de dezembro segundo o qual as penas são intransmissíveis, e cada um será condenado de acordo com sua participação no acto criminal.

O Segundo principio, o do *non bis in idem*, consubstancia-se na proibição do dublo julgamento do mesmo agente sobre o mesmo facto criminal, podemos encontrar o seu assento no n.º3 do art.59.º da CRM.

Em termos historiais, sendo a autora TEREZA PIZARRO BELEZA, e Frederico da Costa Pinto afirmam que este principio tem origem iluminista ou pós-iluminista, mas sim raízes muito mais antigas que ao longo dos tempos tem adquirido funções distintas.<sup>29</sup>

No direito Romano o princípio visava essencialmente garantir a força do caso julgado e, à autoridade dos tribunais, a legitimidade do sistema jurídico e a segurança das partes. Neste contexto, tratava-se de um pressuposto processual de formulação negativa: uma acção não podia versar matéria que tivesse sido já decidida numa outra acção (*bis de eadem re agere non licet*).

A partir da idade média, com a duplicação do sistema jurídico no mesmo território nomeadamente do poder central e das ordens religiosas, o principio passou a ser usado para garantir o privilegio do foro eclesiástico: assim se defendeu que uma vês julgado clérigo no foro da igreja ele não poderia voltar a ser julgado no foro civil, porque isso implicaria uma dupla punição.

Neste caso, o principio passou a ser usado para garantir a autonomia dum sistema jurídico em relação ao outro e, ao mesmo tempo, para evitar que a pessoa em concreto sofresse a dupla punição dos sistemas em causa. Mas, simultaneamente, os desenvolvimentos dos processos de matriz inquisitorial permitiam desconsiderar ou contornar (através da mera absolvição da instancia) a força do caso julgado e diluíram desse modo o alcance e a força do *ne bis in idem*, pelo menos em matéria penal.

Com a teorização do Direito e do Estado, pela neoescolástica, no sec. XVI, o principio adquiriu contornos, mas amplos e passou a funcionar claramente como um limite ao poder do Estado. Assim, nas obras da segunda escolástica peninsular o principio da proibição da dupla valoração foi aplicado claramente ao Direito Tributário para evitar a dupla cobrança dos impostos pela coroa e, em alguns autores, como

---

<sup>29</sup>BIZARRO, Teresa Beleza, PINTO, Lacerda da Costa, *direito processual penal I- objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado (texto introdutorio)*. Lisboa 2001, p. 19 e 20

FRANCISCO SOARES, é expressamente assumido também no âmbito do direito criminal.

Apesar de revelar contornos de limitação ao poder da coroa, a sua filiação axiológica é ainda basicamente temperança e a proporcionalidade da justiça divina, fundamentando a doutrina tais soluções em passagem do antigo testamento.

Com estes contornos, mas com outros fundamentos, o princípio da proibição da dupla condenação foi adaptado pela legislação revolucionária saída de 1789 e com a ideologia liberal é convertido em princípio fundamental do Estado. A partir daqui as diversas constituições passam a aconselha-lo, ora como princípio orientador de seguimentos do sistema jurídico, ora como direito fundamental do cidadão.<sup>30</sup>

No ordenamento jurídico moçambicano, este princípio foi acomodado pela constituição de 2004 actualizada pela Lei nº 1/2018, de 12 de Junho, no n.º 2 do art. 61.º, visto que as constituições de 1975 e 1990 não constava este princípio.

### **2.3. A tipicidade em Direito Penal**

Segundo o professor GERMANO MARQUES DA SILVA, o termo tipo, exprime a ideia de um modelo, de esquema.<sup>31</sup>

A expressão tipo ou tipo legal de crime pode ser entendida como uma definição dos elementos constitutivos de um tipo legal de crime, isto é, o tipo legal de crime corresponde a um comportamento constante numa norma incriminadora, descrito de uma forma clara os seus agentes e as suas características.

Há tipicidade quando o facto se ajusta ao tipo, ou seja, quando corresponde as características objectiva e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador.<sup>32</sup>

A autora FERNANDA ALVES DE OLIVEIRA, define a tipicidade como sendo a correspondência da conduta do agente com a descrição abstracta contida na lei penal.<sup>33</sup>

---

BIZARO, Teresa Beleza, PINTO, Lacerda da Costa, *direito processual penal I- objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado (texto introdutorio)*. Lisboa 2001, pag 21

<sup>31</sup> SILVA, Germane Marques, *direito penal português , parte II teoria do crime* . Editorial verbos, lisboa, 2001. Pag 18.

SILVA, Germane Marques, *direito penal português , parte II teoria do crime* . Editorial verbos, lisboa, 2001. Pag 18.

Há tipicidade em Direito penal quando determinado comportamento humano se ajuste num tipo legal de crime. Esta correspondência, deve ser clara na descrição contida na norma incriminadora com o comportamento humano, não admitindo a interpretação extensiva nem a analogia.

Esta descrição ao ser formulada deve clarificar os sujeitos e o comportamento considerado crime, razão pela qual existe certos tipos legais de crime especiais que somente podem ser praticados por certos tipos de agentes, ora vejamos o tipo legal de infanticídio previsto e punível no artigo 163.º, do código penal, aprovado pela lei n.º 24/2019 de 24 de dezembro, dispõe que “A mãe que matar o filho durante ou até quinze dias após dar o parto, ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com a pena de prisão de 1 a 5 anos. Neste tipo legal exige-se um certo grau de parentesco entre o agente e a vítima, para o comportamento se ajustar a ele, caso não se verifique esta relação de parentesco entre aquelas, estaremos perante o homicídio voluntário simples, tipo legal este que aquele primeiro estabelece uma relação de especialidade.

Dentro do tipo legal de crime, podemos encontrar uma subdivisão que assenta em tipo objectivo e tipo subjectivo, aquele primeiro circunscreve-se no bem jurídico tutelado na forma incriminadora, ao passo que o tipo subjectivo corresponde a voluntariedade do facto e a sua censurabilidade, o agente censurado por ter praticado o facto em conformidade com o direito, actuou voluntariamente contra o direito, desobedecendo o comando legal.

#### **2.4.1. Tipicidade e a Técnica de Redação das Normas Penais**

O fundamento da redacção das normas penais, é o princípio da legalidade em direito penal, visto que através deste princípio qualquer comportamento só deve considerar-se crime se existir alguma norma incriminadora que a qualifica previa a sua prática.

---

<sup>33</sup>OLIVEIRA, Fernanda Alves de direito *penal-parte geral* Ob. Cit pag 21

<sup>33</sup>SILVA, Germane Marques, *direito penal português , parte II teoria do crime* . Editorial verbos, Lisboa, 2001. p. 18.

<sup>33</sup>Idem, p. 18.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Fernanda Alves de direito *penal-parte geral* Ob. Cit p. 21.

Na descrição das normas penais, o legislador selecciona os bens jurídicos a tutelar, mas estes devem ser penalmente relevantes, isto é, os referidos bens jurídicos não podem ser tutelados por outros ramos do direito ou estes últimos devem ser insuficientes a tutelar os bens jurídicos.

Um dos elementos da norma incriminadora é o bem jurídico a tutelar, mas bens jurídicos é exterior a norma incriminadora, na norma devem constar bem detalhado o comportamento humano violador daquele bem jurídico tutelado.

O bem jurídico a ser tutelado pela norma não vem nele descrito, por via da técnica legislativa permite interpretar e identificar bem jurídico protegido pela norma. A título de exemplo vejamos o tipo legal de homicídio voluntario simples previsto e punível no art. 159.º do código penal, aprovado pela lei nº 24/2019 de 24 de Dezembro, o legislador descreveu o seguinte “aquele que, voluntariamente matar outra pessoa, será punido com prisão maior de 16 a 20 anos”<sup>34</sup>.

Na leitura deste tipo legal de crime ao vem descrito o bem jurídico tutelado, mais por vai da hermenêutica, nos conduz a concluir que se trata da vida humana formada como o bem jurídico tutelado.

Não obstante a definição dos agentes, do comportamento humano violador dos bens jurídicos tutelados, a regra da redação das normas jurídicas obriga que o legislador integre na descrição a respetiva pena a aplicar ao infractor, como temos notado em todos tipos legais de crime, o legislador faz menção a sanção aplicável.

#### **2.4. Elemento do tipo legal de crime**

Na descrição do tipo legal de crime o legislador emprega certos elementos, como é o caso de elementos descritivos e normativos.

Por elementos descritivos, o professor Germano Marques da Silva, define como sendo “aqueles cujo conhecimento se opera através de simples verificação sensorial(matar, ferir, destruir)”, ao passo que os normativos “são aqueles que só podem ser determinados mediante valoração jurídica ou cultural”.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código Penal, aprovado pela Lei nº 24/2019 de 24 de dezembro*, in boletim da república, I série, Maputo

<sup>35</sup>SILVA, Germane Marques, *Direito penal portugues , parte II teoria do crime*. Editorial verbos, lisboa, 2001. Pag 23.

Como exemplo dos elementos descritivos podemos encontrar nas situações em que na descrição da norma incriminadora se refere a elementos de natureza jurídico como cheque, documento. E no segundo caso o tipo se refere aos elementos com valores culturais como a honra, consideração.

## **2.5. Interpretação e Integração da Lei Penal**

### **2.6.1. Interpretação da Lei Penal**

A interpretação da lei consiste em determinar o conteúdo e espírito da lei.

Normas de interpretação da lei constam do artigo 9.º do código civil. São validas na ordem jurídica em geral. Mas importa anotar as particularidades que a interpretação da lei apresenta em direito penal e que essencialmente decorrem do principio da legalidade.

Há que as consideras quer quanto aos sujeitos de interpretação, quer quanto aos meios de interpretação, quer quanto ao resultado de interpretação.

Quanto aos sujeitos, a interpretação pode ser legislativa, judicial ou doutrinaria.

A interpretação legislativa é interpretação autentica; a lei interpretativa integra-se na lei interpretada. Vigora *extunc*, mesmo quando ulterior ao facto ou situação a que se aplica é o que dispõe o artigo 13.º do código civil.

Em direito penal, porém, há que fazer restrição à aplicação do art. 13.º do código civil, pós, segundo o artigo 60.º da CRM, nº 2, entre as várias leis que se sucedem no tempo será sempre aplicável a lei mais favorável ao arguido.

As leis interpretativas posteriores não se integram nas normas interpretadas se não forem mais favoráveis ao arguido.

Quanto aos meios de interpretação, pode ela ser gramatical ou lógica, e interpretação teológica. Domina afinal, em todo caso, o espírito da lei.

Em direito penal a interpretação quanto aos meios tem limites em razão do resultado a que conduz. Quanto aos resultados a interpretação pode em geram ser declarativa, extensiva ou restritiva. A interpretação é declarativa quando se chega a conclusão de que o legislador disse efetivamente o que queria dizer. A interpretação é extensiva quando se conclui que o texto da lei deve ser alargado, ir alem da letra para

corresponder o seu espírito. A interpretação é restritiva quando se conclui que o legislador disse mais do que queria dizer, isto é, de que as palavras da lei vão além do seu espírito.

Tendo em conta o princípio da legalidade, e no sentido de evitar num alargamento lei penal que com ele se mostra duvidosamente compatível, o artigo 7.º do código penal estabelece que “não é admissível a analogia ou indução por paridade, ou maioria de razão, para qualificar qualquer facto como crime, sendo sempre necessário que se verifiquem os elementos constitutivos de facto criminoso, que a lei declarar”. O artigo refere-se as normas incriminadoras, ou melhor, ao preceito primário das normas incriminadoras, proibindo, quanto a elas, quer por analogia quer por interpretação extensiva.

### **2.6.2. Integração da Lei Penal**

Manteve-se, porém, quanto as normas incriminadoras a proibição da aplicação de analogia. As normas incriminadoras que enumeram exaustivamente os crimes ou estatuem sobre a responsabilidade penal são insuscetíveis de aplicação analógica. Esta é uma consequência do princípio da legalidade.<sup>36</sup>

### **2.6.3. Da tutela de bens jurídicos pelo direito penal**

Desde suas origens, o direito penal, cumprindo sua função de definir infrações penais e suas correspondentes sanções, acaba promovendo a tutela de bens e interesses da coletividade, ainda quando esta não seja sua finalidade. Assim como leciona Liszt, mesmo nas sociedades de estrutura familiar, que precederam o Estado, havia o estabelecimento de penas como reação a ações individuais que ofendessem, direta ou indiretamente, os interesses comuns do grupo.

Contudo, ainda que o direito penal, desde a antiguidade, tenha sido utilizado como ferramenta de proteção de bens e interesses de indivíduos ou de uma coletividade, é correto afirmar que essa proteção não era inicialmente uma preocupação direta do direito penal<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup>FEREIRA, Manuel Cavaleira de, *Lições de Direito Penal*, 4ª edição, editorial verbo, 1992, p 62-64.

<sup>37</sup> LISZT, Franz Von, *Tratado de direito penal alemão*, Trad. José Hygino Duarte Pereira, Brasília: Senado Federal, 2006. p. 5-7. 4

O uso da coerção ocorria para assegurar a observância das normas jurídicas estabelecidas pelo Estado ou mesmo pelas civilizações primitivas, de modo que a proteção de bens e interesses acabava sendo uma questão secundária<sup>38</sup>. Somente a partir das ideias iluministas, verifica-se o questionamento da criminalização de condutas que não possuísem ofensividade.

Nesse sentido, Ferrajoli atribui grande importância ao princípio de “utilidade penal”, formulado por Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria e Bentham, o qual poderia ser utilizado para afirmar que as proibições penais apenas seriam justificáveis em relação a ações reprováveis por seus efeitos lesivos a terceiros<sup>39</sup>.

Nada obstante, a partir do século XIX, surge a tese de que o direito penal teria por função a tutela de bens jurídicos. Nesse sentido, Feuerbach, valendo-se da teoria do contrato social, indicava os bens jurídicos como elementos da tutela penal. Isso porque, para o referido autor, o Estado, criado para garantir a coexistência social, poderia criminalizar apenas as condutas humanas que representassem ofensa ou lesão a um direito subjetivo derivado do contrato social<sup>40</sup>.

Em razão da afirmação de Feuerbach, os bens jurídicos ganham importância frente ao direito penal, tendo surgido debate, em especial na doutrina alemã, acerca da utilidade do bem jurídico para o direito penal, bem como do conceito que poderia ser dado aos bens jurídicos no âmbito do direito penal.

Nesse sentido, contrapondo-se ao caráter subjetivo do conceito dado aos bens jurídicos pelo referido autor, Birnbaum indicou que o bem jurídico tutelado pelo direito penal não corresponderia a direitos subjetivos dos indivíduos, mas a direitos, objetivamente considerados, garantidos pelo Estado<sup>41</sup>.

Desse modo, o direito penal seria o meio em que o legislador reconheceria a importância de determinados bens da vida, atribuindo-lhe juridicidade<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 29-30.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 372.

<sup>40</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritten von, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugênio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires, 1989. apud SILVEIRA, São Paulo: LiberArs, 2012, p. 131

<sup>41</sup> LISZT, Franz Von, *Tratado de direito penal alemão*, Volume 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 93-96.

<sup>42</sup> Idem, p. 93

Assim, com base nesses autores e em especial em Von Liszt, desenvolveu-se a teoria do bem jurídico no sentido de estabelecer a proteção de bens jurídicos como fundamento legitimador da intervenção penal. Essa teoria se desenvolve, sendo que, como afirma Roxin, o bem jurídico passa a ser indicado como critério limitador da legislação penal após a Segunda Guerra Mundial por alguns doutrinadores. Importante pontuar, contudo, que não há consenso entre os doutrinadores internacionais de direito penal sobre a teoria do bem jurídico<sup>43</sup>.

No processo de evolução do debate sobre essa teoria, muitos autores inclusive negaram o dever de proteção de bens jurídicos pelo direito penal. Seguindo essa diretriz, os autores da Escola de Kiel, influenciados pelas ideias de Carl Schmitt, afirmaram que as infrações penais corresponderiam à violação de um dos deveres de observância do Estado estabelecidos pelas normas de direito público, emanadas do povo, independente de eventual ofensa ou ameaça a bens jurídicos<sup>44</sup>.

Também negando a necessidade de proteção de bens jurídicos pelo direito penal, Antolisei entendia que a ordem jurídica penal não se voltava necessariamente à proteção de bens jurídicos, de modo que as penas poderiam ser utilizadas com uma finalidade propulsora ou evolutiva, a fim de incentivar a adoção de condutas determinadas, ainda que sem relação com um bem jurídico específico<sup>10</sup>. Ademais, mesmo na doutrina moderna, há autores do direito penal que atribuem à proteção de bens jurídicos um caráter acessório e não necessário.

Nesse sentido, Jakobs afirma que a finalidade do direito penal estaria pautada na própria eficácia da norma, sendo a intervenção penal necessária sempre que houvesse uma danosidade social. Para o referido autor, a pena seria a resposta necessária ao descumprimento da norma, tendo por função garantir a configuração da sociedade e do Estado ainda que não houvesse a proteção de bens jurídicos<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> ROXIN, Claus, *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 182-183

<sup>44</sup> ISHIDA, Válder Kenji, *Bem jurídico penal moderno*, Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 25.

<sup>45</sup> JAKOBS, Günther, *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2008, p. 19-21 e 61-65.

Em que pese a influência da Escola de Kiel, de Antolisei e de Jakobs para a doutrina internacional, a concepção segundo a qual o direito penal apenas poderia atuar na promoção de bens jurídicos tem se manifestado em expressiva parte da doutrina brasileira<sup>46</sup>.

O reconhecimento dessa concepção é inclusive citado por Regis Prado, que afirma que na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma<sup>47</sup>. Contudo, mesmo sendo possível afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de bens jurídicos é fundamento do direito penal, faz-se necessário compreender a definição dos bens jurídicos, que podem ser protegidos pelo direito penal, bem como da forma em que essa proteção se apresenta no ordenamento jurídico<sup>48</sup>.

No que tange ao conceito dos bens jurídicos, há divergência entre os autores do direito penal. Nesse sentido, Binding indica um conceito normativo, segundo o qual os bens jurídicos seriam criados pelo legislador e decorreriam da própria elaboração da norma penal, o que foi posteriormente contraposto com a visão transcendental de Liszt, para quem os bens jurídicos seriam preexistentes à norma e apenas reconhecidos pelo legislador<sup>49</sup>.

Essa divergência se verifica inclusive na doutrina brasileira. Nessa linha, Toledo define bens jurídicos como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas<sup>50</sup>”.

Cabe destacar que não há uma definição de bem jurídico que permita identificar todos os bens e valores que poderiam ser tutelados pelo direito penal. Isso ocorre porque cada sociedade estabelece proteção jurídica a determinados bens jurídicos próprios, o que permite concluir que houve acerto na posição adotada por Liszt, para

---

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42-43;

<sup>47</sup> PRADO, Luiz Régis, *Bem jurídico-penal e constituição*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

<sup>48</sup> LISZT, Franz Von, *Tratado de direito penal alemão*, Volume 1, Brasília: Senado Federal, 2006. p. 93-96.

<sup>49</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93

<sup>50</sup> 15 TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 16

quem os bens jurídicos têm aspecto dinâmico, decorrem da convivência humana e são apenas reconhecidos pelo direito.

Seguindo essa posição teórica, Regis Prado indica que os bens jurídicos decorrem das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida e variam no espaço e no tempo, de modo que cada sociedade, em cada período histórico, atribui importâncias diferentes aos bens da vida em razões de seus valores sociais.

A criminalização da conduta em análise se fundou, inicialmente, na necessidade de impedir a circulação da droga, já que, de modo diverso, poder-se-ia reduzir a ineficácia da criminalização do tráfico de drogas.

Nesse sentido, verifica-se que o direito penal pune todas as condutas humanas que se inserem no processo de circulação de drogas, incluindo a posse da substância ainda que por aqueles que pretendem utilizá-la, já que mesmo estes podem permitir ou promover a sua circulação.

Assim, conforme se verifica pelo referido tipo penal, pune-se as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo substância que seja considerada pela lei como droga com o fim de realizar o consumo pessoal da mesma substância. Nos moldes do parágrafo primeiro do artigo em análise, pune-se de igual maneira quem semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência.

Cabe indicar que o crime de porte de drogas se diferencia do crime de tráfico em razão do elemento subjetivo necessário para a configuração daquele crime, qual seja a intenção de realizar o consumo próprio da substância.

Essa intenção é analisada, no caso concreto, pelo juiz, considerando as circunstâncias em que o facto ocorre, não havendo um critério objetivo de distinção entre os referidos tipos penais<sup>51</sup>.

Para essa distinção, a quantidade de droga é um dos critérios utilizados, devendo, contudo, ser considerada juntamente com as demais circunstâncias que envolvem o delito, como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

---

<sup>51</sup> FILHO, Vicente Greco; Rassi, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49-50

Isso porque pequenas quantidades de drogas podem ser mantidas sob a posse de quem pretende promover a circulação dessas substâncias, sendo que algumas pessoas podem possuir grandes quantidades de drogas para seu próprio uso, de modo que se deve analisar o caso concreto a fim de identificar a real intenção do agente.

#### **2.6.4. O bem jurídico tutelado pela Lei nº 3/97 de 13 de Março**

Inicialmente, verifica-se que as substâncias que causam dependência geram danos aos indivíduos, uma vez que seus compostos provocam modificações no organismo de quem os consome, em maior medida no sistema nervoso central<sup>52</sup>.

Considerando a aptidão de circulação dessas drogas, há autores que sustentam que o crime de porte de drogas para uso próprio tutelaria a saúde pública, indicando que a conduta criminalizada acaba tendo efeitos que ultrapassam a esfera do indivíduo que usa a substância. Um dos pressupostos dessa posição relaciona o porte de drogas para consumo pessoal com o tráfico de drogas, indicando que a livre circulação de substâncias, ainda que por um usuário, tem potencial de circular e, dessa forma, oferece riscos à sociedade<sup>53</sup>.

Nesse sentido, Greco Filho e Rassi indicam que o bem tutelado no porte de drogas para consumo pessoal seria o mesmo protegido pelo tráfico, sendo que, naquele crime, haveria uma brandura na pena, considerando que o perigo social causado é menor, e que as condutas punidas pelo tipo penal são praticadas geralmente por pessoas, que mesmo imputáveis e responsáveis, são impulsionadas ao delito em razão da dependência<sup>54</sup>.

Nessa perspectiva, os referidos autores afirmam que “mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos<sup>55</sup>”.

---

<sup>52</sup> NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do, *O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas*. Dissertação, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 88.

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Lei de drogas comentada artigo por artigo*, 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 152.

<sup>54</sup> FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel, *Lei de drogas anotada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46-47.

<sup>55</sup> Idem, p.47

Igualmente, Capez indica que o crime em questão se volta a repreender a detenção ilegal das drogas considerando a possibilidade de circulação da substância com a consequente disseminação, ainda que a finalidade (daquele que porta a substância) seja apenas a de consumo pessoal<sup>56</sup>.

Inicialmente, afirma-se que o mencionado tipo penal configura a proibição do uso de drogas, vez que se direciona ao usuário ao estabelecer a finalidade de consumo pessoal como elemento subjetivo do tipo, e criminaliza condutas necessárias para o uso da droga, como o porte.

Nesse sentido, Reghelin apresenta o seguinte comentário: Ora, evidentemente soa estranho dizer que o uso de drogas não é punido, porque todas as condutas que tornam possível essa prática são incriminadas<sup>57</sup>.

Além disso, Queiroz e Lopez questionam a pretensão da referida norma em proteger a saúde pública, indicando que a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar um controle do Estado sobre a qualidade das substâncias produzidas, e afirmando que os usuários não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das drogas<sup>58</sup>.

Inicialmente, verifica – se a possibilidade de se definir a saúde pública como um bem jurídico coletivo passível de tutela pelo direito, haja vista que os bens jurídicos podem ser transindividuais<sup>59</sup>.

Associando-se a possibilidade de causar dependência e a facilidade de disseminação das drogas, pode-se compreender que sua livre circulação acaba gerando efetivo perigo à saúde de uma indeterminada parcela da população. Ainda que não seja possível precisar qual a extensão da população que pode ser afetada em decorrência de cada substância, nas diversas quantidades que elas podem se apresentar, é possível afirmar que após a circulação da substância há prejuízo de considerável parte da sociedade.

---

<sup>56</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de, *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012. p. 61.

<sup>57</sup> REGHELIN, Elisangela Melo, *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 172.

<sup>58</sup> QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, *Comentários à lei de drogas*, Salvador: JusPodivm, 2016. p. 22.

<sup>59</sup> Idem, p. 23

Portanto, mesmo sendo impossível antever, de forma concreta, a extensão dos efeitos causados pelos diversos tipos de substâncias, é possível prever a existência de um dano que se apresenta, no mínimo, na forma da dependência química ou psíquica de parte da população. Há, portanto, previsibilidade de dano à saúde, enquanto bem-estar físico e mental, de uma extensão incalculável de pessoas.

Nessa linha, verifica-se que parte dos autores que defendem a inexistência de um bem jurídico tutelado pelo crime de porte de drogas sustenta que o tráfico de drogas ofenderia a saúde pública, justamente considerando a possibilidade de a livre circulação destas substâncias causar danos de grandes proporções à saúde de expressiva parte da população<sup>60</sup>.

Assim, a intenção de consumo pessoal daquele que porta a droga representa indício de que não ocorrerá a circulação da substância e, assim, apenas impõe o reconhecimento de uma menor nocividade dessa conduta em relação ao tráfico de drogas. Isso porque não há garantias de que o indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga, ainda que com a finalidade de usá-la, irá consumir efetivamente a substância, impedindo sua circulação.

Nesse sentido, o crime de tráfico de drogas e o crime de porte de drogas para consumo pessoal representam crimes de perigo abstrato na medida em que existe presunção, decorrente de definição por órgão técnico, de que as substâncias definidas como drogas causam dependência, de modo que sua circulação coloca em risco a sociedade.

A fim de promover uma compatibilização entre os referidos mandados de criminalização que atribuem fundamento constitucional ao crime de tráfico de drogas e o princípio da lesividade, é possível afirmar a existência de um bem jurídico tutelado pelo referido crime, que pode ser estendido ao crime de porte de drogas considerando a identificação entre as condutas criminalizadas por ambas as normas.

Convém destacar que o tipo penal acaba promovendo a proibição do uso de drogas pelos indivíduos.

Outrossim, no que tange à permissão de drogas lícitas, cabe reconhecer que elas representam perigo social. Contudo, a legalização da circulação dessas

---

<sup>60</sup> CALLEGARI, André, *Manual de direito penal: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2015. p. 32

substâncias se justifica por motivos sociais, como a herança cultural e o caráter econômico da venda dessas substâncias, assim como afirma Nascimento, e não descaracteriza o perigo também causado pelas substâncias sujeitas ao controle da vigilância sanitária<sup>61</sup>.

Igualmente, a argumentação de que o crime em questão promove uma tutela insuficiente não afasta a pretensão da norma de proteção de um bem jurídico, sendo que nesse caso apenas seria cabível analisar se essa proteção se justifica dentro do direito penal, considerando eventuais imperativos de eficiência. Nesse prisma, a criminalização considera o perigo causado pela circulação indevida de substâncias químicas no território nacional, de modo que criminaliza condutas que caracterizam necessário perigo à saúde de toda a sociedade, justificando-se em face do princípio da ofensividade.

Nada obstante, é possível afirmar a existência de casos específicos em que se verifique a inexistência de potencialidade lesiva da conduta criminalizada, hipóteses em que, em razão da função interpretativa do princípio lesividade, será possível afastar a aplicação do tipo penal.

Nesse sentido, Thums e Pacheco, mesmo defendendo a lesividade à saúde pública do crime de porte de drogas para consumo pessoal, sustentam a atipicidade do porte pretérito ao consumo, uma vez que, nesse caso, o efetivo uso elimina a possibilidade de circulação da droga e, assim, a potencialidade lesiva da sub

## **2.7. Direito Comparado**

Neste capítulo queremos apresentar como é tratado a mesma matéria em outros ordenamentos jurídicos, a fazer uma comparação com o que é estabelecido no nosso ordenamento jurídico.

Como vimos nos capítulos anteriores, em volta do nosso tema A análise do tipo legal de crime de tráfico e pequenas quantidades do disposto no artigo 36.º a luz da lei 3/97 de 13 de Março, no nosso ordenamento jurídico, não tipifica quantidades como sendo que não excedam o consumo mínimo diário, nos termos do artigo 36.º nº2

---

<sup>61</sup> NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do, *O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas*, Dissertação, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 95-96.

da lei acima supra citada, o que se pretende neste capítulo é sencivelmente comparar esta situacao em torno de outros ordenamentos juridicos.

Nesta ordem de ideias, vamos comparar com Portugal, o Decreto-lei 15/93, de 22 de Janeiro regime juridico de tráfico e consumo de estupaficientes e substancias psicotropicas é a princiapal lei que regula o tráfico de drogas, o decreto-lei 15/93, de 22 de janeiro, encontramos previsto no artigo 25.º trafico de menor gravidade, que dispoe: se, nos casos dos artigos 21.º e 22.º, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuida, tendo em conta os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade das plantas, substâncias ou preparação, a pena é de:

- a) Prisão de um a cinco anos, se se tratar de plantas, substancias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI;
- b) Prisão ate 2 anos ou multa ate 240 dias, no caso de substancias ou preparacoes compreendidas na tabela IV.

O que se constatou no artigo 25.º do decreto-lei 15/93, de 22 de janeiro, considera trafico de menor gravidade aqueles que se consirerem uma quatidade diminuida, em relacao a trafico e outras actividades ilicitas nos termos do artigo 21.º, estipulando penas menos gravosas em relacao ao trafico de menor gravidade.

Em comparação com redacção do n.º 2 do artigo 36.º da Lei n.º 3/97, de 13 de Março, que estabelece que “Quantidades diminutas para os efeitos do disposto no presente artigo são as que não excedam o necessário para o consumo individual durante um dia.” Verificamos que a lei portuguesa não tem estipulação da quantidade considerada de menor gravidade, ficando a apenas em considerar quantidades diminuídas, em relação ao tráfico e outras actividades.

### **CAPITULO III. APRESENTAÇÃO , ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE DADOS**

#### **3. Tipo Legal de Crime de Tráfico e Pequenas Quantidades do Disposto no artigo 36.º a Luz da Lei 3/93 de 13 de Março**

Neste capítulo, vamos especialmente mostrar a apresentação, análise e interpretação de dados que foi adoptada para a elaboração do nosso trabalho.

A nossa abordagem sobre A análise do tipo legal de crime de tráfico e pequenas quantidades do disposto no artigo 36.º a luz da lei 3/97 de 13 de Março, o conteúdo do estudo foi analisado conforme varias obras publicadas e legislações importantes, e será feito uma análise do conteúdo em volta do problema de partida.

Em análise ao estudo que estamos a abordar, aparecem duas questões pertinentes em volta do nosso problema de partida, será que a não determinação da quantidade que não exceda o mínimo diário para considerarmos crime de tráfico de pequenas quantidades nos termos do art. 36.º n.º2 da lei n.º 3/97, de 13 de Março, não seja uma norma imprecisa? ou por outra, a não determinação do consumo mínimo diário não deixaria o critério do juiz em determinar essa quantidade?

No que toca primeira questão, No nosso ordenamento jurídico o principio da legalidade esta consagrado nos art. 60.º, n.º1 da CRM e art. 7.º n.º 1 e 2 do CP.

A prof.<sup>a</sup> TERESA BELEZA, explica que o princípio da legalidade pode existir, pode estar consignado na própria constituição, mas se as leis penais não forem determinadas, e serem vagas ou imprecisas, esse será o ponto fraco na efectividade pratica desde principio.<sup>62</sup>

No que toca ao tema em abordagem, verifica-se uma imprecisão da norma penal ao não determinar quantidades que não excedam o consumo mínimo individual durante o dia.

Simplesmente, se isto é um ideal, a realidade esta longe dele, e estão quase um pouco por impossibilidade de ser de uma outra maneira, com efeito, não só no direito penal, mas noutros ramos do direito, é por vezes muito difícil, ou impossível, utilizar expressões que sejam realmente unívocas. Quase em todos os ramos de direito e ate na linguagem vulgar as expressões são frequentes equivocadas ou ambíguas. No

---

<sup>62</sup>BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, volume I, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, 1998 pag 377.

direito penal isso também acontece; há expressões cujo uso é difícil evitar e que comprometem um pouco esta ideia de precisão criminal.

Alem desta imprecisão, acontece também por vezes que a própria lei incriminadora remete para uma outra fonte normativa para o preenchimento dos seus próprios pressupostos (aqui já não se trata de mera imprecisão de linguagem) quando por exemplo, o código penal diz: “quem, no planeamento, direcção ou execução de construção, demolição... infringir as disposições legais ou regulamentos... será punido com prisão...”, como se vê, só pela consulta destas leis ou desses regulamentos é que a pessoas saberá em que circunstâncias é que fica sujeita a uma pena.

O quer dizer: em primeiro lugar, que a lei penal em si não é clara, pois não dá imediatamente as pessoas a noção perfeita do risco que correm de sofrer uma pena consoante façam ou não façam certas coisas. Portanto, quer em relação a precisão da norma, quer em relação à reserva da competência, este tipo de normas, chamadas, no sentido técnico, as *normas penais em branco*, são normas que também põem em causa a efectividade do princípio da legalidade, a propósito do conteúdo da própria lei incriminadora.

Isto quanto à norma penal em branco, neste sentido mais técnico (pois por vezes é usada a expressão num sentido muito geral, que abrange qualquer caso de norma penal mais ou menos imprecisa, mas pode ser por outras razões): a norma que remete para outra instância normativa a determinação dos pressupostos de facto da sua própria aplicação.

### **3.6. Indeterminação do art 36.º n.º2 da lei n.º 3/97, de 13 de Março**

A questão da indeterminação das normas é um problema básico, geral e comprometedor em certas medidas do funcionamento prático do princípio da legalidade: o princípio da legalidade pode existir, pode estar consignado na própria constituição, mas se as leis penais não forem determinativas, esse será o ponto fraco na efectividade prática deste princípio.

Fazendo uma análise da segunda questão, vamos nos recordar um pouco do historial das restrições à liberdade dos juizes na aplicação da lei penal

Depois de finais do século XVIII, o princípio da legalidade é acolhido (vai sucessivamente sendo acolhido) por mais ou menos todos os sistemas jurídicos,

pelo menos europeus e é marcado desde o início por esse sentido de conquista revolucionária burguesa. Ou seja, assim como, no caso mais característico da revolução francesa, a regra do poder soberano. Ou acima de qualquer lei, é substituída progressivamente pela submissão do poder ao direito constituído, assim também no direito penal se vai implantando a ideia de legalidade.

E vai implantando com esse sentido de conquista revolucionária até ao “exagero” de se tentar impedir por todos os meios não só que o poder legislativo imponha por exemplo leis penais retroactivas, que seria uma das maneiras de fazer gorar materialmente uma ideia de legalidade, mas também tentando impor restrições muito apertadas às pessoas que aplicam a lei, concretamente aos juízes.

E assim aparecem, também aparece sempre com o sentido de reacção contra o absolutismo tradicional, as ideias de que os juízes devem aplicar a lei automaticamente, ou seja, em extremo e numa frase que é pouco possível de respeitar na prática: os juízes não devem sequer fazer interpretação.

O Juiz deve funcionar um pouco como uma máquina em que se mete uma lei, em que se mete um caso concreto, e sai uma solução exacta imediata e correcta. Isto significa, por exemplo, que as leis penais devem conter penas absolutamente fixas. Não deve ser deixada ao juiz qualquer liberdade no sentido de determinar, por exemplo, a medida de uma pena, de entre certos limites que a lei penal estabelece.

### **3.2. Limites na determinação da culpabilidade no incumprimento do art. 36.º n.º2 da lei n.º 3/97, de 13 de Março**

Deve haver dois limites, mínimo e máximo, entre os quais o juiz escolhe, em atenção certos critérios, é hoje em dia, a regra do nosso direito e dos direitos penais em geral. Ora, nos finais do séc. XVIII, ligado a esta ideia de reacção contra o poder absoluto, a esta ideia de garantias individuais, também a esta ideia de separação de poderes aparece, não só o princípio da legalidade nesse sentido de proibir leis penais retroactivas, mas aparecem também as restrições muito marcadas do poder judicial quando aplica a lei penal. Quando se diz o juiz não deve ou não pode integrar lacuna de direito penal por recurso á analogia, está-se a dizer além do mais que um juiz, membro do poder judicial que é, não deve poder, a título de aplicar a lei, não deve ter a faculdade ele próprio de fazer uma nova lei.

No fundo seria o que aconteceria quando juiz integrasse uma lacuna por analogia. Isto tem na base também a ideia que de a divisão dos poderes, legislativo, executivo e judicial, é, em si, uma garantia dos direitos individuais. Algumas destas restrições foram mantidas e mantêm-se ainda hoje, mas, naturalmente, ultrapassado esse momento em que a reacção tinha um significado histórico e especial, não se mantêm com tanto rigor.

Esse rigor ia, em finais do séc. XVIII, e dentro desta linha rigorista de separação dos poderes, de pena rigorosamente fixas, de menina ou nenhuma liberdade dos juizes, ia ate ao ponto de não só proibir a integração de lacunas por analogia no direito penal, como também se proibir a interpretação extensiva (e isso continua a existir), mas alem disso também de se proibir a interpretação restritiva, o que hoje em dia não é aceite, ou exigido.

A preocupação de garantia efectiva de separação dos poderes ia ate ao ponto de se dizer: “nem para mais, nem por menos” o juiz deve ter o poder de alterar aquilo que o legislador disse. Portanto, o poder judicial não pode, nem para mais nem para menos, intrometer-se no que pertence ao poder legislativo. tem de fazer uma interpretação literal, declarativa e não pode nem ir alem daquilo que esta estritamente escrito.

## CAPITULO IV: DISCUSSÃO DOS RESULTADOS A LUZ DO MARCO TEÓRICO

### 4.1. A imprecisão da normal penal nos termos do art. 36 da lei 3/97 de 13 de março, na quantificação do consumo mínimo individual por dia.

Nos termos do artigo 36.º da lei n.º 3/97, de 13 de Março, dispõe:

1. Quando os factos praticados se inscrevem na previsão dos artigos 27.º e 29.º e tenham por objecto pequenas quantidades de plantas, substâncias ou preparados, ou quando a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, em resultado dos meios utilizados, da modalidade usada ou das circunstâncias verificadas, corresponderá à seguinte moldura penal.
  - a) Pena de 2 a 8 anos de prisão maior e multa de 10 a 30 milhões de meticais, se disserem respeito a plantas, substâncias ou preparados compreendendo nas tabelas I, II, III, V E VI,
  - b) Pena até dois anos de prisão e multa correspondente, se se tratar de substâncias ou preparados incluindo, na tabela IV.
2. Quantidades diminutas para os efeitos do disposto no presente artigo são as que não excedam o necessário para o consumo individual durante um dia.

Para o efeito do n.º 2, Não indica quais quantidades que poderão ser consideradas de pequenas quantidades, ou seja, o limite considerado necessário para o consumo individual durante um dia, pois deveria ser especificado e estipulado as quantidades consideradas necessárias para o consumo individual durante um dia, atento ao princípio da legalidade e da tipicidade em direito penal.

Como já vimos nos capítulos anteriores, o princípio da legalidade vigente neste ramo de direito previsto no n.º 1, do art. 7.º do cp, dispõe que “**nenhum facto consista, acção ou omissão pode julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o qualifique como tal**”, por via deste princípio toda conduta dos cidadãos consideradas como criminosas deve existir uma lei que a prevê num momento anterior na sua prática pelo agente. As condutas consideradas como criminosas encontram-se descritas no código penal assim como em legislações avulsas e extravagante.

Num caso concreto, que alguém é acusado de ter perpetrado este tipo legal de crime de tráfico de pequenas quantidades previsto e punido pelo art.36.º da lei n.º 3/97, de 13 de março, fazendo uma análise das regras exigidas pelo princípio da legalidade e tipicidade em rigor neste ramo de direito, pode-se negar a

responsabilização do agente em virtude de ele não reunir quantidades exigidas pela descrição do tipo legal de crime, visto que ele pode dizer que a quantidade encontrada em sua posse é a quantidade que consome por dia, nos termos do n.º 2 do mesmo art.

A responsabilização do agente pela prática de crime de tráfico de pequenas quantidades previsto e punido pelo art. 36.º n.º2 da lei n.º 3/97, de 13 de Março, deveria ser especificado qual é a quantidade considerada não excessiva para o consumo diário como é o caso da contravenção de condução sob efeito de álcool, estupaciante ou substâncias psicotrópicas nos termos do art. 81.º do código de estrada aprovado pelo decreto-lei n.º 1/2011 de 23 de Março, onde o legislador determinou quantidades e as respectivas multas.

#### **4.2. Fraca efectividade prática do princípio da legalidade face a norma do art. 36 da lei 3/97 de 13 de março.**

Para o caso de tipo legal de crime em análise, de tráfico de pequenas quantidades previsto e punido pelo art. 36.º da lei n.º 3/97, de 13 de Março, fazendo uma análise profunda das formas como foram descritas este tipo legal de crime, matéria ligada a tipicidade em direito penal, encontramos alguns comportamentos qualificados como crime, mas o legislador deixou de determinar quantidade exacta considerável para o consumo mínimo diário, segundo o n.º2 do artigo em questão, deixando ao critério do juiz de decidir qual quantidade ou então abrindo espaço para a não responsabilização do criminoso, na medida em que pode aproveitar-se da redação do artigo para ficar isento da pena.

Temos como exemplo:

Um indivíduo é encontrado com 2 gramas de cannabis sativa, e este é levado ao Tribunal para o julgamento, este cidadão pode alegar que a quantidade encontrada em sua posse é o que consome durante o dia, ficando este cidadão absolvido segundo o artigo 36.ºn.º2 da lei 3/97 de 13 de Março.

Temos um outro caso, em que um cidadão é encontrado com ½ quilo de cannabis sativa, levado ao tribunal, este cidadão pode aproveitar-se da redação do artigo 36.º n.º2 d lei 3/97, de 13 de marco, alegando que a quantidade encontrada em sua posse é o que consome durante o dia.

O que queremos ilustrar nestes exemplos é que a redação do artigo 36.º n.º2 da lei n.º 3/97 de 13 de Março “Quantidades diminutas para os efeitos do disposto no presente artigo são as que não excedam o necessário para o consumo individual durante um dia.” É relativo tanto para o Juiz como também para o cidadão encontrado na posse dessas substâncias, pois o legislador devia estipular quantidades que não excedam o mínimo diário.

Por outro lado, o princípio da tipicidade enunciado no capítulo anterior recomenda que se faça uma “correspondência da conduta do agente com a descrição abstracta contida na lei penal”.

#### **4.3. Falta de limites na determinação da culpabilidade no cumprimento do N.º 2, do art. 36 da lei 3/97 de 13 de março**

Deve haver dois limites, mínimo e máximo, entre os quais o juiz escolhe, em atenção certos critérios, e hoje em dia, a regra do nosso direito e dos direitos penais em geral. Ora, nos finais do séc. XVIII, ligado a esta ideia de reacção contra o poder absoluto, a esta ideia de garantias individuais, também a esta ideia de separação de poderes aparece, não só o princípio da legalidade nesse sentido de proibir leis penais retroactivas, mas aparecem também as restrições muito marcadas do poder judicial quando aplica a lei penal.

Quando se diz o juiz não deve ou não pode integrar lacuna de direito penal por recurso á analogia, está-se a dizer além do mais que um juiz, membro do poder judicial que é, não deve poder, a título de aplicar a lei, não deve ter a faculdade ele próprio de fazer uma nova lei.

## **Considerações finais**

### **1. Conclusão**

Tendo com as abordagens do marco teórico, nos é possível concluir que Para o caso de tipo legal de crime em análise, de tráfico de pequenas quantidades previsto e punido pelo art. 36.º da lei n.º 3/97, de 13 de Março, fazendo uma análise profunda das formas como foram descritas este tipo legal de crime, materia ligada a tipicidade em direito penal, encontramos alguns comportamentos qualificados como crime, mas o legislador deixou de determinar quantidade exacta consideravel para o consumo minimo diario, segundo o n.º2 do artigo em questão, deixando ao criterio do juiz de decidir qual quantidade ou então abrindo espaço para a não responsabilização do criminoso, na medida em que pode aproveitar-se da redação do artigo para ficar isento da pena.

No ordenamento jurídico Moçambicano, não encontramos a clareza, a precisão do comportamento humano que se ajuste ao tipo legal de crime de tráfico de pequenas substâncias plasmado no art. 36 n.º 2 da lei n.º 3/97 de 13 de Março.

Ora vejamos, o dispositivo legal mencionado no art. Anterior dispõe que Quantidades diminutas para os efeitos do disposto no presente artigo são as que não excedam o necessário para o consumo individual durante um dia, por via desta, o artigo fere o princípio da legalidade e da tipicidade em direito penal.

Por via deste dispositivo legal, o indivíduo que for encontrado na posse de uma pequena quantidade de droga, e alegar que a droga encontrada em sua posse é o que consome durante o dia, ele pode ficar isento da pena. Esta incoerência por parte do legislador na descrição do tipo legal de crime cria duvida para o aplicador da lei, o juiz, assim como também por parte dos jurisconsultos em saber quando é que se pode considerar quantidade como aquele que não exceda o mínimo diário.

O princípio da legalidade pode existir, pode estar consignado na própria constituição, mas se as leis penais não forem determinativas sobre os factos que se pretendem criminalizar esse será o ponto fraco na efectividade prática desde princípio.

Assim sendo, no que toca ao tema em abordagem, verifica-se uma imprecisão da norma penal ao não determinar quantidades que não excedam o consumo mínimo individual durante o dia, ou seja, uma especificação exacta da quantidade.

É do nosso entendimento que, em primeiro lugar, a lei penal em si não é clara, pois não dá imediatamente as pessoas a noção perfeita do risco que correm de sofrer uma pena consoante façam ou não façam certas coisas. Portanto, quer em relação a precisão da norma, este tipo de normas, chamadas, no sentido técnico, as *normas penais em branco*, são normas que também põem em causa a efectividade do princípio da legalidade, a propósito do conteúdo da própria lei incriminadora.

Na Constituição encontram-se vários conjuntos de normas que conexas directamente com o Direito Penal. Em primeiro lugar encontram-se um grupo de normas que proíbem certas penas e certas medidas de segurança. Neste sentido pode – se ver aqui que este conjunto de normas constitucionais que proíbem certas penas ou certas medidas de segurança filiam-se num princípio de política penal, que é o princípio da humanidade das penas.

Mas na Constituição encontram-se também normas que proíbem a transmissibilidade das penas; o art. 61º/2 da Constituição da República de Moçambique, consagra assim, o princípio da intransmissibilidade das penas e acolhe o carácter pessoal da responsabilidade penal (nº 3 do artigo 60 do código penal actualmente em vigor 11º CP).

O código penal contém também um conjunto de normas que delimitam a aplicação no tempo das leis penais e fixam o âmbito da sua interpretação:

- Art. 3º/1 do Código Penal, proíbe-se a retroatividade das leis penais incriminadoras;
- Art. 7º, proíbe a integração de lacunas em Direito Penal por analogia;

O princípio da legalidade impõe a exigência da intervenção judicial ou da imediação judicial na aplicação ou na apreciação da responsabilidade criminal do agente. O princípio da legalidade impõe ainda a proibição de uma dupla condenação pelo mesmo facto.

Uma lei penal não deve conter tão só a descrição de um comportamento considerado crime de forma explícita com os elementos necessários para a sua incriminação.

O princípio da legalidade tem um fundamento político, um fundamento saído da Revolução Francesa, do Iluminismo, e que assenta na ideia de que existe uma razão comum a todos os homens que encontram expressão comum na lei e evitam o

arbitrio. Neste sentido, o princípio da legalidade tem como fundamento a garantia dos direitos individuais.

O princípio da legalidade, mesmo no domínio do Direito Penal tem uma justificação e um fundamento de constituir uma garantia de direitos individuais do cidadão. Enquanto submissão do poder de punir o Estado à lei, o princípio da legalidade tem esse fundamento: garantir os direitos individuais do cidadão.

A responsabilização do agente pela prática de crime de tráfico de pequenas quantidades previsto e punido pelo art. 36.º n.º2 da lei n.º 3/97, de 13 de Março , deveria ser especificado qual é a quantidade considerada não excessiva para o consumo diário como é o caso da contravenção de condução sob efeito de álcool, estupéfaciente ou substâncias psicotrópicas nos termos do art. 81.º do código de estrada aprovado pelo decreto-lei n.º 1/2011 de 23 de Março, onde o legislador determinou quantidades e as respectivas multas.

## 2. Sugestões

Depois de um estudo profundo em torno do tema a problemática do tipo legal de crime de tráfico de pequenas quantidades ou plantas, substancias psicotrópicas preparadas em sede da lei 3/97 de 13 de marco, importa dar algumas recomendações que possam servir de base para a solução dos problemas, que são:

- É imperioso que haja uma alteração do artigo 36 da lei 3/97, de 13 de Março, atento ao princípio da legalidade e da tipicidade em direito penal tendo em vista a determinação taxativa dos requisitos para o apuramento do grau de culpa considerando que o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de estupefacientes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga.
- É necessário que haja dois limites, mínimo e máximo, entre os quais o juiz escolhe, em atenção certos critérios, para se imputar a culpa aos infractores facto que não se concretiza a nível da Lei nº 3/97 de 13 de Março tendo em conta que O Direito Penal deve assim fundamentar a sua intervenção na garantia de que assegurará a protecção eficaz e necessária de bens jurídicos que são indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa e ao funcionamento das sociedades democráticas organizadas.

## BIBLIOGRAFIA

### a) LEGISLAÇÃO

- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República de Moçambique*, Escolar editora, 2004, atualizada pela Lei nº 1/2018 de 12 de Junho.
- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei nº 3/97, de 13 de Março* – regime jurídico de tráfico e consumo de estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e preparadas, in **Boletim da Republica, I Serie**;
- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código Penal, aprovado pela Lei nº 24/2019 de 24 de dezembro*, in boletim da república, I série, Maputo;
- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *código civil de Moçambique*, Plural Editores, Maputo.

### b) DOUTRINA

- CORREIA, Eduardo, *direito criminal*, volume I. Almedina, Coimbra, Lisboa, 2008;
- CORREIA, Correia, *direito criminal, I reimpressão*, livraria almedina, Coimbra, 1996
- FERREIRA, Manuel Caveleira de Lições *de Direito Penal*, 4ª edição, editorial verbo, 1992;
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, volume I, editora Atlas, São Paulo, 2011;
- SILVA, Germano Marques da, *Parte Geral I Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.ª edição, Editorial VERBOS, Lisboa, 2001;
- SILVA, Germano Marques, *direito penal português, parte II teoria do crime*. Editorial verbos, lisboa, 2001;
- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, volume I, 2.ª edição, Lisboa, 1998;

- BIZARRO, Teresa Beleza, PINTO, Lacerda da Costa, *direito processual penal I, objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica caso julgado*, lisboa, 2001;
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria, *Metodologia do Trabalho Científico*, 7ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2010;
- LISZT, Fraz Von, *Tratado de direito penal alemão*, Trad. José Hygino Duarte Pereira, Brasília: Senado Federal, 2006;
- PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritten von, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugênio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires, 1989. apud SILVEIRA, São Paulo: LiberArs, 2012;
- LISZT, Fraz Von, *Tratado de direito penal alemão*, Volume 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006;
- ROXIN, Claus, *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011;
- ISHIDA, Válter Kenji, *Bem jurídico penal moderno*, Salvador: Editora JusPodivm, 2017;
- JAKOBS, Günther, *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2008;
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014;
- PRADO, Luiz Régis, *Bem jurídico-penal e constituição*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

- LISZT, Fraz Von, *Tratado de direito penal alemão*, Volume 1, Brasília: Senado Federal, 2006;
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;
- TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994;
- FILHO, Vicente Greco; Rassi, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do, *O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas*. Dissertação, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016;
- GOMES, Luiz Flávio, *Lei de drogas comentada artigo por artigo*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel, *Lei de drogas anotada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de, *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012;
- REGHELIN, Elisangela Melo, *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira, *Comentários à lei de drogas*, Salvador: JusPodivm, 2016;
- CALLEGARI, André, *Manual de direito penal: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2015.
- NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do, *O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas*, Dissertação, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.