



Sílvia Marisa Comissário Rodrigues

O BEM JURÍDICO TUTELADO E A (IN)PUNIBILIDADE NO
CRIME DE LINCHAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
MOÇAMBICANO

Dissertação na Área de Especialização em Direito, Ciências Jurídico-Forenses

29 de Maio/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

SÍLVIA MARISA COMISSÁRIO RODRIGUES

**O BEM JURÍDICO TUTELADO E A (IN) PUNIBILIDADE NO CRIME DE
LINCHAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO**

**THE JURIDICAL ASSETS PROTECTED AND THE (IM)PUNTY IN THE
CRIME OF LYNCHING IN THE LEGAL SYSTEM OF MOZAMBIQUE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre)

Orientadora: Professora Doutora Inês Fernandes Godinho

Coimbra, 29 de Maio de 2018

Agradecimentos

A DEUS

Ao Filomeno, Éden e Luna, pelo apoio incondicional.

À minha família, pela presença em todos os momentos, menção especial ao Cláudio e a Rita, pelo apoio indispensável.

Aos colegas da magistratura judicial, pelas conversas e os debates que ajudaram a traçar alguns pontos de estudo.

Por último, mas nem por isso menos importante, à “minha” Orientadora, INÊS FERNANDES GODINHO, que através de caminhos que por vezes se afiguravam de alguma complexidade no percurso, fez com que a caminhada se tornasse enriquecedora, diante da ciência, paciência e disponibilidade que sempre a caracterizaram, assim, *Ex corde*, vai o meu *Khanimambo!*

Epígrafe

“Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade é tirânica- diz o grande Montesquieu -Proposição que pode tornar-se mais geral da seguinte forma: todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico.”

Cesare Beccaria

Resumo

Cumpre-nos analisar o novo preceito constante do código penal moçambicano, referente ao crime de linchamento, com previsão e estatuição no artigo 159.º

A análise será no âmbito do bem jurídico tutelado, tendo em conta a premissa de que o direito penal tem como função primordial a protecção dos bens jurídicos, sendo esta tutela que legitima o Estado de Direito a limitar os direitos do cidadão ou seja possibilita a delimitação da intervenção do direito penal.

O princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrado importa para o legislador ordinário uma intervenção mínima no âmbito do direito, devendo a restrição dos direitos limitar ao necessário, não se justificando a intervenção limitadora do direito penal, para a tutela de ilícitos criminais com bens jurídicos que não encontram consagração constitucional.

Assim, procederemos o entendimento do conceito do bem jurídico, a sua função, a distinção entre os bens jurídicos individuais e supra individuais, de normas que tutelam um ou mais bens jurídicos e normas carentes de bem jurídico ou com bens jurídicos indeterminados, por forma a delimitarmos, no que tange ao crime de linchamento se estamos na presença de uma norma sem bem jurídico tutelado porque já protegido por outra norma e desta forma não carecendo de autonomização que mereceu pelo legislador moçambicano ou trata-se de uma norma com bem jurídico colectivo ou supra individual. Abordaremos ainda no âmbito da medida da pena e da hierarquia da tutela do bem jurídico tutelado pela norma, se estará a punição constante do ilícito do linchamento a acautelar a finalidade da pena ou estamos perante uma verdadeira impunibilidade?

Palavras chave: Direito penal, Linchamento, bem jurídico, homicídio qualificado.

Abstract

We must analyze the new precept contained in the Mozambican criminal code, related to the crime of lynching, with prediction and statute in article 159.

The analysis will be within the scope of the legal protection, taking into account the premise that criminal law has as its main function the protection of legal rights, which is a legal right to limit the rights of citizens or allows the delimitation of criminal law intervention.

The principle of proportionality, which is constitutionally consecrated, is for the ordinary legislature a minimum intervention in the field of law, and the restriction of rights must be limited to what is necessary, and there is no justification for intervention limiting criminal law for the protection of criminal offenses whose legal assets are not consecrated in constitution.

Thus, we will understand the concept of the legal goods, its function, the distinction between individual and supra individual legal goods, norms that protect one or more legal assets, norms devoid of legal good or with undetermined legal assets, in order to we are delimiting, in relation to the crime of lynching, if we are in the presence of a norm without juridical good protected because already protected by another norm, and this way not needing autonomization that deserved on the part of the Mozambican legislator or in the sense of understanding that it is of rule with collective legal goods or supra individual.

We will also address in the scope of the measure of the penalty and the hierarchy of the legal good protected in the norm, if there is the constant punishment of the illicit of lynching to caution the purpose of the sentence? Or are we facing a real non punishment?

Keywords: Criminal Law, Lynching, legal asset, first degree murder.

Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.º	Artigo
BMJ	Boletim do Ministério de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código do Processo Penal
CRM	Constituição da Republica de Moçambique
DEC-LEI	Decreto Lei
IE	<i>Id est</i>
IPAJ	Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica
LOJ	Lei da Organização Judiciária
PGR	Procuradoria Geral da República
PRM	Policia da República de Moçambique
RBCCrim	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RLJP	Revista de legislação e Jurisprudência Portuguesa
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)
TIR	Termo de Identidade e Residência
TS	Tribunal Supremo (Moçambique)
TSRM	Tribunal Superior de Recurso de Maputo
V.G	<i>Verbi gratia</i>

Índice

Agradecimentos.....	1
Epígrafe.....	2
Resumo e Palavras Chave.....	3
<i>Abstract e Keywords</i>	4
Siglas e Abreviaturas.....	5
Índice.....	6
1. Introdução.....	8
CAPÍTULO I.....	10
1. Noção do crime de linchamento.....	10
2. Doutrina do bem jurídico.....	10
2.1 Breve percurso da evolução do bem jurídico.....	10
2.2 Noção do bem jurídico.....	13
2.3 Função do bem jurídico.....	14
2.4 Bem jurídico supra individual.....	16
2.5 Bem jurídico tutelado no crime de homicídio.....	18
2.6 Normas penais sem bem jurídico tutelado ou com bem jurídico indefinido.....	20
CAPÍTULO II.....	23
1. Contextualização do linchamento na sociedade moçambicana.....	23
1.1 Breve cronologia do linchamento.....	23
1.2 Os Tipos de linchamento, os locais de incidência e as formas de linchamento.....	24
1.3 A Desconfiança da actuação dos órgãos de administração de justiça como causa de linchamento.....	25
2. Fundamento da incriminação do linchamento.....	29
2.1 Recrudescimento da prática de linchamento.....	29
3. Noção do linchamento.....	31
4. Bem jurídico tutelado no tipo legal de linchamento e enquadramento no crime de homicídio.....	35
CAPÍTULO III.....	37
1. A (In)punibilidade do crime de linchamento.....	37
2. Posição adoptada.....	40

3. Conclusão.....	43
Bibliografia.....	46

1. Introdução

O presente tema para nós constitui um desafio, na medida em que o mesmo, não encontra comparação, quer no ordenamento jurídico português, quer nos ordenamentos jurídicos da América Latina, que vivenciam o fenómeno do linchamento como tal. Pretendemos com o presente trabalho, abordar a norma ínsita no artigo 159.º do Código Penal Moçambicano, sob epígrafe “linchamento”, constante no Título I, Capítulo I, nos crimes contra a vida, norma esta, introduzida pela Lei n.º 35/2014 de 31 de Dezembro, que aprovou o novo Código Penal, após a vigência secular¹ do código penal português aprovado pelo Decreto de 16 de Setembro de 1886.

A nossa abordagem será, no âmbito do bem jurídico que a norma visa tutelar e ainda atenta a punição que demanda da norma se esta, é suficiente para acautelar o bem jurídico que lhe subjaz.

Pretendemos ainda, analisar a pertinência, de uma (nova) protecção do bem jurídico vida humana, que nos parece saltar a vista no crime de linchamento, descortinando a necessidade ou não da autonomização deste mesmo crime, do ponto de vista da dogmática penal.

Para o efeito, se mostra necessário do ponto de vista social ou do ponto de vista de política criminal, atento ao recrudescimento da prática do linchamento, prevenir este fenómeno, importa indagar se o mesmo sucede do ponto de vista da intervenção penal (criminalização autónoma), no sentido de ter sido a opção mais acertada.

Assim, procuramos compreender quanto ao bem jurídico que visa proteger a norma do linchamento, se estaremos perante um bem jurídico individual, nomeadamente a vida humana ou a integridade física, atento a leitura que se faz do dispositivo legal, ou estaremos perante um bem jurídico supra individual, mormente a paz social, a tranquilidade pública e/ou a realização da justiça.

Considerando estarmos perante um bem jurídico individual, (a vida humana) não estará o mesmo concretizado na norma do homicídio qualificado, constante na alínea b) do n.º 1 do artigo 157.º do código penal, que corresponde ao anterior artigo 351.º n.º 2 do código penal de 1886?

Carece bem jurídico de um reforço de tutela, autonomizando-a das circunstâncias constantes no crime de homicídio? Ou trata-se de uma norma sem bem jurídico?

¹ Com algumas alterações, constantes de leis extravagantes e sendo outras inseridas depois no código penal moçambicano.

Sendo estas as linhas que pretendemos abordar, devemos partir do conceito do que é o bem jurídico, analisando de forma breve o seu percurso, distinguindo os bens jurídicos supra individuais, dos bens jurídicos individuais e compreender a luz do sistema de direito romano germânico, herdado por Moçambique, historicamente por força de Portugal.

Procederemos a análise do bem jurídico tutelado, no crime de homicídio, bem como a análise de normas sem bens jurídicos determinados, com o escopo de melhor aproximarmos da resposta à nossa questão primacial, quanto ao crime de linchamento e a sua punição.

CAPÍTULO I

1. Noção do crime de linchamento

É corrente encontrarmos a noção do linchamento em estudos sociais a respeito, uma vez que este fenómeno é comumente estudado nesta área de saber, pelo que a partida faremos uso da definição encontrada no dicionário², onde se designa como linchamento a “execução de um criminoso³ por uma multidão, sem julgamento” e o acto de linchar, como “executar pelas próprias mãos”.

Porque a abordagem que se pretende é jurídica e a priori, de forma perfunctória designaremos como linchamento: o exercício ilícito da tutela privada.

Esta tipificação legal, encontra-se na parte especial do Código Penal, no Título I, dos “crimes contra as pessoas”, Capítulo I, dos “crimes contra a vida”, no artigo 159.º

Prevendo como moldura abstractamente aplicável uma pena que varia entre os três dias a seis meses de prisão no caso do resultado do crime se traduzir em ofensas corporais e a uma pena de prisão de dois a oito anos no caso de o resultado advir a morte.

2. Doutrina do bem jurídico

2.1 Breve percurso do bem jurídico

Pretendendo-se definir o conceito material de crime, vários doutrinários deram seu contributo, na busca de uma maior clareza dogmática, partindo primeiramente de uma concepção daquilo que designa FIGUEIREDO DIAS de ‘perspectiva positivista-legalista’ resumindo-se como crime na forma material, “tudo e só aquilo que o legislador considerar como tal”, passando para uma perspectiva sociológica, na ideia de danosidade social, considerando-se assim materialmente o crime como sendo “unidade de sentido sociológico⁴”, autónoma e anterior a qualificação jurídico penal, vigorou depois a perspectiva moral (ético) social, onde tem-se em conta a “violação de deveres ético-sociais elementares fundamentais” ou seja “a tarefa central do direito penal residiria em assegurar a validade dos valores ético sociais positivos de acção assim WELZEL (...) “a missão do direito penal e a protecção dos bens jurídicos mediante a protecção elementares

² Dicionário da língua portuguesa, dicionários académicos, Porto Editora, Junho de 2007, p. 484.

³ De um suposto criminoso diríamos, atento ao princípio da presunção de inocência.

⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, “*Direito Penal, parte geral, questões fundamentais a doutrina geral do crime, Tomo I*”, 2.ª ed., 2.ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p. 109.

valores de acção ético sociais⁵, sendo que nesta acepção entendia-se que “o direito penal constituiria a tradução, no mundo terreno, de pecado, castigo, vigentes na ordem religiosa, ou na imoralidade e de censura da consciência, vigentes na ordem moral.”⁶

Ora, todas estas doutrinas, foram criticadas, sendo que na primeira, conforme explica FIGUEIREDO DIAS, “seria unicamente a circunstância de o legislador ter ameaçado a pratica de determinado facto com uma pena criminal que “transforma” aquele facto em comportamento criminal, transformando o conceito material de crime a sua correspondência ao conceito formal” , desta forma não permitindo saber-se a partir desta concepção “as qualidades que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais.”⁷

A critica da perspectiva positivista-sociológica, muito embora estabeleça “um conceito pré-legal de crime”, contrariamente ao que sucedia na perspectiva anterior, uma vez partindo da perspectiva do conceito da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*), que como refere FARIA COSTA⁸, “de acordo com o principio da ofensividade, terá de existir, ao menos um perigo de lesão de um bem jurídico para que se deva encontrar legitimada a intervenção do Estado”, e do princípio do dano (*Harm principle*), como principio fundamental da criminalização e da consequente limitação do poder estadual⁹. Muito embora a concordância com o facto de “todo crime traduzir-se em um comportamento determinante de uma danosidade ou ofensividade social a, verdade é que nem toda a danosidade social é um elemento constitutivo do conceito matéria do crime”, atenta a tutela subsidiária de bens jurídicos-penais, constantes nesta perspectiva é-lhe censurada a sua imprecisão considerando-se concepções demasiado largas para por elas alcançarem os limites da criminalização.

Já a crítica que subjaz da concepção moral (ético)-social, decorre de não ser a função do direito penal nem primária nem secundária tutelar a virtude ou a moral, porque não adequada entre outras “ao pluralismo ético social das sociedades contemporâneas onde , em maior ou menor medida, coexistem, por vezes de forma pacífica, por outras de forma tensa, zonas de consenso e zonas de conflitos.”¹⁰

⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, ob. cit., p. 111.

⁶ DIAS, Jorge Figueiredo, ob. cit. p.111.

⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, ob. cit., p. 106.

⁸ COSTA, Faria, ob. cit., p. 161.

⁹ DIAS, Jorge Figueiredo, ob. cit., p. 109.

¹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo, (cit.,) p. 113.

CESARE BECCARIA assertivamente afirma que “foi a necessidade que obrigou os homens a ceder parte da sua liberdade: é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima parte possível, aquela apenas que baste para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas partes mínimas possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça; é facto, mas não é já direito(...)”¹¹

É da ideia do contrato social, proclamada por THOMAS HOBBS¹² e aqui acima referenciada por BECCARIA, que delimitou-se no séc., XVIII, a legitimação do direito de punir do Estado e do mínimo de intervenção do direito penal.

Assim a partir de uma perspectiva racional, definiu FAUERBACH como conceito material do crime “a lesão dos direitos subjectivos”, como meio de legitimação da intervenção penal¹³ como o direito subjectivo fundamental da pessoa individual.”¹⁴

Refere FARIA DA COSTA que “a noção de bem jurídico só ganhou autonomia nos princípios do século XIX, enquanto eco ou consequência do pensamento iluminista e foi introduzida por BIRNBAUM”. Desta forma, “assinala o início da história doutrinal e político criminal do conceito do bem jurídico e abre a porta a um novo paradigma geral de compreensão do crime, do objecto e da respectiva lesão, bem como do conteúdo material da ilicitude.”¹⁵

Não sendo então o conceito do bem jurídico um conceito acabado, como não o é actualmente, foi surgindo doutrinários como é o caso do BINDING e do WELZEL, com perspectivas nomeadamente positivista legalista e positivista naturalista da noção e da função do bem jurídico.¹⁶

¹¹ BECCARIA, Cesare, “*Dos delitos e das penas*”, traduzido por José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ª edição, 2014, p. 65.

¹² Para HOBBS o contrato social “e um contrato de todos os homens com todos os homens, tal como se cada homem dissesse a cada homem: “Eu autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim próprio a este Homem, ou a esta Assembleia de homens, sob a condição de que tu lhes transfiras o teu direito a ele, e lhe autorizes todos os seus actos da mesma maneira. HOBBS, Thomas, *Leviathan* apud DO AMARAL, Diogo Freitas, *História das Ideias Políticas*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 1999, p. 375.

¹³ Andrade, Andressa Paula/Ferreira, Pedro Paulo da Cunha, “*Bens jurídicos trans-individuais, como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca da sua protecção penal*” RBCCRIM, n.º 123, 2016, p. 19.

¹⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, ob. cit. p. 115.

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Consentimento e Acordo em Direito Penal*, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista”, Coimbra, 1990, p. 51.

¹⁶ Para um maior desenvolvimento veja-se, Andrade, Manuel da Costa, ob. cit. p. 51 e s.

2.2 Noção do bem jurídico

Pese embora a doutrina crítica no que concerne ao entendimento da função do direito penal como protecção dos bens jurídicos, nomeadamente JAKOBS, que postula como função do direito a garantia da vigência da norma e não a protecção dos bens jurídicos¹⁷ e STRATENWERTH que remetendo a múltiplas definições do bem jurídico, entende que conseguir uma completa definição material do bem jurídico é o mesmo que lograr a quadratura do círculo ou seja impossível¹⁸, contudo e conforme CLAUS ROXIN, afirma, “quanto ao conceito do bem jurídico, há diversas e distintas opiniões que só se pode discutir com sentido sobre o tema se previamente se esclarecer o que cada um entende por bem jurídico e de onde infere a limitação do direito penal na protecção dos bens jurídicos.”¹⁹

Desta forma, faremos constar, conceitos de bem jurídico-penal avançados por alguns doutrinários.

Define HASSEMER “*el “bien jurídico” es así definido como un interés humano necesitado de protección penal, considerando por tales “interés” aquellos “bienes vitales” imprescindibles para la vida en común de los individuos tales como la vida, la salud, la libertad o la propiedad*”²⁰.

Em ROXIN bens jurídicos são “realidades o fines útiles para el individuo y para el libre desarrollo de su personalidad en el marco de un sistema orientado hacia tal objetivo o para el funcionamiento del propio sistema”²¹.

¹⁷ JAKOBS, FS-Saito (nota 17), p 17s, p 21, id, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, pp 20-30; cfr. JAKOBS, Strafrecht AT, 2.ª ed., 1991, 2/2 APUD, HEFENDEHL, Roland in ROLAND, Hefendehl, (ed.), ob. cit. p. 464

¹⁸ STRATENWERTH, Fs, Lenckner, 1998, p 377ss, 378 y 388, APUD, ROXIN, Claus, “Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In ROLAND, Hefendehl, (ed.), *la teoría del bien jurídico, fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Marcial Pons, 2007. p. 445

¹⁹ ROXIN, Claus, ob. cit. p. 446.

²⁰ HASSEMER, en Nomos Kommentar zum StGB, 3 entrega (31 de diciembre de 1995) previo al 1/287 apud SEHER, Gerhard, la legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico, p. 73 in HEFENDEHL, Roland, (ed.), *la teoría del bien jurídico, fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Marcial Pons, 2007.

²¹ ROXIN, Strafrecht AT 1, 3 Ed., 1997, nm 9 apud AMELUNG, Knut *el concepto bien Jurídico en la protección penal* p. 236 in HEFENDEHL, Roland, (ed.), *La teoría del bien jurídico, fundamento de legitimación del derecho penal ou juego de abalorios dogmático?* tradução de Rafael Alcácer, Maria Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, edição Marcial Pons, Barcelona, 2007.

FARIA COSTA, define bem jurídico penal como “*um pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicável, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal*”²².

Nas palavras de TAIPA DE CARVALHO deve entender-se por bem jurídico, “*os valores individuais e comunitários essenciais à realização pessoal e a convivência social*”²³.

FIGUEIREDO DIAS define o bem jurídico como “*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”²⁴.

2.3 Função do bem jurídico

Se hoje é indesmentível que “a função primeira do direito penal é a de proteger bens jurídicos, que tenham dignidade penal”²⁵, conforme assevera FARIA COSTA, importa compreender a função por este desempenhada ou assumida no direito penal, diríamos, usando por empréstimo as palavras de FARIA COSTA, “o emprego da categoria do bem jurídico permitiu que se passasse a distinguir, nomeadamente aos concretos tipos legais de crime o acessório do essencial”, sendo “que a primeira forma de aproximação a valoração de um tipo legal de crime se faz, seguramente, pela análise e estudo que essa norma incriminadora quer tutelar”. Considerando este autor que a qualificação do bem jurídico que a norma visa tutelar, vai determinar de certa maneira, a própria norma incriminadora.”²⁶

Consideram alguns autores que “a caracterização do delito como lesão de um objecto de protecção satisfazia tantos interesses sistemáticos, interpretativos e jurídico-políticos que a teoria da protecção de bens jurídicos converteu-se de imediato em um dos pilares da dogmática jurídico-penal,”²⁷ assim, “a formulação sobre a função do bem jurídico como

²² COSTA, José Faria da, *noções fundamentais do direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª ed., Coimbra editora, 2015, p. 164.

²³ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal Parte Geral, questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª, ed., p. 57.

²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, ob. cit., p. 114.

²⁵ COSTA, José Faria da, ob. cit. p. 13.

²⁶ COSTA, José Faria da, ob. cit. p. 166 e s.

²⁷ AMELUNG, Knut, “El concepto “bien jurídico” en la teoria de la proteccion penal” in HEFENDEHL, Roland, (ed.), ob. cit. p. 246.

limitação crítica do direito penal, venceu desde a luta levada a cabo na Alemanha na reforma do direito penal sexual, com a ajuda do conceito do bem jurídico.²⁸

KNUT AMELUNG, considera que “a ideia de delito como lesão do bem jurídico, permitia a separação do injusto e da culpabilidade, atenta a linha divisória entre o objectivo e o subjectivo, melhorava a compreensão da diferença entre tentativa e consumação e ajudava a mostrar as que existiam entre delitos de perigo e delitos de lesão(…)” entendem autores que “o bem jurídico é um instrumento da intervenção jurídico-penal,²⁹ na busca de uma maior compreensão da função do bem jurídico, referimos SUSANA AIRES DE SOUSA, que acentua que “o exercício do *ius puniendi* encontra a sua legitimidade na função, reconhecida ao direito criminal, de proteger subsidiariamente bens jurídicos. Em volta desta categoria gira não só a sistemática dos factos puníveis como o conceito material de crime e a fundamentação do ilícito criminal. A determinação do bem jurídico tutelado através da criminalização de determinadas condutas constitui um *prius*, um critério legitimador da intervenção punitiva que se projecta na restrição de direitos fundamentais. Dai que se reconheça ao conceito de bem jurídico-penal, enquanto padrão de criminalização, uma função crítica, mas se assinale igualmente uma função dogmática, enquanto substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como lesão ou de perigo, e ainda uma função interpretativa e sistemática, cumprida na ordenação das normas incriminadoras contidas na parte especial de uma codificação Penal”³⁰.

A partir da função sistemático-interpretativo, (ordenação dos tipos legais), podemos procurar entender *ab initio* a concepção do bem jurídico individual e supra individual.

²⁸ SEHER, Gerhard, la legitimación de normas penales basadas em principios y el concepto de bien jurídico in ZRP, 1992, in HEFENDEHL, Roland, por todos, ob. cit. p. 77. A propósito ainda ROXIN, Claus, que conclui que a reforma do direito penal sexual concluída em 1973, foi o ponto alto do reconhecimento da teoria do bem jurídico na Alemanha, referindo que em atenção da inexistência de lesão a um bem jurídico, não se punem condutas que são consideradas imorais, como ocorre com os casos de adultério e de zoofilia. In “*Es la proteccion de bienes jurídicos una finalidad de derecho penal?*” in HEFENDEHL, (ed.) ob. cit. p. 444 e s.

²⁹ ROXIN, Claus, in “*Es la proteccion de bienes jurídicos una finalidad de derecho penal?*” in HEFENDEHL, Roland, (ed.) ob. cit. p. 446.

³⁰ SOUSA, Susana Aires de, “*Sobre o bem jurídico- penal protegido nos crimes contra a humanidade*”, separata, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2007, p. 615 e ss.

2.4 Bem jurídico supra individual

Assumindo a categoria do bem jurídico “uma dimensão crítico liberal enquanto condição ou parâmetro capaz de limitar a intervenção do legislador na esfera jurídica do cidadão e ainda um papel sistemático-interpretativo compreendendo a a ordenação dos tipos legais do crime e compreensão teleológica do seu alcance”³¹, permite destringir quanto a titularidade do bem jurídico se estamos na presença de um bem jurídico individual ou de um bem jurídico supra individual.

A propósito de novos desafios, atenta a era da tecnologia e da globalização, denominada de sociedade de risco, tem sido posta em causa a teoria do bem jurídico, que continua a ser a pedra angular de todo o direito penal³², assim foram construídas varias teorias no sentido de fazer face a sociedade de risco, nomeadamente a concepção monista pessoal, a concepção assente na própria teoria social AMELUNG, a solução baseada na validade da norma de JAKOBS e a solução que passa pela concepção dos bens jurídicos colectivos, que muito deve a HEFENDEHL.³³

A protecção dos bens jurídicos, são vistos primeiramente em função ou numa perspectiva do individuo, como sendo a vida, a integridade física, a honra, assim ao situar-se “o indivíduo como ponto de partida e de chegada da teoria dos bens jurídico-penais” (...) esta “compreensão monista pessoal toca e acerta no essencial, afinal a pessoa humana, com a dignidade que ela implacavelmente arrasta é o Alfa e o Omega de todo o ordenamento jurídico, o Estado ao serviço do cidadão e não o contrário”³⁴, contudo é numa perspectiva dualista pessoal do bem jurídico, que importa salientar que “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários,

³¹ COSTA, José Faria da, *in* RLJ, ob. cit. p. 158

³² COSTA, José Faria da, COSTA, José Faria da, *noções fundamentais do direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª ed., Coimbra editora, 2015, p. 169.

³³ Para melhor enquadramento das aceções *vide* COSTA, José Faria da, *noções fundamentais do direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª ed., Coimbra editora, 2015, p. 266 e s.

³⁴ COSTA, José Faria da, “*Sobre o lugar de protecção do Direito penal, o lugar do bem jurídico na doutrina de um Direito penal não iliberal*”, *in* RLJ, n.º 3978, ano 142, Coimbra, Janeiro-Fevereiro 2013, p. 160.

universais, colectivos”³⁵, sendo o “reconhecimento destes bens “impostos pela própria mutação da realidade social”³⁶.

Classifica VINICIUS SPORLENDER DE SOUZA, quanto a titularidade do bem jurídico e “a partir do paradigma antropocêntrico originada com o surgimento do Estado liberal clássico, os bens jurídicos supra individuais institucionais, com exemplo da fé pública, administração da justiça, segurança do Estado, etc e supra individuais colectivos, elencando como exemplo a incolumidade pública, saúde pública, etc, assim ainda refere como os novos e modernos bens jurídicos supra individuais relativos ao meio ambiente, a economia, etc, estes surgidos a partir do Estado democrático e de direito, que tem como sujeito passivo predominantemente o indivíduo, nas suas relações dinâmicas com o Estado.”³⁷ Este é o postulado da perspectiva dualista pessoal, do bem jurídico, com o qual nos identificamos.

Considera-se que “o bem jurídico não tem de ter realidade material, a disponibilidade sobre as coisas que garantem a propriedade ou a liberdade de actuação protege a proibição de coacção não são objectos físicos, mas partes de uma realidade empírica (...) sendo igualmente bens jurídicos os direitos humanos, os direitos fundamentais, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência ou a liberdade de culto. (...), sendo que a sua privação acarreta prejuízos reais na vida em sociedade. Do mesmo modo, não são objectos físicos as instituições estatais, como a administração da justiça ou o sistema monetário ou outros bens jurídicos da comunidade.”³⁸

Como refere FIGUEIREDO DIAS, “a verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual³⁹ legítimo na integridade do bem jurídico colectivo. Certamente,

³⁵ DIAS, Figueiredo, ob. cit. p. 150. Fazendo ainda referência que “os bens jurídicos colectivos devem ser aceites como autênticos bens jurídicos, uma vez que esta categoria de bens jurídicos possa reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa, no mesmo sentido, COSTA, José Faria da, “*Sobre o lugar de protecção do Direito penal, o lugar do bem jurídico na doutrina de um Direito penal não iliberal*”, in RLJ, n.º 3978, ano 142, Coimbra, Janeiro-Fevereiro 2013, p. 160, quando afirma que “a raiz do critério de divisão dos bens jurídicos supra individuais, (segurança interna, externa do Estado, boas regras de mercado e etc) são *per definitionem* susceptíveis de recondução aos bens jurídicos individuais”

³⁶ SOUSA, Susana Aires de, “*Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a Humanidade*”, ob. cit. p. 636.

³⁷ Assim SOUZA, Paulo Vinicius Sporlender de “*Bem jurídico penal e engenharia genética humana, o contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra individuais*”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 290 e s.

³⁸ ROXIN, Claus In “*Es la protección de bienes jurídicos una finalidad de derecho penal?*” in HEFENDEHL, (ed.) ob. cit. p. 447.

³⁹ Diferentemente, WINFRIED HASSEMER, entende com a sua formulada “teoria pessoal do bem jurídico, postula categoricamente a derivação a partir do indivíduo de todo o juízo de merecimento de pena

existe nesta *relação difusa* com os usuários, o que porém não significa o carácter difuso do bem jurídico universal como tal”.⁴⁰ , assim também SUSANA AIRES DE SOUSA, que propõe como “critério para determinar o contorno de um bem jurídico colectivo ou supra-individual, importado da economia e traduz-se no principio da não exclusão, segundo o qual são bens colectivos aqueles cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído (inexcluíbilidade)”. Considerando a nota de inexcluíbilidade como o reconhecimento desse bem como valioso à comunidade.”⁴¹

Posto isto, temos ferramentas para avançamos para a identificação do bem jurídico tutelado no crime de linchamento e ainda se a norma insita neste tipo legal tutela é susceptível de tutela bem jurídico individual ou de um bem jurídico colectivo, supra individual.

2.5 Bem jurídico tutelado no crime de homicídio

O bem jurídico protegido pelo crime de homicídio é como não podia deixar de ser a vida humana de um terceiro, direito fundamental insusceptível de restrição nos estados de excepção constitucional⁴².

Nas palavras de INÊS FERNANDES GODINHO, “a vida humana enquanto bem jurídico corporizado em direito fundamental prioritário, beneficia de um regime de protecção alargado. Impondo-se perante todos e também perante o Estado, significa para este ultimo, (a) não poder dispor da vida das pessoas, a qualquer titulo que seja: (b) [a] obrigação de proteger a vida das pessoas contra ataques ou ameaças de terceiros; (c) [o] dever de abster-se de acções ou da utilização de meios que criem perigo desnecessário ou

e com ela a limitação do direito penal, no seu âmbito nuclear básico”(...) assim definindo o bem jurídico como um interesse humano necessitado de protecção penal, considerando tais interesses, aqueles bens vitais, imprescindíveis para a vida comum dos individuo a tais como a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade (...) pelo que no que diz respeito a bens jurídicos colectivos, entende que estes serão admissíveis só quando possam funcionalizar-se partindo do individuo, a partir destes parâmetros entende não haver lugar para uma protecção autónoma de valores de acção” HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, en id., Strafen im Rechtsstaat. 2000. P.167. APUD, GERHARD Seher, la legitimacion de normas penales basadas em principios y el concepto de bien jurídico *in* ZRP, 1992in que os bens jurídicos universais devem ser pensados partindo do indivíduo, no texto *in* HEFENDEHL, Roland, (ed.), ob. cit. p. 73.

⁴⁰ Dias, Figueiredo, ob. cit. p. 150.

⁴¹ SOUSA, Susana Aires de, ob. cit. p. 628, caracterizando ainda o bem jurídico colectivo “enquanto interesse que a sociedade considera valioso e que a todos pertence sem que ninguém possa dele se excluir” ob. cit. p. 636.

⁴² Art. 40.º e 286.º da CRM

desproporcionado para a vida das pessoas (v.g., utilização de armas de fogo contra manifestações)”⁴³.

Conforme refere FIGUEIREDO DIAS “o bem jurídico protegido pela totalidade de crimes contra a vida é a vida de outra pessoa e, por conseguinte a vida humana”⁴⁴.

Por sua vez AUGUSTO SILVA DIAS diz que “o parto como conceito aberto, que significa de modo geral o processo de nascimento do ser humano e coincide nos casos normais com o começo das dores de parto. (...) identificação do objecto da acção e do bem jurídico atingido no momento da realização da conduta, (...)se a conduta teve lugar antes do início do parto, o objecto da acção é um feto e o bem jurídico tutelado a vida humana em formação ou intra-uterina, se a conduta teve lugar após o início do parto, o objecto da acção é uma pessoa e o bem jurídico protegido é a vida humana formada”.⁴⁵

A determinação do início da vida humana, embora juridicamente relevante para a determinação do início da protecção deste bem jurídico, não cabe no âmbito deste estudo.⁴⁶

É sempre o bem jurídico vida humana formada que se prende a questão do linchamento, pelo que para aí nos direccionamos.

Partindo da leitura que se faz ao artigo 159.º do Código Penal, vislumbra-se que a norma visa proteger o bem jurídico integridade física, o tipo de ilícito encontra-se previsto no Capítulo II do título I, dos crimes contra a integridade física, constando no art.º 170.º (ofensas corporais simples) e art.º 171.º (ofensas corporais voluntárias de que resulta doença ou impossibilidade para o trabalho, “ofensas qualificadas”).

No ordenamento jurídico português o crime de ofensa à integridade física consta no Capítulo III, artigo 143.º, e o bem jurídico protegido é a “integridade física do ofendido”, entendida como integridade corporal, conforme refere, PAULA RIBEIRO DE FARIA, uma vez que menciona esta autora que “foi opção do legislador português, fazer uma clara separação entre os crimes contra a integridade física e os crimes contra a honra e contra a liberdade”, partindo do pressuposto de a integridade física deve ser entendido

⁴³ GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 141.

⁴⁴ DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2 Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 5.

⁴⁵ DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a vida e a integridade física*, AAFDL, LISBOA, 2005, p. 7.

⁴⁶ Para um estudo aprofundado desta problemática veja-se DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, ob. cit. p. 7.

“num sentido corporal-objectivo do bem jurídico, autonomizando âmbitos de tutela penal consoante esteja em causa uma ou outra dimensão da personalidade do sujeito (...).”⁴⁷

No âmbito das classificações dos tipos legais de crime segundo o critério do bem jurídico, classifica-se o crime de homicídio e de ofensas corporais, como sendo crime de danos, na medida em que “é elemento tipo a efectiva lesão do bem jurídico”, “instantâneo, quanto a duração da lesão do bem jurídico”, de “natureza iminentemente pessoal, por reconduzirem-se aos chamados direitos de personalidade”, como o é o direito a vida e a integridade física e “uniofensivo” ou simples, “atento ao critério de unidade de acções ilícitas descritas no tipo”.⁴⁸

Visamos compreender se a norma insita no crime de linchamento, quanto ao critério de acções ilícitas descritas no tipo visa a protecção de um único bem jurídico, como é o caso do homicídio ou se a norma encerra a protecção de vários bens jurídicos, os chamados bens jurídicos poliédricos, pluriofensivos ou complexos, como é o exemplo paradigmático do crime do roubo.

2.6 Normas penais sem bem jurídico tutelado ou com bem jurídico indefinido

Tendo em atenção quanto a função crítica negativa do bem jurídico para o direito penal, funcionado como “condição de parâmetro capaz de limitar a intervenção do legislador na esfera jurídica do cidadão”⁴⁹, pretendemos abordar, analisando perfunctoriamente os crimes de lenocínio e de enriquecimento ilícito⁵⁰, para enquadrar *a posteriori* o crime de linchamento, pressupondo a compreensão quanto a consequência a retirar das normas que não protege ou não se mostra claramente definido o bem jurídico que tutela., assim convocamos a leitura dos acórdãos do Tribunal Constitucional⁵¹, da aferição da constitucionalidade das mesmas.

Preconiza FIGUEIREDO DIAS por força do disposto no art.º 18.º n.º 2 da CRP, que encontra correspondência do ordenamento jurídico constitucional moçambicano no art.º 56.º da CRM⁵², que “ toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de

⁴⁷ DE FARIA, Paula Ribeiro, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2 Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 299 e 339.

⁴⁸ Assim, CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit. p. 305 e s.

⁴⁹ COSTA, José Faria da, RLJ, ob. cit. p.158.

⁵⁰ no âmbito do Direito português, uma vez que no ordenamento jurídico moçambicano, o mesmo encontra-se em vigor no art.º 511.º do CP, afigurando-se situação idêntica do qual foi objecto de inconstitucionalidade em Portugal.

⁵¹ Veja-se os acórdãos TC n.º 144/2004 de 19 de Abril e acórdão TC. n.º 377/15 in www.dre.pt

⁵² Embora defeituosamente escrito, estabelecendo que “o exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos e interesses protegidos pela Constituição” de acordo

se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional.”⁵³

No que concerne ao lenocínio, tem a norma sido objecto de divergência no ordenamento jurídico português atenta a problemática de se compreender se a mesma inexistente bem jurídico, assim referem ANABELA MIRANDA RODRIGUES e SONIA FIDALGO ⁵⁴ “com esta incriminação o bem protegido não é, como devia, a liberdade de expressão sexual da pessoa, mas persiste aqui uma certa ideia de “defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade”, que não é encarada hoje como função do direito penal e, de qualquer modo não presidiu ao novo enquadramento dos “crimes contra a liberdade sexual” no título mais vasto dos crimes contra as pessoas e como uma forma que assumem os atentados contra a liberdade (...) defendendo que o bem jurídico tutelado no crime de lenocínio não é, nem deve ser, a liberdade e a autodeterminação sexual da pessoa, mas sim “o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto (...). continuam as autoras dizendo que “com efeito, de vontade deficiente na decisão não se pode falar logo, só pelo facto de a pessoa estar em situação de abandono ou de necessidade económica. Com o que se torna claro, que o bem jurídico protegido pela incriminação, já à luz do direito anterior a revisão de 1998 – e que a versão de 1998 não fez senão reforçar – não é liberdade sexual da pessoa, mas sim um bem jurídico transpessoal que, como referimos, não cabe ao direito penal defender.”⁵⁵

No que concerne a falta de clareza ou ausência de um bem jurídico, embora relativamente ao crime de enriquecimento ilícito, disse o TC no acórdão n.º 179/2012 de 11 de Abril que “(...) dela resulta também, numa interpretação que a norma, tal como vem redigida, necessariamente comporta, que o que se pretende punir e a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indica que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes. (...) ora se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos

com o Conselho Constitucional “importa referir que no acórdão n.º 04/CC/2011, de 22 de Dezembro (...) o Conselho Constitucional fixou a orientação jurisprudencial Segundo a qual “o Estado de Direito consagrado no artigo 3.º da Constituição rege-se pelo princípio da proibição do excesso cujo escopo é limitar a actuação dos poderes públicos, no sentido de que a mesma, sobretudo quando se traduza em intervenções passíveis de condicionar o exercício de direitos e liberdades fundamentais, deve justificar-se pela necessidade e pautar-se pela adequação dos meios empregues aos fins visados.” Assim Ac. 4/CC/2013, de 17 de Setembro.

⁵³ DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2.ª ed., 2.ª reimp, Coimbra, 2012, p. 126.

⁵⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 797.

⁵⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia, ob. cit. p. 798.

processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido (v.g., *a autonomia intencional do Estado, o património, a liberdade sexual, saúde pública...*). Daqui haver-se-á de concluir, em consonância com o já mencionado supra que “[...] toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido e nula, porque materialmente inconstitucional.”

CAPÍTULO II

O CRIME DE LINCHAMENTO

1. Contextualização do linchamento na sociedade moçambicana

Por forma a contextualizar este fenómeno de linchamento e fazendo ponte com o presente estudo que se pretende de direito, importa proceder a uma breve cronologia dos linchamentos em Moçambique, analisando os tipos de linchamento existentes, os locais com maior incidência da prática, as formas de linchamento (de linchar) e a causa de linchamento⁵⁶, *in casu* a desconfiança na inoperância do sistema de administração da justiça.

1.1 Breve cronologia do linchamento

A definição do fenómeno do linchamento é sempre analisada dentro da específica relação contextual sociológica.

Conforme explicita JACQUELINE SINHORETTO, “no caso norte americano a pesquisa de linchamento concentra-se na ocorrência do período pós-esclavagista, envolvendo contextos de interação inter-racial e a concorrência no mercado de trabalho.

No caso brasileiro os estudos se concentram no período de transição económica, demográfica e política, do fim dos anos 70 até ao começo dos anos 90, e dizem respeito a um contexto específico de distribuição espacial da pobreza urbana, crescimento da violência e questionamento da capacidade estatal de exercer o controle do crime nos limites da legalidade”.⁵⁷

⁵⁶ Encontramos várias causas, nomeadamente de âmbito social, contudo importa-nos como causa invocada para a prática linchatória, nos casos de linchamento físico em regra por acusação de crimes contra o património e violação, a inoperância das autoridades de direito na resolução dos problemas.

Conforme conclui SERRA, Carlos, “não pode a pobreza em si, ser tomada como produtora absoluta dos linchamentos. Ela deve ser antes considerada com mais um elemento numa federação de elementos que, interagindo, podem desembocar em comportamentos finais punitórios. Sendo que o conjunto destes elementos se faz sentir quando, em determinadas circunstâncias, um mal-estar extremo toma conta das comunidades. Esse mal-estar extremo pode ser por exemplo, a criminalidade.

Uma excessiva criminalidade, ao nível do roubo de bens e de assaltos a residências, gerando por um lado, uma concentração elevada de frustração e por outro, a necessidade de encontrar soluções rápidas e definitivas, especialmente se as comunidades sentirem que a policia por exemplo esta distante ou não os protege.” In SERRA, Carlos, (org.), “*Linchamentos em Moçambique*”, Centro de Estudos Africanos, Unidade de Diagnostico Social, Imprensa Universitária, 2.^a ed, MAPUTO, 2015, p. 230.

⁵⁷ No texto “Linchamento é uma revolta popular. Mas contra o quê?” in SERRA, Carlos, ob. cit. p. 262.

Em Moçambique, já nos anos de 1979, reportava-se na justiça alguns casos de linchamento entre a população rural.⁵⁸

Mas foi na década de noventa que começaram a ser publicamente reportados os casos de linchamento, nas cidades de Maputo e Matola, seguidamente, começaram a verificar-se a prática em outras cidades do país, nomeadamente Nampula, Beira, Xai-Xai, Chimoio e Dondo.

A menção da década de noventa, reflecte-se a grandes acontecimentos, que lhe poderá ser associado, entre outros: a aprovação de uma nova Constituição pela AR; a assinatura do acordo de paz entre o governo de Moçambique e a RENAMO; desemprego generalizado, devido a privatização de empresas estatais que culminou com despedimentos em massa; a realização das primeiras eleições gerais e multipartidárias no país e a lei da imprensa, estatuidando com ela a liberdade de imprensa e de opinião.⁵⁹

Assim, foi a partir dos primeiros anos da década de noventa que se começa a viver uma situação de insegurança, sobretudo nos bairros periféricos de algumas cidades do país, insegurança essa caracterizada por execuções sumárias de supostos malfeitores por multidões em fúria. Foi o início de um ciclo de linchamentos que se prolongaria até aos nossos dias.

1.2 Os Tipos de linchamento, os locais de incidência e as formas de linchamento

Consideram-se dois tipos de linchamento, o linchamento físico e o linchamento moral.

O linchamento físico, destaca-se por partir quer de uma acusação, da prática de crimes (regra geral de roubo e de violação), quer por acusação da prática de feitiçaria, magia, obscurantismo⁶⁰.

O linchamento psico-moral decorre do linchamento da acusação por prática de feitiçaria, contudo a vítima fica marcada como feiticeira e sofre, uma morte social⁶¹, não sendo

⁵⁸ HONWANA, Gita, no texto “*De como Migungachane Boissa, escapou a prova de fogo e de como os seus julgadores foram julgados*” in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 1, 1980, p. 5 e s.

⁵⁹ Melhor enquadramento da cronologia dos linchamentos veja-se SERRA, Carlos., ob. cit. p. 17 e s.

⁶⁰ Conforme refere HONWANA, GITA, a propósito de linchamentos motivados por acusação de feitiçaria in BMJ n.º 1, 1980, p. 5 e s. “Feitiçaria, crenças mágicas, fazem parte de uma cultura obscurantista e anti-científica ainda profundamente enraizada na nossa sociedade. Surgem numerosos casos de crimes cuja origem assenta em práticas e crenças obscurantistas; os nossos tribunais devem perseguir os autores destes crimes, não esquecendo que um dos papéis fundamentais é a educação e o esclarecimento dos cidadãos. Aqui o Tribunal situa-se no centro da questão e desempenha um papel importante na ruptura com a mentalidade e os valores próprios da sociedade tradicional- feudal.”

⁶¹ SERRA, Carlos, ob. cit. p. 229.

claramente este o tipo de linchamento psico moral que nos importa para o estudo em causa.

As áreas de maior incidência dos linchamentos são distinguidas através dos tipos de linchamento, o linchamento físico, por acusação de prática de crimes, ocorre em áreas peri urbanas e o linchamento físico por acusação de prática de feitiçaria, ocorre nas zonas rurais.⁶²

As formas de prática de linchamento claramente não são estáticas, (sendo um acto de execução livre), mas é possível identificar duas formas, a forma mais corrente, consiste na queima do acusado, com fogo ateadado ao capim colocado no corpo da vítima ou a um pneu⁶³, colocado ao pescoço e a outra é mediante instrumentos, que se vai encontrando quer sejam paus, ferros, pedras⁶⁴, com os quais vão espancando a vítima.

1.3 A Desconfiança da actuação dos órgãos de administração de justiça como causa de linchamento

É sempre apontado como uma das causas do linchamento a inoperância da justiça, a desconfiança no sistema da justiça, pelo que importa contextualizar o sistema de justiça, tendo como o ponto de partida a independência nacional no ano de 1975.

Após a independência e na afirmação da configuração do sistema de justiça que Moçambique começou a adoptar, entendia-se que *“o aparelho judiciário deve ser reorganizado para que a justiça seja acessível ao cidadão comum da nossa terra. O sistema burguês envolveu a administração da justiça de uma complexidade desnecessária, de um jurisdicismo impenetrável as massas, de um palavreado deliberadamente confuso e encoberto, de uma lentidão e custos que criam uma barreira entre o povo e a justiça”*⁶⁵

⁶² Assim, SERRA, Carlos, ob. cit., p. 9.

⁶³ SERRA, Carlos, ob. cit. p. 232, como afirma, Samo Gudo, p.34 in SERRA, Carlos, “O pneu e o pai da justiça colectiva, ladrão de galinha, violador de menores e nos últimos tempos assaltantes de telemóveis e de bens domésticos, é numa velocidade incrível queimado sem dó nem piedade, caso a policia não chegue a tempo de o defender. Muitas vezes não se sabe por quem. Só se sabe que “ouvimos gritos e quando saímos ele já estava em chamas” e na festa de linchamento, participam muitas crianças, como se o linchamento fosse o prolongamento normal e lúdico do exercício pirotécnico”.

⁶⁴ Todos estes instrumentos com dignidade para tirar a vida de uma pessoa, assim, no texto de Pacheleque, Calisto, in SERRA, Carlos, ob., cit. p. 17 e s., “observamos a generalização dos linchamentos de supostos criminosos nas cidades, particularmente Maputo e Matola, onde, por exemplo populares espancaram até a morte ou queimaram vivas doze pessoas em menos de dez dias.”

⁶⁵ Palavras, proferidas pelo Presidente SAMORA MACHEL, aquando da investidura do governo de transição a 20 de Setembro de 1974: in Boletim n.º 1 do Ministério da Justiça, editorial, Maputo, 1980.

Com estas palavras, pretendia-se a abertura para o sistema formal de justiça, olhando para todo um povo, tendo em atenção a multiculturalidade que nos assiste, aos costumes e a tradição, por forma a proceder um enquadramento antes inexistente daquilo que são os costumes com o direito formal.

É nesta base que se encontram os alicerces do direito moçambicano, desde logo quando no disposto no art.º 4.º da Constituição de República, dispõe sob a epígrafe “pluralismo jurídico” que “o Estado reconhece os vários sistemas normativos de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição.”

Dos sistemas alternativos de resolução de litígios consagrado pelo artigo 4.º da CRM, destacamos os tribunais comunitários⁶⁶⁶⁷, estes encontram-se sob alçada do Ministério da Justiça tendo sido criados pela lei 4/92 de 6 de Maio, onde no seu artigo 5.º estabelece que *“Os tribunais comunitários são instâncias institucionalizadas não judiciais de resolução de conflitos, independentes, que julgam de acordo com o bom senso e a equidade, de modo informal, desprofissionalizado, privilegiando a oralidade e atendendo os valores sociais e culturais existentes na sociedade moçambicana, com o respeito pela constituição”*.

Estabelece a Lei n.º 24/2007, de 20 de Agosto doravante designada pela Lei da organização judiciária ou pela sigla LOJ, no seu artigo 6.º que *“podem os tribunais judiciais articularem-se com outras instâncias de resolução de conflitos nos termos da lei”*, preceituando no mesmo diploma no art.º 86.º quanto as competências dos tribunais judiciais de nível Distrital em segunda instância, julgar os recursos interpostos das decisões proferidas pelos tribunais comunitários e nesta apreciação do recurso, o Juiz Presidente ou o juiz profissional a quem o processo tiver sido distribuído, observa os critérios e os princípios estabelecidos na Lei dos Tribunais Comunitários.

De referir que no ordenamento jurídico moçambicano, mostra-se consagrado constitucionalmente a figura do Juiz Eleito, art.º 216.º da CRM, intervindo apenas nos julgamentos em primeira instância, sendo a participação dos mesmos, restrita a discussão e decisão sobre a matéria de facto, conforme preceitua o n.º 2 do art.º 216.º da CRM e 17.º da LOJ.

⁶⁶ Julgam de acordo com os costumes e a tradição, privilegiando a oralidade.

⁶⁷ Para maior aprofundamento na matéria, vide SANTOS, Boaventura Sousa/ TRINDADE, João Carlos, *“Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique”*, edições Afrontamento, 2.ª vol. 2003, p.189 e s.

Podem os juízes eleitos ser ouvidos no âmbito de decisões dos tribunais de distrito em segunda instância, no que concerne aos recursos dos tribunais comunitários atento ao n.º 3 do artigo 17.º da LOJ.

Os Juízes eleitos são historicamente indicados de entre a população as pessoas mais idóneas, que as pudessem representar,⁶⁸ estabelecendo actualmente a Lei as formas de eleição e de participação dos juízes eleitos e fixando ainda a duração do respectivo período de exercício de funções⁶⁹.

Atribui-se no âmbito o processo penal, a falta do quórum quanto a presença de um juiz eleito com a consequência de nulidade insanável, arguida a todo tempo, de modo officioso, nos termos do disposto no art.º 83.º da LOJ, conjugado com os artigos 98.º n.º 7 e 99.º ambos do CPP⁷⁰.

Quanto a proximidade da rede judiciária ao cidadão, esta mostra-se presente em quase totalidade dos distritos do país um tribunal judicial, contudo persiste ainda em termos estatísticos, um rácio de 1.3 Juízes para 100.000 habitantes⁷¹

Sendo que dos 154 distritos do país encontram-se em pleno funcionamento 137 tribunais cujas competências foram recentemente alargadas⁷², nomeadamente no âmbito das competências em matéria penal, poderem julgar crimes, cuja moldura penal abstractamente aplicável vai até aos doze anos de prisão art.º 87.º n.º 2 do LOJ.

Esta breve resenha da justiça em Moçambique, dá-nos claros sinais da aproximação das instâncias jurídicas formais, ao cidadão, da adopção material da consagração constitucional do pluralismo jurídico, no sentido da abrangência dos sistemas alternativos de litígio, com inclusão para o direito costumeiro, da existência de tribunais comunitários (julgando casos de feitura entre outros costumeiros e sociais)⁷³, da existência dos juízes

⁶⁸ Boletim Ministério da Justiça n.º 2, ano 1981, dá-nos conta da tomada de posse dos primeiros juízes eleitos de Moçambique, no ano de 1978, p. 5.

⁶⁹ Assim o art.º 216.º n.º 4 da CRM, estabelecendo ainda que a lei estatuirá a forma de eleição e participação, prevista na Lei n.º 15/13 de 12 de Agosto.

⁷⁰ Neste sentido, AC n.º 179/99-A de 17 de Outubro de 2000, in *Acórdãos do Tribunal Supremo, Jurisdição Criminal, 1999-2003*, MAPUTO, p. 391 e s.

⁷¹ Atento a projecção de população total de número de 27.128.530 em 2017.

Importa reter que foram distribuídos em média 857 processos por Juiz, com um tempo médio de resolução de litígios de um ano e um mês, dados do Tribunal Supremo, abertura do ano Judicial de 2018, sob o lema, *Por uma Justiça em Prol do Desenvolvimento Económico e Social*, p. 5.

⁷² Boletim da República, de 29 de Dezembro de 2017, que publica a Resolução n.º 2/2017, que classifica todos os tribunais outrora considerados de 2.º classe para, Tribunais de 1.ª classe.

⁷³ Caso TC 75, p. 286, SANTOS, Boaventura Sousa/ TRINDADE, João Carlos, “*Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*”, edições Afrontamento, 2.º vol. 2003, p. 286.

eleitos, da criação do IPAJ⁷⁴, com abrangência a nível nacional, como uma garantia do acesso à justiça do cidadão, com consagração constitucional no art.º 62.º da CRM, porém, continua patente o descrédito dos cidadãos, no sistema da administração da justiça moçambicana, no seu todo, que os levam a prática de actos de linchamento, conforme refere FIGUEIREDO DIAS, aqui a propósito dos acordos sobre sentença em processo penal⁷⁵ contudo com pertinência para o caso moçambicano:

“O povo português perdeu a confiança no seu sistema de justiça, em particular da justiça criminal, e este tem-se revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correcção e funcionalidade.

*Com isto é o próprio Estado de Direito que se encontra abalado mesmo nos seus fundamentos. Aquela perda de confiança atravessa horizontalmente o sistema, não havendo funções ou instituições que dela estejam isentas: o juiz, o Ministério Público, o advogado, todos participam à vez ou em conjunto, da crise em parte inteira (...)*⁷⁶⁷⁷

São várias as origens apontadas para o descrédito da justiça moçambicana, relacionadas com questões de segurança e patrulhamento, bem como relacionados com a carência de postos policiais nas extensas áreas residenciais, encontradas nas zonas peri urbanas, a questão da iluminação que acabam por contribuir para um aumento da criminalidade, nestas zonas, conforme mencionam FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o estereótipo da existência de áreas de concentração de crime e de criminosos provoca uma presença diferencial da policia e um peso desproporcionado destas áreas no quadro da criminalidade oficial”⁷⁸, (...) sendo que, por medo do crime, a tendência crescente para responder a este medo é com formas privadas de auto tutela e

⁷⁴ Criada pelo Decreto-Lei n.º 54/95, de 13 de Dezembro, que foi revogado pelo Dec-Lei n.º 15/13 de 26 de Abril, que aprova o Estatuto orgânico do IPAJ, que é uma instituição do Estado, subordinada ao Ministério da Justiça.

Preconiza no seu art. 2.º n.º 1 que o IPAJ visa garantir a concretização do direito de defesa constitucionalmente consagrado, proporcionando ao cidadão economicamente desprotegido, o patrocínio judiciário e assistência jurídica de que carecer”.

⁷⁵ Dias, Jorge Figueiredo, *acordos sobre a sentença em processo penal, O “fim” do Estado de Direito ou um novo “principio”*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 13.

⁷⁶ Dias, Jorge Figueiredo, *acordos sobre a sentença em processo penal, O “fim” do Estado de Direito ou um novo “principio”*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 13.

⁷⁷ Escolhemos a propósito esta passagem, porque consideramos pertinente para o enfoque que pretendemos dar, pese embora, a tipificação do crime de linchamento seja característico (de forma recente), do ordenamento jurídico moçambicano e uma das várias causas que lhe é apontada, e que para o efeito do presente trabalho importa é o descrédito nas instituições de justiça moçambicana.

⁷⁸ DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 3.ª reimpressão, 2011, p. 286.

defesa,⁷⁹” como o é a resposta dos cidadãos a esta forma de auto tutela que caracteriza o crime de linchamento.

Outra causa apontada é o desconhecimento das regras processuais que regem os tribunais ou um processo como um todo, nomeadamente o principio da presunção da inocência, os meios de prova em direito penal, o termo de identidade e residência, (TIR), as penas alternativas à prisão, uma vez que é senso comum que estando o agente do crime a contas com a justiça, o resultado inevitável será a prisão *i.e* a pena privativa de liberdade, criando desconfianças ao cidadão leigo (com eventuais supostos actos de corrupção), atento ao surgimento do mesmo agente do crime outrora denunciado na convivência da comunidade, por porventura ter-se beneficiado do TIR, de uma pena alternativa a prisão, então por ter sido absolvido por faltas de provas, acaba por ser linchado, procedendo-se assim a justiça privada ou justiça pelas próprias mãos.

Com o escopo de evitar a prática dos linchamentos, claramente há mais a fazer, no âmbito social, pois consideramos que o sistema esta estruturado para enquadrar o sentimento do cidadão, havendo porém, que proceder-se por exemplo a alteração legislativa do código do processo penal no sentido de abranger formas processuais mais céleres, (v.g processos sumaríssimos, abreviados, com características próprias), imbuídos de oralidade e maior aproximação a maioria da população, culminando quiça desta forma com a diminuição de tempo de resposta dos processos em tribunais e logrando assim maior confiança nos tribunais e nos órgãos de administração da justiça.

2. Fundamento da incriminação do linchamento

Torna-se difícil delinear com clareza as razões que levaram a criminalização do fenómeno de linchamento, que deu lugar ao disposto no artigo 159.º do CP, inexistindo uma politica criminal, contudo importa fazer uma análise a respeito.

2.1 Recrudescimento da prática de linchamento

Entendemos que ao longo dos anos e muito pela via da comunicação social um pouco por todo o país, tem-se verificado casos de linchamento, muitos deles, com resultado morte, pelo fogo ou por espancamento, com objectos contundentes.

⁷⁹ DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa, ob. cit. p. 286.

Autores há que defendiam uma criminalização do linchamento, de forma autónoma relativamente a forma como era punido antes da introdução da norma pela Lei n.º 35/2014, de 31 de Dezembro⁸⁰, assim, ALCÍDIO SITOI, que entende ser uma “situação causadora de um tratamento não uniforme da punição do fenómeno”, como aliás menciona acontecer no ordenamento jurídico brasileiro⁸¹, não acompanhamos este posicionamento, conforme nos pronunciaremos na parte correspondente.

O relatório anual da PGR⁸², faz menção dos casos de linchamento, verificando-se um aumento dos casos, entendendo a Procuradora Geral da República que o fenómeno esta infelizmente a tornar-se prática cultural,⁸³ constituindo uma situação cada vez mais alarmante de justiça privada.

O sistema sancionatório moçambicano decorrente historicamente do sistema português caracteriza-se pela proibição da pena de morte(...) “o que é revelação clara de um princípio da humanidade, com raízes honrosas em 1852 e 1867 relativamente a pena de morte (...) e em 1884, no que se refere a pena de prisão perpetua.”⁸⁴

O exercício ilícito da tutela privada que vislumbramos na prática do linchamento, constitui uma prática contrária ao Estado de Direito Democrático, uma vez que o poder de punir entregue ao Estado, é usado pelos linchadores, com a aplicação de “pena” de morte, em clara violação do consagrado no art.º 40.º n.º 1 e 2 da Constituição da República de Moçambique e ainda em clara violação dos princípios orientadores da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸⁵ no seu artigo 3.º que estatui que “ todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e a segurança pessoal” e ainda da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁸⁶, que consagra no seu artigo 4.º que “ *a pessoa humana é inviolável. Todo o ser humano te direito ao respeito da sua vida e a integridade física e moral da sua pessoa. Ninguém pode ser arbitrariamente privado deste direito*”, são

⁸⁰ SITOI, ALCÍDIO, ob. cit., defensor da previsão do linchamento de forma autónoma, situa a sua obra no ano de 2012, anterior a previsão do artigo ora em alusão no presente trabalho.

⁸¹ SITOI, Alcídio refere que “ no ordenamento jurídico moçambicano não existe o crime de linchamento e igualmente não existe uma norma geral e abstracta capaz de enquadrar na plenitude a complexidade deste fenómeno” (...) acresce que “ esta situação favorece a que o tratamento jurídico que possa ser atribuído aos linchadores não se mostre apto e nem idóneo (...), esta não conformidade de tratamento quanto ao desvalor da acção e do resultado se prende com o facto deste Autor entender que algumas vezes “o linchamento é enquadrado como crime de ofensas corporais, (...) crime de homicídio (...) e por vezes como crime de justiça privada” referindo-se no caso do ordenamento jurídico brasileiro.

⁸² Informe anual PGR 2017, p. 39 e s, os dados estatísticos nele coligidos, dão conta de uma média de dois linchamentos por semana”, anexo p. 150, da conta da instauração de 87 processos instaurados no ano de 2016, contra 33 em 2015 *in site* da PGR, www.pgr.gov.mz

⁸³ notícia constante em www.observador.pt

⁸⁴ Assim, ANTUNES, Maria João, “*Consequências Jurídicas do Crime*”, Coimbra, 2.ª ed., 2015, p. 21.

⁸⁵ www.dre.pt

⁸⁶ www.achpr.org/pt

estas normas do direito internacional aplicados directamente direito moçambicano, por força do disposto no artigo 43.º da CRM.

Há aqui uma substituição pelos linchadores, daquilo que constitui a justiça formal, entregue aos tribunais nos termos do disposto no art.º 212.º e s., da CRM que preconiza que “os tribunais têm como objectivo garantir e reforçar a legalidade como factor da estabilidade jurídica, garantir o respeito pelas leis, assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal”, penalizando as violações da legalidade e decidindo os pleitos de acordo com o estabelecido na lei.

São assim “os tribunais no que toca ao processo penal os únicos órgãos competentes para, como representantes da comunidade jurídica e do poder oficial do Estado em que aquela se constitui, decidirem os casos jurídico-penais que processualmente sejam levados à sua apreciação”⁸⁷, sendo o “domínio penal reduto por excelência do monopólio da primeira palavra, como manifestação da reserva absoluta da jurisdição”⁸⁸ assim, são “os tribunais no seu conjunto e cada um dos juízes *per se*, órgãos de soberania e pertencendo só a eles a função judicial,”⁸⁹ portanto não é de admitir em um Estado “não iliberal”⁹⁰ de direito esta regressão de valores que se pretende ser o último reduto civilizacional.

3. Noção do linchamento

Procedemos supra a nossa definição do linchamento como sendo um exercício ilícito de tutela privada, contudo antes de maior desenvolvimento do conceito ou da posição que tomamos no que concerne ao fenómeno do linchamento, daremos enfoque a alguns conceitos de linchamentos. Assim, define CARLOS SERRA, o linchamento como sendo “execução sumária de alguém por uma multidão, grande ou pequena” referindo ainda como sendo, “um exercício pleno e cada vez mais corrente em Moçambique de privatização da justiça, de um tipo não legal de justiça” e finalizando sua definição do linchamento como sendo um crime.⁹¹

⁸⁷ DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, “*Sujeitos Processuais Penais- O Tribunal*”, Coimbra, 2015, p.7.

⁸⁸ DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, ob. cit. p.7.

⁸⁹ DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, ob. cit. p. 8.

⁹⁰ Expressão emprestada de COSTA, Faria, RLJ, n.º 3978, ano 142, Janeiro-Fevereiro, 2013.

⁹¹ Para o Sociólogo CARLOS SERRA, Linchamento “é a execução sumária de alguém por uma multidão, grande ou pequena, não importa o tamanho. Culpada ou não, a vítima não tem qualquer tipo de protecção legal. O linchamento é um crime. Uma comunidade homicida decide do destino de outrem e rouba ao Estado o monopólio da penalização. Estamos perante um exercício pleno e cada vez mais corrente em Moçambique de privatização da justiça, de um tipo não legal de justiça, SERRA, Carlos, *Linchamentos em Moçambique*, 2.ª ed., Imprensa Universitária, Centro de Estudos Africanos, 2015, p. 1.

ANTÓNIO LEÃO, configura o linchamento como “justiça a margem do direito e do Estado.”⁹²

PAULO MUNGUAMBE, entende como sendo “o assassinato de um indivíduo, geralmente por uma multidão, sem procedimento judiciário legal e em detrimento dos direitos fundamentais de todo o cidadão.”⁹³

Para JACQUELINE SINHORETTO linchamento “é uma revolta popular”, designando outras vezes por “justiça com as próprias mãos” ou como “acção de justiça privada.”⁹⁴

Entendemos o linchamento, como “*exercício ilícito de tutela privada*”

Exercício ilícito de tutela privada porque atento a previsão no disposto no art.º 1.º do Código do Processo Civil, com a epígrafe “a proibição de auto-defesa”, onde estatui que “*A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei.*”

Acentua este dispositivo legal, o recurso aos tribunais como principal órgão de resolução de conflitos por excelência, para dirimir conflitos em sociedade, sendo “o recurso a força lícito nos casos e dentro dos limites genericamente assinalados nos artigos 336.º (acção directa), 337.º (legítima defesa), 338.º (erro acerca dos respectivos pressupostos) 339.º (estado de necessidade) e 340.º (consentimento do ofendido) todos do CC (...), devendo a auto defesa ser seguida de meios coercivos normais (...)”⁹⁵

No que tange ao âmbito do direito penal, naquilo que constitui a doutrina das causas de justificação e para o que importa no caso de linchamento, abordaremos a legítima defesa entendida como a causa justificativa mais frequente e importante no âmbito do homicídio⁹⁶

“A defesa só é legítima se for necessária, na avaliação desta necessidade de defesa, que vai mais além que a estrita necessidade do meio, assumem especial relevo em que a defesa é exercida à custa da vida do agressor, podendo reclamar a tutela do ilícito-típico do homicídio doloso.”⁹⁷

prevê o disposto no art.º 50.º do CP que são requisitos cumulativos de legítima defesa a “agressão ilegal em execução ou iminente, que não seja motivada por provocação, ofensa ou qualquer crime actual praticado pelo que defende”, em alguns casos paradigmáticos

⁹² No texto “*Justiça a margem do Direito e do Estado, algumas questões de política e de dogmática penal a propósito dos linchamentos em Moçambique*” in SERRA, Carlos, ob. cit. p. 163.

⁹³ Entende este autor, atento a definição adoptada o linchamento, como sendo um homicídio voluntário”

⁹⁴ Texto “*Linchamento como revolta popular. Mas contra o quê?*” in SERRA, Carlos, ob. cit. p. 259 e s

⁹⁵ Assim, NETO, Abílio, *Código do Processo Civil anotado*, reimpressão, Coimbra, Maio, 2007, p. 47.

⁹⁶ DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, p. 38.

⁹⁷ DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, p. 39.

de linchamento, podemos encontrar situações que facilmente preenchem o requisito constante da alínea a) na medida em que o grupo de pessoas que procedem a tutela privada, defendem-se de uma agressão perpetrada ou que suspeitam ter sido perpetrada pelo pretense criminoso e no âmbito da reacção desta agressão, que a maioria das vezes de crimes contra o património iniciam actos de linchamento.

quanto a “impossibilidade de recorrer à força pública”, certo é que muitas vezes os postos de policia encontram-se distantes das zonas residenciais e que o cidadãos vêm-se obrigados a reagirem para a sua protecção, contudo entendemos isto em um primeiro momento, uma vez que no caso de linchamento a agressão pressupõe um ritual,⁹⁸ que assim que a comunidade envolvida logra neutralizar o suposto agente do crime, poderia fazer chegar aos órgãos formais de administração da justiça, mormente a PRM, no que concerne ao ultimo requisito constante da alínea c) referente a “necessidade racional do meio empregado para prevenir ou suspender a agressão”, certamente este requisito nos casos de linchamento não se mostra preenchido, nomeadamente porque muitas são as vezes que a consequência do acto é a morte, quer por espancamento ou pelo fogo, que iniciam com agressões que colocam a vítima em situação de fragilidade e mesmo assim, procedem com os actos culminando com a morte. não se podendo mostrar preenchido os pressupostos que se pretendem cumulativos, não podemos entender tratar-se de legitima defesa a agressão no linchamento por suposta reacção de um furto ou qualquer outro tipo de ilícito. Ademais, “reagindo com a morte” entende-se muitas vezes estar a proteger a comunidade em que se inserem, relativamente ao tipo de criminoso que assola a mesma, questiona-se, se esta defesa ou protecção é por um bem colectivo ou por um bem individual, mormente património, ou integridade física, entende FIGUEIREDO DIAS, que a legitima defesa “não pode ser aceite, efectivamente, no sentido supra individual e supra pessoal (hoc sensu absoluto) de que, defendendo o direito perante o ilícito, o agente, através do seu facto, esta a defender não só os interesses agredidos mas, em ultimo termo, o interesse da comunidade na integridade do direito objectivo. Nem tão-pouco na acepção

⁹⁸ Refere PAULO GRANJO, a propósito de ritual de um linchamento, “(...) nada daquilo que tinha visto indicava uma reacção irracional ou impulsiva. Por um lado, se o “agarra ladrão” e o “queima” poderiam ter sido momentos de descontrolo impulsivo, nas imagens que tinha presenciado (e que era apenas a parte final de um processo muito mais longo) havia uma auto organização, uma duração repetitiva e uma necessidade de cada pessoa se afirmar como parte do acto que ultrapassavam em muito a mera irreflexão momentânea. Por outro lado, embora a ideia de que a ameaça de morte dissuade o crime seja repetidamente desmentida pelos factos, ela continua a ter defensores eloquentes que recorrem a racionalizações e argumentos elaborados. Nesse aspecto, as pessoas que vira em nada se diferenciavam de um qualquer defensor da pena de morte” in SERRA, Carlos ob. cit. p. 95.

de que a legítima defesa representaria uma transferência legal para os agentes privados do monopólio do Estado.”⁹⁹ Assim, mesmo que pretendam defender eventuais direitos, como seja o património, a integridade física, agindo como o fazem nos casos de linchamento, condenando a morte o putativo criminoso, agem na defesa do seu direito, mas de forma ilícita, por não corresponder nenhuma causa de justificação do facto ou de culpa.

Exercendo assim os agentes do linchamento de forma ilícita de tutela privada.

Autores há que entendem que não deverá ser punível este acto antes de um trabalho saturado com outras áreas sociais a fim de dar a conhecer o direito penal, entendendo que trata-se de uma causa de inimizabilidade, assim ANTÓNIO LEÃO, alega que nos casos do linchamento, quer de “putativos criminosos ou linchamentos dos feiticeiros, os agentes embora tenham a capacidade para aceder ao desvalor da sua conduta, não representam correctamente esse desvalor, nem consequentemente se orientam por ele, em termos que lhe não são imputáveis e pelos quais não devem pessoalmente responder” considera este autor que “não resta senão a exclusão da culpa do agente e consequentemente da sua responsabilidade criminal, enquanto outras medidas de conformação social, nomeadamente a educação para a cidadania, não forem levados a cabo”¹⁰⁰, não enveredamos por esta posição, concordando com o uso de meios sociais para a difusão das normas, mas que a mesma não constitui nenhuma causa de exclusão da ilicitude, porque não se mostram preenchidos os pressupostos e nem constituem nenhuma causa de exclusão da culpa. Quanto a este propósito refere FIGUEIREDO DIAS que “há pouco a assinalar de específico quanto a matéria da exclusão de culpa, sendo as causas mais frequentes e praticamente mais relevantes de exclusão de culpa as situações de inimizabilidade ou estado de necessidade desculpante, derivadas de estados de afectos, com particular incidência na hipóteses de ajuda à morte ilícita, quer em situação de excesso de legítima defesa”¹⁰¹, não sendo estes, qualquer um dos casos no crime de linchamento, porque tem os agentes a noção do desvalor da acção e agem conformados com a sua actuação, com dolo directo, bem sabendo que a sua acção é proibida por lei, mas não se coíbem de agir, não por não interiorizarem as consequências das suas acções, mas por acharem que se substituem ao Estado, na protecção dos seus direitos, não

⁹⁹ DIAS, Figueiredo, ob. cit. p. 42.

¹⁰⁰ LEÃO, António, in SERRA, Carlos, ob. cit. p. 185.

¹⁰¹ DIAS, Figueiredo, ob. cit. p. 404.

constituindo ainda o acto de linchamento nenhum preenchimento das alíneas constantes no n.º 2 do art.º 48.º do código penal

Não se tratando aqui “do imaginário de uma justiça desformalizada, seja a justiça tradicional, seja a justiça administrativa do período colonial”¹⁰², que subsiste na população por forma a estar apta a entender o tempo e o ritual judiciário, não entendemos estar enraizadas os rituais coloniais ou desformalizados, atento a cada vez mais consciência dos cidadãos para dirigirem-se aos tribunais e muitas vezes no âmbito de aplicação do direito costumeiro, recorrer para os tribunais judiciais formais por não concordarem com a actuação daquele tribunal que prima pela oralidade e a tradição, sufragamos porém a necessidade de maior entendimento do “tempo e ritual judiciário,”¹⁰³ passando por uma maior divulgação da normas e das consequências jurídicas.

4. Bem jurídico tutelado no tipo legal de linchamento e enquadramento no crime de homicídio

A norma ínsita no artigo 159.º do código penal, encontra-se sistematicamente organizada no título primeiro dos crimes contra a vida, tutelando assim o bem jurídico, vida humana, na medida em que prescreve o artigo que “aquele que se ajuntar para animar, instigar ou executar com espontaneidade, imitação, influência mútua, emoção e fúria, utilizando ou não instrumentos contundentes, com o fim de torturar, espancar, atear fogo a outra pessoa, sob pretexto de criminoso, será condenado se pena mais grave não couber, a pena de prisão de dois a oito anos se tiver agido como executor e dos actos resultar a morte da vítima.” Preconiza igualmente o artigo a tutela do bem jurídico, ofensa a integridade física de terceiro, dispondo a alínea c) que será punido na “pena de prisão até seis meses (...) se dos actos resultar ofensas corporais ou ferimentos.”

Vimos que o bem jurídico tutelado no crime de homicídio é o bem jurídico vida humana, atenta a descrição quanto as formas de linchamento e o resultado da acção de linchar dúvidas não há que o ilícito típico subsume-se ao ilícito típico constante no crime de homicídio na forma qualificada,¹⁰⁴ caracterizando o relatório anual da PGR do ano de

¹⁰² LEÃO, António, *in* SERRA, Carlos, ob. cit. p. 171.

¹⁰³ LEÃO, António, *in* SERRA, Carlos, ob. cit. p. 171.

¹⁰⁴ Assim também, LEÃO, António “de um ponto de vista de direito penal não se colocam grandes dúvidas a qualificação do tipo do crime – homicídio qualificado, art.º 351.º do código penal, *in* SERRA, Carlos, ob. cit. p. 172, MUNGUAMBE, Paulo, salienta que “o linchamento é um homicídio voluntário qualificado, previsto no artigo 351.º n.º 2 do código penal, onde preconiza será punido com a pena de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos o crime de homicídio declarado no artigo 349, quando empregarem torturas ou actos de crueldade para aumentar o sofrimento da vitima” *in* SERRA, Carlos, ob. cit. p.143.

2017 o crime de linchamento como “homicídio ou ofensas corporais, praticadas por multidões contra pessoas suspeitas de prática de crime, na alegada crença de estarem a exercer justiça (...).”¹⁰⁵

Nas diversas alíneas do disposto no artigo 132.º do CP Português encontramos um acentuado desvalor da acção e da conduta, com a forma do cometimento do crime, sendo mediado por um mais acentuado desvalor da atitude, a especial censurabilidade e perversidade do agente, ou seja o especial tipo de culpa que caracteriza o homicídio agravado.¹⁰⁶

Assim, o homicídio qualificado resultante dos actos de linchamento enquadra-se na alínea d) do n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal Português que contém o exemplo padrão que traduz-se em “*o agente empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima*” isto é “o agente se servir de uma forma de actuação causadora da morte em que o sofrimento físico ou psíquico infligido, pelo acto de matar ou pelos actos que antecedem, ultrapasse sensivelmente, pela intensidade ou duração, a média necessária para causar a morte”¹⁰⁷

Conforme ensinam FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, “exemplo padrão contido na alínea d) corresponde a qualificação típica que constava do artigo 351.º circunstância 2.ª do CP de 1886,”¹⁰⁸ sendo este o mesmo dispositivo legal aplicado em Moçambique e mantendo mutatis mutandis no novo preceito constante do art.º 157.º alínea b) do código penal.

Como refere AUGUSTO SILVA DIAS, a propósito das alíneas d), e), f) e i) do artigo 132.º “exemplos que se reportam a motivações especialmente censuráveis e traduzem, não um modo externo, objectivo de lesão mais intenso da vida, mas um modo mais reprovável do envolvimento pessoal do autor do homicídio.”¹⁰⁹

¹⁰⁵ Relatório Anual da PGR, 2017, p. 38, in www.pgr.gov.mz

¹⁰⁶ Assim, DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, p. 51.

¹⁰⁷ DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, p. 61.

¹⁰⁸ DIAS, Figueiredo/BRANDÃO, Nuno, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, p. 61.

¹⁰⁹ DIAS, Augusto Silva, ob. cit., p. 17.

CAPÍTULO III

1. A (In)punibilidade do crime de linchamento

O crime de homicídio que se traduz na acção de matar uma pessoa, encontra-se previsto no artigo 155.º do CP, que “contêm o tipo objectivo de ilícito na sua forma mais simples, (...) partindo o legislador do crime fundamental, acrescenta-lhe elementos respeitantes a ilicitude ou a culpa que agravam (crimes qualificados) ou atenuam (crimes privilegiados)”¹¹⁰, assim, “conforme a morte for produzida em circunstâncias, devidamente descritas ou referenciadas através de uma cláusula geral, que revelem uma culpa mais grave ou uma culpa menos grave do que pressuposta no tipo-base, deparamos com o homicídio qualificado ou o homicídio privilegiado.”¹¹¹

Entre nós o homicídio qualificado encontrava-se previsto no disposto no art.º 351.º do código penal de 1886, encontrando-se previsto no actual código penal no art.º 157.º, sendo que no caso do linchamento, situamo-nos na circunstância 2ª do art.º 351.º e actual alínea b) do art.º 157.º onde prevê a punição com pena de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos o crime de homicídio concorrendo (...) “*tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima.*”

Quanto ao homicídio privilegiado constante no ordenamento jurídico português no art.º 133.º do CP Português, o mesmo não encontra correspondência do ordenamento jurídico moçambicano, apenas constava a previsão deste tipo de ilícito típico no art.º 370.º do código penal ora revogado.

Prevê o disposto no art.º 133.º do código penal português que “quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos de prisão.”

O homicídio privilegiado, “assume-se como forma atenuada do homicídio, partilhando ambos o mesmo tipo de ilícito, não encontrando do ponto de vista de tutela do bem jurídico qualquer diferença entre homicídio e homicídio privilegiado (...) derivando a especialidade nas razões ligadas a culpa, sendo que as circunstâncias privilegiadoras do preceito tem como denominador comum a sensível diminuição da culpa.”¹¹²

¹¹⁰ DIAS, Figueiredo, ob. cit. p. 313

¹¹¹ DIAS, Figueiredo, ob. cit. p. 313

¹¹² DIAS, Figueiredo/ BRANDÃO, Nuno, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, art.º 133.º p.81

Não vislumbramos nenhum elemento que constitua uma diminuição da culpa no crime de linchamento, por forma a podermos caracterizá-la ou proceder uma correspondência ao art.º 133.º do Código Penal Português.

Se “o fim do direito penal é a protecção dos bens jurídico-penais, as penas (tal como as medidas de segurança são os meios indispensáveis à realização desse fim de tutela de bens jurídicos.”¹¹³

Conforme estatui o disposto no art.º 58.º do CP, quanto a finalidade da pena que, “*a aplicação de qualquer medida ou pena criminal visa garantir a protecção dos bens jurídicos, a reparação dos bens jurídicos, a reparação dos danos causados com a infracção praticada, a reinserção do agente na sociedade e prevenir a reincidência.*” Assim, “a pena tem como finalidade primordial a protecção dos bens jurídicos e, sempre que possível a reintegração do agente na sociedade, actuando a defesa da ordem jurídica e da paz social (conteúdo mínimo da prevenção geral positiva).”¹¹⁴

Como acentua MARIA JOÃO ANTUNES, “um dos princípios orientadores de programa de política criminal de emanção jurídico constitucional é o princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal”¹¹⁵, decorrendo do disposto no art.º 56.º da CRM, com o correspondente no art.º 18.º da CRP.

A punibilidade, como refere FIGUEIREDO DIAS, é “a última pedra do edifício do conceito de crime e da respectiva doutrina geral.”¹¹⁶

Atento ao nosso entendimento de que o linchamento é uma forma de homicídio qualificado nos termos do disposto do art.º 157.º alínea b) do código Penal, ambos os tipos de ilícito protegem o mesmo bem jurídico que é a vida humana, assim, ao punir-se um homicídio, cometido de forma cruel, como comumente é praticado o linchamento (por fogo ou torturas), com uma pena inferior a punição da tentativa de homicídio simples, encontramos um privilegiamento do crime do homicídio qualificado no crime de linchamento.

O homicídio qualificado no ordenamento jurídico moçambicano é punido com uma pena de prisão de 20 a 24 anos, e o linchamento, é punido com a pena de dois a oito anos e

¹¹³ CARVALHO, Américo Taipa, de, ob. cit. p. 75.

¹¹⁴ ANTUNES, Maria João, ob. cit. p. 21.

¹¹⁵ ANTUNES, Maria João, “*Consequências Jurídicas do Crime*”, Coimbra, 2.ª ed., 2015, p. 18.

¹¹⁶ DIAS, Figueiredo, ob. cit. p. 678 e s.

ainda com a pena de até dois anos¹¹⁷ (uma pena correccional que vai de três dias ate três anos de prisão art.º 62.º CP).

A luz do princípio da proporcionalidade, não poderá o legislador perante a violação do mesmo bem jurídico, punir de forma diversa, pois no limite a violação do direito a vida seria punida de forma diversa caso tenha sido cometida por uma pessoa ou por um grupo de pessoas, enquadrando-se a primeira situação no crime de homicídio e a segunda no crime de linchamento.

O privilegiamento constante do crime de linchamento, constitui para nós uma situação de impunibilidade de uma forma de homicídio que contém especial perversidade e censurabilidade.

A norma do linchamento atento a moldura penal abstractamente aplicável de dois a oito anos, nos moldes em que se encontra, a ter de ser aplicada, não bastando o privilegiamento, deparava-se com a obrigatoriedade constante no art.º 89.º do CP, que prevê a aplicação das penas alternativas a prisão, que vai desde a aplicação da multa a aplicação de serviços a favor da comunidade.

Contudo sendo de aplicar os mesmos factos consubstanciando-se ao crime de homicídio qualificado, nos termos da alínea b) do art.º 157.º, claramente não será aplicada a pena alternativa a prisão, atento ao preconizado no artigo 103.º alínea a) do Código Penal, que prevê a proibição da aplicação neste tipo legal de crime.

No que concerne a tentativa do crime de linchamento, esta só se mostra preenchida quanto ao linchamento em que o autor imediato agiu sobre o facto ilícito típico e a consequência for a morte, uma vez ser a mesma punida com prisão de dois a oito anos, sendo que nos termos da conjugação dos artigos 14.º, n.º d), 130.º e 131.º ambos do Código Penal, apenas é punido a tentativa quando ao crime consumado for punível com pena de prisão maior (art.º 61.º CP) ressalvando-se em casos especiais em que sendo aplicável a pena correccional ao crime consumado, a lei o expressamente declarar como punível a tentativa, o que não se verifica no caso de linchamento, nomeadamente da alínea b) do artigo 159.º do CP¹¹⁸.

¹¹⁷ Sem pretendermos entrar em pormenores, que neste âmbito não nos cabe pronunciar, no que concerne a distinção equívoca que o legislador faz da autoria nos termos do disposto no art.º 21.º CP, quando no artigo do linchamento, pune o autor material com a pena de dois a oito anos e o autor instigador com uma pena correccional, distingue assim as duas formas de autoria quanto a punição.

¹¹⁸ Assim a título de exemplo: **A** pretender matar **B**, porque tem tido problemas com o mesmo, sabendo que **B** estuda no pós-laboral e regressa a noite, colocasse em um lugar do Bairro e sabendo que **C**, **D** e **E**, sempre se encontram no mesmo local, instiga-os no sentido de ser o **B**, responsável por vários crimes na comunidade. Assim que o vê regressar grita por ladrão, apontando em direcção ao **B**, de seguida **C**, **D** e **E** e outros vizinhos, em conjugação de esforços, agarram no **B** e dentro do ritual do linchamento, espancando

Prevendo aqui o legislador uma verdadeira (in)punibilidade nos crimes de linchamento, contrariamente ao que se pressupunha como fundamento da incriminação (autónoma) deste ilícito.

Na parte final do corpo do art.º 159.º, o legislador consagra a subsidiariedade desta norma, atenta a designação “se pena mais grave não couber”, como crime subsidiário, que visa colmatar lacunas de punibilidade e por isso de aplicação subsidiária, *i.e.*, caso não tenha a outra norma abrangência mais grave e demonstrado que o linchamento constitui igualmente à protecção do bem jurídico vida humana, estando previsto no disposto no homicídio qualificado preceituado no art.º 157.º alínea b) do CP, será este o tipo de ilícito aplicável, desta forma, não encontramos mais uma vez a aplicabilidade da norma do linchamento.

2. Posição adoptada

Procedemos a definição do bem jurídico, entendendo como tal a protecção primacial do Direito penal, analisamos a sua função, ressaltando a “*dimensão crítico liberal, enquanto condição ou parâmetro capaz de limitar a intervenção do legislador na esfera jurídica do cidadão*”¹¹⁹, analisamos ainda os bens jurídicos tutelados nos crimes de homicídio e do linchamento, concluímos que ambas as normas protegem o mesmo bem jurídico, como sendo o bem jurídico vida humana e (integridade física)¹²⁰.

Assim, é nossa posição, que a norma constante do disposto no art.º 159.º do CP, não tutela um novo bem jurídico, “é necessária a prévia existência do bem jurídico a tutelar para que a incriminação de condutas seja legítima”, isto é, o direito penal não pode erigir-se

com pedras, paus e ferros e colocam por fim um pneu, regam com petróleo e ateam fogo. Um carro patrulha que ia a passar, consegue em tempo debelar o fogo, tendo, porém ficado o **B** com queimaduras de 3.º grau. Atento ao disposto no artigo 159.º alínea a) os autores imediatos **C**, **D** e **E**, seriam punidos pelo crime de linchamento, já nos termos da alínea b) o **A**, autor instigador, não seria punido, porque a norma prevê uma pena cuja punição não abrange a forma tentada.

¹¹⁹ Assim, COSTA, José Faria da, “*Sobre o objecto do Direito penal o lugar do bem jurídico na doutrina de um Direito penal não liberal*” in RLJ, n.º 3978, ano 142, Janeiro-Fevereiro, 2013, p. 158.

¹²⁰ A propósito do crime de ofensas corporais, e do bem jurídico, integridade física no crime de linchamento, entendemos não ser de aplicar, na medida que o *modus operandi* do linchamento, com instrumentos contundentes com dignidade para causar a morte ou mesmo pelo fogo, conforme explicitado infra, no caso da vítima sobreviver aos actos, consubstanciar-se-á no crime de tentativa de homicídio e não de ofensas corporais, a não ser a título de concurso aparente. Refere DIAS, Figueiredo, *in ob. cit.* p. 45, “na problemática muito discutida em certas hipóteses de concurso entre homicídio e ofensa à integridade física grave (...) que a solução correcta deverá ser a de punir o caso como concurso aparente, em sede de homicídio tentado, atenta a clara dominância do sentido de ilicitude imanente ao homicídio e sem que contra esta posição possa aduzir-se uma eventual desconsideração das ofensas a integridade física efectivamente sofridas pela vítima, pois tal circunstância poderá relevar como agravante na determinação da medida concreta da pena dentro da ampla moldura legal do homicídio tentado.”

como impulsionador da mudança das concepções sociais e colectivas carentes de tutela penal, como criador ele próprio, dos bens jurídico-penais.”¹²¹, sendo que o bem jurídico tutelado por esta norma é a vida humana, deve a mesma para o efeito enquadrar-se na norma constante do disposto na alínea b) do artigo 157.º n.º 1 do Código Penal, podendo entender-se como homicídio qualificado por ser praticado com crueldade, atento a forma como muitas vezes ocorrem os linchamentos.

Ora, assim, entendemos não haver necessidade de autonomização do crime de linchamento, por figurar uma das formas de homicídio qualificado, como acima sufragamos, aliás, consideramos que por esta razão, vários ordenamentos jurídicos da América Latina, tem no fenómeno um tratamento diverso, do constante pelo ordenamento moçambicano, nomeadamente na Guatemala, que apenas estabelece as regras de punição para os crimes de multidão no seu art.º 39.º do código penal (como é o caso do linchamento) que podendo advir danos, homicídio ou ofensas corporais, subsumem-se aos crimes respectivos, e para os casos de morte, aos preceitos de homicídio simples ou assassinato, conforme dispõe o art.º 132.º n.º 1 e 6 do Código Penal da Guatemala¹²².

Quanto a Argentina, o código penal argentino¹²³ prevê casos de inimputabilidade no art.º 34.º n.º 6, nas suas várias alíneas, refere que não são puníveis quando alguém actue em defesa própria ou dos seus direitos, concorrendo a agressão ilegítima, a necessidade racional do meio empregado para impedir ou repelir, a falta de provocação da parte que defende, em regra estatui os pressupostos da legítima defesa, e no caso da não verificação dos seus pressupostos, no caso do resultado morte por linchamento, na eventual defesa dos seus direitos é subsumível ao artigo 80.º n.º 2 do código penal argentino onde estatui o crime de homicídio com aleivosia ou outro procedimento insidioso.

No Brasil encontramos o disposto no art.º 345.º que pune o exercício arbitrário das próprias razões, encontrando-se no capítulo dos crimes contra a realização da justiça, onde prevê a punição de 15 dias a um mês de prisão, sem prejuízo de existindo violência, ser punido de acordo com o resultado que dele advir.

Assim o ordenamento jurídico brasileiro pune a “justiça pelas próprias mãos” como tal e nos casos de linchamento, tendo como resultado morte, é reconduzido para o crime de homicídio ou homicídio qualificado consoante as circunstâncias. (*vide* art.º 121.º

¹²¹ SOUSA, Susana Aires de, ob. cit. p. 627.

¹²² www.oas.gob.gt

¹²³ www.servicios.infoleg.gob.ar

parágrafo segundo, III¹²⁴), que aqui enquadrámos o “emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum.” Pretendemos ainda aludir ao código penal espanhol¹²⁵, embora não no sentido do linchamento, ou de crimes contras as pessoas, prevê no capítulo dos crimes contra a administração da justiça, no art.º 455.º n.º 1 que “*El que, para realizar um derecho propio actuando fuera de las vias legales, empleare violència, intimidación o fuerza en las cosas¹²⁶, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses*”

No seu n.º 2 “*Se impedirá la pena superior en grado si para la intimidación o violència se hiciera uso de armas u objectos peligrosos.*”

Consideramos ser esta a solução possível quanto ao ordenamento jurídico moçambicano, punindo o linchamento como o crime de exercício ilícito da tutela privada, estando em causa a protecção de um bem jurídico colectivo, como o é o da administração da justiça. Se é certo que “o linchamento viola os princípios básicos do direito como é o caso do princípio da legalidade e consubstancia uma violação material dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade como é o caso da vida e integridade física”¹²⁷, não significa porém, a necessidade de previsão e estatuição de um tipo de ilícito autónomo, conforme se afigura no art.º 159.º do CP, porque os bens jurídicos vida e integridade física se mostram tutelados pelo ordenamento jurídico-penal.

Assim, discordamos com o posicionamento de ALCÍDIO SITOI, quando refere que “estando patente a inexistência de uma norma legal que preveja de forma plena o linchamento, e sendo claro que a punição isolada não pode ter o efeito social pretendido” recomenda no seu trabalho “a criação de uma norma legal que preveja de forma plena o linchamento”¹²⁸, uma vez que há uma clara desnecessidade da autonomização do crime de linchamento, tratando quanto a nosso ver de uma norma sem bem jurídico e por isso tratasse de uma norma “nula por materialmente inconstitucional”¹²⁹, nas palavras de

¹²⁴ www.planalto.gov.br

¹²⁵ www.boe.es

¹²⁶ Sublinhado nosso

¹²⁷ SITOI, Alcídio, ob. cit. p. 99.

¹²⁸ SITOI, Alcídio, propunha para a norma do linchamento a seguinte redacção “aquele que voluntariamente ofender corporalmente a outrem em circunstancias a que pretenda substituir ao Estado na realização da justiça e for a dos limites permitidos por lei, será punido com a pena de seis meses a um ano de prisão (...) se da ofensa corporal resultar a morte como consequência previsível daquela, a pena será de um a dois anos de prisão.” ob. cit. p. 169.

Muito embora esta formulação decorra da anterioridade da lei n.º 35/2014 de 31 de Dezembro, que estatui a norma aqui estudada, vislumbramos que o Autor privilegia o crime de homicídio pelo linchamento, atento a pena que recomenda, no qual nos posicionamos ao contrário na parte referente a impunibilidade do linchamento.

¹²⁹ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. p. 126.

FIGUEIREDO DIAS, que defende que “a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais se revela jurídico-constitucionalmente credenciada em qualquer autêntico regime democrático e pluralista(...), então deve ter como consequência inafastável a de que toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos tribunais para tanto competentes.”¹³⁰, no mesmo diapasão, CLAUS ROXIN, a propósito de norma sem bem jurídico, refere que “*existem pontos de contacto que permitem a recepção constitucional da ideia de protecção dos bens jurídicos. O tribunal avalia a admissibilidade das intervenções penais conforme o princípio da proporcionalidade, cuja uma das manifestações é a denominada proibição de excesso [Ubermassverbot]. Podendo-se afirmar que um preceito penal que não protege nenhum bem jurídico é nulo por constituir uma intromissão excessiva a liberdade dos cidadãos.*”¹³¹

3. Conclusão

Após a análise a que nos propusemos, cumpre em suma elencar as conclusões a que nos permitimos chegar

1. O direito penal tem como função primordial a protecção do bem jurídico, este, tem como função a delimitação do poder de intervenção do Estado na esfera do cidadão e ainda na interpretação da norma.
2. O linchamento conforme configurado no artigo 159.º CP, visa a protecção do bem jurídico vida humana e integridade física. Estes bens jurídicos já se mostram tutelados no crime de homicídio e de ofensas corporais.
3. Estabeleceu o legislador a norma como um preceito de crime subsidiário, visando colmatar lacunas de punição, só aplicável nos casos em que a norma principal não preencha os pressupostos da incriminação. Neste caso é sempre aplicável o crime de homicídio de acordo com as circunstâncias (agravantes), assim homicídio qualificado, disposto no artigo 157.º alínea b) do Código Penal, com o correspondente ao código penal Português no disposto no art.º 132.º alínea b).
4. Assim sendo, estamos perante uma norma sem bem jurídico e não carecendo de nenhuma autonomização, pelo que a norma do disposto no artigo 159.º não

¹³⁰ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. p. 126.

¹³¹ CLAUS ROXIN, in HEFENDEHL, Roland, (ed.) ob. cit. p. 453.

tutelando bem jurídico algum é nula, por violação do preceito constitucional consagrado no artigo 56.º n.º 2 da CRM correspondente ao art.º 18.º n.º 2 da CRP.

5. A norma do linchamento a ser aplicada, a sua punição entraria em clara contradição com o bem jurídico a tutelar e estando perante o crime de homicídio com especial tipo de culpa, denota-se no preceito um privilegiamento do homicídio, não encontrando no ordenamento jurídico moçambicano preceito correspondente ao disposto no art.º 133.º português ou o anterior 370.º do código penal de 1886 ora revogado.
6. De *iure constituendo* e pretendendo acautelar o recrudescimento evidente do linchamento, e no âmbito da protecção do bem jurídico colectivo ou supra individual como o é a administração da justiça poderá assim agir o legislador moçambicano, atento ao direito comparado, nomeadamente ao caso Brasileiro neste campo.

São várias as questões que se podem levantar quanto ao linchamento, no que concerne ao tratamento como crime de multidão, para o apuramento da responsabilidade criminal dos participantes; no que concerne a eventual responsabilidade do Estado de Direito, no dever que lhe assiste de protecção aos seus cidadãos; na aplicação do regime mais favorável ao arguido, permanecendo este tipo de ilícito, relativamente aos arguidos acusados, julgados e condenados por factos que consubstanciam a aquilo que a lei dispõe como linchamento, mas condenados como homicídio qualificado, atento as molduras penais de ambos os tipos.

Porém a nossa escolha primou para a doutrina do bem jurídico, naquilo a que se refere como função primacial do direito penal, visando a protecção dos bens jurídicos razão limitadora da intervenção estadual na vida do cidadão, na escolha da punição de determinada conduta.

Eis que, como refere CESARE BECCARIA “*não terei dito. Se fosse necessário dizer tudo*”¹³², Fica aqui uma contribuição daquilo que se pretende com a justiça criminal moçambicana no contributo de linchamento um fenómeno conhecido no quotidiano de qualquer moçambicano, quer por via da realidade vivencial, quer pela narrativa e imagens veiculadas pelos meios de comunicação social, mas que quanto ao enquadramento

¹³² Beccaria, Cesare, “*DOS DELITOS E DAS PENAS*”, trad. José de Faria Costa, 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 90.

jurídico, ainda é uma figura nova, que não é acompanhado por muitos países que aliás vivem o mesmo fenómeno do linchamento, mas que não o criminalizaram como tal nos moldes aqui mencionados.

CLAUS ROXIN, refere que “o direito penal contemporâneo de democracia parlamentar é o único pano de fundo da sua noção de bem jurídico, na medida que recomenda a renúncia de preceitos abandonados”, afirma assim que “JAKOBS se aproxima no fim de contas da postura defendida” faltando o reconhecimento (...) que algumas disposições penais não cumprem de antemão função legítima alguma”¹³³ como consideramos ser o caso da norma do Linchamento, esperando termos para o efeito demonstrado neste sentido.

¹³³ ROXIN, Claus, ob. cit. p. 458 in HEFENDEHL, Roland (ed.), ob. cit.

Bibliografia

- AMARAL, Diogo Freitas do, *História das ideias políticas*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1999.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, 1990.
- ANDRADE, Andressa Paula/ FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha, “bens jurídicos trans-individuais, como corolário do actual modelo constitucional: enunciado de proposta acerca da sua protecção penal”, *RBCCRIM*, n.º 123, 2016.
- ANTUNES, Maria João, “*Consequências jurídicas do crime*” 2.ª ed, Coimbra, 2015
- BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Justiça popular*, n.º 2, ano 1981.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito penal parte geral questões fundamentais teoria geral do crime*, 3.ª edição, 2016.
- _____, Anotação ao Art. 152.º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Editora, 2012.
- COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais do Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2015.
- _____, *Sobre o objecto de protecção do direito penal o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência Portuguesa*, Coimbra, ano 142, Janeiro- Fevereiro, 2013.
- _____, “Ler Beccaria hoje”, in: Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (trad. José de Faria Costa), 4.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal, Parte Especial, Crimes contra a vida e a Integridade Física*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *direito penal, parte geral questões fundamentais a doutrina geral do crime*, tomo I, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, 2012.
- _____, *Acordos sobre a sentença em processo penal, O “FIM” do Estado de Direito ou um novo “PRINCÍPIO”?*, Conselho Distrital do Porto, Ordem dos advogados, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ BRANDÃO, Nuno, Anotação ao Art. 131.º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ BRANDÃO, Nuno, “*Sujeitos Processuais Penais, O Tribunal*” Coimbra, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 3.ª Reimpressão, Coimbra, Editora, 2011.

GODINHO, INÊS FERNANDES, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2015.

HEFENDEHL, ROLAND, (ed.), *La teoría del bien jurídico, fundamento de legitimación del derecho penal ou juego de abalorios dogmático?* tradução de Rafael Alcácer, Maria Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, edição Marcial Pons, Barcelona, 2007.

HONWANA, Gita, Boletim do Ministério da Justiça, Justiça Popular, n.º 1, 1980.

NETO, ABÍLIO, Código do Processo Civil anotado, reimpressão, Coimbra, Maio, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa/ TRINDADE, João Carlos, Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique, 1.º Volume, Edições Afrontamento, 2003.

___, Uma paisagem das justiças em Moçambique, 2.º Volume, Edições Afrontamento, 2003.

SERRA, Carlos, Linchamentos em Moçambique, Centro de Estudos Africanos, Unidade de Diagnóstico Social, 2.ª ed., Imprensa Universitária, Maputo, 2015.

SITOE, Alcídio Sidónio Matias, *Uma Abordagem Jurídica à volta dos Linchamentos, Contributo para o Sistema de Administração da Justiça em Moçambique*, Edição Centro de Formação Jurídica e Judiciária: Maputo, 2012.

SOUSA, SUSANA AIRES de, *sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade in* Boletim da Faculdade de Direito, Separata, Coimbra, 2007.

SOUZA, PAULO VINICIUS SPORLENDER de, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra individuais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

JURISPRUDÊNCIA MOÇAMBICANA

Acórdão 4/CC/2013 de 17 de Setembro

Acórdão do TS n.º 179/99-A de 17 de Outubro de 2000

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Acórdão TC n.º 144/2004 T de 19 de Abril

Acórdão TC n.º 179/2012 de 11 de Abril

Acórdão TC n.º 377/2015

LEGISLAÇÃO

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

Código Penal

Código do Processo Penal

Constituição da República de Moçambique

Código Penal Português

Código do Processo Penal Português

Constituição da República Portuguesa

Código penal de la nacion Argentina

Código penal brasileiro

Código penal y legislación complementaria

Código penal guatemalteco

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Decreto-Lei 54/95 de 13 de Dezembro (cria o IPAJ)

Decreto-Lei 15/13 de 26 de Abril (Estatuto orgânico de IPAJ)

Lei n.º 24/2007 de 20 de Agosto (Lei da Organização Judiciária)

Lei n.º 4/92 de 06 de Maio (Tribunais comunitários)

Lei n.º 15/2013 de 12 de Agosto (Estabelece o estatuto de juízes eleitos)

SITIOS ELETRÓNICOS

www.pgr.gov.mz

www.cmaputo.gov.mz

www.dn.pt

www.servicios.infoleg.gob.ar

www.planalto.gov.br

www.boe.es

www.oj.gob.gt

www.cconstitucional.org.mz

www.tribunalconstitucional.pt

www.dre.pt

www.achpr.org/pt