



FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Ciências Jurídicas

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Alcance do Princípio da Insignificância na Interpretação e Aplicação da Lei Penal
em Moçambique**

Mestrando:

Salvador Antoninho Nkamate

Maputo, 30 de Novembro de 2015

UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Ciências Jurídicas

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Alcance do Princípio da Insignificância na Interpretação e Aplicação da Lei Penal em
Moçambique**

*Dissertação elaborada como culminação dos estudos no
curso de Mestrado em Ciências Jurídicas ministrado pela
Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.*

Tutor:

Prof. Dr. Ivan Martins Motta

Mestrando:

Salvador Antoninho Nkamate

Maputo, 30 de Novembro de 2015

DECLARAÇÃO

Declaro que esta dissertação nunca foi apresentada para a obtenção de qualquer grau ou num outro âmbito e ele constitui o resultado do meu labor individual. Esta dissertação é apresentada em cumprimento parcial dos requisitos para a obtenção do grau de Mestre da Universidade Eduardo Mondlane.

O Mestrando

Salvador Antoninho Nkamate

DEDICATÓRIA

Dedico a presente dissertação ao Sr. Martins Daniel Nkamate e da Dona Modesta, meus queridos pais, pelo apoio incondicional que sempre me prestaram.

A minha esposa Arlete e a Dandara (coisa linda), minha filha muito querida e amada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço de forma muito especial o Professor Ivan Martins Motta, por ter aceitado a tarefa de me orientar na elaboração da presente dissertação.

A agradeço também a Professora Regina Vilas Boas, que com o Professor Ivan, ofereceram-me a sua amizade de forma desinteressada, aquando da minha estadia em São Paulo – Brasil, no ano de 2009 e tornaram esse período na minha vida muito mais proveitosa.

O meu obrigado também estende-se aos meus professores do curso e aos meus colegas, particularmente, António Veloso, Gil Cumbule e Ilídio Macia, com os quais sempre privamos sobre os desafios para a conclusão do curso.

Por fim, agradeço a minha esposa por todo apoio e aos amigos sempre presentes e que certamente os diversos debates que travamos ajudaram na realização desta meta.

Ao

**Exmo Senhor Director da Faculdade de Direito da
Universidade Eduardo Mondlane**

Assunto: submissão da dissertação de mestrado

Exmo Senhor,

Salvador Antoninho Nkamate, estudante do 4º Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, vem por via do presente apresentar sua dissertação elaborada como culminação dos estudos no Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, ministrado pela instituição que V.Excia dirige.

Nestes termos e em cumprimento regulamento dos cursos de pós-graduação em vigor na Universidade Eduardo Mondlane requer que seja agendada a data para a sua defesa.

Para tanto,

Pede deferimento

Maputo, 30 de Novembro de 2015

O Mestrando

Salvador Antoninho Nkamate

Anexa: 3 exemplares da dissertação

Índice

Lista de acrónimos.....	3
Resumo.....	4
Abstract.....	5
Introdução.....	6
Capítulo I – Princípios do direito como normas jurídicas.....	10
1. Princípios do direito	10
1.1. Conceito.....	10
1.2. Características dos princípios.....	11
1.3. Diferença entre princípios e regras.....	13
Capítulo II – Princípios do direito penal.....	16
2.1. Origem e evolução dos princípios do direito penal.....	16
2.2. Princípios do direito penal na Constituição da República de Moçambique.....	19
Capítulo III – Princípio da insignificância.....	22
3.1. Origem histórica.....	22
3.2. Conceito.....	24
3.3. Fundamentos de validade do princípio da insignificância.....	28
3.4. Natureza jurídica do princípio da insignificância.....	33
3.4.1. Princípio da insignificância como princípio constitucional.....	33
3.4.1.1. Princípio da insignificância como princípio jurídico.....	33
3.4.1.2. Reconhecimento constitucional do princípio da insignificância.....	36
3.4.2. Princípio da insignificância como critério de interpretação e aplicação da lei penal.....	37
3.4.3. A nossa posição.....	38

3.5.	Importância do princípio da insignificância.....	39
Capítulo IV – Princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano.....		41
4.1.	Acolhimento do princípio da insignificância do ordenamento jurídico moçambicano.....	41
4.1.1.	Argumentos de justiça.....	41
4.1.2.	Argumentos de ordem normativa.....	45
4.1.3.	Insuficiência da crítica ao acolhimento constitucional do princípio da insignificância	46
4.2.	Efeitos do princípio da insignificância na interpretação e aplicação da lei penal em Moçambique.....	49
4.2.1.	Interpretação da norma jurídica.....	50
4.2.2.	Efeitos dos princípios na interpretação e aplicação da lei penal.....	52
4.2.3.	Efeitos do princípio da insignificância na interpretação e aplicação da lei penal em Moçambique.....	53
Conclusão.....		56
Sugestões.....		60
Bibliografia.....		62

Lista de acrónimos.

Apud – Citado

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

CC – Conselho Constitucional

C. P. – Código Penal

C.P. P – Código de Processo Penal

CRM – Constituição da República de Moçambique

Cfr. – Conferir

HC – *Habeas Corpus*

N. – Número

Nº - Número

N.C.P – Novo Código Penal

Ob. Cit. – Obra Citada

Pág. – Página

P – Página

Págs. – Páginas

RS – Recurso

R.T – Revista dos Tribunais

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

§ - Parágrafo

Resumo

Tendo como tema “alcance do princípio da insignificância na interpretação e aplicação da lei penal em Moçambique”, no trabalho aborda-se sobre os princípios do direito em geral, seu conteúdo e suas características, procurando-se chegar à análise concreta princípio da insignificância do direito penal.

Analisa-se o conteúdo do princípio da insignificância e discute-se sobre a sua eventual consagração no ordenamento jurídico moçambicano, com bases em argumentos de justiça e normativos.

A partir de uma metodologia de pesquisa qualitativa, o presente trabalho foi desenvolvido dentro de uma linha de abertura, proposta pela escola pós-positivista, no sentido de conduzir o intérprete, tanto no campo prático, como no campo teórico, a procurar de forma incessante o conteúdo material das normas, não apenas as expressas, como também aquelas que constam no ordenamento jurídico de forma explícita ou indirecta.

Apesar de no trabalho defender-se uma linha de interpretação que se possa assumir casuisticamente extralegal, não se propõe aqui uma interpretação extrajurídica, tampouco contra jurídica. Entretanto, não se deixa de realçar que, por uma questão de defesa da justiça, deve-se abandonar a interpretação literal das normas jurídicas, procurar-se o seu conteúdo material e conferir relevância prática aos princípios, enquanto normas integrantes do ordenamento jurídico, a ponto de se excluir a tipicidade em razão do reconhecimento do princípio da insignificância.

É nesta visão que reside e se sustenta a originalidade e a dignidade do trabalho que aqui se apresenta como dissertação de fim de curso de mestrado.

Palavras-chave: regra – princípios – constitucionalidade – interpretação – implícito – insignificância.

Abstract

Taking as its theme "the scope of the principle of insignificance in the interpretation and application of the criminal law in Mozambique," this work discusses the principles of law in general, its content and characteristics, attempting to reach the concrete analysis of the principle of insignificance of criminal law.

This paper analyzes the content of the principle of meaninglessness and discusses its possible consecration in the Mozambican legal order, with basic arguments of justice and normative.

From a qualitative research methodology, the present work was developed within a line of openness, proposed by the post-positivist school, to conduct the interpreter, both in practical field as in the theoretical field, to search for unceasing the material content of the standards, not only the expressed, as also those that consist in the explicit or indirect way of the juridical order.

Although this work defends a line of interpretation that can be assumed exceptional as being extralegal, it does not propose an extrajudicial interpretation, nor is it against legal certainty. However, I cannot cease to highlight that, as a matter of defense of justice, the literal interpretation of legal standards should be abandoned, browsed to its material content and give practical relevance to the principles, while members of legal standards, to the point of excluding typicality due to the recognition of the principle of insignificance.

This is the vision that resides and sustains the originality and the dignity of work that is presented here as the thesis of the end of the masters course.

Keywords: rule - Principles - constitutionality - interpretation - implicit - insignificance.

Introdução

O presente trabalho foi realizado para ser apresentado como dissertação de fim de curso de mestrado em ciências jurídicas, com orientação em direito penal, ministrado na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

A escolha do tema “*alcance do princípio da insignificância na interpretação e aplicação da lei penal em Moçambique*” foi sustentada com base na ambição de provocar uma maior discussão sobre a relevância dos princípios jurídicos na interpretação e aplicação da lei, particularmente dos princípios do direito penal, concretamente o princípio da insignificância do direito penal, cuja sua aplicabilidade não foi suficientemente discutida pelos teóricos e práticos do direito penal no ordenamento jurídico moçambicano.

No plano geral, pretende-se suscitar uma discussão em torno do alcance, da função, da aplicabilidade e da posição dos princípios perante as regras jurídicas, ao passo que no plano concreto do ordenamento jurídico moçambicano, pretende-se, suscitar uma discussão sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância na prática jurídico-penal em Moçambique.

A nossa experiência, tanto no âmbito académico, quanto no âmbito prático-forense, tem constatado que apesar do direito, particularmente do direito penal, ter, a partir do Iluminismo, da revolução francesa, integrado valores que limitam a intervenção do poder punitivo estatal e exaltam as garantias dos particulares, no contexto moçambicano, a lei constitui uma fonte de injustiças muito por conta de uma recorrente interpretação literal da lei por parte de grande parte dos aplicadores da lei.

O aplicador da lei muitas vezes “*fecha os olhos*”, aos princípios explícitos e implícitos na Constituição e nos instrumentos internacionais devidamente recebidos no ordenamento jurídico moçambicano, dando primazia a uma interpretação formal da lei, em detrimento da perspectiva

material, a qual se apresenta mais garantidora da dignidade da pessoa humana, enquanto centro de direitos.

Em Moçambique, muitos juízes endossam o papel de instrumentos da lei, seguindo-a de forma de forma compulsiva e cega, chegando a aplicá-la mesmo quando esta se mostra em flagrante colisão com o conteúdo material da Constituição, portanto, violando os direitos fundamentais protegidos na Constituição.

O caso da aplicação, de forma abstrata nos tribunais moçambicanos, da al. a), § 2º, do art. 291 do Código de Processo Penal (CPP), norma que consagra a incaucionabilidade dos crimes punidos com pena maior, dos 8 a 12 anos em diante, é um exemplo paradigmático de como o juiz penal em Moçambique procura salvar o conteúdo formal da lei a qualquer preço e em detrimento da necessidade de salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais, uma vez que é flagrante a contradição daquela norma com o princípio da presunção da inocência, acolhido no art. 59 da Constituição da República de Moçambique (CRM) e com princípio da proibição do excesso, consagrado de forma implícita na no art. 3 da CRM.

O presente trabalho inicia-se com uma abordagem sobre o conceito dos princípios, sobre o qual se reconhece a sua natureza de norma jurídica. Analisa-se suas características, procura-se determinar o seu alcance e a suas diferenças com as regras.

Na parte inicial do trabalho do presente, faz-se uma superficial análise dos princípios do direito penal. Esta análise inicia com uma breve abordagem histórica, onde é resgatada a lembrança do Estado monárquico-absolutista, onde o respeito pela dignidade da pessoa humana não existia, ou quando existia, valia somente para alguns grupos. Com isso, pretende-se tão-somente lembrar que os princípios do direito penal nasceram a favor da pessoa humana e sua da eminente dignidade.

Em seguida, como sugere o tema do próprio trabalho, aborda-se de forma específica sobre o princípio da insignificância do direito penal, recorrendo-se sobre a sua evolução histórica, seu

conceito, seu conteúdo e alcance. Aqui discute-se sobre a natureza jurídica deste princípio, procurando-se aferir se o princípio da insignificância é um verdadeiro princípio constitucional (expresso ou implícito) ou se trata-se apenas de um critério de interpretação a disposição do aplicador da lei penal.

Posteriormente, é discutida a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano, tendo-se sempre presente que nos termos da CRM, Moçambique é um Estado de Direito Democrático e de Justiça Social, e que a CRM acolhe princípios e normas consagradas no sistema internacional e regional africano dos direitos humanos.

Como corolário de toda a discussão feita no presente trabalho e num plano mais concreto da dogmática jurídica penal discute-se, igualmente, sob ponto de vista material, quais as consequências da aplicação do princípio da insignificância no caso concreto. A questão de fundo é a de saber se os efeitos excludentes do princípio da insignificância se refletem, ou devem refletir-se, ao nível do tipo ou em nível da culpa.

Finalizando o trabalho ficam as nossas reflexões conclusivas e as recomendações, onde se procura ressaltar a importância dos princípios na interpretação e aplicação da lei, estando em evidência o princípio da insignificância, princípio escolhido para a análise em concreto no presente trabalho.

O presente trabalho encontra-se estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo do trabalho aborda os princípios do direito no geral e o segundo trata dos princípios do direito penal em especial.

No terceiro capítulo do trabalho, analisa-se, em concreto, o princípio da insignificância do direito penal, o qual constitui tema central da presente monografia e no quarto capítulo discute-se sobre o acolhimento do princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano, verificando-se o seu acolhimento na CRM.

Neste trabalho privilegiou-se a pesquisa qualitativa, porquanto, pretende-se discutir problemas jurídico-penais. A pesquisa efectuada seguiu o método de abordagem hermenêutico, dado que a questão fundamental que se suscita no tema de pesquisa apresenta-se como uma questão de interpretação de textos legais e integração lacunas legais.

A fenomenologia complementou a abordagem hermenêutica que se fez neste trabalho, uma vez que igualmente analisou-se a situação prática da aplicação dos princípios nos tribunais moçambicanos.

Na elaboração do trabalho usou-se, fundamentalmente, o método de pesquisa documental, porquanto, temas que versam sobre temáticas similares já foram abordados. Recorreu-se a pesquisa de manuais nacionais e estrangeiros, assim como, monografias e artigos publicados em revistas especializadas.

Concomitantemente recorreu-se a análise da legislação (interna e internacional) como forma de concretizar a análise das possibilidades da aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano.

Capítulo I

Os princípios do direito como normas jurídicas

1. Princípios do direito

1.1. Conceito

A palavra princípio conduz, fundamentalmente, a dois sentidos. Esta pode ser entendida em sentido amplo e outro sentido restrito. No sentido amplo, princípio significa o início de algo. Certamente que não é neste sentido, como facilmente se pode depreender, que se pretende fazer a abordagem dos princípios neste trabalho.

No presente estudo, pretende-se fazer uma abordagem dos princípios no sentido restrito, onde a palavra princípio representa ou traduz um mandamento fundamental ou nuclear de um sistema ou valores fundamentais de uma determinada comunidade ou de um determinado sistema jurídico.

Tanto no campo jurídico, quanto fora dele, os princípios designam “*a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, de onde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem ou se subordinam*¹”.

No direito ou nas ciências jurídicas tem-se usado o termo princípio, seja para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados sobre o direito positivo, seja para designar determinados tipos de normas jurídicas. Igualmente tem-se recorrido ao termo princípio para estabelecer postulados teóricos, as preposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes num determinado ordenamento jurídico.

¹ ESPINDOLA, Ruy Samuel; *Conceito de Princípios Constitucionais*, 1ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 199, pág. 47.

Ruy Espindola ao abordar sobre os princípios repara que *“essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e ideais leva à frustração da praxis jurídica ou a sonegação, por uma prática inequívoca, de direitos ou situações protegíveis pelo sistema jurídico posto”*².

É um facto ineludível que no direito, o termo princípio umas vezes traduz um determinado comando, por exemplo, o princípio do *“ne bis in idem”* que representa a regra de que ninguém pode ser condenado duas vezes pela prática do mesmo crime, e outras vezes, traduz apenas uma determinada construção dogmática, como é, por exemplo, o próprio princípio da insignificância que *“actua como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal e, portanto, de descriminação jurídica”*³.

Segundo Gomes Canotilho os princípios são *“normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”*⁴.

O conceito de princípio jurídico apresentado por Gomes Canotilho, revela-se adequado ao alcance deste na ciência do direito, na medida em que é extraído das características e funções fundamentais que a doutrina tem, de forma recorrente, atribuído aos princípios, as quais serão abaixo precisadas, tanto na perspectiva do próprio Gomes Canotilho, quanto na perspectiva de Gaustini.

1.2. Características dos princípios

Para Gomes Canotilho⁵, os princípios têm cinco características fundamentais, designadamente: a) um elevado grau de abstração em relação às normas; b) um grau de determinabilidade suave e

² ESPINDOLA, Ruy Samuel; ob. cit, pág. 49.

³ MAÑAS, Carlos Vico; *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*, Editora Saraiva, 1994, pag. xi.

⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1995, Pág. 166.

⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim; Ob. cit., pág. 167.

mais vago, que na aplicação do caso concreto exigem uma intermediação do intérprete; c) os princípios contam como um carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, são normas de natureza e com papel fundamental no ordenamento jurídico, devido a sua superior hierarquia no sistema das fontes ou a sua função estruturante dentro do sistema jurídico; d) os princípios contém a proximidade da ideia do direito, como *standards* juridicamente vinculantes na exigências de “justiça” ou ideia de “direito” e; e) por fim, os princípios possuem natureza normogénetica, isto é, são fundamento das regras, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando dessa forma, uma função normogénetica.

Já na visão de Guastini⁶, os princípios apresentam as seguintes características: a) são “*o fundamento de um conjunto de outras normas*” e se revestem de uma “*especial importância*”, são normas que caracterizam o ordenamento jurídico ou parte deste; b) constituem fundamento de outras normas em “*múltiplos sentidos diversos*”, b1) os princípios podem constituir sua expressão ou se especificarem em regras que fundamentam, b2) podem actuar na regra que fundamentam e, b3) podem fornecer competência para a regra; c) os princípios são dotados de um significado elástico ou indeterminado, de modo que sua aplicação envolve sempre um elevado grau de discricionariedade.

Analisadas as características dos princípios avançadas supra, pode-se, dessa forma, sintetizar como sendo funções dos princípios jurídicos as seguintes: a função “*fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, directiva e limitativa, servindo nessas seis dimensões como critérios e directizes para interpretação e aplicação (ou não) das normas de menor abstracção*”⁷.

Analisadas estas características e funções que se reservam aos princípios, não fica de forma clara e absoluta, estabelecida e diferença entre os princípios e as regras, na medida em que, num plano

⁶ GUASTINI, Ricardo; *Le Fonti del Diritto e L' Interpretazione*, in *Tratatto de Diritto Privato a cura de Giovanni Iurica e Paolo Zatte*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1993, p. 448-452, apud AMARAL, Claudio do Prado; *Princípios Penais, da Legalidade à Culpabilidade*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2003, pág. 44.

⁷ *idem*.

concreto podem existir regras com a finalidade ou interpretativa, ou integrativa, ou supletiva, ou directiva, ou limitativa ou fundamentadora, ou seja, nas seis dimensões acima apresentadas como sendo características dos princípios.

Partindo desta realidade, não basta enunciar as características dos princípios em abstrato, para elucidar as diferenças em relação às regras, nesta pretensão, uma análise detalhada das diferenças, a partir das características tanto dos princípios, quanto das regras não é um exercício inútil.

1.3. Diferença entre princípios e regras

A discussão em torno da distinção entre os princípios e as regras não é uma questão de todo contemporânea, todavia, é a partir da segunda metade do século XX, com a consolidação do Estado Social/Estado-providência, onde a protecção dos chamados direitos sociais é exaltado, que os princípios jurídicos ganham maior relevância, e a doutrina passa a ocupar-se deles com maior acuidade.

Mais recentemente, autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, desenvolveram estudos em torno dos princípios, onde procuram exaltar a diferenças destes perante as regras. Entre os autores de expressão portuguesa, Gomes Canotilho é o que mais se destaca no estudo deste fenómeno jurídico.

Para Ronald Dworkin, há uma diferença lógica entre princípios e regras, porquanto, os *“princípios são aplicados de forma ponderada, enquanto as regras são aplicadas de maneira do tudo ou nada⁸”*.

⁸ DWORKIN, Ronald (1977, 24), apud LOPES, José Reinaldo Lima; Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios, in *Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pág. 84.

No ponto vista prático, a visão de Ronald Dworkin, pretende sustentar que a aplicação dos princípios exige uma forma de raciocínio - a ponderação, ao passo que a aplicação da regra exige outra forma de raciocínio - a subsunção.

Nesta vertente, chega o autor norte-americano, finalmente, à conclusão de que os princípios podem ser aplicados em um caso cedendo a outro, enquanto as regras, se válidas são sempre aplicadas⁹.

Na visão de Robert Alexy, a qual não difere em tudo da visão de Ronald Dworkin, “*o ponto decisivo para distinguir princípios e regras, é que os princípios são regras que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes*”¹⁰.

Nesta óptica, os princípios permitem, que os resultados previsíveis entrem na justificação da sua aplicação através do critério da ponderação, ao passo que na aplicação das regras os resultados são irrelevantes.

A lição de Gomes Canotilho é que princípios e regras são igualmente normas, mas as regras prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; ao passo que a convivência dos princípios é conflitual; a convivência das regras é antinômica¹¹.

Duas regras contraditórias entre si não podem conviver validamente no mesmo ordenamento jurídico, ao passo que, princípios podem perfeitamente conviver no mesmo sistema jurídico, sem, contudo, poder apontar-se a existência de uma contradição lógica dentro do sistema jurídico em causa.

⁹ LOPES, José Reinaldo Lima, ob. cit; pág. 84

¹⁰ ALEXY, Robert; Teoria de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 86, apud, LOPES, José Reinaldo Lima, ob. cit; pág. 86.

¹¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim; ob. cit., pág. 168.

Nesta perspectiva, chega-se a conclusão que os princípios coexistem, as regras são antinômicas e se excluem. Deste modo, os princípios permitem um balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do *tudo ou nada*), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios com os quais estejam em conflito.

Em caso de conflitos entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, uma vez que contém apenas exigências de *standards* que, primeiramente, devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia), as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas) ¹².

Numa visão mais filosófica, é como que regressando, ao sentido do termo princípio que não constituí o foco de abordagem no presente trabalho, como já se esclareceu, pode-se afirmar que princípios são definições ou pressuposições, e desta maneira convertem-se em pontos de partida do raciocínio.

Nesta visão, “*princípios são pontos de partida, proposições ou premissas que não podem ser demonstradas, por serem justamente primeiros. Um princípio não se demonstra, mas serve como apoio a demonstração*”¹³.

Os princípios e as regras são normas, todavia, deve-se acentuar a condição dos princípios enquanto normas constitutivas, as quais são fundamento e alicerce do sistema jurídico como um todo, e dos ramos jurídicos em especial. A sua aplicação sempre demanda uma ponderação de conteúdos éticos e morais, dentro da qual o critério da proporcionalidade, em abstrato e no caso concreto deve nortear a actuação do intérprete – do aplicador da lei.

¹² GOMES CANOTILHO, José Joaquim; ob. cit., pág. 168.

¹³ LOPES, José Reinaldo Lima; ob. cit, pág. 94.

Capítulo II

Os princípios no direito penal

Justifica-se iniciar a abordagem aos princípios do direito penal através da sua origem fundamentadora, numa breve resenha histórica sobre a sua origem, evolução e acolhimento pelo constitucionalismo moderno (2.1.). Em seguida, por uma questão de concretização em relação ao ordenamento jurídico moçambicano, é importante analisar os princípios do direito penal acolhidos pela Constituição da República de Moçambique (2.2).

2.1. Origem e evolução dos princípios do direito penal.

Os princípios do direito penal que hoje conformam o direito penal nos países civilizados têm origem nos ideais do iluminismo, os quais se impuseram através da Revolução Francesa (de 1789), donde se inspiraram as formas políticas do Estado Liberal, Estado de Direito ou Estado Constitucional.

Vale lembrar que antes, com a exceção da Inglaterra, o terror do absolutismo se espalhava, não apenas no *Ancien Régime* da França, mais, também, na Península Ibérica. Portugal e Espanha, enquanto monarquias centralizadas, as quais iniciaram o processo de formação de impérios ultramarinos, igualmente exerceram as práticas absolutistas, seja na metrópole, seja nos territórios ultramarinos, concretamente em Moçambique, Angola, Brasil, Cabo-verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, etc.

Contudo é na França que o absolutismo teve o seu apogeu. Tendo surgido como poder ilimitado, valendo-se, também, de fórmulas muito conhecidas, como a utilização de tribunais de exceção, decisões executivas e judiciais secretas, edição legislativa pelo executivo através de decretos, etc, o absolutismo implementou a justiça, particularmente a justiça penal, de uma forma incompatível com a dignidade da pessoa humana.

“Na França, como na maior parte dos países europeus – com a notável exceção da Inglaterra – todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco, não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação¹⁴”.

Como é sabido, as práticas ocorridas no período do absolutismo monárquico da idade média, no âmbito da justiça penal, não tinham à frente qualquer barreira que afirmasse direitos e garantias em prol do respeito da dignidade da pessoa humana.

O absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, criou em volta da justiça penal uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. O arbítrio judiciário, praticamente sem limites, se expressava, não só na indeterminação das penas, como na falta de definição dos crimes. A punição era diferenciada entre nobres e plebeus, o processo era inquisitivo, a pena de morte era aplicada com frequência e executada de forma cruel. A tortura era largamente aplicada como um meio de se obter a confissão e a pena passava da pessoa do condenado¹⁵.

Contra essas práticas, floresceu o iluminismo, que com novas ideias tornou-se o principal ataque ao poder real absolutista. Jean-Jacques Rousseau, no seu livro *O Contrato Social*, explicou, fundamentou e promoveu o exercício da soberania pelo povo.

¹⁴ FOUCAULT, Michael; *Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões*; 22ª Edição, Petrópolis, Vozes, 2000, pág. 32.

¹⁵ MOTTA, Ivan Martins e VILLAS BÔAS, Regina Vera; *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 29.

As novas ideias foram fruto daqueles desmandos, estimulando-se a luta da razão em proveito do iluminismo e contra os preconceitos e a autoridade irracionalmente fundada. A razão foi o grande produto do iluminismo, no sentido justificativo do poder, baseado em conceitos físicos, palpáveis, lógicos e formalmente alcançáveis e dedutíveis¹⁶.

Foi na segunda metade do século XVIII que filósofos, juristas e pensadores dedicaram suas obras a censurar abertamente a legislação penal então vigente, defendendo os princípios que dignificam o homem. Nessa época, Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, publica em 1764 seu famoso *Dei delitti e delle pene*, inspirado nas ideias de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Hobbes e Locke. Os postulados formulados por Beccaria marcam o início definitivo do Direito Penal moderno¹⁷.

Com a decorrência do iluminismo, surge também o humanismo como uma ordem de restrição ao poder punitivo do Estado, protegendo o indivíduo enquanto sujeito detentor de direitos fundamentais. Assim, ao mesmo tempo em que a razão limitava a interferência estatal, também fundamentava o respeito a dignidade da pessoa humano.

Com a Revolução Francesa e com o iluminismo, a Constituição passou a ser um elemento formal de garantias – o núcleo de um Estado de Direito. Esta fórmula jurídico-política foi adoptada na maioria das constituições a partir do século XX e hoje é regra em todos os países que se pretendem civilizados.

Assim, consagra-se a ideia de que a Constituição forma-se, sobretudo, com a exigência de se estabelecer garantias fundamentais ao homem e a favor do homem em face ao Estado, manifestando-se tais garantias por meio de princípios dirigentes limitadores da intervenção do Estado na esfera da liberdade e integridade física individual¹⁸.

¹⁶ AMARAL, Claudio do Prado, ob. cit., pág. 27.

¹⁷ MOTTA, Ivan Martins e VILLAS BÔAS, Regina Vera; ob. cit, pág. 29.

¹⁸ Idem, pág. 30.

Com essa ideia garantista atribuída à Constituição no Estado de Direito e Democrático, esta incorpora um vasto leque de princípios, que se aplicam ou que se referem ao direito penal, com destaque ao princípio da legalidade, que se tem assumido como um principal princípio deste ramo de direito, princípios cujo seu acolhimento pela Constituição da República de Moçambique (CRM) serão posteriormente analisados na presente monográfica, particularmente o princípio da insignificância, que constitui o núcleo central da nossa abordagem.

2.2. Princípios do direito penal na Constituição da República de Moçambique.

Com o iluminismo, como ficou atrás referenciado assistiu-se um movimento constitucionalista, cuja principal característica, foi à colocação da dignidade da pessoa humana como valor fundamental de todos os sistemas jurídicos, pelo menos nos sistemas jurídicos de inspiração ocidental.

Este processo de dignificação da pessoa humana através da Constituição ocorreu através de princípios do direito penal, ou, ao menos, de princípios que se refletem no direito penal, designadamente: o princípio da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade, necessidade da pena, da ofensividade e insignificância.

A CRM, não sendo excepção as demais constituições dos Estados de Direito e Democráticos acolhe todos os princípios supramencionados, e estes traduzem a expectativa ética de todo um povo, no caso em concreto do povo moçambicano, e servem como directrizes da sociedade moçambicana, a qual orientará a legislação infraconstitucional, assim como o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

É certo que do leque dos princípios acima enunciados, nem todos são acolhidos de forma expressa ou explícita, ainda assim, esta realidade não pode afectar a validade e eficácia do princípio no ordenamento jurídico.

O facto de um princípio não estar consagrado de forma expressa levanta problemas de ordem teórica e prática, porquanto o seu reconhecimento e a sua aplicação podem ser rejeitados por via

de uma interpretação jurídica marcadamente positivista ou por via de uma interpretação meramente literal.

Há que reconhecer que em razão de alguns princípios penais não estarem consagrados explicitamente na CRM, a sua observância, por parte dos tribunais, do legislativo e do executivo é quase nula, como se verifica, em relação ao princípio da insignificância do direito penal, em função do seu desconhecimento.

O aplicador da lei penal em Moçambique reiteradamente afirma o princípio da legalidade na medida em que CRM, consagra-o de forma explícita nos números (nºs) 1 e 3, do art. 59, quando estipula que “*na República de Moçambique, todos têm direito à segurança e ninguém pode ser preso e submetido a julgamentos senão nos termos da lei*” e que “*nenhum cidadão pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime, nem ser punido com pena não prevista na lei ou com pena mais grave do que a estabelecida na lei no momento da prática da infracção criminal*” respectivamente.

A CRM, igualmente consagra de forma expressa os princípios da culpabilidade e da humanidade, visto que no nº 2 do art. 61, consagra a não transmissibilidade da pena e no art. 40, consagra a proibição da tortura e doutras formas de tratamento degradante e da pena de morte, facto que determina que estes princípios sejam recorrentemente referidos nas sentenças, acórdãos, comunicações, enfim em diversos textos produzidos pelos profissionais que trabalham com o direito penal.

Os restantes princípios supramencionados, com excepção do princípio da insignificância, igualmente encontram acolhimento expresso na CRM, resultando daí que a sua aplicação não seja problemática.

Os princípios ainda que não sejam acolhidos de forma expressa na CRM, estão consagrados de forma expressa em outros instrumentos legais, como é o caso do C.P e outras leis extravagantes, por exemplo o princípio da culpa ou da individualidade da responsabilidade da criminal, previsto

no art. 29 do Novo Código Penal (N.C.P), por isso, a questão da sua aplicabilidade no sistema jurídico não constitui motivo de controvérsia.

É sobre os princípios não expressos que se deve buscar fundamentos justificadores do seu acolhimento no sistema jurídico, com base nas diversas técnicas hermenêuticas que a conjugação de argumentos jus-filosóficos ou de justiça e também argumentos normativos, que consideram não apenas legislação interna, mas também internacional acolhida no ordenamento jurídico interno.

Neste contexto, impõe-se verificar se o princípio da insignificância encontra-se, acolhido ou não CRM, o que implica uma prévia análise da sua origem, do seu conceito, seu conteúdo e sua natureza jurídica, para a partir daí poder-se extrair elementos justificadores ou não do seu acolhimento na CRM.

Capítulo III

O princípio da insignificância

3.1. Origem histórica

A doutrina tem defendido a existência do princípio da insignificância no direito penal, como uma forma de reacção contra a máxima intervenção penal do Estado, que penaliza condutas típicas, cuja ínfima lesividade, não chegam a por em risco o bem jurídico-penal tutelado, fundamento da intervenção do direito penal.

O recente aspecto histórico da insignificância é inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir da consideração sobre a máxima latina *minimo non curat praetor*¹⁹.

Apesar da formulação actual do princípio em debate tenha sido realizada por Claus Roxin, encontramos vestígios dele na obra de Franz von Liszt, em 1903, que ao discorrer sobre a hipertrofia da legislação penal, afirmava que a legislação de seu tempo fazia uso excessivo da pena e, ao final, indaga se não seria oportuno restaurar a antiga máxima latina *minimo non curat praetor*²⁰.

Todavia, mesmo sendo consensual na doutrina que o princípio da insignificância resulta da máxima latina *minimo non curat praetor*, permanece questão controvertida a determinação da sua génese no que ao ordenamento jurídico diz respeito, existindo uma corrente que defende que sua existência tem origem no direito romano e outra que rejeita a existência dessa máxima no direito romano.

¹⁹ SANGUINÉ, Odone; *Observações Sobre o Princípio da Insignificância*, Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, ano 3, v. 3, n. 1, p. 36-50, jan./mar./1990; Apud DA SILVA, Ivan Luiz; *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Juruá Editora, Curitiba, 2011, pág. 93.

²⁰ SANGUINÉ, Odone; *idem*.

Há autores como Diomar Ackel Filho que afirmam que “*no tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava no Direito Romano, onde o praetor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante máxima contida no brocardo minimo non curat praetor. De lá para cá, o princípio subsistiu, embora sem que tivesse sido dado o merecido destaque, o que só agora vem acontecendo, a partir de seu moderno enfoque dado por inúmeros juristas europeus*”²¹.

Este posicionamento é dado que o Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a óptica de Direito Privado e não de Direito Público. Existe naquela máxima menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado as vezes a uma ou outra a situação de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade penal? Ao que parece, se não nenhum, uma, mas muito limitada, tanto que não se pode creditar aos romanos a herança do princípio da insignificância²².

Por outro lado, como esclarece Guzmán Dalbora, que a máxima *minimo non curat praetor* não existia no Direito Romano antigo, sendo, pois, sua fonte o pensamento liberal dos juristas renascentistas²³.

Assim, recusa-se a origem romana do princípio da insignificância, primeiro, por que considera-se que a *minimo non curat praetor* não era aplicada como um princípio de direito penal no direito romano, segundo, por que considera-se que a mesma era desconhecida dos juristas romanos antigos.

²¹ ACKEL FILHO, Diomar; *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, V. 94, pág. 72-77, abr./jun. 1988 *Apud* LOPES, Maurício António Ribeiro, *Princípio da Insignificância no Direito Penal, Análise à Luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência actual*, 2ª Edição Revista, Actualizada e Ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 41.

²² LOPES, Maurício António Ribeiro, *Ob. cit.*, pág. 42.

²³ DALBORA, José Luís Guzmán; *La insignificancia: Especificacion y Reducción Valorativas en el Ámbito de lo Injusto Típico*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 4, n. 14, pág. 41-81, abr./jun./ 1996, pág. 58.

Neste contexto, deve ficar assente que o princípio da insignificância tem origem na fase do Renascimento e do Iluminismo, dada que a “*formulação do minimo non curat praetor é obra dos juristas do Renascimento*”²⁴.

Alias, o princípio da insignificância melhor se ajusta ao pensamento liberal dos humanistas da fase do Renascimento do que a mentalidade autoritária vigente no Direito Romano do período imperial²⁵.

A insignificância representa assim, um dos momentos da luta pela afirmação da dignidade da pessoa humana, que surgiu através dos ideais do Renascimento e do Iluminismo, na luta contra o Estado Absoluto-Monárquico.

3.2. Conceito

O princípio da insignificância, enquanto um movimento contra dogmático a ideia da legalidade extrema e formal, tem encontrado algumas resistências na sua aplicação, resistência que funda sobretudo em argumentos positivistas.

Uma das principais trincheiras de resistência ao reconhecimento do princípio da insignificância e seus efeitos é o *deficit* conceptual que este apresenta, uma vez que argumenta-se que a indeterminação dos termos pode por em risco a segurança jurídica. Tal argumentação aduz que os critérios de fixação e determinação das condutas insignificantes para incidência do princípio são estabelecidos pelo senso pessoal de justiça do operador jurídico, ficando condicionado a uma conceituação particular e empírica do que seja crime de bagatela²⁶.

É um facto que “*nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a*

²⁴ DALBORA, José Luís Gusmán; *ob. cit.*, pág. 62.

²⁵ DA SILVA, Ivan Luiz; *ob.cit.*, pág. 98.

²⁶ *idem*, pág. 99.

*interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes de direito*²⁷”.

Ainda assim, partindo-se do princípio da proporcionalidade, enquanto critério valorativo constitucional determinante de máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins. E verificando-se que no Estado de Direito enquanto tal impõe-se a protecção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a protecção dos interesses públicos²⁸, diversos autores e alguma jurisprudência têm avançado com vários conceitos sobre o princípio da insignificância.

A doutrina e a jurisprudência têm, igualmente, conseguido fixar critérios razoáveis para a conceitualização e reconhecimento das condutas típicas afectas ao princípio da insignificância, com base na natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal²⁹.

Para Diomar Ackel Filho, “*o princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de factos que, por sua inexpressividade, constituem acções de bagatela, desprovida de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais acções, falta o juízo de censura penal*³⁰”.

Carlos Vico Mañas ensina que “*o princípio da insignificância pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar; pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do*

²⁷ LOPES, Mauricio António Ribeiro; ob. cit., pág. 45.

²⁸ PENALVA, Ernesto Pedraz; *El Principio de Proporcionalidad y su Configuración en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Literatura Especializada Alemanas, Constitución, Jurisprudencia y Proceso*, Madrid, Akal, 1990, p. 287, Apud DE MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama; *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pág. 35.

²⁹ MAÑAS, Carlos Vico; ob. cit., 1994, pág. 61

³⁰ ACKEL FILHO, Diomar; ob. cit., p. 73, Apud DA SILVA, Ivan Luiz; ob. cit., pág. 100.

*pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal*³¹”.

Por outro lado, Abel Cornejo, na doutrina argentina, também formulou proficuamente seu conceito, ensinando que o princípio da insignificância “*é aquele que permite não ajuizar condutas socialmente irrelevantes, garantido não só que a justiça se encontre mais desafogada, ou bem menos sobrecarregada, permitindo também que factos insignificantes não erijam em uma sorte de estigma prontuarial para seus autores*”³².

Para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil,

“Verificada a objectiva insignificância jurídica do acto tido por delituoso, é de ser afastada a condenação do agente, por atipicidade do comportamento. Não cabem para averiguação de tipicidade da conduta, ponderações sobre as circunstâncias pessoais do agente. Se determinado facto não é típico, passa a ser irrelevante se foi praticado por reincidente contumaz ou por alguém que não tenha antecedentes criminais, pois não há crime! Assim, se a análise concreta dos factos levar à conclusão de que a lesão ao bem jurídico é insignificante, a atipicidade do fato leva à inexistência de crime, pouco importando as circunstâncias pessoais do agente (...); esta Corte, para aplicar o princípio da insignificância, analisa as particularidades da conduta e de seu resultado — como, por exemplo, ausência de periculosidade social

³¹ MAÑAS, Carlos Vico; *ob. cit.*, pág. 81.

³² CORNEJO, Abel; Teoria de la Insignificância, Editora Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 59, Apud DA SILVA, Ivan Luiz; *ob. cit.*, pág. 100.

*da acção”... (STF — HC 93393/RS — Rel. Min. Cezar Peluso —
DJE 89, p. 366, 15.05.2009)³³.*

Neste contexto, pode-se afirmar que a jurisprudência brasileira assume o princípio da insignificância, como *“aquele que permite desconsiderar-se a típicidade de factos que, por sua inexpressividade, constituem acções de bagatelas, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal”* (TACrim-SP, Apli. 1.044.889/5, Rel. Breno Guimarães, 24.09.1997)³⁴.

Assim, acompanhamos a posição de Ivan Luiz da Silva, que afirma que,

“Não obstante o conceito do princípio da insignificância não esteja expressamente previsto em um dispositivo legal a doutrina e a jurisprudência têm cumprido a contento a função de formular uma definição objectiva para o princípio em debate. De nossa parte, conceituamos o princípio da Insignificância como aquele que interpreta restritivamente o tipo penal, aferindo qualitativa e quantitativamente o grau de lesividade da conduta, para excluir da incidência penal factos de poder ofensivo insignificante aos bens jurídicos penalmente protegidos³⁵”.

A questão da não previsão expressa em textos legais do conceito do princípio da insignificância, não afecta, pois, sua eficácia, dado que conceptualização feita pela doutrina e pela jurisprudência, resulta de forma clara que o princípio encontra-se acolhido no sistema jurídico, concretamente no sistema jurídico-penal, dado que *“no âmbito específico do direito penal, o*

³³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; *Direito Penal Esquematizado, Parte Especial*, 1ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, pág. 333.

³⁴ DA SILVA, Ivan Luiz; *ob. cit.*, pág. 100.

³⁵ *Idem.*

*princípio da proporcionalidade implica que aquele não deve ser utilizado como mero instrumento de poder; há-de estar sempre, ao contrário, a serviço de valores comunitários e individuais. Significa, ainda que deve ser guardada, em todo caso, a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do facto como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana*³⁶, justificando-se deste modo a exclusão da sanção nos casos em que a conduta não é ofensiva no plano material.

Sendo certa e comprovada a questão do acolhimento e da eficácia do princípio insignificância no sistema jurídico, ressalta dos conceitos analisados um desencontro relativamente a natureza jurídica deste princípio, porquanto, por exemplo, Carlos Vico Mañas no seu conceito fala do princípio da insignificância como instrumento de interpretação restritiva, resultando daí a necessidade de clarificar se o princípio da insignificância é um critério de interpretação ou um princípio constitucional, por um lado e, por exemplo, Diomar Ackel Filho, no conceito que fala do princípio um elemento excludente do juízo de censura penal, levantando, desde modo, a questão de se saber se o princípio em debate actua como causa de exclusão do tipo (ou de atipicidade) ou causa de exclusão da culpa, por outro lado.

3.3. Fundamentos da validade do princípio da insignificância.

O princípio da insignificância defende a ideia segundo a qual se a conduta praticada pelo agente atinge de forma tão ínfima um valor ou bem tutelado pela norma penal, não se justifica a repressão ou aplicação da pena, dado que juridicamente não houve crime.

Segundo Luiz Flávio Gomes³⁷, princípio da insignificância é um preceito que reúne quatro condições essenciais para ser aplicado: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do acto, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada³⁸.

³⁶ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de; *ob.cit.*, pág. 35

³⁷ Jurista e cientista criminal. Doutor em Direito penal pela Universidade de Complutense de Madrid e Mestre em Direito Penal pela USP. Presidente da Rede LFG. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Nesta acepção, o princípio da insignificância, assenta, sobretudo, na ideia da existência de uma tipicidade formal e uma tipicidade material, sendo condição para existência do tipo legal de crime, o preenchimento das duas formas de tipicidade, as quais têm pressupostos distintos na origem.

“A tipicidade formal exige a realização literal (gramatical) do facto típico descrito na Lei. Todo facto insignificante é, desde logo, formalmente típico. De contrário, nem sequer se coloca a questão da insignificância, que tem tudo a ver com o grau de ofensa ao bem jurídico. Quando essa ofensa é ínfima, nímia, não se justifica a intervenção do direito penal. Essas lesões ínfimas não fazem parte do âmbito do proibido. Nem tudo que é formalmente típico resulta materialmente típico. Na avaliação do que é materialmente típico (penalmente relevante) entra uma boa dose de sensibilidade e razoabilidade do juiz³⁹”.

Pela defesa que o princípio da insignificância faz ao afastamento do tipo legal em determinados casos em que existe um comportamento típico e ilícito, observados os pressupostos já acima enumerados com destaque para a irrelevância do valor da lesão praticada, várias tem sido as críticas apresentadas a este princípio, sobretudo em face de uma eventual colisão com o princípio da legalidade e da sua não previsão, pelo menos de forma expressa, quer na lei constitucional, quer na lei infraconstitucional.

É um facto que segundo o princípio da legalidade, somente a lei escrita, isto é, a lei criada e promulgada conforme dispõe a Constituição, pode criar crimes e penas. Todavia, esta realidade não pode afectar a validade do princípio da insignificância, na medida em o princípio da legalidade que sustenta que a lei é fonte formal dos tipos legais de crimes, não exclui a

³⁸ GOMES, Luiz Flávio; *Princípio da Insignificância*, Supremo Tribunal Federal concede quase 1/3 dos Habbes Corpus, Juízes ainda condenam por um pote de manteiga..., pág. 4, Disponível em <http://www.lfg.com.br>, consultado a 11 de Março de 2011.

³⁹ Idem, pág. 3.

possibilidade do seu afastamento em determinadas circunstâncias, sobretudo, nas situações da exclusão da ilicitude.

Ademais, há que notar que o princípio da legalidade, quando proíbe à criação de crimes e delitos por analogia, quando proíbe a criação de crimes e delitos pelo costume e a quando proíbe de retroactividade na aplicação da lei, assume-se, como uma garantia do cidadão contra a intervenção do poder punitivo do Estado, evitando a arbitrariedade e barbárie que se verificou antes da racionalidade penal.

O princípio da legalidade, igualmente não implica que sendo o facto típico e ilícito, deste logo existe crime, na medida em o delito pressupõe a existência de uma lesão, e a lesão não se pode analisar apenas no plano formal, mais, também no plano em que efectivamente foi sentida pelo titular do direito em causa, ou seja, no plano do dano sofrido pela vítima, o qual tem de ser relevante.

Por essa ordem de ideias, é de acompanhar o pensamento de Alberto Silva Franco⁴⁰, que apresenta como fundamentos da validade e de aplicação do princípio da insignificância os seguintes:

O primeiro, de ordem constitucional, é o de que se vive num Estado de direito e, conforme, Rudolphi, o Estado de direito implica mais que um mero Estado de legalidade. Seu verdadeiro fim é a justiça material. A importância significativa que tem as garantias formais contidas no conceito de Estado de direito, não permite que se olvide o segundo elemento fundamental do Estado de direito: o vínculo jurídico do poder estatal com a ideia de justiça material. Só em virtude dessa desvinculação tem justificação o princípio formal da legalidade, pois também um Estado antijurídico pode respeitar integralmente o princípio da legalidade.

FRANCO, Alberto Silva; *A Reforma da Parte Especial do Código Penal, Propostas Preliminares*, RBCCrim, ano 1, n. 3, 1993 pág. 69.

Entendido no seu sentido material, o Estado de direito consagra o respeito à liberdade da pessoa e à conformação da coisa pública, na base do princípio de sua protecção e num firme e ordenado poder estatal, cuja a ordem jurídica emanada do povo, liga toda a actuação estatal a estes fundamentos e ao esforço por uma configuração justa e igualitária das relações humanas. Em suma, o Estado de Direito corporiza em si a protecção da liberdade pessoal e a política dos cidadãos e a moderação jurídica de todo o exercício de Poder Público.

O segundo é de que existe uma correlação entre o direito e à liberdade moral extraída do próprio contexto constitucional e da concepção do Estado de direito e a noção de crime como facto necessariamente lesivo. O princípio *cogitationes poenam nemo patitur* é expressão desse direito de liberdade moral e a incriminação de simples comportamento interior constituiria sua violação e, por via de consequência, infringência ao próprio espírito da Constituição.

O terceiro fundamento, de ordem dogmático, e o de que os bens jurídicos cuja protecção é tarefa do Direito Penal não são objectos estáticos que permanecem em repouso, mais sim unidades funcionais de carácter social, sem as quais a nossa sociedade, em sua estruturação concreta, não seria capaz de existir. Só há bens jurídicos na medida em que estes estejam em função, quer dizer, na medida em que eles actuem na vida social e sua actuação esta nele contida. Vida, saúde, liberdade, propriedade, etc. não estão simplesmente aí: sua existência consiste em ser em função, isto é, exercendo efeito sobre a coesão social e recebendo efeitos dela.

O quarto fundamento é a de que o patrimônio, como bem jurídico tutelado, não é a soma aritmética de todos os bens de valor monetário de uma pessoa, quer dizer, não se trata de determinado estado, mas sim de uma concreta unidade funcional, a unidade da função de assegurar ao titular, como fundamento da vida económica da pessoa, um âmbito de efectividade económica e de existência.

O quinto fundamento é a de que a lesão patrimonial deve conceber-se na sua concreta repercussão no âmbito da vida de uma pessoa e não como uma diminuição abstrata de valor de seu potencial económica.

O sexto fundamento é, portanto, a de que a lesão patrimonial relevante deve possuir peso. O crime não tem apenas um modo de ser objectivo que o caracteriza, mas, tem também, por assim dizer, um peso, de sorte que há um limite de suficiência, por qualidade e quantidade de empresa criminosa. Aquém desse limite qualitativo e quantitativo não há racional consistência de crime, nem justificação de pena. Daí derivar para o intérprete, o entendimento de que negar relevância penal a factos que, por sua escassa lesividade, se achem abaixo do limite.

O sétimo fundamento é o de que a criminalidade de bagatela se situa exactamente no campo dessas lesões inofensivas, de pouca ou mínima significação, e sua relevância para a justiça criminal consiste não apenas na carga excessiva provocada pela mínima significação que impede a persecução de factos puníveis graves, mas também numa atitude, cada vez mais lassa da população sobre o âmbito do punível, produzida inevitavelmente pelo emprego indiscriminado do Direito Penal.

A conflitualidade entre os princípios, como ficou aqui acentuado quando se abordou sobre os princípios do direito em geral, igualmente sustentam a aplicação do princípio da insignificância, na medida, em que aplicação dos princípios no caso concreto, pode-se prescindir de um para que seja possível aplicar-se outro.

Não vale aqui dizer que o princípio da legalidade é dos mais importantes no direito penal, visto que esta realidade, não implica que este não pode ceder em casos concretos para aplicação de outros princípios.

Igualmente há que verificar que grande parte das regras aplicadas no direito penal não se encontram refletidas na lei, tal é caso das regras da imputação objectiva⁴¹, da punição dos crimes omissivos impróprios, por exemplo.

⁴¹ Por exemplo, a teoria da imputação objectiva de Claus Roxin. Cfr. ROXIN, Claus; Estudos de Direito Penal, 2ª Edição Revista, tradução Luís Greco, Renovar, São Paulo, 2008, pág. 101-133.

Por fim, deve ficar aqui assente, o que fim último do direito penal não é aplicação das regras contidas no Código Penal ou na legislação penal avulsa, extravagante ou extraordinária – o fim último do direito penal é a tutela dos bens fundamentais ou essenciais à comunidade.

Perante esta realidade, é incontornável a validade do princípio da insignificância, o qual importa agora demonstrar a sua natureza jurídica ou o molde em que o princípio é válido no direito penal contemporâneo.

3.4. Natureza jurídica do princípio da insignificância

A questão da natureza jurídica do princípio da insignificância não é consensual na doutrina e na jurisprudência. Parte da doutrina entende ser inafastável o entendimento de que princípio da insignificância é um verdadeiro princípio jurídico com dignidade constitucional (3.4.1). Outra parte da doutrina aponta o princípio da insignificância como sendo apenas um critério de interpretação e aplicação da lei (3.4.2).

3.4.1. O Princípio da insignificância como princípio constitucional.

Reconhecer o princípio da insignificância como um princípio do direito constitucional, importa primeiramente, reconhecer o princípio como um verdadeiro princípio jurídico (3.4.1.1) e, posteriormente, aferir-se acerca do reconhecimento constitucional do princípio da insignificância (3.4.1.2).

3.4.1.1. Princípio da insignificância como um princípio jurídico

A corrente que defende a natureza principiológica do princípio da insignificância alicerça a sua posição na concepção utilitarista do moderno Direito Penal, que exige a concreta ofensa ao bem jurídico atacado como justificação para fazer incidir a pena criminal sobre o agente da conduta típica⁴².

⁴² DALBORA, José Luís Gusmán; *ob. cit.*, pág. 57.

Assim, o princípio da insignificância vem a lume e impõe-se em razão da necessidade de se vislumbrar na estrutura do tipo penal um conteúdo material que leve à percepção da utilidade e da justiça na imposição de pena criminal ao agente de factos típicos. Configura-se, pois, num meio qualificador dos valores da estrutura típica do Direito Penal, já que em face de sua adopção não mais se contenta com o preenchimento da figura penal com a mera acomodação formal de seus termos⁴³.

Maurício Ribeiro Lopes considera assim, que “*o princípio da insignificância é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Estado de democrático – protecção da vida e da liberdade humanas - a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la*”⁴⁴.

Num plano alicerçado no conceito de norma jurídica, pode-se defender que o princípio da insignificância é um princípio jurídico, porquanto sendo o princípio uma norma jurídica, constitui um enunciado normativo que determina o dever-ser, desde que se tenha verificado a situação lógica hipotética descrita em seu suporte fático.

A estrutura lógica da norma jurídica, Segundo Ivan Luiz da Silva⁴⁵ é composta por três elementos: a hipótese (previsão abstrata de um comportamento), mandamento (comando imperativo) e a sanção (consequência jurídica).

O princípio da insignificância reveste-se destes elementos, porquanto, apresenta uma previsão (acção típica penalmente insignificante), mandamento (dever de omissão por parte do Estado) e a sanção (isenção de procedimento criminal contra o agente).

⁴³ LOPES, Mauricio António Ribeiro; ob. cit., pág. 34.

⁴⁴ LOPES, Mauricio António Ribeiro; ob. cit., 35.

⁴⁵ DA SILVA, Ivan Luiz; ob. cit., pág. 103.

Aliados aos elementos da norma jurídica que o princípio da insignificância possui pode-se sustentar o seu carácter normativo com base nos ensinamentos de Hans Kelsen que sustenta que normas jurídicas “*são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos, e como tais, comandos imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder e de competência*”⁴⁶.

Neste contexto, não se pode afastar o facto do princípio da insignificância permitir ou atribuir competências ao poder judiciário para afastar a incriminação nas situações em que a lesão da conduta formalmente antijurídica se reveste de carácter diminuto, incipiente.

Sendo certo que o princípio da insignificância é uma norma jurídica, importa agora verificar se trata-se de uma norma cujas características enquadram-se dentro das características das normas da espécie princípio.

Nesta vertente acompanha-se o pensamento de Robert Alexy⁴⁷, que utiliza a colisão de princípios como meio de identificar as normas da espécie princípios.

A colisão de princípios ocorre quando dois princípios apresentam soluções conflituantes diante de um caso concreto. Nessas circunstâncias um dos princípios deverá ceder, sem que isso signifique sua exclusão do ordenamento jurídico. Há, assim, a precedência do princípio de maior peso sobre o outro, que apenas será afastado da solução do caso concreto.

No caso de colisão de princípios opostos deve fazer-se uma ponderação de interesses em função do princípio da proporcionalidade, para aferir-se que princípio pelo seu peso e em função do bem jurídico que tutela deve prevalecer.

⁴⁶ KELSEN, Hans; Teoria Pura do Direito, 2ª Edição (1960), tradução João Baptista Machado, 7ª Edição da tradução portuguesa, Almedina, Coimbra. 2008, pág. 111.

⁴⁷ ALEXY, Robert; 1993, 87, apud, LOPES, José Reinaldo Lima, ob. cit.; pág. 86.

Na questão da insignificância, pode estar em causa, por exemplo, o direito a liberdade individual em contraposição ao direito a propriedade protegido pelo princípio da legalidade. No caso, dado que o bem jurídico penalmente tutelado não chega a ser materialmente lesionado, o direito a liberdade deve prevalecer, pela aceitação do princípio da insignificância que se sobrepõe, no caso concreto, ao princípio da legalidade.

Assim, resulta demonstrado, portanto, a natureza principiológica do princípio da insignificância, pois, a exemplo de outros princípios jurídicos, é um mandato de optimização que exige seu cumprimento dentro das possibilidades fácticas existente, possuindo, ainda, uma dimensão de peso, que, em caso de colisão principiológica, permite a ponderação sobre as condições da sua aplicação ou não⁴⁸.

O princípio da insignificância apresenta todos os elementos da norma jurídica e mantém uma relação de conflitualidade com o princípio da legalidade, por isso, é inafastável o seu carácter de princípio do direito, ainda que permaneça controvertida a questão do seu reconhecimento constitucional.

3.4.1.2. Reconhecimento constitucional do princípio da insignificância

O princípio da insignificância ocupa lugar entre os princípios do direito cuja função é a protecção da dignidade da pessoa humana, por via da protecção de um dos direitos fundamentais da pessoa humana - a liberdade individual.

O homem não pode deixar de ser visto como centro do Direito Penal. Os seus valores e dimensões que hoje maximamente se consideram conduzem-nos ao princípio constitucional fundamental do Estado Social Democrático de Direito, marca dos textos fundamentais e das concepções políticas de nosso tempo (conquanto a ordem económica não reflita precisamente essa escala de valor) que é o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹.

⁴⁸ DA SILVA, Ivan Luiz; *ob. cit.*, pág. 107.

⁴⁹ LOPES, Maurício António Ribeiro; *ob. cit.*, pág. 106.

De facto, a maioria das constituições modernas apresentam um princípio da protecção da dignidade da pessoa humana, sobre o qual se sustenta a consagração do princípio da insignificância.

Se aceita-se o carácter principiológico da insignificância, deve-se reconhecer necessariamente a sua dignidade constitucional, uma vez, que o simples facto deste não vir consagrado de forma expressa nas constituições, não pode afastar o reconhecimento da sua dignidade constitucional, como constatou Ruy Samuel Espíndola⁵⁰.

“Nessa linha, Canotilho aceita a tese de um Direito Constitucional não escrito, que fundamenta, em última instância, as ideias subjacentes no acima afirmado. No entanto, esse direito não escrito é encarado apenas como função de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas. Assim, muitos princípios constitucionais não escritos são produto da actividade integradora do Direito Constitucional, fruto da colmatação de lacunas, pois, ele entende que a integração constitui-se numa explicitação de normas implícitas; ou ainda, da complementação de várias disposições e ideias consagradas no texto, que permitem entrever princípios constitucionais não escritos”.

De forma sumária, defende-se aqui a dignidade constitucional do princípio da insignificância, tese que será reforçada, quando em concreto analisar-se o princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano.

3.4.2. Princípio da insignificância como critério de interpretação e aplicação da lei penal

Para Carlos Vico Manãs⁵¹, o princípio da insignificância, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, dado ter chegado à conclusão de que,

⁵⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel; ob. cit, pág. 198

⁵¹ MANÃS, Carlos Vico; ob. cit., pág. 81.

“Apesar da inegável evolução teórica do conceito de tipo penal, constata-se que a tipicidade continua a ser acima de tudo, juízo formal de subsunção, ou seja, de adequação de um facto a descrição que dele se faz na lei penal. Tal postura, contudo, não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do direito penal, pois, como os tipos penais são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha um alcance maior do que o desejado. Assim para que o juízo de tipicidade tenha efectiva significância e não alcance fatos estranhos ao direito penal, por sua irrelevância ou aceitação pela sociedade, deve ser entendido, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas no seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo”.

A conclusão de que o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação restritiva, igualmente alicerça-se na verificação que o legislador (penal) ao redigir o tipo penal apenas tem em mente os prejuízos relevantes que a conduta incriminada possa causar à ordem jurídica e social, embora não tenha como evitar que também sejam alcançados casos leves⁵².

Assim a relevância do princípio da insignificância, enquanto critério de interpretação restritiva é de nestes casos em que o legislador abrange situações com potencial lesivo nulo, reafirmar o carácter subsidiário e fragmentário do direito criminal e permitir a afirmação da proporcionalidade da pena em relação à gravidade do delito.

3.4.2. A nossa posição.

Sem objectar a posição que a aceita a insignificância como critério de interpretação restritiva, não se pode afirmar e concluir pela existência de uma incompatibilidade desta posição, com a aceitação do carácter constitucional do princípio da insignificância.

⁵² MAÑAS, Carlos Vico; *ob. cit.*, 80.

É comum nas constituições penais e processuais penais de vários países acolherem princípios clássicos de interpretação e aplicação da lei penal, como são os casos do princípio do *ne bis in idem*, o princípio do *in dubio pro reo*, etc.

Segundo Maurício Ribeiro Lopes, não é comum a doutrina referir-se a insignificância como autêntico princípio do direito. Explica o autor que a insignificância como princípio decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal. A medida que a doutrina evolui de um conceito formal para outro material de tipo, ela atribui um novo significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a penal criminal, onde se tem em consideração a ofensa concreta a um bem jurídico e gravidade do resultado concreto obtido ou que se pretendia obter⁵³.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da insignificância em um princípio constitucional que actua como um critério de interpretação restritiva da lei penal.

3.5. Importância do princípio da insignificância

A importância do princípio da insignificância pode ser apreendida a partir das lições de Diomar Ackel Filho, que lembra a seriedade da função jurisdicional, como actividade através do qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, realizando o direito objectivo. Actividade-poder de tal magnitude, implicando em acto de soberania do próprio Estado não deve deter-se, de qualquer forma, para considerar bagatelas irrelevantes, de modo a vulnerar os valores tutelados pela norma penal⁵⁴.

Destaca-se a sua importância pelo facto de servir como instrumento de limitação da abrangência do tipo penal as condutas realmente nocivas a sociedade, resguardando, assim, o ideal da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime⁵⁵.

⁵³ LOPES, Maurício António Ribeiro; *ob. cit.*, pág. 32-33.

⁵⁴ ACKEL FILHO, Diomar; *ob. cit.*, pag. 73-74.

⁵⁵ MAZUR, Bianca de Freitas; *O Princípio da Insignificância e sua aplicação nos crimes de contrabando e descaminho*. Monografia - Sector de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Paraná, Curitiba, 2001, pág. 14.

Hoje, perante a ausência de qualquer critério claro de criminalização, pergunta-se como deve proceder o legislador? Qual é o “dano” no tecido social ou para o indivíduo que o direito criminal pretende prevenir ou minimizar? Que dano causa à sociedade o furto de um pedaço de pão por alguém que está esfomeado? Ou mesmo as práticas homossexuais consentidas entre adultos? Será necessário censurar o uso da burka muçulmana? Este critério do “dano” será um critério necessário ou suficiente para a criminalização? Isto levanta ainda a questão de saber se há, ou se deveria haver qualquer relação entre aquilo que devemos criminalizar e aquilo que devemos considerar digno de censura (repreensível) ou mesmo imoral. Mas a moral de quem devemos criminalizar? A da maioria? Se sim, de que forma poderemos salvaguardar a moralidade, os interesses e os direitos humanos de certas minorias?⁵⁶.

Perante estes questionamentos, o princípio da insignificância revela a sua importância prática ao permitir retirar-se do âmbito do Direito Penal acções cujo conteúdo se revela ínfimo para actuação da justiça penal, não justificando sua mobilização. Dessa forma evita-se saturação dos seus órgãos, retirando-se inúmeros processos que poderiam ser resolvidos de outra forma. Outrossim, preserva-se, em decorrência de intervenção mínima, o interesse do cidadão, dando-lhe adequada resposta a conduta por ele praticada.

O princípio da insignificância concretiza o critério de *ultima ratio* que reveste o Direito Penal que nos é contemporâneo.

⁵⁶ Adaptação do texto do Prof. André Klipp (Faculdade de Direito da Universidade de Maastricht).

Capítulo IV

O princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano

No presente trabalho, como o tema indicia, procura-se em parte abordar sobre a relevância prática da aplicação dos princípios na interpretação e aplicação da lei penal, recorrendo-se, em concreto, sobre a interpretação e aplicação do princípio da insignificância, cuja natureza constitucional ficou assente no capítulo anterior.

Não obstante o conteúdo do princípio revelar características próprias de uma norma fundamental, porquanto, visa a protecção de um bem jurídico fundamental – a liberdade, é um facto que na CRM, o princípio não aparece consagrado de forma expressa, dado que nenhuma norma inserida na nesta se refere a este princípio de forma directa.

Assim, torna-se necessário o justificar o acolhimento do princípio da insignificância do ordenamento jurídico moçambicano (4.1), para em seguida discutir-se sobre seus efeitos na interpretação e aplicação da lei penal em Moçambique (4.2).

4.1. O acolhimento do princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano

A defesa que na presente monografia se faz sobre a consagração do princípio da insignificância na CRM assenta, fundamentalmente, em argumento de justiça (4.1.1) e em argumentos de ordem normativa (4.1.2) e na insuficiência da crítica ao acolhimento constitucional do princípio da insignificância (4.1.3).

4.1.1. Argumentos de justiça

A Constituição da República de Moçambique instituída na “*Segunda-República*”⁵⁷, em 1990 e revista em 2004, assenta, sobretudo, numa herança liberal, ainda que temperada com valores de

⁵⁷ Os teóricos do Direito Constitucional indicam que em Moçambique, até ao presente momento, vigoraram duas Repúblicas, a primeira, República Popular (Socialista), instituída com a independência em 1975 e a segunda,

protecção comunitária, resultantes da influência do socialismo e dos valores comunitários próprios da tradição africana.

Nesta qualidade, assume-se como instrumento de protecção de direitos humanos, particularmente de direitos civis e políticos, onde se destacam, o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da imagem e à reserva da vida privada dos cidadãos, entre outros.

Assim sendo, tal como todas as constituições democráticas do século XX pode-se nela encontrar um elemento material de conteúdo (o núcleo da ideologia liberal) e o elemento formal das garantias (o núcleo de um Estado de Direito). Este, efectivamente, pertence ao universo que traz as perenidades a que aspiram as liberdades humanas⁵⁸.

É assim, que a CRM, no art. 1, estatui que a *“República de Moçambique é um Estado independente, democrático e de justiça social”* e no art. 3 consagra que *“A República de Moçambique é um Estado de direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem”*.

Ao assumir-se como democrático e de justiça social, a CRM traz o princípio que as instituições do Estado, sem excepção alguma, guiam-se pela racionalidade e razoabilidade, como é característico dos Estados democráticos e justiça social.

Segundo ensina o Prof. Gomes Canotilho, a justiça faz parte da ideia do direito, e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais como os princípios da proibição do

República Democrática, instituída com transição do monopartidarismo para o multipartidarismo e abertura económica em 1990.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo; Curso de Direito Constitucional, 10ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 23.

excesso, da protecção da confiança, da indemnização de danos, do respeito à dignidade da pessoa humana⁵⁹.

A ideia da justiça e do direito como realça o Gomes Canotilho trazem consigo o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade, que hoje se assume como um princípio de controlo que impõe que na prossecução do interesse público, os órgãos do Estado devam socorrer-se meios adequados.

“Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma. Está aqui em causa o princípio da «justa medida». Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não é desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para alcançar-se um fim: pesar as desvantagens dos meios e às vantagens dos fins⁶⁰”.

Nesta visão o princípio, da insignificância é parte do princípio da proporcionalidade⁶¹, logo, está contido na CRM, porquanto a CRM, nos n.ºs. 2 e 3, do art. 56 consagra o princípio da proporcionalidade, ao afirmar que *“o exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos e interesses protegidos pela Constituição e que a lei só pode limitar direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição”*, respectivamente.

⁵⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Almedina, 2000, pág. 245.

⁶⁰ GOMES CANOTILHO, Jos Joaquim; ob. cit., pág. 269.

⁶¹ O princípio da proporcionalidade, primariamente dizia respeito ao problema da limitação do poder executivo no que tange a intervenção das liberdades individuais. Na doutrina discute-se, se se trata de um princípio do Estado de Direito ou conexo aos direitos fundamentais.

O princípio da insignificância, enquanto parte do princípio da proporcionalidade tem assim a função de no caso concreto, sustentar a prevalência da justiça e determinar um comportamento razoável do órgão estatal, reafirmando, deste modo, uma das características essenciais do Estado de direito e de justiça social.

Para Zaffaroni⁶², o fundamento do princípio da insignificância está na ideia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação a gravidade do crime. Assim, nos casos de mínima afectação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *phatos* ético da pena.

O princípio da insignificância pode também ser revelado pela complementaridade entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade, quando na interpretação deste último busca-se a justificação e proporcionalidade para a intervenção do poder punitivo do Estado.

Segundo, Maurício Ribeiro Lopes “*outros princípios expressos e não expressos podem também ser apontados como natural decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana de fácil reconhecimento se aplicadas as técnicas de hermenêuticas apropriadas, assim: o princípio da insignificância, o princípio da lesividade, o princípio da intervenção mínima (...)*”⁶³.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se consagrado no art. 40 e n.º 1, do art. 59 da CRM, que consagram o direito a vida e a integridade física, moral e a proibição da tortura ou tratamentos cruéis e desumanos e o direito a segurança e liberdade ao cidadão moçambicano, respectivamente.

Este princípio põe como pressuposto fundamental do Estado moçambicano, enquanto Estado democrático e de direito, um limite indeclinável ao direito penal, o qual se deve observar na

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. III, Ediar, Buenos Aires, 1989, pág. 554.

⁶³ LOPES, Maurício António Ribeiro; ob. cit., págs. 399-400.

intervenção punitiva sobre os direitos individuais, sob pena de violar os mandamentos de dignidade e liberdade consagrados nos dispositivos constitucionais supramencionados.

Portanto, ao conjugar-se o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade para determinar a justificação e a proporcionalidade da sanção aplicável, revela-se o princípio da

insignificância em matéria penal, que impõe a exclusão das condutas penalmente insignificantes do âmbito do direito penal, sob pena de violação do direito a dignidade e a liberdade que perpassa toda a ordem constitucional moçambicana.

4.1.2. Argumentos de ordem normativa

A CRM reconhece a validade e incorpora os princípios e regras que se encontram plasmados em outros textos normativos emanados do sistema jurídico internacional e da ordem jurídica interna, assumindo estes o carácter de princípios constitucionais implícitos e de regras constitucionais materiais

O art. 43 da CRM estipula que “*os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*”. Desta consagração, resulta por um lado, que aqueles instrumentos têm no ordenamento jurídico moçambicano dignidade constitucional, diferentemente de outros instrumentos de direito internacional, ratificados pelo Estado de Moçambique (regionais e internacionais), os quais têm dignidade infraconstitucional⁶⁴, nos termos do n.º 2, art. 18, da CRM.

⁶⁴ Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, é controvertida a questão da posição destes tratados nos ordenamentos jurídicos internos, havendo correntes que em função a defesa da soberania defendem uma solução de acordo com a estatuição do ordenamento jurídico interno e outra, que socorrendo do carácter universal e indivisível dos direitos humanos, sustenta uma posição supra-constitucional ou constitucional destes tratados. Cfr. PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª Edição, revista, ampliada e actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, págs. 43 a 106.

Desta consagração, resulta que os princípios contidos nos instrumentos jurídicos internacionais acima referidos, são igualmente princípios constitucionais no ordenamento jurídico moçambicano, e caso no caso de não terem sido incorporados na CRM de forma expressa fazem parte desta de forma implícita.

Por outro lado, a Constituição da República de Moçambique, consagra no seu art. 42 que “*os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes nas leis*”. Por via desta consagração, igualmente pode-se aferir que a constituição acolhe previsões constantes ou previstas em instrumentos legais infraconstitucionais, os quais passam a fazer parte da constituição de forma implícita, assumindo-se como normas da constituição material⁶⁵.

Em função destes argumentos de justiça e de ordem normativa, deve-se concluir que princípios implícitos estão sedimentados na CRM com a mesma força dos princípios expressos. O princípio da insignificância é um dos princípios implícitos que se reflete de outros princípios expressos na CRM, como também acontece com o famoso princípio da intervenção mínima, cuja sua dignidade constitucional decorre directamente do princípio da legalidade.

4.1.3. A insuficiência da crítica ao acolhimento constitucional do princípio da insignificância.

O Código Penal de 1886, prevê no seu art. 86 a substituição da prisão por multa correspondente, nos casos de aplicação de uma pena não superior a seis meses de prisão e no art. 88, prevê a suspensão da execução da pena, nos casos de condenação a prisão (até dois anos), ou multa, ou prisão e multa.

Destes dispositivos do Código Penal de 1886 podem levantar-se críticas ao acolhimento do princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano, porquanto este Código Penal

⁶⁵ Diferentes das normas da constituição formal, aquelas que efectivamente encontram-se acolhidas no texto da Constituição.

prevê para as infracções de menor potencial lesivo a substituição da pena de prisão por multa ou a suspensão da execução da pena.

O novo Código Penal (NCP), que entrou em vigor no dia 1 de Julho de 2015, estipula no art. 85 o seguinte:

1. As medidas educativas e socialmente úteis são aplicadas às infracções de pequena gravidade e são precedidas de uma negociação pacífica do conflito entre o ofendido e o infractor, com a participação ou não da comunidade, visando a reparação imediata do dano e a restauração da situação anterior.

2. São medidas educativas e socialmente úteis as seguintes:

- a) A crítica pública na audiência de julgamento;*
- b) A reparação dos prejuízos causados;*
- a) A prestação de trabalho socialmente útil por período não superior a noventa dias;*
- c) A privação, por período não superior a noventa dias, do exercício do direito cujo uso imoderado originou a infracção;*
- b) A multa cujo valor seja fixado entre um mínimo de 0,5% e um máximo de 50% do salário mínimo.*

3. As medidas educativas e socialmente úteis aplicam-se às seguintes infracções de pequena gravidade:

- a) Ofensas corporais que não resultem de acidentes de viação e que não produzam doença ou impossibilidade de trabalho por mais de vinte dias;*
- b) Furto desde que o valor dos bens ou objectos subtraídos não ultrapassem vinte salários mínimos;*
- d) Dano que não resulte de acidente de viação e em que o prejuízo causado não seja superior a vinte salários mínimos;*
- c) Outras infracções nos casos especialmente previstos na lei.*

Estes dispositivos igualmente podem sustentar posições tendentes a afirmar que o direito penal moçambicano não consagra o princípio da insignificância, porquanto, mesmo em relação a

instrumentos legais recentes, reconhece-se a necessidade aplicação de sanções as infracções de pequena gravidade, ainda que seja por via de sanções alternativas a pena de prisão.

O C.P e o N.C.P, em nenhum dos seus dispositivos legais determinam a exclusão da tipicidade nas infracções de menor potencial lesivo. Assim, sustentar o acolhimento do princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano, pode ser considerada como interpretação *contra legem*.

Nesta óptica, e a primeira vista parece ficar claro que o legislador penal estabelece tutela para todas as infracções de pequeno potencial ofensivo, sendo que, actualmente, a única alternativa a não aplicação da pena de prisão a estas é a aplicação das medidas educativas e socialmente úteis, medidas alternativas a pena de prisão e penas alternativas à pena de prisão, previstas nos arts. 85, 88 e 89 do N.C.P, respectivamente.

Todavia, os dispositivos legais acima mencionados não têm a potencialidade de afectar a validade do princípio da insignificância no ordenamento jurídico moçambicano, porquanto, tratam-se de normas infra-constitucionais. Estando o princípio da insignificância consagrado na CRM, em respeito ao princípio da constitucionalidade materializado no nº 4, do art. 2, da CRM, deve ele prevalecer sobre as demais normas infraconstitucionais.

A intervenção do princípio da insignificância torna o acto um não-crime, ou seja, conduta penalmente irrelevante em face de sua ínfima lesividade, o que não se deve confundir com um crime de menor potencialidade onde, efectivamente, ocorre uma lesão material. Na insignificância não há uma lesão material, apenas uma lesão meramente formal.

Na descrição do nº. 3, do art. 85 do N.C.P, por exemplo, claramente percebe-se a diferença a entre um crime de pequena gravidade e um não crime, porquanto, naquela descrição indicam como crimes de pequena gravidade as ofensas corporais cuja doença ou impossibilidade para o trabalho não atinja 20 dias e os furtos e danos cujo prejuízo não atinja 20 salários mínimos. Um não crime seria, no caso uma ofensa corporal que não resultou doença, nem impossibilidade para

o trabalho, um furto e um dano onde não é possível aferir um efectivo prejuízo patrimonial da vítima.

Segundo ensina Lycurgo Santos,

É preciso, antes de mais nada, considerar que o princípio da insignificância, que caracteriza o chamado crime de bagatela, impede a formulação de um juízo positivo de tipicidade, enquanto uma infracção de menor potencial ofensivo não prescinde de todos elementos caracterizadores da própria infracção penal. A magnitude da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, verificável nas provas produzidas, permite ao magistrado efectuar uma correcta distinção entre crime de bagatela e infracção de menor potencial lesivo⁶⁶”.

O princípio da insignificância afasta a tipicidade do crime por ausência de elementos materiais, ao passo que as medidas enunciadas nos arts. 85, 88 e 89 do N.C.P, visam apenas suavizar a sanção ou impedir a execução de uma pena, dada a menor ofensividade do crime cometido, portanto, são normas com diferentes mandados no direito penal.

4.2. Efeitos do princípio da insignificância na interpretação e aplicação da lei penal em Moçambique

Justifica-se antes de em concreto analisar-se os efeitos do princípio da insignificância na interpretação e aplicação da lei penal em Moçambique, abordar-se sobre as regras de interpretação das normas jurídicas⁶⁷ em geral (4.2.1), para posteriormente analisar-se sobre os

⁶⁶ SANTOS, Lycurgo de Castro; Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9.099/95, Revista Justiça e Democracia, São Paulo, R.T, n. 1, 1996, p. 204 Apud SILVA, Ivan Luiz da; *ob. cit.*, pág. 120.

⁶⁷ Assume-se que o conteúdo do termo normas, inclui tanto as regras, quando os princípios, como ficou assente da primeira parte do presente trabalho.

efeitos dos princípios na interpretação e aplicação da lei penal (4.2.2.) e, por último, analisar os efeitos concretos do princípio da insignificância (4.2.3).

4.2.1. Interpretação das normas jurídicas

A interpretação jurídica é, fundamentalmente, uma actividade que visa determinar o sentido ou significado real da norma jurídica. Esta pode ser autêntica ou então não autêntica, sendo autêntica quando é feita pelo órgão donde emana a norma jurídica e sendo não autêntica quando é feita pelo aplicador da lei⁶⁸ ou pelos estudiosos do direito, por um lado. Pode igualmente ser jurisprudencial ou doutrinária. É jurisprudencial quando resulta dos órgãos do Estado que têm a competência de dizer o direito aplicável aos casos concretos, portanto, os tribunais, e é doutrinária, quando é levada a cabo pelos teóricos do direito ou pelos práticos sem competências jurisdicionais, por outro lado.

A aplicação da norma (regra ou princípio) exige a definição do “caso” e a “adequação da norma ao caso”. Esta aplicação, este juízo de adequação é uma decisão, não inferência. Este juízo concreto, que consiste afinal na tarefa principal do jurista, não se dá apenas na esfera da *lógica das proposições*, ocorre, sobretudo, na esfera da *lógica dos termos*. Saber se é ou não o caso “A” e, portanto, se a norma é aplicável (seja regra ou princípio) é uma decisão⁶⁹.

Como observa Hans Kelsen, “*a relação entre o escalão superior e o escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação*”⁷⁰ No entanto, sustenta ainda o renomado autor alemão que “*esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular todas as direcções (sob todos os aspectos) o acto através do qual é aplicado*”⁷¹.

⁶⁸ Hans Kelsen considera a interpretação feita pelo aplicador da lei como sendo igualmente interpretação autêntica na medida em que neste tipo de interpretação verifica-se a criação do direito, ainda que seja direito aplicável ao caso concreto. Cfr. KELSEN, Hans; *Teoria Pura do Direito*, 2ª Edição (1960), tradução João Baptista Machado, 7ª Edição da tradução portuguesa, Almedina, Coimbra. 2008.

⁶⁹ LIMA LOPES, José Reinaldo de; ob.cit., pág. 90.

⁷⁰ KELSEN, Hans; ob.cit., pág. 30

⁷¹ *idem*

Partindo do pressuposto que a interpretação da norma é também um momento de decisão e de que a vinculação das normas é incompleta, é de concluir que no momento da interpretação e a subsequente aplicação da norma, o aplicador da lei tem várias as possibilidades na qual vai optar por uma.

No entanto, a opção que no ordenamento jurídico se espera do aplicador da lei ou do intérprete, não é uma opção contrário à vinculação das normas sejam princípios ou regras.

Tratando-se de aplicação de princípios, observa-se que como se sustentou anteriormente, a relação entre os princípios é conflitual, significando que estes convivem, um cedendo espaço a prevalência de outro de acordo com o caso concreto, portanto, num caso de conflitos entre princípios o aplicador da lei decidirá qual princípio deve prevalecer, de acordo com as suas convicções e ideologias.

É certo que Kelsen, enquanto positivista, confia que o aplicador deve sempre dar prevalência a aplicação das normas expressas nos textos legais e por esse facto foi alvo de fortes críticas, sobretudo dos pós-positivistas.

Sobre a crítica ao positivismo, Prado Amaral⁷², ressalta expressões de Shunemann e Horkheimer, ao afirmarem que o positivismo proporciona uma “*comodidade fascinante*” e que o “*pensamento crítico desperta resistência a sua aceitação*”, respectivamente.

Ainda assim, ao fundamentar a vinculação da ordem inferior a ordem superior, e o espaço de escolha que o aplicador da lei tem, uma vez que aplicar uma determinada norma é também um momento de escolha, um momento de decisão, Kelsen deixou um enorme contributo para prevalência dos princípios sobre as regras e a possibilidade da sua aplicação no caso concreto, por parte do aplicador da lei.

⁷² AMARAL, Cláudio do Prado, ob. cit., pág. 53.

4.2.2. Efeitos dos princípios na interpretação e na aplicação da lei penal

A aplicação das normas de direito penal lamentavelmente têm contribuído para a degradação da condição da pessoa humana, caminhando numa direcção oposta a aquela que foi proposta com a introdução do constitucionalismo moderno e consequente, assunção de dignidade constitucional por parte de grande parte dos princípios do direito penal.

Segundo observou Zafaroni⁷³, o sistema penal, sobretudo, nos países da periferia está estruturalmente montado para que a legalidade penal não opere, mas para que se exerça o poder com altíssimo grau de arbitrariedade selectiva, dirigida, naturalmente, aos sectores vulneráveis da sociedade.

Esta realidade ocorre sobretudo porque o aplicador a lei penal não aplica os princípios do direito penal, e quando aplica fá-lo de forma literal ou formal, como muitas vezes acontece com o princípio da legalidade.

Os princípios investidos da sua característica criadora, fundamentadora, conferem uma possibilidade para uma aplicação ampla das normas e os princípios do direito penal, dada a sua origem no combate a irracionalidade e barbárie, associados a sua dignidade constitucional, têm um enorme potencial promotor da dignidade da pessoa humana na medida em que afastam aplicação de normas que atentam contra esta dignidade. No âmbito da decisão do aplicador da lei, oferecem a possibilidade de uma interpretação mais humanista.

Entretanto, no ordenamento jurídico moçambicano, os juízes penais, ancorados ao conteúdo formal do princípio da legalidade tem afastado a validade de outros princípios como é o caso do princípio da insignificância, que poder-se-ia extrair do diálogo entre o princípio da legalidade com os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

⁷³ ZAFFARONI, Eugénio Raul; *Em Busca Penas Perdidas, A perda de legitimidade do sistema penal*, Tradução: PEDROSA, Vânia Romano e CONCEIÇÃO, Almir Lopes da, Revan, São Paulo, 1989, pág. 27.

Sob capa da obrigatoriedade da obediência a lei, prevista no n.º. 1, do art. 218 da CRM e da necessidade de se salvaguardar a segurança jurídica, o poder judiciário em Moçambique tem aplicado a letra da legislação penal, punindo condutas cuja aplicação da sanção penal revela-se manifestamente desnecessária⁷⁴.

A observação e a aplicação dos princípios pelos tribunais penais, permitiria a afirmação da justiça, mesmo nos casos em que esta não coincide com a letra da lei. A justiça é o fim último do direito e na sua busca, pode-se ir contra lei, desde que se busque amparo em princípios constitucionais que possam justificar a não aplicação da pena.

5. Efeito do princípio da insignificância na aplicação da lei penal em Moçambique.

Abordar sobre o efeito do princípio da insignificância na aplicação da lei penal em Moçambique implica desenvolver uma discussão teórica sobre os efeitos deste enquanto um princípio que advoga, sobretudo, a não aplicação da norma penal em determinadas situação concretas, considerando o valor do bem jurídico lesado pelo agente, associadas à real condição do agente e da vítima da infracção.

Neste contexto, sobre os efeitos excludentes do princípio da insignificância, pode haver alguma controvérsia, uma vez que pode-se defender que este princípio actua ao nível da culpa, por um lado e pode-se defender que actua a nível da tipicidade, por outro lado.

Para um positivista, o qual *“acredita que o positivismo jurídico confere à sociedade a previsibilidade das decisões jurídicas, o que seria impossível num sistema aberto”*⁷⁵, e por essa via tem-se um ordenamento jurídico justo, respeitado e igualitariamente aplicado, garantindo a

⁷⁴ Por exemplo no dia 25 de Outubro de 2011, o rapper Azagaia foi julgado e condenado a uma pena de prisão convertida em multa, pelo Tribunal Judicial do Distrito de Municipal de KaMaxaqueni pelo facto de ter sido encontrado com uma pequena quantidade de canábis sativa destinada ao consumo, em obediência ao disposto no art. 37 da Lei n.º. 3/97 de 13 de Março que pune o traficante consumidor de substâncias estupefacientes com uma pena de um a dois anos.

⁷⁵ AMARAL, Claudio do Prado, ob. cit., pág. 47.

ordem e paz social, os efeitos do princípio da insignificância apenas podem, na melhor das hipóteses, se situar entre as causas de exclusão da culpa, visto que na al.d) do nº 2, do art. 48 da N.C.P, admite-se cláusulas de exclusão da culpa que não estão referenciadas naquele dispositivo legal.

Porém, uma defesa mais radical duma interpretação positivista do direito penal, teria uma tendência de situar os efeitos do princípio da insignificância a nível das causas de desculpa, as quais apenas podem servir para atenuar a pena, determinando uma pena de prisão inferior dentro da moldura penal abstrato, ou então, determinando a aplicação de uma pena diferente da pena de prisão.

Não é esse o entendimento que aqui se propõe, pois, *“a adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei, não incide sobre a tipicidade material, que se traduz na lesividade efectiva e concreta do bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada ao réu”⁷⁶*.

Portanto, o princípio da insignificância, não se limita a extinguir a punibilidade, extingue a acção penal na medida em que, perante a aplicação deste princípio, não se pode falar da existência de crime, porquanto como já foi demonstrado, o princípio da insignificância é uma causa da atipicidade da conduta do agente.

As críticas positivistas em relação à eventual incerteza que esta solução pode trazer para a sociedade, responde-se lembrando a aplicação de qualquer regra comporta um certo grau de ambiguidade, dado que sempre esta presente, na maior parte dos casos, a discricionariedade do aplicador da lei, como aliás já reconheceu o próprio Kelsen, que afirmou ver *“o direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”⁷⁷*.

⁷⁶ Voto do Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal do Brasil num processo de julgamento de um Habeas Corpus, cujo detido havia furtado uma bicicleta avaliada em R\$ 120, a qual foi devolvida ao dono. Cfr. GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., pág. 3.

⁷⁷ KELSEN, Hans, ob. cit, pág. 382.

Em um facto que na realidade de Moçambique não se pode apontar um único caso em os tribunais aplicaram ou ponderaram a aplicação do princípio da insignificância perante caso concreto⁷⁸, contudo, não parece que o não recurso a este princípio tenha algum fundamento ideológico, como seja a defesa acérrima ao positivismo jurídico. O desconhecimento do princípio é a principal causa para a não aplicação deste princípio.

Assim, no que concerne a justiça penal o Estado moçambicano situa-se no tempo de von Liszt. O tempo do *Estado de Direito formal*, de vertente *liberal e individualista*; isto é, de um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal, mas alheio à valoração das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material ínsitos nos conteúdos definidos através daqueles esquemas⁷⁹.

⁷⁸ Na Colectânea de Jurisprudência do Tribunal Supremo 1990-2003, Volume I, 2007, não consta nenhum caso, cuja matéria controvertida relaciona-se com a aplicação do princípio da insignificância.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; Direito Penal, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, parte geral, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 23.

Conclusão

No presente trabalho discutiu-se sobre o alcance do princípio da insignificância na aplicação da lei penal em Moçambique. Na abordagem que se fez do tema foi incontornável a defesa do princípio da insignificância, enquanto princípio constitucional excludente da tipicidade de certos factos formalmente típicos. Porém, antes de se entrar em concreto na abordagem do princípio da insignificância, abordou-se sobre os princípios do direito no geral, e dos princípios do direito penal em particular.

Nesta vertente, foi possível sedimentar a ideia que os princípios, enquanto elementos do ordenamento jurídico com função normativa têm a característica de apresentarem-se como elementos com uma função fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, directiva e limitativa; que lhe conferem a faculdade de uma aplicação mais ampla em relação às regras jurídicas.

No que concerne a distinção entre os princípios e as regras, esta ficou explicada, sobretudo, pela particularidade da relação entre os princípios ser uma relação conflitual, podendo conviver no mesmo ordenamento jurídico vários princípios contrários, ao passo que a relação entre as regras é antinômica, ou seja, perante duas regras contrárias no mesmo ordenamento jurídico, uma deve, necessariamente, ser expurgada do catálogo das normas desse ordenamento jurídico, na medida em que estas se aplicam em jeito de “*tudo ou nada*”.

Ainda segundo o posicionamento acima, ficou assente que os princípios jurídicos são normas hierarquicamente superiores às regras jurídicas, as quais não podem contrariá-los, sob pena de porem em risco a lógica e racionalidade do ordenamento jurídico.

Analisando os princípios do direito penal, ficou patente que estes resultaram, sobretudo, das ideias do iluminismo, as quais vincaram a partir da revolução francesa, resultado da repulsa a barbárie do Estado absolutista, cujo apogeu foi ocorreu na França, tendo, porém, se verificado em muitos países do Europa continental.

A evolução do constitucionalismo moderno integrou vários princípios à Constituição, tendo o fim de exaltar a dignidade da pessoa humana. Este interesse é inerente a atribuição de dignidade constitucional dos princípios de direito penal, donde pontifica o princípio da legalidade.

Ao reconhecer a importância do princípio da legalidade entre os princípios do direito penal, realçou-se a sua função como instrumento de garantia dos cidadãos, visando prevenir a intervenção arbitrária do Estado na esfera dos direitos dos particulares. Igualmente, ficou demonstrado que este pode ceder espaço a outros princípios aplicáveis ao direito, estejam estes expressos ou implícitos na constituição, porquanto, a relação dos princípios é conflitual, portanto, deve ser ponderada no caso concreto, e visto que, os princípios implícitos encontram-se previstos na constituição com o mesmo valor dos princípios expressos.

Assim, os princípios penais constitucionais formam a base do ordenamento jurídico-penal e configuram-se em reserva do direito penal, visando garantir os direitos e liberdades fundamentais do cidadão em face ao poder punitivo do Estado. Estes estão presentes nas constituições de forma expressa ou implícita.

Quanto ao princípio da insignificância, ficou aqui patente que a sua origem resulta do pensamento liberal e humanista dos jus filósofos do Renascimento. Dessa forma, acompanhou-se a tese que refuta que o princípio da insignificância seja a restauração da máxima *minima non curat praetor*, que seria originária do Direito Romano antigo.

Essa defesa resulta do facto da máxima *minima non curat praetor* não constar no *Corpus Juris Civilis*, nem em outra fonte romana antiga, bem como pelo facto de não ser citada pelos comentaristas do Direito Romano.

O princípio da insignificância tem como característica fundamental, o facto de defender a inexistência de tipicidade material, sempre que o agente pratica um facto formalmente típico, contudo, afectando bens jurídicos irrelevantes, mínios ou insignificantes.

Assim, o princípio da insignificância pode ser reconhecido pelo enunciado *nullum crimen sine injuria* e definido como o princípio do direito penal que interpreta restritivamente o tipo penal para afastar a incidência da lei penal sobre a conduta que demonstra ínfimo grau de lesividade contra o bem jurídico penalmente tutelado.

Quanto a natureza, verificou-se que o princípio da insignificância tem a natureza de um autêntico princípio constitucional, com funções na interpretação e aplicação das normas jurídico-penais, cujo seu reconhecimento resulta do princípio da proporcionalidade e da complementaridade entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade, quando se busca a justificação para aplicação na pena criminal.

Em relação a sua importância, concluiu-se que o princípio da insignificância permite retirar-se do âmbito do Direito Penal ações cujo conteúdo se revela ínfimo para actuação da justiça penal, não justificando sua mobilização. Dessa forma evita-se saturação dos seus órgãos, retirando-se inúmeros processos que poderiam ser resolvidos de outra forma. Outrossim, preserva-se, em decorrência de intervenção mínima, o interesse do cidadão, dando-lhe adequada resposta a conduta por ele praticada.

Defendeu-se neste trabalho o acolhimento implícito do princípio da insignificância na CRM, desde logo, porque a CRM de forma clara prevê aceitação de normas de outros ordenamentos jurídicos ou de outras fontes legais, desde que tenham dignidade fundamental, isto no plano do que foi a nossa sustentação com base em argumentos normativos aqui discutidos.

Sustentou-se igualmente esse acolhimento com base em argumentos de justiça, e partindo do pressuposto que o Estado moçambicano se assume como um Estado de Direito Democrático e Justiça Social realçou-se dois princípios fundamentais destes Estados, enquanto produto do iluminismo e da revolução francesa, que são os princípios da racionalidade e a proibição do excesso ou princípio da proporcionalidade.

Em respeito a estes dois princípios é inadmissível que o Estado mova todo seu aparato coactivo, como forma de sancionar um agente que cometeu uma infracção, que do ponto de vista da lesão do bem jurídico tutelado é irrelevante.

No que tange aos efeitos do princípio da insignificância na interpretação e aplicação da lei penal, antes de mais, foi possível verificar que a interpretação das normas jurídicas sejam regras ou princípios, é um processo que consiste, sobretudo na decisão do aplicador da lei, primeiro em determinar o conteúdo da norma, segundo em determinar a norma a aplicar.

Neste processo, as normas de escalão superior condicionam as normas de escalão inferior, logo, os princípios de dignidade constitucional, ainda que apareçam de forma implícita sempre vão condicionar a aplicação das regras de carácter infraconstitucional.

Contudo, esta vinculação não é absoluta na medida em que o aplicador da lei tem a possibilidade de escolha entre várias possibilidades constantes no ordenamento constitucional.

Sobre os princípios do direito penal realçou-se a facto destes garantirem a dignidade do cidadão, através da proibição de normas de terror. Quanto aos efeitos princípio da insignificância em concreto, entre a possibilidade de constituir uma causa de exclusão da culpa ou de exclusão da tipicidade, portanto causa de extinção do procedimento criminal ou de afastamento do tipo legal, defendemos esta última possibilidade, por uma questão de coerência em relação aos pressupostos deste princípio e a sua dignidade constitucional.

Concluiu-se que a não referência e aplicação do princípio insignificância pelos teóricos e práticos do ordenamento jurídico moçambicano, sobretudo, os tribunais penais, resulta, sobretudo, de um profundo desconhecimento deste princípio, dado o seu carácter implícito nas fontes formais do direito, concretamente na Constituição.

Sugestões

O princípio da insignificância, por que se aplica em relação as infracções de escassa reprovabilidade e aos tipos penais que cuidam da ofensa a bens jurídicos de menor relevância, deve, de forma expressa, consagrar-se a possibilidade da sua aplicação relativamente a alguns tipos legais de crime, como de forma a impulsionar a sua aplicação no ordenamento jurídico moçambicano.

A sua consagração deve reconhecer a possibilidade de aplicar-se o princípio em relação a qualquer tipo legal de pontencial lesivo ínfimo, seja crime material ou formal, doloso ou negligente, omissivo ou comissivo, desde que se reconheça a escassa reprovabilidade da conduta em concreto.

Assim, dada a relevância do princípio da insignificância e diante do que até aqui ficou exposto, e como forma de realização de uma verdadeira justiça material no ordenamento jurídico moçambicano, recomenda-se o reconhecimento expresso do princípio da insignificância por parte do legislador, em relação aos tipos legais abaixo descritos:

- a) Crimes contra a propriedade, por exemplo, o furto, no caso de o agente ter subtraído um pão, uma caixa de fosforo e o dano, no caso de o agente cortar uma flor no jardim da vítima;
- b) Crimes contra as pessoas, por exemplo, as ofensas corporais, no caso de o agente dar uma palmada de ligeiras proporções a vítima, sem ocasionar nenhuma lesão corporal de qualquer tipo;
- c) Crimes contra a honra, por exemplo, a injúria, a calúnia e a difamação, nos casos em que os factos não afectam significativamente a dignidade, a reputação e a honra, como são as ofensas sem consequências palpáveis;

- d) Crime contra a economia, por exemplo, o descaminho, no caso de o agente não declarar o excesso de cota, em pequenos valores e;
- e) Crimes de tráfico de estupefacientes, por exemplo, o consumo de drogas, no caso de o agente possuir pequenas quantidades de droga para o consumo próprio, ainda que o consumo seja habitual.

Bibliografia

Manuais

AMARAL, Cláudio do Prado; *Princípios Penais, da Legalidade à Culpabilidade*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2003.

BONAVIDES, Paulo; *Curso de Direito Constitucional*, 10ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo; *Direito Penal, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, parte geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de; *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

ESPINDOLA, Ruy Samuel; *Conceito de Princípios Constitucionais*, 1ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FOUCAULT, Michael; *Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões*; 22ª Edição, Petrópolis, Vozes, 2000.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1995.

_____, José Joaquim; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Almedina, 2000.

KELSEN, Hans; *Teoria Pura do Direito*, 2ª Edição (1960), tradução João Baptista Machado, 7ª Edição da tradução portuguesa, Almedina, Coimbra. 2008.

LOPES, José Reinaldo Lima; Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios, in *Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

MOTTA, Ivan Martins e VILLAS BÔAS, Regina Vera; Manual de Direito Penal, Parte Geral, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

LOPES, Maurício António Ribeiro, *Princípio da Insignificância no Direito Penal, Análise à Luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência actual*, 2ª Edição Revista, Actualizada e Ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 9ª Edição, revista, ampliada e actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

ROXIM, Claus; Estudos de Direito Penal, 2ª Edição Revista, tradução Luís Greco, Renovar, São Paulo, 2008.

TRIBUNAL SUPREMO; *Jurisprudência do Tribunal Supremo*, Vol. 1, 2007, Maputo.

SILVA, Ivan Luiz de; *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Juruá Editora, Curitiba, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto; *A Reforma da Parte Especial do Código Penal, Propostas Preliminares*, IBCCrim, ano 1, n. 3, 1993.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; *Em Busca Penas Perdidas, A perda de legitimidade do sistema penal*, Tradução: PEDROSA, Vânia Romano e DA CONCEIÇÃO, Almir Lopes, Revan, São Paulo, 1989.

_____; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. III, Ediar, Buenos Aires, 1989.

Monografias

MAZUR, Bianca de Freitas; O Princípio da Insignificância e sua aplicação nos crimes de contrabando e descaminho. Monografia - Sector de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Paraná, Curitiba, 2001.

Artigos

DALBORA, José Luís Gusmán; *La insignificancia: Especificacion y Reducción Valorativas en el Ámbito de lo Injusto Típico*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 4, n. 14, pág. 41-81, abr./jun./ 1996.

GOMES, Luiz Flávio; *Princípio da Insignificância, Supremo Tribunal Federal concede quase 1/3 dos Habbes Corpus, Juízes ainda condenam por um pote de manteiga...*, pág. 4, Disponível em <http://www.lfg.com.br>, consultado a 11 de Março de 2011.

Jurisprudência

Acórdão 04/CC/13 de 17 de Setembro, do Conselho Constitucional.

Acórdão 02/CC/13, de 28 de Abril, do Conselho Constitucional.

Legislação

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Constituição da República de Moçambique.

Código Penal de 1886.

Código Penal de 2014.

Código de Processo Penal.

Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Povos.

Lei n.º. 3/97 de 13 de Março (Lei de Combate ao Tráfico e Consumo de Drogas).

Lei n.º. 35/2014, de 31 de Dezembro (Lei de Revisão do Código Penal).