



Luzia Bebiana de Almeida Sebastião

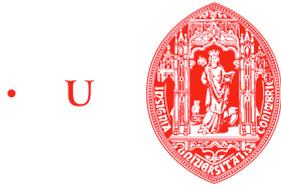
Legalidade Penal, Costume e Pluralismo Jurídico: A Experiência Angolana. O(s) Direito(s) e os Facto(s)

Tese de Doutoramento em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais
orientada pelo Senhor Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade e apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro/2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

LUZIA BEBIANA DE ALMEIDA SEBASTIÃO

Legalidade Penal, Costume e Pluralismo Jurídico:
A Experiência Angolana. O(s) Direito(s) e os Factos

*Tese de Doutoramento em Ciências
Jurídico-Criminais, orientada pelo Prof.
Doutor Manuel da Costa Andrade e
apresentada na Secção de Ciências Jurídico-
Criminais da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra*

Coimbra, 2015

*À minha Avó Luzia João de Almeida , de quem, em 1964, ouvi falar pela primeira
da Universidade de Coimbra*

*Aos Professores da minha família de quem segui o exemplo, Gaspar Adão de
Almeida (meu Tio Avô), Adriano João Sebastião (meu Pai) Sílvio Paulo de Almeida (Tio
–Mãe, porque irmão uterino de minha Mãe)*

*Ao Nvunda (meu marido) companheiro de todas as horas e co-autor espiritual
deste projecto*

AGRADECIMENTOS

À minha Mãe, Hermengarda Paulo de Almeida Sebastião, pela minha existência.

Aos meus filhos e netos, para que se recordem sempre de que nunca é tarde para aprender.

Aos Professores André de Oliveria Sango, José Octávio Serra Van-Dúnem, Carlos Feijó, Raúl Araújo, Jacob Massuanganhe e Rui Constantino da Cruz Ferreira pelo amparo.

Aos meus Professores Dr. Vasco Grandão Ramos e Orlando Ferreira Rodrigues, que me ensinaram Direito e Processo Penal, e aos colegas da Universidade Agostinho Neto, Faculdade de Direito, e de outras Universidades, pela ajuda e encorajamento.

Ao Benja Satula, Rosa Maria Guerra , Lidia Pataca Paiva e Adalberto Cauaia (companheiros de Gabinete no Tribunal Constitucional) pela incondicional colaboração.

Um agradecimento especial ao Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, meu Orientador; ao Sr. Professor Doutor António José de Avelãs Nunes pelo crédito que me concedeu; à Sra Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes, Sr. Professor Doutor Pedro Caeiro, e Sra. Dra. Conceição Gomes, por todo o apoio e paciência; e aos Sr. Drs. Pedro Sá Machado e Mafalda Matos pelo suporte.

SIGLAS E ABREVIATURAS

- AR – Assembleia da República
- BFD – Boletim da Faculdade de Direito
- CC – Código Civil
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- CF – Constituição da República Federativa do Brasil
- Cfr. – conferir
- CP – Código Penal
- CPLP – Comunidade de Países de Língua Portuguesa
- CRA – Constituição da República de Angola
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DL – Decreto-Lei
- GG – Grundgesetz (Lei Fundamental alemã)
- OIT – Organização Internacional do Trabalho
- p. – página
- pp. – páginas
- p. ex. – por exemplo
- PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos
- RMP – Revista do Ministério Público
- RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
- RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
- TC – Tribunal Constitucional
- s. – seguinte
- ss. – seguintes
- SADC – Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral
- StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)
- v. – Volume

RESUMO

A independência de Angola e a ainda breve história constitucional angolana não significaram o fim dos costumes da população nativa angolana. O ordenamento jurídico-constitucional angolano, por virtude da consagração do costume como fonte imediata do direito, nos termos do artigo 7.º da Constituição da República de Angola de 2010, assume uma posição realista que não ignora o que efectivamente vigora em muitas partes do território. Este “reconhecimento” constitucional do costume veio introduzir uma profunda alteração na tipologia das fontes do direito angolano, num quadro de pluralismo jurídico que admite a existência de um direito fora do direito do Estado, isto é, um direito de fonte não estatal. No âmbito do direito penal, o desafio passa por encontrar caminhos que facilitem a convivência entre os sistemas costumeiros consolidados e o sistema jurídico subordinado ao Estado que tem como garantias constitucionais o princípio da legalidade da intervenção penal, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The independence of Angola and the Angolan still brief constitutional history don't imply the end of the customs of the native population. The Angolan constitutional order, with the provision of the custom as an immediate source of law under the article 7 of the 2010 Constitution of the Republic of Angola, adopts a realistic position that does not ignore what actually prevails in many parts of the territory. This constitutional “recognition” of the custom has introduced a profound change on the typology of the Angolan law sources, with a legal pluralism framework that acknowledges the existence of rights outside the rule of law, i.e., a non-state source of law. Under the criminal law, the challenge is to find ways to facilitate the coexistence between consolidated customary systems and the legal system subordinated to the state whose constitutional guarantees include the principle of legality in criminal law, fundamental rights and human dignity.

ÍNDICE

Introdução

1. Delimitação do problema e razão de ordem
2. Determinações conceptuais e questões de terminologia
 - §1. Princípio da legalidade da intervenção penal
 - §2. “Indígenas” ou “nativos”?
 - §3. “Direito costumeiro” ou “Direito tradicional”?
 - §4. “Autoridade tradicional” ou “órgão do poder tradicional?”
3. Caso prático: “Kamutukuleno”

Parte I:

As origens históricas do princípio da legalidade da intervenção penal

Capítulo I: Do Direito Romano ao Estado-de-Direito

1. Ponto de partida
2. Idade Antiga
 - § único. O Direito Romano
3. Idade Média
 - §1. Considerações gerais
 - §2. A queda do império romano
 - §3. De Carlos Magno a Afonso X
 - §4. O particular exemplo francês
4. Idade Moderna
 - §1. Considerações gerais
 - §2. Da *Constitutio Criminalis Carolina* à Revolução Francesa
5. Idade Contemporânea
 - §único. O “Estado-de-Direito”
6. Conclusões

Capítulo II: No ordenamento jurídico português

1. Ponto de partida
2. Constituições Portuguesas

- §1. A Constituição Portuguesa de 1822
- §2. A Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826
- §3. A Constituição de 4 de Abril de 1838
- §4. A Constituição Portuguesa de 21 de Agosto de 1911
- §5. A Constituição Portuguesa de 11 de Abril de 1933
- 3. Ultramar Português: os “cidadãos ultramarinos” e os “indígenas”
 - §1. Considerações gerais
 - §2. A vigência da Constituição no Ultramar Português
 - §3. Os “cidadãos ultramarinos” e os “indígenas”
 - §4. Os “indígenas”
 - §5. O regime jurídico das populações indígenas
 - §6. Administração da justiça dos indígenas
 - §7. O “Estatuto do Indigenato” até à independência de Angola
- 4. Conclusões

Capítulo III: No ordenamento jurídico angolano

- 1. Ponto de partida
- 2. Constituições Angolanas
 - §1. A Lei Constitucional Angolana de 1975
 - §2. A Lei Constitucional de 1991
 - §3. A Revisão Constitucional operada pela Lei nº 23/92
 - §4. A Constituição da República de Angola de 2010
- 3. O direito costumeiro que perdura
- 4. Conclusões

Parte II:

Princípio da legalidade da intervenção penal versus Costume

Capítulo I: Fontes do Direito

- 1. Ponto de partida
- 2. Fontes do Direito
 - §1. “Teoria pluralista das fontes do direito”
 - §2. Visão clássica e visão moderna

- §3. No ordenamento jurídico angolano
- 3. Fontes do Direito Penal
 - §1. Fontes do direito penal em geral
 - §2. Fontes do direito penal no ordenamento jurídico angolano
 - §3. O artigo 7.º (“costume”) da CRA
 - §4. O artigo 223.º (“Reconhecimento”) da CRA
- 4. Conclusões

Capítulo II: Pluralismo Jurídico

- 1. Ponto de Partida
- 2. A perspectiva pluralista
 - §único. Concretização segundo António Hespanha
- 3. A Constituição numa ordem jurídica plural
 - §1. O primado da Constituição
 - §2. A “Constituição global” numa ordem jurídica plural
 - §3. O controlo da constitucionalidade
- 4. Pluralismo jurídico na “CPLP”
 - §1. Considerações gerais
 - §2. Brasil
 - §3. Cabo Verde
 - §4. Guiné Bissau
 - §5. Moçambique
 - §6. São Tomé e Príncipe
 - §7. Timor Leste
 - §8. Portugal
- 5. Pluralismo jurídico na América Latina
 - §1. Considerações gerais
 - §2. O direito penal indígena e o Convénio 169 da OIT
 - §3. México
 - §4. Guatemala
 - §5. Colômbia
 - §6. Equador
 - §7. Peru

§8. Bolívia

§9. Chile

§10. Venezuela

6. Conclusões

Capítulo III: À luz do ordenamento jurídico angolano

1. Ponto de partida

2. O costume e o “poder tradicional”

§1. Reconhecimento declarativo ou constitutivo?

§2. Para uma “acomodação mútua”

3. Os limites ao costume e ao “poder tradicional”

§1. Considerações gerais

§2. A não contrariedade com a Constituição

§3. Dignidade da pessoa humana

4. Para uma interpretação do artigo 7.º (“costume”) da CRA

§1. Considerações gerais

§2. A distinção entre princípios e regras

§3. O artigo 7.º (“costume”) da CRA como uma regra

5. Para uma interpretação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 65.º (“aplicação da lei criminal”) da CRA

§1. O princípio da legalidade da intervenção penal e a sua dimensão constitucional

§2. Lei penal escrita e reserva de lei

6. Costume versus princípio da legalidade da intervenção penal

§1. Considerações gerais

§2. Diferenças e semelhanças

7. Possíveis caminhos para a resolução de conflitos

§único. Coexistência entre os sistemas oficial-estadual e tradicional-indígena

8. Conclusões

Proposições Finais

Glossário

Bibliografia

INTRODUÇÃO

“Dario, durante o seu reinado, tendo convocado os Gregos que faziam parte da corte, perguntou-lhes em troca de que riquezas seriam capazes de devorar os pais mortos. Eles, porém, responderam que por nada o fariam. Em seguida chamou uns Indianos, denominados Calatinos, que comem os pais, e perguntou-lhes – na presença dos Gregos, que graças a um intérprete entendiam o que se dizia - por que preço aceitariam queimar no fogo os pais defuntos. Mas estes, em forte gritaria, exortavam-no a não dizer blasfêmias. Bem andou Píndaro, em meu entender, ao afirmar que “a tradição é a rainha de todas as coisas”.

Heródoto (3.38.3-4) HV MANITAS – Vol. LIII (2001)

1. Delimitação do problema e razão de ordem

O presente estudo ocupa-se do problema da *relação entre o princípio da legalidade da intervenção penal e o costume no âmbito de um pluralismo jurídico identificável no ordenamento jurídico angolano.*

Analisar a designada relação pressupõe ou convoca os conceitos de “princípio da legalidade da intervenção penal”, “costume” e “pluralismo jurídico”. Mas também nos remete para um questão muito particular que diz respeito ao ordenamento jurídico angolano: a compatibilidade do actual artigo 7.º da CRA, enquanto disposição normativa que prevê “reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”, com o artigo 65.º da CRA, cuja substância concretiza o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

Ora, se considerarmos que existe um “direito penal costumeiro”, direito esse de fonte não estatal, de natureza oral e, por conseguinte, não escrito, poderá ou não ser compatível com um direito penal que se estrutura na base da legalidade penal, segundo a qual só a lei escrita, proveniente de um parlamento, pode fundamentar a responsabilidade criminal? Poderá haver ou não, nesse caso, uma equiparação do costume à lei enquanto fonte do direito penal? Em que medida é que o costume pode afigurar-se uma fonte do direito penal? Resultando num conflito de fontes do direito, qual prevalece? A eleição de uma significará o afastamento necessário da outra? Ou haverá alguma forma de compatibilização?

Destas questões decorrem algumas das nossas dúvidas.

No continente africano as realidades culturais ganham particular expressão nos usos e costumes dos povos que nele habitam. Angola, como parte de África, não é excepção. Na qualidade de Estado-de-Direito que se tem vindo a estruturar na base dos princípios que hoje regem a grande maioria dos Estados modernos, mesmo que possa fazer transparecer a vigência entre os seus povos de um modo de vida de cultura essencialmente europeia-ocidental, a verdade é que esse modo de vida subsiste em paralelo com uma realidade cultural e com um sistema social que assentam em usos e costumes que, todavia, podem entrar em conflito com o que se pode designar de direito positivo, expresso nas leis que constituem o sistema jurídico angolano. E seria para nós simples afirmar que a CRA estabelece no n.º1 do Artigo 2.º que “a República de Angola é um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a soberania popular, *o primado da Constituição e da lei...*” (sublinhado nosso); e que no n.º1 do Artigo 6.º está previsto que a Constituição “é a lei suprema da República”, ou que nos termos do n.º2 do mesmo artigo o Estado se subordina “à Constituição e funda-se na legalidade, *devendo respeitar e fazer respeitar as leis*” (sublinhado nosso). Mas estaríamos a ignorar o mencionado artigo 7.º da CRA, aditado pelo legislador constituinte angolano em 2010, e também estaríamos a denegar a ampla vigência do costume em território angolano nas mais diversas matérias. No fundo, estaríamos a definir os contornos do direito angolano a partir de uma só fonte que o compõe.

Na verdade, o sistema jurídico angolano está desenhado com o recorte da família romano-germânica que, no geral, assume a lei como fonte de excelência do Direito e, em particular, como fonte do direito penal. É um facto que os axiomas fundamentais de um sistema só adquirem o seu verdadeiro sentido quando são tratados ou estudados no quadro do plano cultural e histórico a que estão destinados a reger; e se nos são dados a conhecer afloramentos de tais axiomas é certo que, por si só, estão ausentes de valor, adquirindo apenas sentido quando os encaixamos de forma harmoniosa na estrutura em que se integram, contribuindo, assim, como verdadeiros pilares de uma determinada forma de vida moral, jurídica ou política¹. Mas falamos também de fontes de direito que regem ou dirigem a vida das populações e não podem ou não devem, pura e simplesmente, ser

¹ Neste sentido e seguindo LUIS C. CABRAL, *Ubicación Histórica Del Principio “Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege”*, Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1958, p. 7-8

deixadas de fora do sistema, sob pena de o desarticular. Por outro lado, não basta a comprovação de um precedente histórico para se assinalar a efectiva vigência de um determinado axioma jurídico. Caso não se demonstre a sua essencialidade ou adequação, mesmo reconhecendo-o como essencial elemento histórico, é possível concluir que “não constitui um princípio fundamental para o sistema dentro do qual ele pode ver a luz”².

De todo o modo, o que nos parece indispensável é questionar e procurar a razão de ser da legalidade penal na realidade actual, cultural e jurídica angolana. Com efeito, a sua compreensão actual requer que se lhe dê a autonomia necessária para ser entendido no conjunto das condições necessárias e suficientes à sua vigência³. Para tal, elaborámos o presente estudo conscientes de que o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” não pode dispensar uma resenha histórica sobre a sua origem e surgimento, particularmente das condições objectivas que ditaram a sua elaboração e desenvolvimento. Um percurso histórico visa, sobretudo, explicar o instituto e dar-lhe o seu exacto valor, uma vez que não tem sempre o mesmo alcance, hoje ou no passado.

Neste sentido, a primeira parte do nosso estudo – “Parte I: as origens históricas do princípio da legalidade da intervenção penal” – procura ser uma caracterização sucinta, mas suficiente, da legalidade penal, num excuro que vai desde a idade antiga à idade contemporânea, ou desde o direito romano ao direito angolano. Percurso histórico que nos permitirá afirmar a vigência do princípio desde o seu surgimento (independentemente do momento em que efectivamente se consagrou na legislação dos mais diversos países) até à entrada em vigor em Angola, num primeiro momento enquanto colónia portuguesa e num segundo momento já como “República Popular Independente e Soberana” e “Estado Democrático de Direito”. Considerem-se, naquele primeiro momento, as vicissitudes próprias do contexto sócio-cultural em que o ordenamento jurídico português estava inserido, por exemplo, com a Revolução Francesa ou com o catálogo de direitos e

² Referindo-se precisamente à origem do princípio “*nullum crimen sine lege*”, JIMÉNEZ de ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Filosofía y Ley penal, Buenos Aires: Editorial Losada, 1959, p. 332 nota 67: “ a nuestro entender , y como ya lo hemos dicho en otras coyunturas y com motivo de otras instituciones, estos supuestos antecedentes, aunque tengan aparente parentesco com el problema que se estudia, responde a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes, que no podemos en verdad hallar en ellas el auténtico origen del problema que nos ocupa”.

³Também assim, LUIS C. CABRAL, *Ubicación Historica*, 1958, p. 7-9, considerando que do ponto de vista histórico um determinado princípio só deve ser situado na época em que o vemos actuar, com a força e o sentido que lhe cabe no contexto das ideias em que se encaixa como peça necessária, e encontrando a sua explicação no conjunto dos outros princípios que contribuem para fundamentar a estrutura da qual faz parte.

princípios aclarados na “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”, tendo sido o princípio da legalidade penal, em maior ou menor amplitude, adoptado posteriormente nas diferentes ordens jurídicas europeias, mas não necessariamente nos territórios colonizados. Ou considere-se, no segundo momento, face à independência de Angola, a organização de um novo “Estado-Nação”⁴ onde coabitam populações e tradições diversificadas, num espaço cujas dimensões – para empregar expressões de Boaventura de Sousa Santos – *oficial/não-oficial, formal/informal, tradicional/moderno, monocultural/multicultural e local/nacional* afiguram-se variáveis dicotómicas⁵, e que nos permitem olhar de outra forma para a legalidade penal.

Nesta ordem de ideias, *tendo sempre como pano de fundo o princípio da legalidade da intervenção penal*, ocupámos a primeira parte do nosso estudo com um primeiro capítulo que caminha do direito penal romano ao direito penal do Estado-de-Direito contemporâneo (“Capítulo I: Do Direito Romano ao Estado-de-Direito”); com um segundo capítulo que na órbita do ordenamento jurídico português averigua as diferentes Constituições, o ultramar português, e a eventual aplicação do princípio aos “cidadãos ultramarinos” e aos “indígenas” (“Capítulo II: “No ordenamento jurídico português”); e com um terceiro e último capítulo que culmina no ordenamento jurídico angolano, particularmente nos diversos contextos constitucionais, com todas as influências históricas precedentes (“Capítulo III: No ordenamento jurídico angolano”).

Todos estes factores históricos decerto que irão contribuir para uma análise mais nítida no momento de confrontar o princípio da legalidade penal com o costume, no âmbito das fontes do direito penal e, numa outra perspectiva, no âmbito do que podemos denominar “pluralismo jurídico”. O problema à luz do ordenamento jurídico angolano

⁴ Abrimos um parêntesis para dar conta de um conceito de “Nação” trazido por GRAÇA, Pedro Borges, *A Construção da Nação em África* (Ambivalência Cultural de Moçambique), Almedina, 2005, p. 19-24, conceito polissémico que permite, casuisticamente, uma definição operacional, para efeitos de fazer luz sobre a realidade que se pretenda aclarar. Assim, *Nação* é “o tipo ideal de um sistema de relações sociais caracterizado pela convergência de factores objectivos e subjectivos que estruturam e dinamizam uma situação de homogeneidade, ainda que parcial, assente na identidade cultural e na consciência nacional, isto é, na síntese de elementos culturais que conferem identidade e unidade a um conjunto de indivíduos, grupos e instituições, diferenciando-o de outros que estão para além das fronteiras do Estado, e na noção que os indivíduos têm de pertencer a esse mesmo Estado compreendendo o estatuto e o papel deste no sistema das relações internacionais”.

⁵ Nos mesmos termos de SANGO, André de Oliveira João, “A Relação entre o Direito Costumeiro e o Direito Estatal, e entre as Autoridades Tradicionais e o Estado”, in *The Shade of New Leaves, Governance in Traditional Authority, a Southern African Perspective*, HINZ, Manfred O., (editor) in collaboration with Helgard K Patemann, a Publication of the Center for Applied Social Sciences (CASS), Faculty of Law, University of Namibia, LIT VERLAG BERLIN, 2006, p. 121

parte precisamente dessas premissas. A segunda parte do nosso estudo – “Parte II: o princípio da legalidade da intervenção penal versus costume” – terá o especial contributo *do(s) direito (s) e dos factos da experiência angolana*, o que não significa excluir uma mínima caracterização de países que vivem, à semelhança de Angola, situações de pluralismo cultural e jurídico.

Julgamos importante procurar referências e soluções em ordenamentos jurídicos que pertençam à mesma família jurídica de Angola – a família romano-germânica –, nomeadamente países da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (“CPLP”) e países da América-Latina, em virtude do fenómeno da colonização que, não obstante as diferenças, convergiu em traços comuns nos territórios colonizados. Foi porventura também a partir dessas circunstâncias históricas que hoje se pode afirmar que vigora um “pluralismo jurídico” nesses países.

Em regra, não faremos um estudo comparado, embora possamos seguir os caminhos metodológicos da *microcomparação*⁶. Na nossa actividade iremos delimitar o objecto a comparar, procurando identificar as soluções dos diferentes ordenamentos jurídicos, especificamente no domínio jurídico-penal, mas apenas na estrita relação entre a legalidade penal e o costume; ademais, fará todo o sentido enunciar as semelhanças e as diferenças nos sistemas jurídicos em análise. De outro modo, não pretendemos com esta aproximação apresentar ou determinar objectivos de política legislativa nem aferir a eficácia das soluções na prossecução dos objectivos de cada sistema jurídico. O que verdadeiramente procuramos é a legitimidade de um “direito penal costumeiro” para, de seguida, o questionarmos no âmbito do ordenamento jurídico angolano.

Para atingir esse objectivo, dividimos a segunda parte do nosso trabalho em três capítulos essenciais: um primeiro capítulo capaz de revisitar as fontes do direito, em geral, e as fontes do direito penal, em especial (“Capítulo I: Fontes do Direito”); um segundo capítulo descritivo da perspectiva pluralista, incluindo o enquadramento constitucional numa ordem jurídica plural e os concretos exemplos em países da CPLP e da América Latina (“Capítulo II: Pluralismo Jurídico”); e um último capítulo, não menos importante, bem pelo contrário, que converge toda a matéria antecedente no âmbito do ordenamento

⁶ O Direito Comparado é uma Ciência Jurídica e, nesse sentido, tem o seu próprio objecto e o seu método. Sobre a microcomparação, veja-se MOURA VICENTE, Dario, *Direito Comparado*, V. I., 3ª Edição, Almedina, 2014, p. 19 e literatura referida em nota 2.

jurídico angolano, considerando o “poder tradicional”, o costume, o princípio da legalidade da intervenção penal, as disposições específicas da CRA sobre a matéria, e os possíveis caminhos para a resolução de conflitos entre as fontes do direito (“Capítulo III: o problema à luz do ordenamento jurídico angolano”).

Delimitado o problema, nesta razão de ordem, fica a nossa proposta de estudo.

2. Determinações conceptuais e questões de terminologia

§1. Princípio da legalidade da intervenção penal

A República de Angola, enquanto Estado-de-Direito, estabelece limites à intervenção estadual em nome da protecção e defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, “não apenas através do direito penal, mas perante o direito penal”⁷. O princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” desempenha duas importantes funções que importa salientar para o nosso estudo: traduz-se numa garantia dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, já que um dos principais objectivos do direito penal, a eficaz prevenção do crime, só pode ser tolerável se forem estabelecidos “limites estritos” à intervenção do Estado na esfera dos direitos, liberdades e garantias, precisamente de modo a evitar actuações arbitrárias ou excessivas⁸; e limita as fontes do direito penal⁹.

É comumente aceite que a *natureza garantística* do princípio da legalidade decorre de quatro aspectos fundamentais¹⁰: uma garantia criminal que exige que o crime

⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2007, p. 178, utiliza esta afirmação que considera paradigmática originária de CLAUS ROXIN.

⁸ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 178; no mesmo sentido, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Traducción de la 2ª Ed. Alemana y notas por Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1999, §5, p. 137

⁹ Por todos, veja-se JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 184, quando expressamente refere que só uma lei em sentido formal, ou seja, uma lei da Assembleia da República, ou por esta competentemente autorizada, pode definir o regime dos crimes das penas e das medidas de segurança e seus respectivos pressupostos. Cfr. ainda, nesse sentido CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, § 5, p. 159. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 8ª Ed., corregida y actualizada, al cuidado de Luigui Conti, Editorial Temis, Bogotá- Colombia, 1988, pp. 41 e ss. p. 51; MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4ª Ed., Editorial Verbo, 1992, p. 55.

¹⁰ De acordo com MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª Edición, Barcelona, 1998, p. 77-11. Também, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal- Parte General*, Acorde com el Nuevo Código Penal de 1995, com la colaboración de PRATS MORALES, Fermín e PRATS CANUT,

seja determinado por lei, “*nullum crimen sine lege*”; uma garantia penal que requer que a lei assinale a pena que corresponde ao facto, “*nulla poena sine lege*”; uma garantia jurisdicional segundo a qual a existência do crime e a imposição da pena devem ser determinadas por uma sentença judicial e segundo um procedimento legalmente estabelecido; e, finalmente, uma garantia de execução, em que a execução da pena deve também estar regulada numa lei. O que fica dito vale também – no ordenamento jurídico angolano, nos termos do artigo 65.º da CRA – para as *medidas de segurança* e seus pressupostos.

A partir da natureza garantística do princípio da legalidade penal está em causa uma lei *prévia, escrita, estrita e determinada*, identificando-se tradicionalmente os seguintes princípios: princípio da proibição da retroactividade (lei penal prévia); princípio da reserva de lei (lei penal escrita); princípio da interdição da analogia (lei penal estrita); e princípio da determinação, taxatividade ou tipicidade (lei penal certa)¹¹.

Com a exigência de *lei prévia* pretende-se proibir a aplicação retroactiva de leis que punam novos crimes ou agravem a punição de crimes já existentes. É necessário que, no momento da prática do crime, a pessoa saiba que está a praticar um crime ou a sujeitar-se a uma nova pena, questão que tem haver com a segurança jurídica. Já Hans-Heinrich Jescheck – baseado no artigo 103.º da Lei Fundamental Alemã (103 II GG) e no Código penal alemão (StGB §1) – salienta a importância para a segurança jurídica do comportamento punível se encontrar legalmente determinado antes da sua prática¹². Isto significa que tanto os pressupostos do comportamento como as consequências jurídicas do facto terão que estar determinados pela lei no momento da sua prática. Contudo, abrem-se excepções ao que fica dito a partir do princípio da aplicação da lei mais favorável, ou seja, defende-se a aplicação retroactiva da lei quando esta se afigure mais favorável ao arguido,

Miguel, Barcelona, 1997, p. 34; ainda, MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 108 -109. Embora a propósito das fontes do direito penal, mas dando-lhe particular realce enquanto obstáculo no sentido de constituir um limite que o juiz não pode, em nenhum caso, transpor, ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal*, 1988, p. 43 e s., considerando que o princípio da legalidade tem um conteúdo eminentemente político e que constitui uma garantia para os cidadãos no sentido de que lhes assegura que não sejam punidos, “castigados” para parafrasear o autor, senão nos casos previamente fixados pela lei e que, ainda, nesses mesmos casos não sofram outras restrições aos seus direitos que não estejam estabelecidos na lei.

¹¹ Veja-se, FRIAS CABALLERO, Jorge, CODINO, Diego, CODINO, Rodrigo, *Teoría del Delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 35-36.

¹² Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* 4ª Edición, completamente corregida y ampliada, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 112 e s.

pois entende-se que se a lei nova deixa o crime sem castigo ou diminui a pena, a lei anterior deixa de se afigurar, por assim dizer, necessária na protecção da sociedade. Nesse caso, a lei nova não se opõe ao princípio da legalidade¹³.

Por sua vez, *a lei escrita exclui o costume das fontes dos crimes e das penas*¹⁴. Fala-se de uma “lei formal” emanada do poder legislativo, enquanto representante do povo. Trata-se aqui da garantia política do princípio, razão fundamental que presidiu ao pensamento reformador do direito penal nos séculos XVII e XVIII, para afastar a prática dos tribunais que julgavam segundo o seu livre arbítrio, pondo em permanente risco a segurança jurídica das pessoas; terá sido a partir do chamado “iluminismo” que se exigiu uma lei escrita¹⁵. Numa perspectiva actual, para reafirmar a função de garantia da lei penal, Hans-Heinrich Jescheck sublinha que – à luz do princípio da reserva de lei derivado do artigo 20.º, III, da Lei fundamental Alemã (GG) – todos os actos do Estado que sejam gravosos para os cidadãos necessitam do apoio de uma lei formal¹⁶. Isto aplica-se, em primeira linha, ao direito penal porque este é o ramo de direito no qual as garantias formais do Estado-de-Direito mais se têm desenvolvido, já que nada poderá ameaçar mais a liberdade individual do que a arbitrariedade das autoridades que detêm o poder de punir. Nas suas diferentes intervenções, p. ex., na esfera da liberdade ou na esfera da propriedade, a intervenção jurídico-penal produz um efeito particularmente gravoso, justificado pelas condutas lesivas de bens jurídicos que recebem da sociedade uma reprovação ético-social. Daí que a lei penal e a sua aplicação devam, não só do ponto de vista formal mas também no seu próprio conteúdo, responder às exigências de justiça que enformem um Estado-de-Direito material.

Por outro lado, a efectivação desta garantia deve estar – ainda segundo Jescheck – subordinada a uma correcta técnica legislativa, já que o grau de vinculação do juiz à lei depende do grau de exactidão com que a vontade colectiva nela se expressa. Esse efeito só se obtém com a “vinculação do juiz a uma lei formal”, residindo aqui a vantagem da lei

¹³ A questão traduz-se bem mais complexa do que aparenta, para um desenvolvimento cabal cfr. TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª edição revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

¹⁴ Questão controversa, quando se trata da aplicação do princípio em sociedades multiculturais, onde o costume é uma importante fonte de direito, como no caso da República de Angola. Questão que reservamos para mais adiante tratar.

¹⁵ Assim nos elucidam, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 1998, p. 78; e JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 1993, p. 117.

¹⁶ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, p. 112 e s.

face ao costume. Com efeito, a lei reflecte o panorama jurídico para o cidadão, com clareza e precisão, e, assim, confere a garantia de estabilidade que a previsibilidade reclama. E, por se afigurar abstracta, ou seja, com uma redacção que está para além do caso individual, acaba por assegurar uma melhor unidade e igualdade na aplicação do direito¹⁷. Mas não deixamos de assumir uma posição cautelosa em relação ao que fica dito. Ainda que a generalização da redacção seja um benefício para a previsibilidade, poderá constituir também um perigo para a segurança jurídica, uma vez que a nivelação das diferenças materiais pode levar à criação de cláusulas gerais que diminuem a função de garantia da lei penal; por isso, o legislador não deve apenas ficar preocupado com o simplificar, mas também com o assinalar “*mediante específicos conceitos gerais, os elementos distintivos que são determinantes para a delimitação dos tipos penais*”¹⁸. É a conjugação da generalização com a diferenciação que dá as bases para formar, no direito penal, os grupos de tipos que conferem importância prática à função de garantia da lei penal. São os elementos descritivos do tipo que estabelecem essa vinculação estrita do juiz à lei¹⁹.

De todo o modo, diga-se que o princípio da reserva de lei, que conheceu o seu sentido num sistema liberal e garantista, não consegue, por si só, oferecer essa garantia de forma efectiva. Limita-se, somente de modo formal, a fazer uma exigência do monopólio legislativo na criação dos crimes e das penas. Não é senão um meio de garantia que depende de um conjunto de outros diferentes princípios a partir dos quais as garantias do indivíduo, face ao poder punitivo do Estado, se efectivam.

Certamente que a *lei estrita* e a *lei certa* complementam as garantias para os cidadãos. A norma deve ser precisa, determinada, o que significa que as condutas puníveis devem estar nela claramente recortadas, descritas, bem como as penas que da sua prática podem resultar. Trata-se do aspecto material do princípio da legalidade que procura evitar que a segurança e a garantia do princípio sejam defraudados. Com efeito, se a lei penal prévia se limitasse a utilizar cláusulas gerais absolutamente indeterminadas aquela materialidade ficaria defraudada. A concretização da determinabilidade da norma expressa-se, na teoria do crime, através da exigência da tipicidade do facto e, na teoria da

¹⁷ *Ibidem*, p. 114.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 115.

determinação da pena, na exigência de uma legalidade que limite o arbítrio judicial²⁰. Por outras palavras: as leis penais devem ser precisas de modo a que o seu conteúdo e limites possam ser apreendidos do texto legal com a maior segurança possível; o que nos remete para o princípio da proibição da analogia²¹.

Coisa diferente é saber qual o âmbito de aplicação do princípio da legalidade penal. Efectivamente, o princípio aplica-se às normas penais em sentido estrito, aquelas que, para acções ou omissões, estatuem penas ou medidas de segurança. Mas também alarga-se ao direito penal enquanto conjunto de normas sancionadoras, particularmente às suas fontes, ou seja, não só tem aplicação às disposições legais que preveem crimes na parte especial do CP e na legislação extravagante, como também à parte geral do CP, em relação às normas que estabelecem os critérios positivos da punibilidade, os pressupostos genéricos das medidas de segurança, as causas de agravação da pena e das medidas de segurança e a extensão da punibilidade a outras formas de infracção, como a tentativa e a comparticipação²².

Hoje não se pode, por conseguinte, desatender à dimensão do princípio da legalidade da intervenção penal no Estado-de-Direito. A constatação do cumprimento dos enunciados do princípio da legalidade é, nas palavras de Rodriguez Mourullo, “pedra de toque para comprovar se as exigências do Estado de Direito são ou não respeitadas ... determinação que constitui a insubstituível garantia de segurança política para os direitos fundamentais da pessoa, cujo alcance representa para o Estado de Direito, uma verdadeira exigência ética.”²³. E por se tratar de uma autêntica garantia jurídico-política contra as arbitrariedades punitivas dos tribunais ou dos governos, o princípio da legalidade penal conquistou um lugar central nas Constituições que respeitam os princípios do Estado-de-Direito ocidental.

Como já mencionámos, o princípio da legalidade está actualmente previsto no artigo 65.º da CRA, enquanto garantia para os cidadãos.

²⁰ Nestes termos, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1988, p. 78.

²¹ Aprofundadamente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 187 e s.

²² Assim, BRITO, José de Sousa e, “A lei penal na Constituição”, in *Estudos Sobre a Constituição*, V.II, Coordenação de Jorge Miranda, Livraria Petrony, 1978, p. 233-234. Embora existam posições que defendam que o princípio não é aplicável às disposições da parte geral do Código Penal. Veja-se *apud* Sousa Brito, obra citada, p. 234, MAURACH, Reinart, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª Ed., 1971, p.96. posição cujo desenvolvimento aqui não faremos.

²³ Citado por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal- Parte General*, Barcelona, 1997, p. 33-34.

A este propósito interessa salientar que no regime da Lei Constitucional da República de Angola, particularmente na Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro, que vigorou até 5 de Fevereiro de 2010, a definição de crimes, penas, medidas de segurança e processo criminal constituíam reserva relativa da competência da Assembleia Nacional. Este regime significava que a Assembleia podia conceder autorização legislativa ao Governo para legislar sobre estas matérias, pois veja-se a alínea e) do artigo 90.º da Lei n.º 23/92 de 16 de Setembro. Com a entrada em vigor da Constituição da República de Angola de 2010 houve um reforço dessa garantia política uma vez que *a regulação destas matérias constitui agora reserva absoluta de competência da Assembleia Nacional*, ou seja, o poder executivo ficou totalmente afastado do exercício do *ius puniendi*: veja-se, pois, alínea e) do artigo 164.º da Constituição da República de Angola.

§2. “Indígenas” ou “nativos”?

O problema que nos propomos estudar circunscreve-se também às pessoas que nasceram no mesmo território que habitam, cujos ancestrais sempre habitaram, e que partilham, entre outras características, os mesmos *costumes*. Provavelmente é adequado chamar a estas pessoas “indígenas” ou “nativos”, como sinónimos com a mesma intencionalidade expressiva.

Contudo, mesmo fazendo referências aos “nativos”, destacamos a expressão “indígenas” não só por ter sido a opção do legislador em diplomas legais que teremos oportunidade de estudar, como também pelo facto de existirem estudos no âmbito Nações Unidas (nomeadamente do Departamento dos assuntos económicos e sociais) que agregam ideias básicas para uma definição aceitável do conceito. Os critérios de definição aceites, mas não exclusivos, são os seguintes²⁴: “ocupação de terras ancestrais, ou pelo menos parte delas”²⁵; “ascendência comum com os ocupantes originais dessas terras”; “a cultura em geral, ou manifestações específicas (como a religião, viverem sob um sistema tribal, pertença a uma comunidade indígena, roupa, meios de subsistência, etc.)”; “a linguagem (língua única, língua materna, como meio habitual de comunicação em casa ou em família,

²⁴ De acordo com o Departamento de Assuntos Económicos e Sociais, divisão para a política social e desenvolvimento, secretariado do fórum permanente para os problemas indígenas, documento PFII/2004/WS.1/3, original em inglês, tradução nossa.

²⁵ Cfr. glossário para uma proposta de noção de “terra ancestral”.

etc.)”; “residência em certas partes do país ou em certas regiões do mundo”; entre outros factores relevantes.

Convém notar que “indígena” é aquele que se auto-identifica como indígena, com uma consciência de grupo e com um reconhecimento e aceitação como um dos seus membros no seio desse mesmo grupo²⁶. Razão pela qual essas comunidades tradicionais²⁷ preservam o direito soberano e o poder de decidir quem pertence ao grupo, sem qualquer ingerência externa²⁸.

§3. “Direito costumeiro” ou “Direito tradicional”?

Importa clarificar que as comunidades tradicionais em Angola não utilizam a expressão “costume”²⁹ que se refere ao conjunto de práticas sociais reiteradas que transmitem um sentimento de obrigatoriedade jurídica. Utilizam a expressão “tradição”: uma referência ao conjunto de práticas ancestrais que servem de conduta comunitária³⁰. Não obstante, utilizaremos na maioria das vezes o “costume” como sinónimo de “tradição”.

Por essa razão, para além das expressões “direito costumeiro” ou “direito consuetudinário”³¹, acrescentamos como sinónimo a expressão “direito tradicional” – por vezes, “direito tradicional-indígena” – para nos referirmos ao conjunto de costumes, usos³² e tradições que regem as relações sociais, económicas e políticas da comunidade tradicional.

§4. “Autoridade tradicional” ou “órgão do poder tradicional?”

No que diz respeito às entidades que personificam e exercem o poder no âmbito de uma determinada comunidade tradicional, podemos denominá-las “autoridades tradicionais”. Estas confundem-se com os “órgãos do poder tradicional”, representativos

²⁶ Documento PFII/2004/WS.1/3

²⁷ Cfr. glossário para uma noção de “comunidade tradicional”.

²⁸ Documento PFII/2004/WS.1/3

²⁹ Cfr. glossário para uma noção de “costume”.

³⁰ Cfr. glossário para uma noção de “tradição”.

³¹ Cfr. glossário para uma noção de “direito consuetudinário”.

³² Cfr. glossário para uma noção de “usos”.

da comunidade tradicional e que exercem o poder e autoridade de acordo com o direito consuetudinário.

Teremos oportunidade de estudar que nenhum dos conceitos se confunde necessariamente com as “autoridades do poder local” ou com os “órgãos das autarquias locais” que estão relacionados com a administração pública do Estado angolano.

3. Caso prático: “Kamutukuleno”³³

Podemos exemplificar a nossa problemática – a simultaneidade da vigência do costume e do princípio da legalidade penal – com um caso concreto que ficou conhecido como “processo Kamutukuleno” em Angola.

Acredita-se que “Kamutukuleno” é uma espécie de magia (“*muhuca*”) que só pode ser praticada por certas pessoas, mais velhas, que são identificadas como “feiticeiros”³⁴. É convicção da comunidade que esses feiticeiros, praticantes de “Kamutukuleno”,

³³ Para um desenvolvimento, cfr. o nosso “Os Problemas Penais do Sul e o Pluralismo Cultural”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º4, outubro-dezembro, 2013

³⁴ “Kamutukuleno” é uma palavra originária da República da Zâmbia. No Município do Kuito Kwanavale, em Angola, o mesmo fenómeno chama-se “*Vuhole*”. Há também zonas onde é designado “Mayombola”. É importante ter alguma informação sobre determinado tipo de crenças, para compreender a influência que elas exercem sobre determinadas pessoas, mais concretamente, aquelas que nelas acreditam. Buscamos para este efeito, CHICOADÃO, pseudónimo de CORTEZ, António Francisco Adão, *As Origens do Fenómeno Kamutukuleni e o Direito Costumeiro Ancestral Angolense Aplicável*, Coleção, Estudos e Documentos, Instituto Piaget, Lisboa, 2005, pp. 32-33. Para não correremos o risco de desvirtuar o conteúdo, faremos a transcrição da explicação feita por Chicoadão: “Segundo as Sagradas Escrituras, Deus fez o HOMEM à Sua imagem e semelhança. Então Deus, lá no Céu, configura a forma física humana. Daí resulta a nossa convicção segundo a qual quando o homem morre a sua alma toma a forma física humana e, nesta forma física, a alma se apresenta a Deus para ser julgada. Esta é a nossa convicção teológica. Por um lado, a Religião Cristã preconiza o Céu e o Inferno fora do *habitat* do homem (a Terra), mas é omissa relativamente à forma física em que se apresenta a alma ou o espírito do morto nas sessões de julgamento no Céu e no Inferno depois dessa alma e ou espírito se separar do corpo do homem no momento da sua morte. Não especifica qual a forma física de Deus, de Jesus Cristo, dos Anjos, dos Santos, lá nos Céus, nem mesmo a do diabo, nas profundezas do Inferno. Na *WANGA* (feitizo) o homem vive, nesta vida palpável, por todos conhecida, duas situações distintas, a saber: - a vida do dia-a-dia com outros homens e mulheres, na sociedade visível – vida profana; - a vida da noite-em-noite, vivida em estado de bilocação, ou seja, na « sociedade invisível» aos olhos daqueles que estão fora da sua alçada espiritual, mas em forma física absolutamente definida, palpável, concreta –vida divina. Vejamos, então o que se passa. Com efeito, na *WANGA* não há a morte, tal –qualmente a medicina no-la apresenta e nós a vivemos e entendemos. Os da *wanga* não MATAM ninguém. Para a *wanga*, há é uma «transferência» das pessoas de uma vida profana (a para nós real) para uma outra vida divina (a para nós irreal). A este fenómeno de «transferência» se dá o nome de MAYOMBOLA, KAMUTUKULENI, pois todos os «transferidos» passam a pertencer, na MAYOMBOLA, no KAMUTUKULENI, ao «exército de cada mestre» cujo poder, a força e o prestígio aumentam na mesma proporção do aumento do número de «transferidos» para o seu exército.” Veja-se no mesmo sentido, DOMINGOS, Antónia Manuel Miguelito, *Crianças Vítimas de Práticas de Feitiçaria*, Dissertação de Mestrado, defendida na Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2009, Papelmunde, Setembro de 2014, p. 47-49 .

conseguem ver pessoas mortas a trabalhar na sua própria lavra³⁵. Com esse fenómeno entende-se que o praticante-feiticeiro gera riqueza e poder para seu próprio proveito à custa do falecido.

As evidências ou provas dessa riqueza e poder são muitas vezes perceptíveis pela comunidade. A comunidade estranha o crescimento da lavra, sobretudo quando o proprietário trabalha sozinho, e surgem dúvidas acerca das capacidades de uma só pessoa para cultivar uma tão grande extensão de terra; outras vezes, as evidências mostram que o proprietário não se desloca para lavrar a terra mas tem sempre o produto da mesma. Ora, admite-se que quando alguém morre sem causa aparente, há uma forte probabilidade de a causa ter sido por “Kamutukuleno”, amaldiçoado a morrer e a trabalhar para alguém.

É por via dessa crença que a família do falecido quando não encontra uma causa aparente para a morte do ente querido procura um “adivinhador” que, pelos dados que lhe são fornecidos e pelo próprio processo de adivinhação, normalmente aponta um suspeito-feiticeiro. A notícia chega assim às autoridades tradicionais (os “*sobas*”) e estes reúnem-se para tomar conhecimento dos factos, com vista a iniciar o julgamento. Reúne-se toda a comunidade para ouvir o suspeito na “Assembleia da Comunidade” (“*Mundango ya Mbunga*”), onde participam todos os membros interessados, independentemente da idade, do sexo, da posição social.

As autoridades tradicionais – no caso, na província do “Kuangdo Kubango”³⁶ no “Reino do Kuito Kuanavale” em Angola³⁷ – quando na altura foram questionadas sobre que tipo de medida é aplicada em caso de feitiçaria, responderam que é conforme os casos e depende de o acusado “descumprir”³⁸ ou não o feitiço. Se o feitiço não for

³⁵ A lavra é a plantação, onde se cultiva, milho, mandioca (cassava), batata doce, etc.

³⁶ A Província é a segunda maior de Angola e fica situada a Sudoeste do País. Faz fronteira a Norte com a Província do Bié e Moxico, a Sul com a República da Namíbia, a Leste com a República da Zâmbia e a Oeste com as Províncias angolanas do Cunene e Huila. Ocupa uma área de cerca de 199.049 Km², e tem uma população de cerca de 510.369 habitantes. A “sede” é Menongue que fica situada a uma distância de cerca de 1.051 Km de Luanda, a capital do país. Kuito Kuanavale fica a cerca de 188Km a Leste de Menongue e tem cerca de 35.610 Km² e uma densidade populacional de 38.836 habitantes.

³⁷ Considerar que o “Rei” tem a sua residência no Município do “Kuito Kuanavale”, o que não significa que o Reino tenha essa designação.

³⁸ “Descumprir” significa, no dizer da população da comunidade do Kuito Kuanavale, apresentar determinados objectos, uma vez que o “feitiço” é material, é constituído por um conjunto de objectos. No acto de descumprir, o “feiticeiro” deve queimar os objectos e atirar as cinzas ao rio, tudo isso na presença da comunidade.

“descumprido”, a decisão irá depender da votação ou da decisão do povo: multa (em espécie³⁹), expulsão do território-região, ou amarrar e atirar a pessoa ao rio ou ao fogo⁴⁰.

Na verdade, o “processo Kamutukuleno” chegou à Câmara Criminal do Tribunal Supremo de Angola⁴¹ porque oito pessoas foram atiradas ao rio acusadas de feitiçaria. Relata-se que mais de 2000 populares pediram justiça aos feiticeiros, gritando “morte aos feiticeiros, sejam amarrados e atirados ao rio, ou queimados vivos”⁴².

Por fim, é importante sublinhar que na altura da prática dos factos até ao termo do processo ainda não se encontrava em vigor a Constituição da República de Angola de 2010.

Aqui chegados, sabendo que o princípio da legalidade é estruturante do direito penal angolano e vigora no sistema jurídico angolano e vem previsto no artigo 65.º da CRA, como é que pode desempenhar a função de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, limitando de forma eficaz as fontes do direito penal angolano, se em Angola vigoram e são eficazes costumes ancestrais, como aquele que acabamos de conhecer da província do Kuando Kubango, hoje *aparentemente* amparados pelo artigo 7.º da CRA?

³⁹ Temos conhecimentos de casos em que se propõe um pagamento de multa constituído por nove (9) cabeças de gado bovino, nove (9) cabritos e trinta (30) galinhas. Cfr., o nosso, “Os Problemas Penais do Sul e o Pluralismo Cultural”, *RPCC*, 2013, p. 496

⁴⁰ Para que tenhamos uma ideia da semelhança e proximidade relativamente a determinados factos incompreensíveis e impensáveis à luz da cultura ocidental, tal como descrevemos a propósito da ilustração do caso concreto, veja-se, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 129-130.

⁴¹ Na República de Angola o Tribunal Supremo é a última instância da Jurisdição Comum e julga tanto a questão de facto como a de Direito.

⁴² Relato do Governador da Província do Kuando Kubango, cfr. o nosso, “Os Problemas Penais do Sul e o Pluralismo Cultural”, *RPCC*, 2013, p. 504.

PARTE I

**AS ORIGENS HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA
INTERVENÇÃO PENAL**

CAPÍTULO I

DO DIREITO ROMANO AO ESTADO-DE-DIREITO

1. Ponto de partida

As épocas históricas mais remotas mostram que mesmo no seio dos povos mais primitivos o conceito de infracção pressupõe a existência de um direito privado, público ou religioso que, legislado ou não, tem por objecto uma conotação negativa. E não se trata de aceitar que a mera falta de “lei”, no sentido em que hoje a entendemos, representa a mais absoluta arbitrariedade. Assim, parece ser de aceitar – empregando-se a palavra “lei” num sentido amplo – *que nunca houve infracção sem que existisse uma “lei prévia” que estabelecesse o correspondente direito violado.*

Isto resulta de uma exigência lógica do próprio sistema jurídico e, neste sentido, permite-nos concordar com Calisse⁴³ quando defende que é sempre necessária a existência de uma “lei”, devendo, no entanto, ser entendida num *sentido muito amplo* para que, depois, não entre em contradição com os factos, já que a “lei” não era ou é mais do que “o instinto ou direito natural próprio de todo o homem entendido sobretudo no sentido de garantir a conservação do ser humano e o seu aperfeiçoamento em determinadas condições de existência”⁴⁴.

O que se pretende com esta resenha histórica é determinar se, em momento anterior às declarações de direitos dos finais de séc. XVIII, que deram origem ao moderno direito penal, teria estado em vigor algum princípio ou axioma que afirmasse que “não pode haver delito (crime) nem pena, sem uma lei prévia que descreva ou tipifique com toda a precisão o direito incriminado, entendendo-se para esse efeito por «lei» apenas aquelas disposições de carácter geral, ditadas pelo órgão competente do governo, ou seja, pelo Poder Legislativo”⁴⁵.

De igual forma, pretende-se saber se, por necessidade intrínseca, tal como hoje acontece com a generalidade das designadas “nações de cultura ocidental”, os sistemas

⁴³ CALISSE, “*Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*”, in Enciclopedia Pessina, Milano, 1906, Vol. II, pp. 166. *apud* CABRAL, Luis C., p. 11

⁴⁴ CABRAL, Luis C. *Ubicación Historica*, p. 12, tradução nossa.

⁴⁵ *Idem.*

jurídicos incluíam, seguindo a terminologia de Feuerbach, o que hoje designamos por “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.⁴⁶

A referência histórica ao princípio não pode bastar-se com uma simples remissão para as reflexões de filósofos como Bacon ou de juristas como Manocchio y Farinaccio, já que – segundo Luis C. Cabral – não têm uma relação directa com o princípio da legalidade tal como hoje temos, pois tais reflexões são apenas demonstrativas da capacidade que o espírito humano tem de, por intuição, se antecipar ao que só posteriormente se tornará efectivo. Estas reflexões mostraram ser uma verdadeira extravagância nas épocas em que foram referidas, embora mais tarde tivessem sido reabilitadas. É só lembrar Aristarco de Samos que, no séc. III a . C., em Alejandria, foi considerado um verdadeiro monstro espiritual, até acusado de, com as suas teorias, perturbar os deuses do Olimpo por ter defendido uma concepção heliocêntrica do universo. Dez ou oito séculos depois, Copérnico (1473 – 1543) baseia o seu sistema numa concepção similar, então compreendido porque já se havia chegado a um estágio de cultura tal que possibilitou que as suas ideias fossem consideradas aceitáveis ⁴⁷.

O nascimento das instituições jurídicas resulta, precisamente, da necessidade de regular as relações, nos diferentes aspectos do organismo social, estabelecendo e determinando em certo momento conexões que podem chegar a assumir o carácter de axioma ou princípio próprio de um determinado sistema jurídico⁴⁸.

Com a preocupação em situar o *princípio da legalidade da intervenção penal* no tempo e no espaço, será importante recorrer tanto ao conceito de “história geral” como ao conceito de “história especial”, de forma a poder procurar e situar o princípio nos sistemas jurídicos de cada época, particularmente no que ao direito penal diz respeito, constatando a sua presença e influência enquanto instituição⁴⁹. Particularmente nos países do ocidente europeu-continental que integram a designada família do sistema romano-germânico da qual o direito português também faz parte.

É por todos aceite que os elementos romano, germânico e cristão contribuíram para moldar o pensamento jurídico europeu. Contudo, o elemento romano ocupou uma posição

⁴⁶ *Ibidem*, p. 13

⁴⁷ *Ibidem*, p. 14

⁴⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁹ Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, 3ª Ed., (reimpressão) Almedina, Coimbra, 2000, p. 33-34.

de relevo e permanece com mais densidade na consciência jurídica europeia contemporânea, fazendo parte dos seus alicerces. Aos romanos devem-se “as concepções de generalidade e abstracção do direito, o conceito de lei como ordem soberana de coercibilidade geral (...) o entendimento do direito como criação científica (...) a compreensão espiritual do direito e a ideia de que ele traduz uma criação do Estado...”⁵⁰.
Motivos pelos quais a nossa resenha histórica há-de começar por tratar o Direito Romano.

2. Idade Antiga

§ único. O Direito Romano

Não se pode inferir que o princípio “ *nullum crimen sine lege*” tenha vigorado como axioma no sistema jurídico penal romano, embora se deva reconhecer que em Roma existiu um sistema penal que em certos casos respeitou determinados procedimentos, inclusivamente aplicando sanções públicas aos actos considerados lesivos da ordem fundamental da comunidade⁵¹.

Sem perder de vista a distinção que o direito romano fazia entre “*crimina*” e “*delicta*”, segundo os historiadores, os “*crimina*” constituíam direito penal público ao qual eram aplicados procedimentos seguidos em tribunais especiais, enquanto que os “*delicta*” pertenciam ao direito privado e constituíam fontes das obrigações para a parte lesada (que podia apresentar a sua pretensão ao magistrado da jurisdição civil).

No período anterior ao surgimento das “*questione perpetuae*”, já nos alvares da cidade, ao lado das infracções de carácter doméstico e religioso, existiam três tipos de crime que representavam um ataque directo à existência da própria cidade-Estado e que, por isso, estiveram na origem do direito penal público de Roma: eram eles o “*incensus*”, a “*perduellio*” e o “*parricidium*”⁵².

⁵⁰ *Ibidem*, p. 38-39. Que não deixa de ressaltar que a ideia de que o direito é uma criação do Estado já tenha sido referida embora de forma especulativa no pensamento helénico.

⁵¹ Assim, CABRAL, Luis C., *Ubicacion Historica*, p. 17

⁵² COSTA, Emilio, *Crimini e Pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 20. Segundo este autor o “*incensus*” era a recusa do cidadão de comparecer ao senso que tinha implícita a recusa de suportar o ônus militar e financeiro inerente à comparticipação para com o Estado. O “*perduellio*” ou “*patriam venditare*” era o atentado contra a segurança do Estado cometido por actos de hostilidade à sua ordem fundamental. O “*parricidium*” era o homicídio voluntário (*consulto*) do chefe e representante de um grupo familiar, a partir do qual, o próprio Estado, enquanto resultado da união das *gentes*, era constituído.

A “*perduellio*” e o “*parricidium*” estavam sujeitos ao conhecimento (“*cognitio*”) de organismos do tipo judicial e eram objecto de instauração de um verdadeiro processo efectuado sob controlo público, não se chegando à aplicação da pena “*supplicium*” sem que o facto ficasse provado; já para o “*incensus*” valia a “*coercio*” do magistrado: tratava-se do exercício de um verdadeiro “poder de polícia”, não sujeito a quaisquer formalidades especiais, embora desse lugar à aplicação de sanções de natureza muito grave como a pena de morte, a venda em servidão para fora do Estado ou ao confisco do património⁵³.

Durante todo o desenvolvimento do direito romano, a sanção nunca esteve prevista numa lei escrita – o que hoje designamos “tipificação”. Era de aplicação arbitrária do magistrado, sem referências quanto ao crime ao qual deveria ser aplicada, quanto ao procedimento, quanto à identidade de aplicação aos diferentes casos, ou quanto à medida da pena; e era regularmente aplicada aos crimes públicos praticados por mulheres, estrangeiros, indivíduos não livres e cidadãos no caso de delitos militares⁵⁴. Tratava-se do exercício de um poder designado “*idicium*”, submetido a uma determinada forma. De todo o modo – para autores como Luis Cabral –, a “*cognitio*” enveredou para um respeito muito maior pelo princípio da legalidade em relação ao que se passou com a “*coercio*” que muito mais amplamente o desconsiderou.

Repare-se que a própria lei das XII Tábuas (433-451 a.C.) legislou matéria penal, ou seja, acolheu figuras como a “*perduellio*”, o “*parricidium*” e outras como a prevaricação de um cidadão encarregado de uma arbitragem, o falso testemunho em causa civil e o homicídio intencional. Ainda assim, não se pode considerar como contido nesses limites o exercício da repressão penal, sobretudo se se tiver em conta que não se praticaram actos legislativos penais na maior parte daquela época⁵⁵.

⁵³ Também em CABRAL, Luis C., *Ubicación Historica*, p. 18-19.

⁵⁴ Assim, VASSALI, Giuliano “*Nullum crimen sine lege*” Estratto della Giurisprudenza Italiana. Vol. XVI, 1939, disp. 4-8, pp. 20, *apud* CABRAL, Luis C. *Ubicación Historica*, p. 19.

⁵⁵ Segundo COSTA, Emilio, *Crimini e Pene...*, p. 39-41, a criação de novas figuras penais através de leis especiais só ocorreu no sec. VII depois de Roma (d.R.) e de modo excepcional, nomeadamente a “*lex de alea*” (ano 550 d. R.) e duas leis, a “*Cornelia Baevia*” (ano 573 d. R.) e a “*Cornelia Fulvia*” (ano 575 d. R.) contra a fraude eleitoral (*ambitus*). Para além disso, figuras como o “*perduellio*” e o “*parricidium*” foram sofrendo alargamentos segundo os quais, a primeira, por exemplo, conheceu um conceito de traição que se estendeu aos ataques dirigidos contra as ordens fundamentais do Estado, bem como à indevida apropriação de bens públicos. Já a segunda, recebeu outras que lhe eram totalmente estranhas, pois para além do homicídio, acolheu ainda o furto de coisas destinadas ao culto de divindades públicas, o chamado “*sacrilegium*” em princípio reprimido com sanções exclusivamente religiosas.

De qualquer modo, até ao ano 500 a.C., o povo romano “conquistou” a lei “Valeria”. Esta lei obrigava ao cumprimento de um particular procedimento: a aprovação do povo para efeitos de aplicação de uma pena. Mais detalhadamente: no caso de pena de morte teria que ser submetida à aprovação pela “*provocatio ad populum*”, exercida pelos comícios centuriados; no caso de pena de multa teria que ser submetida aos comícios tributários; e sempre que se pretendesse aplicar uma pena grave contra um cidadão romano a aprovação do povo era necessária. Esta lei “Valeria Mommsen” foi mesmo considerada a origem do direito penal público romano. Mas a sua criação não altera o panorama inexistente no que respeita ao princípio da legalidade penal⁵⁶.

A este propósito Emilio Costa refere que a interpretação que se fazia das normas proibitivas existentes tinha lugar tendo em conta o procedimento criminal concreto promovido pelo magistrado e a ratificação popular da condenação imposta ao culpado⁵⁷. Isto também pode significar que as ditas normas eram extensivamente interpretadas, alargando-se o círculo das figuras criminosas para além dos limites prefixados na lei.

Importante para a história do direito penal romano terá sido o aparecimento das “*questiones perpetuae*”. Durante a República, muitas vezes, iam sendo criados órgãos ordinários investidos de competência penal, chamados a julgar os autores de determinados actos e a aplicar-lhes as respectivas sanções na base de deliberações do povo e do Senado. À constituição desses órgãos por um determinado número de senadores, presididos por um magistrado ou ex-magistrado, designou-se “*questiones*”, e tinham como função encontrar os autores dos factos que fossem reputados prejudiciais à cidade-Estado e susceptíveis de

⁵⁶ Ver MOMMSEN, Teodor, *El Derecho Penal Romano*, Traducción del Aleman por P. Dorado, (profesor de Derecho dela Universidad de Salamanca), Primera Parte, Madrid, La España Moderna, Fomento 7, 1907, p. 57-59. Em Roma existiam infracções e existia um “castigo” para punir essas infracções, um poder que, de forma coactiva, impunha ao agente da infracção o “castigo” de tal forma que se podia dizer que se tratava de uma pena, mas não se podia dizer que existia um direito penal tal como hoje o conhecemos. A ofensa moral apresentava-se a todos os indivíduos de forma concreta e determinada tanto com relação à sua natureza como quanto ao tempo. A sentença que fixava os elementos constitutivos do facto criminoso também era concreta e determinada. Mas quando os chefes domésticos, os chefes militares e os magistrados com “*imperium*”, castigavam, faziam-no enquanto acto discricionário, fundado no arbítrio e isso não era considerado uma “injustiça”. A entrega que o pai fazia de seu filho considerado culpado de um determinado acto à pessoa ofendida, os casos em que a comunidade entregasse o cidadão culpado à comunidade vizinha por ele prejudicada, a própria sentença criminal proferida pelo rei contra os desertores e os homicidas, eram actos justos e legalmente prescritos. Em Roma, os conceitos de culpa e de pena eram conhecidos e muito antigos, mas não nasceram como efeito da lei penal. O rei, pelo seu alto cargo, podia separar o justo do injusto segundo o seu discricionário arbítrio e não estava sujeito a nenhuma lei penal. Esse arbítrio, no entanto, só podia sofrer uma limitação: em caso de equidade. Se o rei exercesse o seu poder contra a equidade, a soberania do rei caía por terra e era substituída pela lei.

⁵⁷ COSTA, Emilio, *Crimini e Pene...*, p. 39-40.

merecer uma sanção, embora esses mesmos factos não estivessem expressamente previstos em disposição legal alguma⁵⁸.

Tratou-se de uma nova forma processual no sistema penal romano que configurou um modo de deliberação expressa do povo, do Senado e de Comissões Senatoriais, especialmente constituídas para cada caso concreto⁵⁹.

As primeiras “*questiones*” denominaram-se “*questiones perpetuae*” (ano 605 de Roma) e foram instituídas pela “*lex Calpurnia de Repetundis*” que tinha como objecto conhecer das espoliações cometidas pelos magistrados encarregados dos governos das províncias em prejuízo dos seus administrados; em princípio, este procedimento não dava propriamente lugar a sanções de natureza penal. Contudo, o facto de terem sido constituídos organismos permanentes para tratar das referidas questões, levou a que fosse imprimido carácter “criminal” aos factos cujo julgamento lhes fosse deferido; foi o que aconteceu com o “*Crimen Repetundarum*”⁶⁰.

Originalmente, a sanção tinha como objecto o estabelecimento da medida de ressarcimento que as províncias podiam reclamar do magistrado espoliador. Mas a entrada em vigor da “*lex Acilia*” (631 de Roma) e da “*lex Servilia*” (643 de Roma) autorizou a imposição, nestes casos, de verdadeiras penas, incluindo a pena de desterro⁶¹.

Sila, estadista romano, na sua reforma penal (ano 81 a.C.), recorreu a esse sistema e assim aumentou o número de “*questiones*” existentes, tanto por criação de novas infracções de carácter político – “*lex Cornelia de Maiestate*” – como por ampliação do

⁵⁸ *Ibidem*, p. 40

⁵⁹ Assim, CABRAL, Luis C., *Ubicación Historica*, p. 21-22.

⁶⁰ *Idem*. No mesmo sentido, VON LISZT, Franz, “*Tratado de Derecho Penal*” Tomo I, Traducido de La 18ª Edición Alemana por Quintiliano Saldaña, 4ª Ed., Madrid: Editorial Reus, 1999 p. 81-82. No ano 605 de Roma (o autor considera como sendo o ano do renascimento do Direito penal), a partir de uma fonte eminentemente política, entraria na vida de Roma uma inovação que, embora fosse inicialmente imperceptível, teve consequências de grande importância. As queixas das províncias contra os governadores acerca da restituição por *repetunda* (peculato) eram julgadas pela justiça senatorial dos *recuperatores* (juiz nos processos de restituição ou indemnização em que se procurava recuperar o perdido). A primeira *quaestio perpetua* para a resolução deste caso foi estabelecida pela *lex Carpunia de repetundis* que foi uma comissão permanente do Senado presidida por um Pretor. Os chefes do partido popular compreenderam que esta disposição seria uma importante arma a ser utilizada contra a situação que se vivia. Assim, em 631, a *lex Slempronia* conferiu aos senhores competência judicial, não só para agir no caso das *questiones* e do Direito, mas também para aplicar penas incluindo a de desterro, acabando deste modo o procedimento por *questiones* por se tornar um procedimento penal. Todavia, os crimes sujeitos a esse novo procedimento foram sempre e apenas crimes de preponderante importância política, “*delitos de la situación senatorial dominante*”, já que os demais continuavam a seguir os procedimentos anteriores.

⁶¹ A este propósito e no mesmo sentido a explicar a razão do surgimento da *questione perpetua* e da criação do *crimen repetundarum* e do seu específico carácter penal, COSTA, Emílio, *Crimine e Pene...*, pp. 48, 49 e 50.

âmbito aos ditos crimes privados – “*lex Cornelia de sicariis et veneficiis*” e “*lex Cornelia de injuriis*”. Mais tarde, Júlio César e Augusto levaram as “*questionae*” à sua mais completa forma – a *leges Iuliae* –, de tal modo que acabaram por ser o meio ordinário através do qual se exercia a magistratura penal até ao fim da República⁶².

Mesmo reconhecendo-se que o procedimento das “*questionae*” representou um momento em que se pode verificar uma maior firmeza das figuras penais e uma maior estabilidade na aplicação das penas em todo o ciclo romano, pode-se, contudo, afirmar que, na realidade, esses procedimentos não estavam baseados no princípio da legalidade, para além de que eram mais de natureza processual, adjectiva, do que propriamente substantiva⁶³.

De outra forma, por um lado, não se deve esquecer a possibilidade de extensão analógica das figuras previstas nas “*questiones*”, como foi o caso da “*coercitio*” livre dos magistrados⁶⁴; por outro lado, a forma de constituição das “*questiones*” pressuponha, pelo menos na sua origem, o desconhecimento do princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, uma vez que se tratavam de verdadeiras leis “*ex-post facto*”, criadas para punir factos já ocorridos e não punidos por nenhuma disposição legal anterior⁶⁵.

Segundo Mommsen⁶⁶, a legislação penal romana organizou-se inicialmente na base da moralidade e da natureza humana. Crimes como a traição à pátria e o furto não necessitavam de constar de nenhuma fórmula legal exterior. Por isso, a lei preocupava-se apenas em organizar os procedimentos que deveriam em tais crimes ser seguidos e graduar as penas tomando em consideração os casos concretos.

Mais tarde a legislação já não foi elaborada na base de fundamentos éticos tão profundos, passando a atender-se a fórmulas mais positivas, vendo-se assim surgir, no

⁶² Veja-se CABRAL, Luis C., *Ubicación Histórica...*, p. 23; e COSTA, Emilio, *Crimine e Pene...*, p. 50-51 que refere a criação de uma outra *quaestio perpetua*, instituída e criada para perseguir o crime de *maestalis* criado pela *Lex Appuleia* de 652 e mais tarde também prevista na *Lex Cornelia maiestatis* sob a designação *crimen maiestatis*. Este crime visava a perseguição dos magistrados que indevidamente exerciam poderes que não lhes estavam constitucionalmente conferidos e que competiam ao povo romano soberano. No sentido de que o desenvolvimento do procedimento por *questiones* foi o fundamento para a reedificação do Direito penal romano, veja-se também VON LISZT, Franz *Tratado de Derecho Penal...*, p. 82-83.

⁶³ Convergente com CABRAL, Luis C., *Ubicación Histórica...*, p. 23

⁶⁴ Ver, MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de la 2ª Edición Alemana (1933) e notas de Derecho Español por Jose Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p.141, nota 6. O autor refere que no Direito Romano o procedimento por *quaestiones* vinculava legalmente o juiz nos *crimina legitima*, embora tivessem ainda a possibilidade de fazer recurso à aplicação analógica, para além da vigência da *coercitio* livre do magistrado.

⁶⁵ Decisivo, CABRAL, Luis C., *Ubicación Histórica*, p. 24

⁶⁶ Cfr. MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho Penal Romano...*, p. 138-139.

âmbito do direito penal romano, conceitos como “aquisição desonrosa de cargos públicos”. A própria ciência jurídica de então assentava na ideia de que, na administração da justiça, não era à letra da lei que se deveria atender mas ao seu espírito. Nesse caso, sempre que necessário estendia-se a letra da lei para acomodar os “propósitos espirituais” da legislação, o que, segundo Mommsen, era igual a fazer com que, mesmo imperfeitas, as expressões legais vissem o seu conteúdo completado pelo seu espírito, numa autêntica sobreposição.

Com efeito, a partir de determinado momento a formulação positiva escrita das leis representou um grande progresso, tanto do ponto de vista político como para o próprio direito penal. Porém, é defendido que o livre arbítrio do magistrado para julgar os casos concretos, sem atender ao prescrito na lei, permaneceu.

A época do “Império” teve menos sorte do que a época da “República” pois, considerando que durante os primeiros séculos o procedimento das “*questiones*” manteve a forma como ordinariamente se manifestava o poder punitivo do Estado, a verdade é que apareceram outros organismos com carácter extraordinário – como são os casos do tribunal consular-senatorial e do tribunal do “*princeps*” – que não estavam ligados ao exercício da função repressiva na vigência de uma lei determinada⁶⁷. Refere Mommsen que a aplicação do procedimento das “*questiones*” por um órgão que ao mesmo tempo estava investido da soberania do Estado tem a mesma consequência retirada a propósito do procedimento comicial. É que o tribunal repressivo consular-senatorial estava acima das leis, não era obrigado a distinguir entre os diversos crimes e podia também incluir num mesmo processo vários factos puníveis e aplicar penas a actos não previstos na lei penal; além do mais, o Senado podia aumentar ou diminuir, com o seu livre arbítrio, as molduras penais fixadas nas leis⁶⁸.

Lembra ainda Mommsen que o tribunal imperial era chamado a julgar os “*crimina extraordinaria*”, cujas fontes eram os ordenamentos dos Imperadores, as decisões dos Senados, o costume ou ainda as práticas da interpretação jurídica. As consequências não se traduziam na aplicação de penas imutáveis, bem pelo contrário, eram adaptadas ao livre arbítrio judicial ou às circunstâncias do caso concreto.

⁶⁷ Cfr. CABRAL, Luis C., *Ubicación Histórica...*, p. 25

⁶⁸ *Ibidem*, p. 26

A importância do tribunal que julgava os actos criminais de carácter essencialmente político decaiu mais tarde. O tribunal imperial, até ao séc. III d. C., passou a ter um maior volume de trabalho, não ignorando que constituiu o órgão ordinário do exercício estadual da jurisdição penal *sem estar sujeito a nenhuma lei e com liberdade quase absoluta para determinar os factos puníveis ou graduar as penas*⁶⁹.

3. Idade Média

§1. Considerações gerais

A evolução histórica do direito penal acompanhou a génese histórica e política do próprio Estado⁷⁰. A propósito, Eduardo Correia caracteriza o direito penal dominante na Europa dessa época como sendo grosseiro, casuístico e arbitrário, pois nenhuma construção geral de crime existia; era um direito dominado por uma ideia de intimidação brutal, com penas extraordinariamente cruéis – açoites, marcas, mutilações, morte por suplícios, acompanhada de sofrimentos morais, como a exposição no pelourinho à irrisão pública – que variavam consoante a categoria do ofensor e do ofendido⁷¹. E o que fica dito também se aplica, em particular, ao direito penal português. Basta pensar que até às Ordenações vigorou o chamado “Código Visigótico”.

Por outro lado, com o fortalecimento do poder público e com o renascimento do direito canónico e do direito romano em Portugal, os primeiros reis portugueses tiveram o cuidado de reduzir a “vingança privada” e chamar a si a realização do poder punitivo. Foi devido à evolução dessa política legislativa que D. Afonso IV acabou por proibir a “quem

⁶⁹ *Ibidem*, p. 26-27

⁷⁰ Na Idade Média, não se pode propriamente falar em “Estado” tal como hoje falamos. Não há uma ideia de poder de Estado como poder político dotado de unidade e autonomia. A ideia de Estado estava dissolvida numa organização que assentava em redes de vínculos que uniam senhores e vassallos numa cadeia de hierarquias e dependências recíprocas. Neste tipo de relação cada um era, ao mesmo tempo, sujeito de obrigações e de direitos, “senhores” ou “vassallos”. Contudo, no rigor dos termos hoje defendidos, não se deveria falar também em “direitos”, pois as posições jurídicas particulares não eram senão privilégios provenientes da posição social que o titular ocupava na hierarquia das relações feudais. A propósito, NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 15.

⁷¹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, V. I., Reimpressão, com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, Almedina, Janeiro 2007, p. 76-83.

quer que fosse de fazer justiça por outra forma que não fosse recorrendo ao tribunal.”⁷². O “*jus puniendi*” torna-se público e, com essa publicização, assiste-se a uma construção legal, ainda que casuística, tanto do direito penal substantivo como do direito penal adjectivo. É a partir do conjunto dessa numerosa legislação de aplicação geral e de natureza extravagante que são compiladas as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Em todas, o livro V tratou a matéria relacionada com o direito penal. Em geral, esse direito poder-se-á caracterizar como sendo uma enumeração casuística dos crimes, sem que houvesse uma qualquer sistematização; as penas não eram previamente fixadas, de tal modo que a sua determinação era deixada ao arbítrio do juiz; e, como resultado, as próprias penas eram transmissíveis, desproporcionadas, cruéis e desiguais, variando consoante a classe do condenado⁷³.

Sobre a matéria também se pronunciou Marcelo Caetano. Do séc. XII ao séc. XVI, em matéria criminal, defende que o legislador respeitou o direito imperial, as leis do Código de Justiniano, os textos do “*Corpus Juris Civilis*”, e as glosas ou comentários dos “sabedores”⁷⁴. Verifica-se, assim, que o Rei mostrava a sua autoridade através de normas gerais que, com efeito, se sobrepunham aos costumes locais e às regras dos forais.

É também sabido que o Direito Canónico exerceu uma grande influência sobre o direito penal. Os crimes ou as infracções são considerados pecados e assim muitas vezes designados porque a violação da lei constitui facto que também vai contra a “lei de Deus” ou da Igreja. De alguma forma chegava-se, desse modo, à consciência moral do delinquente.

Uma outra nota relevante parte das opções do legislador penal. Logo à partida preferia elevar o elemento subjectivo, ou seja, a intenção do agente, o saber se o agente agiu ou não com dolo, com intenção e vontade de praticar a acção ou a omissão. Mas também a culpa estava prevista e considerada na graduação da pena, mesmo nos casos aparentemente menos graves – p. ex., quando o crime fosse o de “dizer mal do rei”, tinha-se em conta na condenação as circunstâncias em que os factos ocorreram e até se verificava se teria ou não ocorrido alguma injustiça anterior que justificasse a

⁷² *Ibidem*, p. 101-102.

⁷³ *Ibidem*, p. 102-104.

⁷⁴ MARCELO CAETANO, *História do Direito Português* SEC. XII – Séc. XVI, seguida de Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no Séc. XVI, 4ª Edição, Verbo, 2000, p. 553-554.

maledicência⁷⁵. No entanto, era deixado ao arbítrio do julgador a criação e a aplicação das penas, e essa opção poderia gerar abusos tanto na liberdade como na própria integridade física das pessoas. Esse poder discricionário devia-se, porém, à discricionariedade que se entendia deverem ter os julgadores para poderem decidir em consonância à personalidade dos delinquentes, às circunstâncias do crime e à personalização da pena que, de facto, era indeterminada. De notar ainda que não se tratava apenas da discricionariedade do julgador, permitia-se também que a aplicação das penas fosse discriminatória dependendo da classe social do delincente. Por outras palavras: o mesmo facto era punido de modo diferente dependendo do seu autor. De outro modo, a certas classes sociais, como é o caso dos “fidalgos”, não se aplicavam determinadas penas, p. ex., de açoite ou de tormentos⁷⁶.

Vejamos com mais pormenor este percurso histórico da Idade Média.

§2. A queda do império romano

A queda do Império Romano no ano 476 d.C. traz os bárbaros ao cenário político do Ocidente e, com este fenómeno, dá-se a assimilação e a formação cultural que se desenvolveu em toda a Idade Média. Fundamental para a época foi também o feudalismo, que culminou depois no renascimento e nos sistemas de nacionalidade dos Estados europeus. As nacionalidades europeias desenvolveram as três concepções jurídicas que já demos conta, a saber: a *concepção germânica*, que deu origem ao feudalismo, com uma tendência marcadamente individualista; a *concepção da Igreja Cristã*, com elevada influência espiritual; e a *concepção da Roma Imperial*, enquanto “fonte de civilização” que manteve uma ideia de monarquia universal, sob o império de um direito comum a todos os povos⁷⁷.

As instituições germanas, com os seus costumes, apresentam-se em matéria de direito penal menos desenvolvidas do que as romanas, tanto pelo facto de a cidade fundada por Rómulo ter tido uma evolução jurídica muito rápida, como pelo estado de primitivismo em que se encontravam as tribos. O que agora se apresenta não é o “Estado-Cidade”, com as características da antiguidade clássica, mas um clã primitivo onde o

⁷⁵ Assim, MARCELO, Caetano, *História do Direito Português...*, p. 553.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 554.

⁷⁷ Continuamos a seguir, CABRAL, Luis C, *Ubicacion Historica...*, p. 34

direito se apresenta com formas ainda muito rudimentares. A principal forma de resolução dos conflitos é ainda a guerra que, no campo do direito penal, se traduzia no estado de vingança, em que ofendido e agressor estão submetidos a uma mesma autoridade. Esse Estado só era concebido porque não existia um terceiro com poder suficiente que fosse capaz de impor às partes no conflito a sua vontade de paz social⁷⁸. Seguiu-se, mais tarde, o Estado de “*composição pecuniária*” enquanto meio para se restabelecer a paz, assumindo a forma de reparação pelo prejuízo causado e como castigo pelo crime cometido. Assim, as características mais salientes dos costumes penais germanos podem traduzir-se na “composição – cada vez mais obrigatória à medida que avança a autoridade central – como substituto da vingança entre membros de diferentes clãs ou famílias” e nas “penas no verdadeiro sentido para aqueles que sobretudo ofendam a defesa da associação...”⁷⁹.

O direito canónico foi o segundo elemento que contribuiu para a criação do novo direito secular, mas não foi o meio mais propício para o aparecimento e desenvolvimento do princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Isto explica-se devido ao facto do sistema eclesiástico ter sido sempre presidido por finalidades diferentes das que o Estado se propôs. O Direito canónico foi construído para actuar sobre as “almas” e, neste sentido, muito contribuiu para o processo de subjectivação da responsabilidade. Contudo, e por isso mesmo, pouco se terá interessado pela exigência ou necessidade de uma norma anterior ao facto sancionado, uma vez regido por uma lei superior “exclusivamente dependente da Revelação e do direito natural, impostos pela vontade divina”⁸⁰.

De resto, são estranhos à organização da Igreja, até mesmo do ponto de vista histórico, os pressupostos em que assenta a vigência do princípio da legalidade: com efeito, não vigoraram no sistema jurídico canónico o princípio da separação de poderes, o princípio da certeza do direito, nem, tão-pouco, o princípio da garantia dos interesses individuais face aos fins supremos da Igreja.

⁷⁸ É a este período que VABRES, Donnedieu de, *Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparé*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1944 p. 25, refere ser o período em que existia uma autoridade organizada no seio da família que era a autoridade do pai que tinha poder para julgar, bater e até expulsar do seio familiar os filhos desrespeitadores e as mulheres adúlteras. Castigo cuja execução, muitas vezes, todos os membros da família se associavam. A vingança era excluída do seio da família pelo exercício da autoridade paternal.

⁷⁹ CABRAL, Luis C, *Ubicacion Historica*, p. 36-37

⁸⁰ *Ibidem*, p. 38

Acresce que, mesmo sem se afirmar a necessidade de precedência da lei, de um modo geral, pode-se sustentar que na concepção penal da Igreja o requisito da lei prévia não teve, nem nos tempos mais recentes, plena vigência. Veja-se como exemplo de Direito canónico o artigo 23.º da lei sobre as fontes do direito do Estado do Vaticano, de 7 de Junho de 1929: “sempre que por qualquer razão, as normas penais da legislação supletiva do Reinado da Itália resultem inaplicáveis, falte legislação penal especial e nesse contexto se pratique um facto que ofenda os princípios da religião e da moral, da ordem pública e da segurança das coisas e das pessoas, o juiz, pode para além das previsões e penas espirituais do direito canónico, aplicar ao culpado uma pena de multa até 9.000 liras ou a pena de arresto até seis meses”. Reflecte-se no exemplo dado que a legislação tem uma função instrumental, ou seja, ela só deve ser aplicada e, conseqüentemente, os seus princípios devem ser sacrificados, sempre que a religião, a moral, a ordem pública, a segurança das pessoas ou das coisas o exigirem⁸¹.

O terceiro elemento a considerar na questão da secularização do direito foi a própria subsistência dos traços do direito romano que não foram totalmente apagados. As diferentes concepções travaram entre si uma luta pelo seu domínio, porém, a influência recíproca acabou por se tornar o traço dominante. O direito romano foi profundamente recebido pela Igreja, considerando que as “leis pessoais” chegaram mesmo a constituir a própria lei dos eclesiásticos⁸². Esta influência deveu-se sobretudo ao alto nível cultural da Igreja, mas também ao facto de o Direito Romano se ter cristianizado por virtude das Constituições dos Imperadores cristãos e do Código de Teodósio (438 d.C.)⁸³.

Neste contexto, o desenvolvimento cultural à época da queda do Império Romano, à semelhança do que ocorreu com a concepção canónica de direito, também não criou espaço para o surgimento do princípio da legalidade penal.

§3. De Carlos Magno a Afonso X

A primeira preocupação daqueles que se sentiram herdeiros do poder imperial romano foi a de impor o respeito pela autoridade do Estado. Todavia, porque não podiam

⁸¹ *Ibidem*, p. 40

⁸² Veja-se, MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I, Édition établie par Laurant Versini, Gallimard, 1995, Livro XXVIII, Cap. IV

⁸³ CABRAL, Luis C, *Ubicacion Historica* (cit.), p. 41

renunciar aos costumes trazidos pelos bárbaros então vencedores, optaram por impor a obrigatoriedade da composição em matéria de delitos privados. Esta viria a satisfazer o interesse pecuniário do fisco através do “*fredum*”, outorgado pela autoridade, imposto como um preço de garantia que asseguraria o pagamento. Tornou-se a lei bárbara mais influenciada pelo direito romano, funcionando como um verdadeiro exemplo de uma tarifa de composição⁸⁴.

Por volta do ano de 800 d.C., com a coroação de Carlos Magno em Roma, foram criadas as “Capitulares” do monarca que, à exceção dos delitos de lesa majestade, de traição (e de natureza análoga), de homicídio e de roubo graves (em que aos autores se aplicavam verdadeiras penas), pouco mais acrescentaram a nível criminal. As “Capitulares” limitavam-se a fixar o preço da composição (de acordo com os diferentes tipos de crime) e a qualidade dos respectivos agentes.

Algumas das “Capitulares” impunham aos juízes a obrigação de respeitar a lei escrita. É necessário ter em conta que isto não significou a vigência do princípio da legalidade nessa época, de resto absolutamente desconhecido da concepção jurídica que vigorava. Não se pode esquecer que nos encontramos num contexto de plena monarquia absoluta em que o monarca é o supremo administrador da justiça e, por assim se afigurar, não sujeito à lei. A punição dependia, em última instância, apenas do seu próprio arbítrio⁸⁵.

A monarquia dos Carlos foi destruída com o feudalismo e, com isso, o direito voltou – segundo Luis Cabral – à origem das suas fontes, ou seja, ao povo e ao costume. Aqui tem lugar um fenómeno diferente e em sentido contrário ao que ocorreu com a chegada dos bárbaros e com o direito romano. Repare-se, o direito romano teve força para impor uma primazia da lei sobre o costume, tendo-se chegado a ordenar a sua redacção escrita e recompilação. Porém, como já deixámos saliente, a queda do nível cultural fez com que os costumes acabassem por extrapolar a lei escrita. E, na verdade, o desenvolvimento do feudalismo trouxe para a Europa o reinado do *costume como fonte do direito penal*, embora o poder real continuasse os seus esforços no sentido de recuperar a autoridade perdida.

⁸⁴ CABRAL, Luis C, *Ubicacion Historica* (cit.), p. 46. Veja-se ainda CORDOVA, Antonio, in *Rivista Penale di Dotrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Diretta da Luigui Lucchini, Vol. LXXXVIII, VIII della Quinta Serie, Torino, 1918, p. 195, quando diz que na repressão do crime de lesão era tomada em grande consideração o direito nacional em quase todas as leis bárbaras.

⁸⁵ CABRAL, Luis C, *Ubicacion Historica*, p. 46-47.

Surge, então, em 1215 a Magna Carta outorgada por “João Sem Terra” aos barões ingleses, fruto da luta entre a monarquia e os seus poderosos vassallos. É o conteúdo do artigo 39.º da Carta que faz com que alguns autores façam remontar a *essa data e momento à origem do princípio da legalidade em matéria penal*⁸⁶.

A Magna Carta desempenhou um papel muito importante no desenvolvimento das liberdades e no sistema de monarquia constitucional que ainda vigora na Inglaterra. Foi uma conquista de toda a nação inglesa no sentido de que os seus benefícios chegaram a todos. Contudo, não deixa de ser considerada uma conquista apenas dos barões contra o poder real, já que este ameaçava destruir os privilégios daqueles. O tipo de reacção fez com que a Magna Carta fosse considerada uma verdadeira reivindicação de direitos existentes, característica que acompanha todo o desenvolvimento jurídico anglo-saxónico posterior⁸⁷.

O artigo 39.º da Magna Carta previa: "nenhum homem livre será detido, preso, privado dos seus bens, colocado à margem da lei, desterrado ou de qualquer modo arruinado, nem se pode sobre ele pôr a mão, a não ser em virtude de um julgamento legal pelos seus pares ou segundo a lei da terra"⁸⁸.

O julgamento segundo os pares – de acordo com Stubbs – não era novidade dado que se encontrava na base de todas as leis germânicas. O mais importante é o que se poderá considerar ser a origem do princípio da legalidade penal é a expressão “*vel per legem terrae*” (segundo a lei da terra).

Por outro lado, por mais respeitável que esta posição se afigure, tanto Gerland como Schmidtt rejeitam a origem inglesa do princípio “*nullum crimen, nulla poena sine*

⁸⁶ Considere-se MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, 1935, p. 141-142. O autor defende que o princípio “*Nullum crimen nulla poena sine lege*” teve a sua origem na Inglaterra (expressamente, p. 142 “A pátria do dito princípio é a Inglaterra”). Entende também que este princípio é um *Palladium* da liberdade de cidadania e só ele proporciona à Administração da justiça penal que, por definição, carrega consigo os ataques mais violentos contra a liberdade, a honra, o património e a própria vida dos cidadãos, *fundamento* legal que constituía na época, o suporte da consciência jurídica.

⁸⁷ CABRAL, Luis C., *Ubicacion Historica*, p. 49. Cfr., também, MARCAGGI V., *Les Origines de la Déclaration des Droits de L’Homme de 1789*, Deuxième Édition, Paris, Fontemoing et C. ie, É diteurs, 1912, pp.44,

⁸⁸ Tradução nossa. O texto latino original: “*Nullus liber homo capiatur vel impesonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aloquo modo destruatut nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”, segundo Vassali, (cit.), p. 35, *apud* CABRAL, Luis C., p. 50 nota 46. O texto inglês a partir de uma versão apresentada por Sebastián Soler, (cit.). p. 119, nota 10: “No freeman shall be taken or imprisoned, or disseised, or outlawed, or banished, or any ways destroyed, nor will we pass upon him, nor will we send upon him, save by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land”.

lege”. Desde logo porque podemos interpretar a expressão “lei da terra” como sendo *o costume que, na época, na Idade Média, era a principal fonte de direito*⁸⁹.

Por outro lado, Gerland considera que o direito penal inglês é, nas suas partes essenciais, a “common law”, quer dizer, direito consuetudinário; por isso o termo “lei” no direito inglês dificilmente pode incluir também o direito consuetudinário, já que o princípio da legalidade exclui, no essencial, o direito consuetudinário. Mas é certo que a nobreza inglesa da época não tinha a ideia de “lei” com o mesmo sentido que hoje se dá à mesma, ou seja, não era uma “garantia legal”. Ainda para mais, sentia-se ameaçada pelos progressos da realeza que cada vez mais exercia influência, inclusivamente com o poder da administração e dos tribunais. Assim, a nobreza perseguia e lutava pelos seus privilégios tradicionais, entre os quais o respeitante à justiça. No fundo, poderemos redundar na opinião Schmitt: “alguns autores citam a Magna Carta de 1251, a Acta do Habeas Corpus de 1679 e o Bill of Rights de 1688, como sendo a primeira Declaração de Direitos Fundamentais, mas na realidade trata-se de regulações contractuais ou legais dos barões ou

⁸⁹No mesmo sentido, SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, segunda Reimpresión, Tomo I, Buenos Aires, 1953, p. 72-75. que caracteriza a Idade Média como o período em que o Direito Penal conheceu a fusão das três contribuições jurídicas vindas do Direito romano, do Direito canónico e do Direito bárbaro. Mais tarde, no ano de 1532, o Direito romano renascia com a sua recepção na Alemanha através da criação do Código de Carlos V, chamado e abreviado como “*a Carolina*”. Durante esse período, a recepção do Direito romano com toda a sua sistematização, não impediu o predomínio das instituições locais e das formas jurídicas consuetudinárias de tal modo que o sistema de composição subsistiu; tal como permaneceu a extraordinária crueldade na forma de execução das penas, particularmente da pena de morte agravada com terríveis procedimentos. “*A Carolina*” foi um código penal, de processo penal e de organização dos tribunais. Não estava orientado por um verdadeiro método e admitia no artigo 105.º a interpretação analógica. Noutros países, como na Itália, também se assiste, na Idade Média, a um progressivo desenvolvimento da legislação. Prevalece o predomínio do direito consuetudinário mas com a frequente invocação do Direito romano pelos práticos do direito sempre que o direito consuetudinário não regulasse determinada matéria. FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, V Primo, Introduzione e Parte Prima, Seconda Edizione, Milano, 1947, p. 307, nota 4, refere, quanto à origem histórica do princípio da legalidade penal, não haver sobre ele qualquer referência no Direito romano antes do procedimento por *questiones* que apenas foi estabelecido por Silla. E, embora Ulpiano tenha estabelecido que “*poena non irrogatur nisi quae quaque lege huic delicto imposita est*” e Paolo “*poenae certae singulorum peccatorum sunt*”, a verdade é que estas regras não valiam para a *coercitio* nem para a *iurisdictio* (“Ma mentre ciò non valeva per la *coercitio* anche per la *iurisdictio* il principio scomparve colla successiva *cognitio extra ordinem*.”), pois só em poucos Estatutos comunais tinham referência. Na Alemanha tanto na *Bamberger Halsgerichtsordnung* quanto na *Carolina*, encontrava-se uma limitação à analogia com a obrigação para o juiz solicitar a um conselho de juristas a permissão para recorrer à analogia para punir um facto que não estivesse previsto na lei. Ao invés, na Inglaterra em finais de 1215 no combate que os senhores feudais travavam para afirmarem cada um o seu predomínio, conseguiram que o Rei, no artigo 39º da *Magna Carta*, fizesse a promessa de renunciar às represálias contra os adversários e inserisse o princípio segundo o qual “*nullus liber homo potesse essere sottoposto a pena nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”. Acresce que toda a história seguinte é cheia de violações ao referido princípio como no caso do “*bill of attainder*” (*degradazione pubblico disonore*) que qualificava como crime os actos anteriormente praticados sem que, na verdade, nenhuma lei os qualificasse como tal. Veja-se Betti, *Il Bill of attainder*, in *Rivista di diritto comm*, 1946, I.

burgueses ingleses, que se tomaram o carácter dos modernos princípios, não tiveram, contudo, originariamente, o sentido de direitos fundamentais”⁹⁰.

Já no contexto europeu-continental, particularmente em Itália, os estatutos das cidades e comunas continham muitos exemplos de reenvio para o *direito costumeiro* em matéria penal, a tal ponto que se concedia uma grande amplitude de arbítrio aos juízes nessa matéria⁹¹. Os próprios estatutos reconheciam esse poder. Veja-se, por exemplo, o Estatuto de Pisa (1286), segundo o qual quem ofendesse o chefe da comuna ou um cidadão de pisa, praticasse um rapto ou alguma maquinação contra o Estado, deveria ser condenado nos seus bens e na sua pessoa, ao arbítrio do “Podestá”⁹². Também os Estatutos de Verona (1450) e de Alejandria (1297) faziam referência expressa a esse poder dos juízes de aplicar as penas segundo o seu próprio arbítrio sempre que as mesmas não estivessem estabelecidas nos Estatutos⁹³.

Por outro lado, o renascimento do direito romano-bizantino, que se desenvolveu nas escolas italianas, fez com que as fontes do direito penal se traduzissem nos Estatutos, no costume e na opinião autorizada dos doutores⁹⁴. Compreendendo-se, deste modo, a amplitude do arbítrio deixado aos juízes, facilmente se podem negar as pretensões de autores como Menocchio ou Farinaccio (1544 –1616) que pretenderam defender posições legalistas que não caberiam nem na teoria política, nem no próprio estado da legislação e da justiça da época. De resto, tanto Menocchio como Farinaccio, mesmo nos casos em que

⁹⁰ Tradução nossa, SCHMITT, Carl, *Teoria de la Constitución*, Edição Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 182, *apud*, CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 52. Este ponto de vista é aqui trazido por Luis Cabral para reforçar a ideia de que na época não se pensava em direitos fundamentais.

⁹¹ Segundo ANTONIO PERTILE, *Storia del Diritto Italiano – dalla Caduta Dell’Imperio Romano alla Codificazione*, Seconda Edizione, Riveduta e Migliorata, Vol. V. Storia Del Diritto Penale, Torino, 1892, p. 389, um dos defeitos da legislação penal de até aos tempos modernos era o arbítrio que se concedia aos juízes que, não sendo apenas remetido para o foro subjectivo a fim de se pronunciarem sobre a culpa ou inocência do acusado, era-lhes também reconhecida a faculdade de, por si, determinar o género e a quantidade de pena, transferindo de certo modo para os mesmos o que hoje pertence ao poder legislativo.

⁹² Ainda segundo ANTONIO PERTILLE, *Storia Dell Diritto Italiano...*, p. 391, nota 9.

⁹³ *Ibidem*, p. 391, notas 11 e 12, respectivamente.

⁹⁴ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 55. É LUIS JIMÉNEZ de ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I – concepto del Derecho Penal y de la Criminologia, Historia Y Legislación Penal Comparada”, Editorial Losadas S.A., Buenos Aires, 1953, pp. 268 e 269, refere os nomes e a obra dos mais conceituados juristas, Profensores e Cientistas a quem ele designa por práticos e que desenvolveram e levaram a ciência penal da época, ao seu maior esplendor. Essas obras foram tidas como guias para as leis romanas e continham pareceres de autores diversos. Embora não contivessem uma sistematização no ponto de vista crítico, a sua orientação era eminentemente prática. Daí o facto de os seus autores terem dado às referidas obras a designação de “*Práctica*”, e a autoridade dos referidos Doutores ter passado a ser, em certo sentido, fonte de direito.

se mostraram defensores de uma interpretação mais restritiva, apontaram tantas exceções ao princípio que este acabou quase por desaparecer⁹⁵.

No que diz respeito ao direito espanhol, o ensaio legislativo de maior envergadura na idade média denominou-se *“Las Siete Partidas de Afonso X El Sabio”* (1256–1265). E durante esse período – que vai desde Justiniano até à codificação moderna – não foi encontrada fonte alguma que possa ser considerada como “a origem” do princípio *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*.

Segundo Jiménez de Asúa, Espanha só foi regida por *“Las Partidas”* muito tempo depois de elas terem sido promulgadas por Afonso X, “o Sábio”⁹⁶. Ainda assim, considere-se o texto da Regra XXXVI do Título XXXVI que encerra a Sétima Partida, dedicada ao Direito Penal: “REGRA XXXVI. – Que não se façam leis sobre coisas que poucas vezes acontecem. – Os sábios antigos disseram, que não se devem fazer leis senão sobre as coisas que vão acontecendo. E porém não tiveram os antigos o cuidado de fazer leis sobre as coisas que poucas vezes aconteceram. Porque admitiram, que se podia julgar o caso por lei semelhante, se faltasse lei escrita”⁹⁷. Significa isto que a legislação espanhola afonsina não reconhecia o princípio da legalidade *na mesma medida em que admitia a analogia*.

Por outro lado, tanto em Espanha como no resto da Europa feudal, o costume local era uma das principais fontes de direito penal, pese embora já no séc. XIII o direito territorial começasse a ser escrito, sobretudo através de trabalhos privados e anónimos.

⁹⁵ VASSILLI, *apud* CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 55.

⁹⁶ JIMÉNEZ de ASÚA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, pp. 534, 536, 539. Afonso X, o *Sabio*, encontrou o reino numa anarquia legislativa. A maior parte das cidades e vilas eram regidas pelos Fueros (forais, leis municipais) e a fonte constitutiva do direito territorial castelhano, mais importante era formada pelas *“fazañas”* ou sentenças proferidas por Juizes ou pelos senhores. Com o objectivo de unificar a legislação e também dar um certo sentido de ordem, Afonso X, começou por dar o *Fuero Real* que foi depois corrigido pelas *Leyes del Estilo*. Mais tarde, foram compostas as *Partidas* e, finalmente, o *Ordenamiento de las Tafurerías*, em 1276, por Maestre Roldán. Interessará, contudo e para o nosso propósito, referir as *“Siete Partidas”* que respeitam ao período dos anos 1256-1265 e representaram o cancelamento do Direito germânico e a recepção do Direito romano com forte influência do Direito canónico. De todo o modo, na sua época, as *“Siete Partidas”* tiveram mais importância doutrinal do que legal. O Direito punitivo localizava-se principalmente na “sétima partida”. Mas é um facto que as Partidas não chegaram a ter força de lei nos tempos de Afonso X. Pode-se dizer, segundo JIMÉNEZ DE ASUA, que nas Partidas aparecem de forma rudimentar uma série de princípios gerais sobre o crime e a pena, como embrião do que na ciência se iria denominar “Parte Geral”. Contudo, apesar do rigor, uma vez que as “Sete Partidas” foram o documento legislativo melhor elaborado da época, não só no aspecto jurídico como também no literário, as suas doutrinas, porque recebidas do Direito romano, eram absolutamente incompatíveis com o tempo em que foram escritas. Por isso, não entraram logo em vigor e levaram séculos a ser aplicadas.

⁹⁷ Tradução nossa, cfr. CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 56.

Não obstante todo um trabalho de construção do edifício do direito territorial de Castilha – como foi o “Fuero Viejo” –, nada esclarece que na época valesse um princípio parecido com o que modernamente se designa “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”⁹⁸.

§4. O particular exemplo francês

Neste enquadramento histórico, o ordenamento jurídico francês teve um Código de Processo Civil e um Código de Processo Penal, mas não um Código Penal propriamente dito. Durante a Idade Média e até ao séc. XIV, as regras do direito penal *eram ditadas pelo costume*, geralmente não escrito. Era o costume que de uma maneira mais ou menos precisa fixava a forma de repressão para cada crime⁹⁹. Os textos oficiais sobre o costume podiam ser redigidos sob as ordens e direcção do poder real e, verificava-se, continham poucas disposições respeitantes ao direito penal. Nessa época a determinação dos factos puníveis e a indicação das respectivas penas era feita pelas “*ordonnances*” (disposições) reais. Vigorava, assim, uma legislação fragmentária que deixava de fora grande parte do domínio regulativo relativo à repressão penal. Era uma matéria determinada maioritariamente pela jurisprudência e não pela lei ou pelo costume.

No período que vai do séc. XII ao séc. XV as cortes de justiça sofreram uma mudança na sua composição. Os legistas substituíram os julgadores e, porque estavam voltados para o direito romano, introduziram em matéria penal, de forma profunda, os princípios do direito penal. Foi nos textos da “*Digesta*” e do “*Código*” que foram buscar, p. ex., as definições sobre os crimes, as regras sobre a culpabilidade, a tentativa, a reincidência e a cumplicidade. O sistema de penas do direito romano, com as suas qualidades e defeitos, servia-lhes de modelo. Neste sentido, daqui resultou uma espécie de direito penal comum cuja fonte era o direito penal romano, interpretado de forma mais ou menos exacta¹⁰⁰.

Porém, esse direito não podia ser aplicado a objecto para o qual não havia sido pensado. Considere-se que os juristas italianos nos séculos seguintes ao do renascimento do direito romano, a pretexto da reconstituição desse direito, não criaram um direito

⁹⁸ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 57

⁹⁹ Neste sentido, GARRAUD R., *Traité Theorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Tome Premier, Troisième Édition, Recueil Sirvey, Paris, 1913, p. 138.

¹⁰⁰ *Idem*.

adaptado às necessidades do seu tempo. Foi mais tarde, nas obras de juristas italianos como Julius Clarus e Farinacius, que se organizaram as regras da jurisdição repressiva. Assim, na falta de direito positivo, reconhecia-se aos tribunais uma grande latitude, tanto para qualificar os crimes como para a escolha e aplicação das penas ¹⁰¹.

No fundo, e em teoria, tanto em França como nos demais países da Europa, podia distinguir-se dois tipos de penas¹⁰²: as designadas “ordinárias” ou “legais”, que eram determinadas pelas “ordonnances” ou pelos costumes locais; e as chamadas “extraordinárias” ou “arbitrárias”, cuja aplicação era deixada à lei, ao costume ou ao poder arbitrário dos juizes. Em França essa distinção ia sendo feita mais do que nas outras partes da Europa, por isso o princípio da *arbitrariedade das penas*¹⁰³ tornou-se a regra consagrada pelo uso, permitindo ao juiz, em primeiro lugar, punir factos não previstos e escolher dentre as penas em uso no reino as que melhor lhe conviesse; em segundo lugar, modificar as penas legais, tanto atenuando-as como agravando-as. Só não estaria permitido criar penas novas.

À excepção desta última ressalva, a repressão era deixada ao poder discricionário dos tribunais. Pode-se afirmar, por este facto, que neste domínio não havia um direito penal propriamente dito: os crimes e as penas não estavam rigorosamente determinados por lei. Isto permitia que os tribunais seguissem o progresso dos hábitos públicos e acrescentassem na sua aplicação um sistema penal que, aparentemente rigoroso, era, contudo, demasiadamente arbitrário ¹⁰⁴.

A própria realza substituía constantemente a acção dos tribunais: primeiro tinha o “direito de graça”, isto é, de amnistia, e usava até abusivamente das cartas de remissão, perdão e abolição de procedimentos; segundo, consideravam-se no direito de aplicar penas sem a intervenção da justiça, penas que eram executadas apenas por ordem do rei, às quais chamavam “*letre de cachet*”. Assim, ao lado das arbitrariedades dos juizes, existiam ainda as arbitrariedades do rei¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 139.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 140.

¹⁰⁵ *Idem*.

Com tudo o que fica dito, não há dúvidas que em França os costumes locais vigoravam em matéria penal: deveriam ser sensivelmente mais de trezentos¹⁰⁶. E porque muitas vezes não havia certeza sobre o conteúdo dos mesmos, Carlos VII promulgou, em 1453, uma “Ordenança” (ordenação) que obrigou a que os referidos costumes fossem reduzidos a escrito. Pretendeu-se com esta medida – segundo Muyart de Vouglans¹⁰⁷ – fazer cessar todas as incertezas, sobretudo em face da diversidade ou mesmo das contradições que surgiam nos depoimentos das testemunhas que confiavam apenas na sua memória.

4. Idade Moderna

§1. Considerações gerais

¹⁰⁶ CARRARA, Francisco, « Programme du Cours de Droit Criminel », Fait a L'Université de Pise, Parte Générale, Traduction faite a Pise sous les veux de L'Auteur par PAUL, Baret, Paris, Maresq Ainé, Libraire-Éditeur, 1876, pp. 297 nota 1. Segundo este autor, a história filosófica da pena pode ser resumida em algumas linhas, traçando-se de um ponto de vista geral o desenvolvimento das ideias que com ela estiverem relacionadas. Já da história exterior do direito penal, ou seja, dos diversos costumes e a diversa legislação positiva que regeram a vida dos diferentes povos, não se pode dizer o mesmo. Com efeito, em França, como foi referido, os costumes locais das províncias e das vilas eram mais de trezentos (300) e a sua prova era feita por testemunhas que confiavam apenas na sua memória. Por isso, Charles VII procurou pôr fim a essa desordem ordenando que todos os costumes dos diferentes países da França fossem reduzidos a escrito. Essa disposição não foi, contudo, executada, mas foi renovada em 1495 por Charles VIII e depois por Louis XII, mas não se concretizou senão muito mais tarde. Antes de 1539, não houve em França qualquer organização geral de regras de direito penal. Nesse ano apareceram as ordenações de Villers-Cotterets (rendue) mandadas por François Ier, e desenvolvidas sem melhorias por Louis XIV em 1670. É sobre estas ordenações e outras relativas a delitos especiais que no reino da França se estabeleceu uma jurisprudência que é lida em alguns autores como Rousseaud de la Combe, Duplessis, Jousse, Serpillon, Vouglans, etc. Em Espanha encontram-se os *Fueros* (*Forum*) e principalmente o *Fuero Juzgo* (*Forum judicum*) (achevé) sobre (la règne) d'Egica, um dos últimos reis Visogodos, e o *Fuero Real* (*Forum regis*) publicado em 1250. O primeiro continha máximas de jurisprudência e o segundo os decretos reais que serviam de guia para a aplicação das penas. Novas disposições penais foram depois editadas em 1258 sob a designação *Partidas*; veja-se em Valdeson *Théorie du Code pénal espagnol*, introduction; Pacheco, *el Código penal concordado y comentado*, tom. I, introduction. Em Portugal os costumes penais foram pela primeira vez reunidos em 1020, por Afonso V, sob o título *Foro de Leao*. Em 1446, Afonso V fez uma nova reforma à qual deu o nome de *Ordenações Alfonsinas* que foram mais tarde corrigidas, em 1603, pelas *Ordenações Filipinas*. A redacção de um novo Código Penal foi confiada a (Pascoal de Mello Freire) Pasquale Mellio, por Dona Maria I, em 1778. O projecto foi elaborado em cinco anos e foi em geral saudado por sábios, mas duramente criticado pelos inimigos do autor, acabando por ser impresso e publicado com notas do autor em 1823 em Lisboa (é neste estado que a filosofia do séc. XVIII encontra a legislação penal, e inicia a sua obra de destruição e reedificação que ainda continua, arrasando todos os princípios e todos os povos da Europa para essa elaboração de leis penais que não conheceu ainda a sua evolução, p. 300).

¹⁰⁷ Cfr. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles en France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, Disc. Prélim, pp. XLII., *apud* LUIS C. CABRAL, *Ubicación Historica* (cit.), p. 53.

A desagregação do sistema medieval fez surgir o designado “Estado moderno”, assistindo-se não só a uma centralização do poder político, e conseqüente supressão progressiva dos referidos privilégios feudais, como também à substituição das relações de vassalagem pela relação directa entre monarca e súbdito ou entre “Estado” e indivíduo.

O novo tipo de Estado assenta agora em três pontos fundamentais: na ideia de “*Nação*”, em que cada Nação corresponde a um Estado, com correspondência política à comunidade histórica, cultural, religiosa e linguística; na ideia de *secularização* que se traduz na separação entre o poder político e os fins religiosos, com a conseqüente autonomização desse poder da dependência do Papa; e na ideia de *soberania* no momento em que o poder do Estado é concebido como poder independente e supremo¹⁰⁸.

Todo o processo de surgimento do novo tipo de Estado, agora designado como “moderno”, desenvolve-se entre os séculos XVI e XIX. Num primeiro momento, o Estado é considerado como um bem que integra o património do Monarca: é a fase patrimonial em que o poder tem origem divina. Num segundo momento, o poder já tem uma justificação racional, porque o Monarca não é mais o “dono” e sim o “primeiro servidor” que tem a “obrigação racional de tudo fazer para prover a felicidade e o bem dos súbditos”¹⁰⁹.

Naquela fase patrimonial, era a soberania, poder supremo do Estado, que justificava a assunção do poder absoluto por parte do Monarca. Já a fase racional, que pode ser situada por volta do século XVIII, a soberania ou o poder do Estado sustentava-se com recurso à ideia do *jus polittiae* ou “direito de policia”, em que ao Príncipe ou ao Rei era reconhecido o direito de intervir “em todos os domínios da vida política, social, cultural, económica ou mesmo privada, com vista à prossecução do interesse e bem públicos”¹¹⁰. Tratou-se de um Estado acima do Direito, em que a vontade do Rei, isto é, a vontade do “Estado”, se sobrepunha à dos particulares, não dispondo estes de quaisquer mecanismos de garantias jurídicas, nem perante a actuação do próprio Rei nem perante a dos seus funcionários administrativos: “as relações entre particulares e Estado faziam parte

¹⁰⁸ Seguimos NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 16.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁰ *Idem*.

de uma zona em que os direitos individuais teriam obrigatoriamente de ceder perante a «razão de Estado»,no fundo, a vontade do Rei.”¹¹¹.

Chegados ao Estado Absoluto, também designado “*Ancien Régime*”, a sua característica principal foi a total sujeição do indivíduo ao poder do Estado, sem que lhe fossem reconhecidos quaisquer direitos ou liberdades fundamentais. Todo o poder (legislativo, executivo e judicial), toda a soberania, era atributo quase-exclusivo do Rei. Por essa razão, a lei penal era um instrumento da efectivação desse poder absoluto e, nesse contexto, o que caracterizou o direito penal foi a arbitrariedade e o terror punitivo, com o objecto de manutenção do poder político, resultando numa total ausência de garantias individuais.

§2. Da *Constitutio Criminalis Carolina* à Revolução Francesa

A recepção do direito romano fecha o ciclo da época medieval do direito que conhece o seu apogeu com a entrada em vigor, em 1532, da “*Constitutio Criminalis Carolina*”, sucessora da “*Constitutio Criminalis Bambergensis*” de 1507¹¹².

A “*Constitutio Criminalis Carolina*”¹¹³ continha duzentos e dezanove (219) artigos, dos quais setenta (70) eram dedicados ao direito penal substantivo, sendo os demais relativos ao direito penal adjectivo e à organização judicial. A sua importância radica fundamentalmente no facto de o poder punitivo se ter definitivamente consolidado nas mãos do Estado¹¹⁴.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Segundo ROBERT v. HIPPEL, *Manuale di Diritto Penali* (Lehrbuch des Strafrechts), Tradução Italiana do Juiz Roberto Vozzi, Prefácio do Professor Arturo Rocco, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1936 – XIV, pp. 40, no ano de 1495 tem lugar a criação do tribunal do império (*Reichskammergericht*). Porém, a partir de uma reclamação da Assembleia de Lindau em 1496, por virtude das más condições da administração penal, a Assembleia de Friburgo decide, em 1498, realizar no império uma reforma geral e estabelecer as regras sobre como se deveria proceder em matéria criminal. O mérito dessa obra deveu-se a um nobre franco Iohann ZU SCHWARZENBERG que criou o ordenamento criminal (Halsgerichtsordnung) pelo episcopado de Bamberg (*Constitutio criminalis Bambergensis* de 1507) abrindo o caminho para o direito penal Alemão.

¹¹³ Ainda segundo ROBERT v. HIPPEL, *Manuale di Diritto Penali* (cit.), p. 40-41, em 1530, na Assembleia de Augsburg, em 1532, na Assembleia de Regensburg foi criada, a partir da base da *Constitutio Criminalis Bambergensis*, a nova lei imperial: o ordenamento criminal de Carlos V (*Peinlich Gerichtsordnung Karls V* [PGO] ou *Constitutio Criminalis Carolina* abreviadamente conhecida por [CCC], ou simplesmente, a Carolina.

¹¹⁴ Veja-se em JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, p. 262-263, sobre os antecedentes da *Constitutio Criminalis Carolina*, sua importância, algumas das penas mais graves que previa e respectiva execução, a nobres e a plebeus, a homens e a mulheres, bem como a sua aplicação ao reino de

O desenvolvimento da “*Constitutio Criminalis Carolina*” não implicou nem significou, para os territórios onde vigorou, a observância do princípio “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”; bem pelo contrário, nos artigos 104.º e 105.º expressamente se admitia a aplicação analógica da lei penal e a aplicação de costumes particulares sempre que a pena não estivesse obrigatoriamente prevista, o que patenteava também que a pena não obedecia a uma forma escrita¹¹⁵.

O Renascimento¹¹⁶, que deu lugar à concepção da monarquia absoluta, teve, também, o mérito de abrir ilimitadas possibilidades à actuação dos indivíduos, rompendo a barreira das classes sociais para dar lugar a uma concepção nova que sublinhou a “igualdade originária” de todos os homens. Deste ponto de vista, os privilégios já não tinham razão de ser, nem mesmo para a autoridade legitimada pelo consentimento dos próprios indivíduos – que, em última instância, eram os que gozavam do direito de se “autodeterminarem”¹¹⁷. É este “indivíduo”, com dignidade e virtude, o grande orientador do pensamento do Iluminismo¹¹⁸.

Carlos I de Espanha e V da Alemanha, Polónia, Rússia, França e África do Sul trazida pelos colonos holandeses, os “*boers*”.

¹¹⁵ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 59-60.

¹¹⁶ Um movimento dos séc. XV-XVI, cuja origem remonta ao séc. XIV, teve largas implicações sócio-culturais e políticas e caracterizou-se pelo alargamento da cultura a estratos mais amplos da população, tendo marcado a transição entre a Idade Média e a Idade Moderna. O conceito “Renascimento” aparece na Itália do sec. XVI e é aplicado à literatura para definir uma época e um estilo que foi o da ressurreição das formas literárias clássicas. No séc. XVIII, com o Iluminismo, ganhou valor de ponto de partida para o progresso científico. Relativamente ao seu conteúdo – e para o que ao objecto da presente dissertação interessa – seguimos WIESINGER, a “reação contra os tempos anteriores, acompanhada de consciência de antagonismo”. Ver Grande Dicionário Enciclopédico Verbo, V.III, Lisboa/ São Paulo: Editorial Verbo, 1997, p. 364-365.

¹¹⁷ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 65-66.

¹¹⁸ O Iluminismo foi um movimento cultural que começou na Inglaterra e na Holanda em finais do séc. XVII. Estendeu-se no séc. XVIII a todo o mundo ocidental e à Rússia, graças à influência da cultura francesa. Desenvolveu a confiança nos poderes do intelecto e, por este facto, a razão. Assim, a razão depositou uma profunda desconfiança em tudo quando era herança histórica ou metafísica. Teve início na revolução inglesa de 1688-1689 e acabou na Revolução Francesa. Foi um complexo movimento de ideias, formas e sentimentos que não teve fronteiras fixas no espaço ou no tempo. Os grandes nomes deste movimento no séc. XVII foram, em Inglaterra, Herbert de Cherbury, Hobbes, Locke e Shsftesbury. Em França, Saint-Evremont, Bayle e Fontenelle. No sec. XVIII, Hume destacou-se em Inglaterra e influenciou em França Montesquieu, Voltaire, Diderot e Rousseau. Montesquieu estudou cientificamente as sociedades e a origem das leis, foi um precursor da sociologia. Diderot com d’Alembert estiveram na origem da enciclopédia e Rousseau religioso de natureza e de ideal democrático foi o mentor dos revolucionários. Veja-se , Grande Dicionário Enciclopédico Verbo, V.II, Editorial Verbo, Lisboa/ São Paulo, 1997, p. 499-500.; CABRAL DE MONCADA, L., *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra Editora, 1995, p.196-205, caracteriza do ponto de vista histórico esse momento, nos seguintes termos: o séc. XVIII foi, depois do helenismo na antiguidade clássica e do Cristianismo e do Renascimento do sec. XVI, o período mais agitado de ideias, de tendências contrárias e mais revolucionário. Foi o denominado *iluminismo*, *Século das Luzes*, época da *Ilustração*. Os alemães designaram-no “*Aufklärung*” que significa “iluminação”. Foi um período em que se desenvolveram

Neste preciso momento histórico, os filósofos procuraram substituir a civilização fundada na ideia de dever perante Deus e dever perante o soberano por uma civilização assente na ideia de direito: direitos de consciência individual, direitos de crítica, direitos de

várias tendências que se apresentaram nos diferentes países europeus, de tal modo que se poderia falar não de um mas de vários iluminismos. Porém, é possível encontrar alguns traços que foram comuns a toda a Europa e que podem ser caracterizados pelo seguinte: é uma época em que se desenvolveu uma das maiores faculdades do homem, a “Razão”, em detrimento das demais faculdades do espírito humano. Assiste-se a esse desenvolvimento da razão não só em relação às ciências da natureza, como também nas matemáticas – como vinha já de Kepler, Galileu, Descartes e Newton –, como nas ciências morais, políticas e jurídicas – com Hobbes, Spinoza, Leibniz, Locke, Wolff, Condillac, Helvetius e os “Enciclopedistas franceses”. O espírito da época destacou-se, precisamente, por esse intelectualismo e racionalismo formados na escola da matemática. Essa ânsia de conhecimento e da busca da verdade teórica, não se compadeceram com o cego culto da autoridade das épocas anteriores. A cultura seculariza-se e divulga-se através dos jornais, dos centros de estudo, dos salões da academia. Tudo passa a ser visto a partir do sistema naturalístico das ciências do espírito. Tudo é natural, a religião, a moral, a constituição política dos Estados, a economia, o direito. Tudo passa a ser fundamentado a partir da razão. A razão do indivíduo humano, a “*raison ressonante*” (p. 196-200). Estas ideias estenderam-se, também, como não podia deixar de ser, à maneira de pensar o Direito e o Estado. Estes, agora, são vistos a partir de uma concepção *individualista-liberal*. Repare-se: para o Direito natural (anterior) tudo pertencia a uma ordem universal transpessoal e objectiva que era fundamentada de modo mais ou menos metafísico e religioso em que as coisas eram o que eram e os homens não ousavam sobre elas reclamar. Exemplo disso é que a liberdade era amada, mas não havia coragem para, sobre a mesma, se reclamar como primeiro bem social: “A liberdade era um *prius* teórico, mas não ainda um *prius* ético e político” (p. 200). Embora defendidas, as teorias do *contrato social* e do *estado de natureza* elas não eram apresentadas como expressão do individualismo e é precisamente aqui onde se dá a transformação, onde se assiste à transição para as ideias do séc. XVIII. (p. 201). O edifício constrói-se a partir dos direitos *originários* e *naturais* do indivíduo. É o individualismo extremo que comanda. As ideias de Estado e liberdade fundem-se e essa fusão dá lugar ao surgimento de uma nova ideia de lei e de direito que, postula e reivindica a liberdade do indivíduo, pois só assim, se cumprirá o conceito “Direito natural”. Defende-se uma inversão da maneira de pensar jusnaturalista em que a liberdade individual que era entendida de um ponto de vista subjectivista passa a ser agora admitida como elemento objectivístico da lei e da ordem universal (p. 201). O contrato social que vinha dos séculos XVI e XVII sofre agora uma limitação, pois passa a ser entendido do seguinte modo: “*nem todos os direitos originários dos indivíduos foram renunciados pelo pacto fundamental em benefício do Estado...*” (p. 201) alguns desses direitos ficaram em seu poder, entre os quais: o direito de *liberdade de consciência*, de *liberdade jurídica*, *económica* e pessoal. A outra convicção importante é a de que já não é o Rei que está a cima da lei, mas a lei acima de todos: Rei e súbditos e aparece como expressão da verdadeira soberania da razão e mais alta função do Estado e do Poder político são “*os direitos individuais naturais e originários*” (p. 202). Na base dessas transformações, estão razões de ordem ideológica e política. Enquanto “razões ideológicas”: o espírito individualista que se vinha a formar desde o Renascimento e o barroco, embora contido ou contrabalançado pelo elemento monárquico, foi reavivado pelas lutas religiosas e civis dos séc. XVI e XVII (guerras religiosas em França, das Frondas e a primeira Revolução inglesa) e deu origem ao *Liberalismo* que não é mais do que a conclusão de ordem ética e prática proveniente do pensamento especulativo da construção do mundo social a partir do “indivíduo”, com os seus instintos e paixões (Suarez e Grocio), ou com o seu *jus in omnia* (Hobbes e Espinoza) (p. 202). Enquanto razões políticas: o sentimento de liberdade de consciência reclamada pelos dissidentes calvinistas ingleses e também franceses depois das lutas religiosas dos séc. XVI e XVII com a emigração e formação das colónias da América. A Revolução Inglesa de 1688 com o *Bill of rights*, a expulsão dos Stuarts, a sua substituição por Guilherme de Orange e por um governo liberal e parlamentar, mais as causas económicas relativas à Revolução industrial e ao desenvolvimento do capitalismo moderno, são tudo factos a considerar. Não há dúvida: o séc. XVIII trouxe o Liberalismo com todas as suas fórmulas filosóficas e jurídicas, como primeiro elemento por ele carregado para a construção das democracias modernas.

“razão”, direitos do homem e direitos do cidadão¹¹⁹. Um Homem, enquanto indivíduo, que, voluntária e originariamente, se desfez de uma parte da sua liberdade natural para contribuir para a formação, no seu próprio interesse, de um *contrato social*, conservando certos direitos naturais e inalienáveis como a liberdade, a propriedade privada, a segurança, o direito de resistência, a liberdade de consciência e religião, assegurados e respeitados pelo Estado, no exercício da sua principal finalidade¹²⁰.

Significa – segundo Carl Schmitt¹²¹ – que o verdadeiro direito fundamental do indivíduo é sempre absoluto e corresponde ao “princípio da distribuição” do Estado-de-Direito, segundo o qual a liberdade do indivíduo é, em princípio, ilimitada, ao passo que as faculdades do próprio Estado são, em princípio, limitadas. Assim, estamos perante um novo conceito de Estado, o “Estado-de-Direito”, ao qual se impõe, com a finalidade de reforçar o respeito devido àquelas garantias individuais, para além da separação de funções, uma separação dos poderes, de modo a se conseguirem os controlos recíprocos entre os poderes – já que, nas palavras de Montesquieu, “só o poder pode deter o poder”¹²².

O Estado, na moderna concepção, assenta em dois importantes pilares: nas garantias fundamentais, símbolo de direitos naturais que devem apenas ser reconhecidos pelo Estado, porque anteriores e superiores a ele; e na separação de poderes. É deste “Estado-de-Direito”, saído da filosofia-política-iluminista, que resultou o primado da lei como expressão suprema da vontade geral, em que os juízes não podiam senão ser mais do que a boca que pronunciava as palavras da lei¹²³.

Neste contexto de ideias, as leis não são senão consequências do contrato que os indivíduos realizam através dos seus representantes na Assembleia Legislativa¹²⁴.

¹¹⁹ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 66.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 66-67.

¹²¹ CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Versión española de Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p.179, tradução nossa.

¹²² MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I, Édition établie par Laurant Versini, Gallimard, 1995, Livre Onzième, Chapitre IV, p. 325-326: « La démocratie et l'aristocratie ne sont point des États libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés ; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! la vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”.

¹²³ *Ibidem*, p. 327-342, e p. 337.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 333.

E a partir dos pontos de vista referidos não é difícil compreender os compromissos imputados ao princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, sobretudo se se tomar em consideração que a liberdade se define – segundo Montesquieu – como *o direito de se fazer tudo o que as leis permitem*¹²⁵. Na verdade, ninguém pode ser privado de fazer o que a lei não proíbe, pois, ao não existir uma proibição legal, o indivíduo actua no âmbito de uma ilimitada esfera de liberdade¹²⁶. O que também pode explicar esta origem necessariamente escrita do domínio penal.

Com efeito, toda a proibição representa um ataque à liberdade originária do indivíduo e, por isso, não se pode justificar senão através do consentimento expresso por intermédio dos representantes na Assembleia Legislativa. Relembremos as palavras de John Locke¹²⁷: “Não pode nenhum édito de outra autoridade qualquer, seja qual for o poder que a sustente, alcançar a força e a obrigatoriedade de lei sem a chancela do poder legislativo que o público escolheu e nomeou; porque sem ela (a chancela) a lei careceria do que lhe é absolutamente necessário: o consentimento da sociedade, sobre o qual não se tem o poder para ditar leis a não ser pelo consentimento e autoridade recebidos”.

No mesmo sentido se expressou Beccaria quando apontou como primeira consequência da origem das penas e do direito de punir que “somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislador pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social.”¹²⁸.

Substituído o Estado Absoluto pelo Estado-de-Direito, a partir de finais do séc. XVIII, com a *Revolução Francesa de 1789*, e com as ideias do iluminismo, a teoria política do individualismo veio afirmar que os direitos e as liberdades eram, por natureza, inerentes a todos os indivíduos. Estes celebravam com o Estado um contrato (contratualismo) através do qual o poder de soberania era delegado nos seus representantes políticos e, por virtude dessa delegação, o exercício da soberania caberia a determinados órgãos que

¹²⁵ *Ibidem*, p. 325.

¹²⁶ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 68.

¹²⁷ JOHN LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1941, p. 85.

¹²⁸ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de José de Faria Costa, Lisboa, 1998, p. 30, refere o ano de 1764 como o momento em que a obra os *Delitti* aparecem na Europa e na confederação estado-unidense trazendo prestígio para a escola italiana de Milão, na altura vista como “capital do pensamento penalístico iluminista”. Contudo, o texto da citação de p. 66 a que fazemos referência respeita à última versão preparada pessoalmente por Cesare Beccaria no ano de 1766.

ficariam subordinados à lei. Por seu turno, a lei seria geral e abstracta, constituindo assim uma garantia da igualdade de tratamento de todos os cidadãos¹²⁹.

No âmbito do Direito penal assiste-se a uma mudança: passa a ser considerado não mais em função do Estado mas em função do indivíduo que, agora, deve ser protegido de toda a intervenção do Estado que não provenha da lei e, conseqüentemente, de toda a limitação arbitrária da sua liberdade¹³⁰.

5. Idade Contemporânea

§ único. O “Estado-de-Direito”

Um “Estado-de-Direito” pela necessidade de se pôr fim às arbitrariedades governativas e judiciais do absolutismo monárquico e à “ingenuidade racionalista própria dos percursores, [que] levou a um exacerbado e utópico entendimento do princípio da legalidade penal”¹³¹.

Na verdade, e independentemente das diferentes modalidades de concretização política, o ideal do Estado-de-Direito era a garantia da segurança, da liberdade e propriedade dos cidadãos através de três notas fundamentais, a saber¹³²: a marcada separação entre o Estado e a sociedade para que esta se constituísse num espaço auto-regulado onde a autonomia económica e moral dos cidadãos pudesse coexistir; a redução da actividade do Estado a um mínimo, apenas para garantir a paz social e as condições objectivas que permitissem viabilizar a conjugação das autonomias individuais e o livre desenvolvimento da personalidade de cada um; e a organização e limitação da actividade

¹²⁹ Assim, TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 153-154. No mesmo sentido, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 1998, p. 76. SANTANA, Selma Pereira de, “Grantismo Penal à Brasileira”, in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld, Coimbra Editora, 1ª Edição, Julho de 2013, p. 657-684; e NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa...*, Coimbra Editora, 2004, p. 17-19.

¹³⁰ Nestes termos BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANNI, Luciano Pettoello, *Diritto Penale, Parte Generale*, Dodicesima Edizione Riveduta e Integrata, Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1986, p. 19-20, tradução nossa; ainda, MANUEL CAVALEIRO de FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, A Lei Penal e a Teoria do Crime*, no Código Penal de 1982, 4ª Edição, Editorial Verbo, 1992, p. 54 - 61, para quem o princípio da legalidade, que surgiu como reacção do liberalismo ao Estado absoluto, tem uma função de garantia, porque serve de limite ao direito de punir do Estado e, desta forma, tutela os direitos fundamentais.

¹³¹ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral...*, 2008, p. 154.

¹³² De acordo com NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 21.

do Estado nas relações que mantinha com os cidadãos, regulada pelo direito. Esta submissão do Estado ao direito tinha como fim último a garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, ou seja, era o direito que constituía o pressuposto de que a intervenção do Estado na esfera de autonomia e livre iniciativa dos indivíduos deveria ser mínima, cabendo-lhe a função de preservação precisamente dos direitos fundamentais. Estes constituiriam liberdades negativas, no sentido de que seriam posições jurídicas individuais cuja realização reclamaria não uma intervenção mas uma abstenção do Estado¹³³.

Preocupados em prevenir qualquer risco de arbitrariedade, os percursores acima referidos instituíram que a lei penal deveria, por um lado, ser exaustiva na enumeração e descrição do facto criminal e, por outro lado, deveria estabelecer uma pena fixa para cada tipo de crime. O juiz teria apenas um papel de “mero aplicador automático da lei ao caso concreto” ou, na expressão de Montesquieu (1748), o juiz é apenas a “boca da lei”, ou, ainda, na expressão de Beccaria (1764), o juiz é um “autómato da subsunção” do caso concreto à lei¹³⁴. Ideias que tinham a ver com o ambiente ético e filosófico do momento histórico.

A garantia do cidadão frente ao poder político foi, e continua a ser, a matriz do princípio da legalidade em geral e, em particular, da legalidade penal¹³⁵. Com efeito, a ideia de Estado-de-Direito surge a partir de um conceito de luta política em que era

¹³³ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁴ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas*, p.68. que não utiliza exactamente a expressão “autómato da subsunção”, utilizada por TAIPA de Carvalho, mas uma outra que para nós tem precisamente o mesmo sentido “para qualquer delito deve o juiz construir um silogismo perfeito; a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a acção conforme ou não à lei; a conclusão, a liberdade ou a pena”. No mesmo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzales, com a colaboração de MORALES PRAT, Fermín, PRATS CANUT, miguel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, (Acorde con el Código Penal de 1995), Barcelona: Cedecs Editorial, 1997, p. 29-30.

¹³⁵ Neste momento da nossa abordagem não pretendemos trazer as ideias da teoria do garantismo penal, desde logo porque se situa em momento histórico posterior. Porém consideramos útil fazer referência à mesma apenas para dar notícia do seu surgimento e do contexto em que se desenvolve. Trata-se de uma teoria recente, originária de um movimento relativo ao uso alternativo do direito, nascida na Itália, na década de 70. A teoria surgiu por intermédio de um grupo de Juizes que se denominou Magistratura Democrática de que se pode destacar Luigi Ferrajoli – então Magistrado e Professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino. Na época, o Governo Italiano teve que fazer frente a grupos políticos que utilizavam o terrorismo para fazer valer os seus objectivos. Criou-se, nesse contexto, uma situação de emergência que reclamou uma legislação anti-terrorista. O que a teoria do garantismo penal pretendeu foi impor alguns limites às reacções penais de regimes governamentais com carácter fascista. A maioria dos países da Europa continental não adoptou o garantismo penal. Este foi melhor acolhido na América Latina, em virtude da natureza dos governos autoritários que desde a década de 60 ali se constituíram e instalaram e que, fundamentalmente, se colocaram voltados para uma suposta protecção do Estado em prejuízo das garantias dos acusados. Veja-se SANTANA, Selma Pereira de “Garantismo Penal à Brasileira”, p. 660.

necessário limitar o poder do Estado. Uma limitação jurídica do poder em razão da necessidade de se garantir um núcleo de valores que se impusessem ao próprio Estado. Agrega-se, assim, ao conceito, a ideia de legalidade enquanto elemento formal, caracterizado tanto como legalidade da administração quanto legalidade da justiça administrativa. No fundo, o que se visou foi a autonomização dogmática de mecanismos jurídicos para garantir os direitos fundamentais. Por essa via, identificou-se a lei com as garantias de direitos fundamentais, pois o fim último era a protecção do indivíduo face à aplicação da lei pela administração – que teve como consequência a exclusiva relevância do princípio da legalidade e das garantias jurídicas que possibilitassem aos particulares reagir contra a eventual violação dessas garantias. Sem essa segurança e necessária protecção da confiança, os particulares não conseguiriam a estabilidade e a autonomia necessárias para a organização dos seus planos de vida. Poder-se-á pensar que será uma das razões pelas quais, desde os primórdios, sucederam revoluções liberais. Com a separação de poderes do Estado e com a organização da sua própria actuação, capaz de manter a esfera dos particulares protegida das arbitrariedades próprias de um exercício ilimitado dos poderes de autoridade que caracterizavam o Estado absoluto¹³⁶, certamente que a discussão assumirá outros contornos. Por isso, do princípio do Estado-de-Direito se deduz e reclama um substrato de segurança jurídica, previsibilidade, calculabilidade na actuação, clareza, densidade normativa das regras jurídicas, publicidade e transparência dos actos dos poderes públicos, sobretudo para evitar afectar os direitos fundamentais dos particulares.

Decorre ainda de um princípio do Estado-de-Direito a protecção da confiança dos cidadãos relativamente à acção dos órgãos do Estado, enquanto elemento essencial no relacionamento entre o Estado e os cidadãos. Na verdade, sem “a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objecto do acontecer estatal.”¹³⁷. A ideia de protecção da confiança constitui o “aspecto subjectivo” da garantia. Este princípio, juntamente com o princípio da legalidade penal, conduz a que a protecção dos direitos,

¹³⁶ NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios Constitucionais...*, p. 261.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 262.

liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas “através do direito penal, mas também perante o direito penal”¹³⁸. Razões pelas quais se exige que a lei seja escrita, estrita, certa e anterior ao facto. Pretende-se que o sujeito esteja protegido perante intervenções punitivas abusivas e arbitrárias. Trata-se de uma garantia política porque consagrada na Constituição, garantia que se vê reforçada com o princípio da separação de poderes que confere aos representantes directos do povo, o parlamento, o poder para, de forma exclusiva, definir o que é crime e estabelecer a respectiva pena. A ideia de protecção do cidadão, do indivíduo, do infractor, constitui também um fundamento de política criminal, pois quando se atribui à pena, já desde o remoto tempo do iluminismo, uma função de prevenção geral, exige-se que a lei penal seja clara e anterior à prática do facto. Esta é também uma garantia: se a lei penal tem por função levar a que os cidadãos não pratiquem factos criminosos, então carece de, em momento anterior a essa prática, indicar, com precisão, que factos criminosos são esses e qual é a pena que lhes é aplicável. Assim se diz que o princípio da legalidade tem também uma função de orientação e dissuasão geral, imputada à pena¹³⁹.

O sentido e a extensão dessa função de garantia ficaram bem expressos por Reinhart Maurach quando referiu que “para o princípio do Estado de direito, a expressão segurança jurídica reclama a previsibilidade e a capacidade de medir previamente a pena... não só a proporcionalidade entre a pena e o castigo, mas também a determinação e a delimitação dos comportamentos puníveis devem corresponder aos estritos pressupostos jurídico-constitucionais”¹⁴⁰.

Com razão também se pode afirmar que só fica sujeito à pena quem tenha cometido um determinado crime que fique concretamente provado. Esta proposição, que à primeira vista nos parece demasiado óbvia, contém, por sua vez, os mais significativos problemas

¹³⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 177, que utiliza uma expressão de CLAUS ROXIN. O ordenamento jurídico não deve apenas ter à disposição meios para prevenir o crime, mas deve também impor limites à utilização do poder punitivo para que o cidadão não fique desprotegido ou à mercê de uma intervenção arbitrária ou excessiva do “Estado Leviatán”. Ainda no sentido de que a fórmula Estado social e democrático de Direito serve de base aos limites que tanto o legislador como os demais órgãos encarregados do exercício do *ius puniendi* devem respeitar, veja-se MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª Edición, Barcelona, 1998, p. 74.

¹³⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral...*, 2008, p. 155. Veja-se ainda JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 179; CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 1997, p. 137; e MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, p. 76-79.

¹⁴⁰ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal, Parte General, Teoria general del derecho penal y estructura del echo punible*, Traducción de la 7ª edición alemana, por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, actualizada por HEINZ ZIPF, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 156. Tradução nossa.

políticos do direito penal. Efectivamente, esta proposição constitui a expressão incondicional da *função de garantia da lei penal*. Constitui tarefa da função de garantia não só não condenar inocentes, como, também, evitar a instauração arbitrária de procedimentos formais contra eles. Função que exige, para além disso, que o comportamento que acarreta a sanção do culpado seja objecto de uma declaração de certeza e não apenas de possibilidade ou de probabilidade. Ou seja, os efeitos da função de garantia, sobretudo, conduzem à distinção entre culpabilidade e inocência. E o facto de no direito penal se procurar uma lei escrita, unívoca, e não susceptível de extensão, é importante para se saber que comportamento não é punível. Chegamos, então, à *função de garantia individual da ameaça de pena* (os “tipos”).

Referimos em momento anterior que durante a segunda metade do século XVII a ciência jurídica viu surgir, com projecção no campo do direito, duas tendências: o racionalismo, que se apresentou no pensamento jurídico como posição filosófica fundamentalmente virada para os aspectos metodológicos ou formais; e o iluminismo, voltado para o conteúdo normativo, com a finalidade de colocar o direito de acordo com os dados retirados da “situação histórica da época”¹⁴¹. Vimos de igual forma que foi no quadro desta última concepção filosófica e política que se desenvolveram as ideias que conduziram à proclamação da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, importante instrumento da Revolução Francesa. O texto da Declaração expôs as bases em que deveria assentar a governação mas também tinha como objectivo prevenir o retorno ao despotismo: “Os homens nascem livres e iguais em direitos” (artigo 1.º da Declaração).

O fim de toda a associação política é precisamente a conservação desses direitos que, por serem inalienáveis e imprescritíveis, devem ser protegidos, em oposição aos direitos do Estado¹⁴². Por isso, duas ideias essenciais remanescem: o legislador não pode tocar nestes direitos, já que a lei deve ser uma forma de defesa contra actos que sejam prejudiciais à sociedade; para além disso, o exercício dos “direitos naturais” de cada homem só pode ter como limite o que assegure outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos¹⁴³.

¹⁴¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, p. 45.

¹⁴² MARCAGGI, V., *Les Origines de la Déclaration des Droits de L’homme de 1789*, Duxième Édition, Paris, Fontemoing et Cie, Éditeurs, 1912, p. 1.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 2. Tradução nossa.

Os demais artigos representaram um desenvolvimento destas ideias, como se depreende do conteúdo tanto do artigo 7.º, “ninguém pode ser acusado, detido ou preso fora dos casos previstos na lei e segundo as formas nela prescritas”¹⁴⁴, como do artigo 8.º, “A lei não pode senão estabelecer penas stricta e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei (fixada) e promulgada em momento anterior à prática do delito e legalmente aplicada”¹⁴⁵.

No geral, uma declaração de garantias, direitos e liberdades do indivíduo-cidadão a ser respeitada pelo próprio governo, depositada, em 1789, num documento solene que também abrangia o conjunto de princípios directores da governação.

É notório que em momento posterior na história, depois daquela data, a maior parte das Constituições europeias adoptaram catálogos de direitos e princípios parecidos com os da Declaração Francesa, tendo chegado até às Constituições dos Estados Balcânicos ¹⁴⁶.

É ainda de interesse referir que, embora o princípio da legalidade tenha sido, com maior ou menor rigor e amplitude, adoptado na generalidade dos sistemas penais, houve, contudo, sistemas e momentos históricos em que o princípio se viu, de forma expressa, revogado. Foram os exemplos da então União Soviética no período de 1924 a 1926 e da Alemanha “nacional socialista” (ou, se quisermos, “Nazi”) até 1945.

Com efeito, no séc. XX, a legislação penal da União Soviética expressamente admitia a analogia para fundamentar a responsabilidade penal, considerando que o artigo 16.º do Código Penal, em vigor em 1926, estabelecia: “quando alguma acção perigosa não se ache expressamente prevista neste código, o fundamento e a extensão da sua responsabilidade determinar-se-ão de acordo com os artigos desta lei que prevejam os delitos mais semelhantes”. O sentido da incriminação está ligado ao conceito material de crime, entendido como um acto contra o regime soviético instaurado em 1917. Aquela disposição vigorou até 1958, altura em que uma lei de bases – a partir da qual nasceria, em 1961, um Novo Código Penal – viria novamente a proibir a analogia incriminadora e a incluir a ideia de culpa como fundamento da responsabilidade criminal ¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Idem*. Tradução nossa.

¹⁴⁵ *Idem*. Tradução nossa.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 4-5. Ver, ainda, para efeitos de desenvolvimento histórico BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 1º Volume, 2ª Edição revista e actualizada, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1985, p. 384-395.

¹⁴⁷ BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, p. 397- 398.

Quanto à Alemanha “nacional socialista”, há a referir que, em 1935, foi publicada lei que previa a possibilidade de incriminar actos por “identidade de razão” em relação a outros actos que eram considerados crime. Aqui está claramente patente a ideia de analogia que, nos termos previstos, devia ser feita tendo em conta as concepções da lei penal e o “são sentimento popular”¹⁴⁸.

O princípio da legalidade, para além de revogações, conheceu também momentos de relativa eficácia. Veja-se o caso da Itália onde, em 1930, depois da instauração do fascismo, o Código Penal consagrou o princípio, ainda que em relação ao direito penal comum – pois relativamente aos crimes políticos foram instaurados tribunais especiais que tratavam de casos considerados perigosos para o Estado, com a consequente total revelia de quaisquer garantias constitucionais ou outras, o que, na verdade, pode ter significado que o princípio, para estes casos, não passava de uma garantia meramente formal, sem eficácia para os direitos individuais.

Teremos oportunidade de confirmar que Portugal, tanto na Constituição de 1933 como no próprio Código penal de 1886, também aclamou o princípio da legalidade penal. Porém, é sabido que até 1974 o regime português não primou pela garantia dos direitos individuais¹⁴⁹.

6. Conclusões

A resenha histórica retirada da leitura de vários autores permite chegar a algumas conclusões.

Na Idade Antiga, particularmente no âmbito do sistema penal romano, existiam, de facto, comportamentos que eram considerados crimes mas que não necessitavam de constar de nenhuma fórmula legal exterior, bastava uma associação à moralidade ou à “natureza humana”. O mesmo se pode dizer acerca das consequências jurídicas do crime que não estavam previstas em nenhuma lei penal escrita. O tribunal consular-senatorial estava acima das leis, não era obrigado a distinguir entre os diversos crimes e podia também incluir num mesmo processo vários factos puníveis e aplicar penas a actos não previstos em legislação penal, ou seja, *não estava sujeito a nenhuma lei e tinha liberdade*

¹⁴⁸ HALL, 1960, p. 48 *apud* BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, p. 396.

¹⁴⁹ Por todos, BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal...* p. 400.

quase absoluta para determinar os factos puníveis ou para graduar as penas. Na verdade, os romanos preocuparam-se em fixar normas processuais e criar os órgãos para o julgamento dos crimes, mais do que definir os próprios crimes; por essa razão se defendeu – como foi o caso de Garraud¹⁵⁰ – que o direito penal romano esteve sempre sob a dependência do direito processual. Por outras palavras, o julgamento e a organização da jurisdição penal constituíram sempre a grande preocupação dos romanos, daí os diferentes momentos referidos a propósito da evolução histórica: um direito anterior às “*questione perpetuae*”, um direito das “*questiones*” e um direito posterior ao abandono das “*questiones*”. Sendo assim, não hesitamos em afirmar que o sistema penal romano não tinha uma fórmula do princípio da legalidade tal como hoje a conhecemos¹⁵¹.

¹⁵⁰ GARRAUD, *Traité Theorique et Pratique du Droit Pénal Français*, 3ª ed., Paris, 1913, tomo I, p.115, nota 6.

¹⁵¹ Embora saibamos que autores como Jerome Hall tenham entendido em sentido contrário. Segundo LUÍZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Filosofia Y Ley Penal, 3ª Edición, Actualizada, 11º - 15º MILLAR, Editorial Losadas, S. A., Buenos Aires, p. 383-385, nota 67, Jerome Hall, professor da Universidade de Indiana e conhecido estudioso de Direito comparado, recolheu algumas citações de Direito romano para provar que o princípio da legalidade, inclusive o da irretroactividade, tem a sua “história” em Roma (de forma “vaga e acidentada”). Este ponto de vista não é sustentado por Jiménez de Asúa. Entende este autor que os institutos jurídicos, ainda que possam ter algum parentesco com alguma questão que esteja a ser estudada num dado momento, respondem a concepções e a vivências tão distintas e tão diferentes que dificultam que se encontre nelas a autêntica origem da questão que é objecto de estudo. Também os escritores do nacional socialismo defenderam o mesmo ponto de vista de Jerome Hall, talvez enganados pela formulação latina do princípio (veja-se *National –sozialistisches Strafrecht. Demkschrift des Preussischen justizministeres* [Hans Kerrl, 2ª edició, Berlim, 1933, p. 127]; H. Nikolai, *Nationalsozialismus und Erneuerung des deutschen Strafrechets*, em *Deutsche Recht*, 1933, I, p. 61). Contudo, estes autores, sendo nacional-socialistas, ao procurarem ab-rogar o princípio, trataram precisamente de considerar que a concepção jurídica romana estava enformada de um individualismo extremo. F. Schulz, em *Principles of Roman Law*, p. 173, defendeu, embora a formulação tivesse sido latina, que o princípio era desconhecido do Direito Romano e até provavelmente com ele incompatível dada a sua natureza totalitária. Ainda segundo Luis C. Cabral, este problema histórico deve ser também analisado a partir das posições defendidas por GIULIANO VASSALI “*Nullum crimen sine lege* (Estratto dalla « Giurisprudenza italiana», vol. XCI-1919), Turín, Utet, 1939, pp. 19 a 26. Com efeito, VASSALI, a determinada altura do seu texto, depois de apresentar as características do Direito Penal e Processual Penal Romano, refere que foi a partir do séc. II a.C. que se estabeleceu o procedimento penal mediante *questiones*; jurados foram instituídos junto dos magistrados e foi conferida competência sobre figuras delictivas bem determinadas, desde logo pela *lex Calpurnia repetunderum* de 149 a . C., e especialmente no momento em que sob o regime de Sila foram constituídas as *questiones perpetuae*. Pode-se dizer que a punição por analogia foi severamente proibida e o princípio “*nulla poena sine lege*” rigidamente imposto. Só a esta fase do procedimento penal romano se podem querer referir os textos que parecem falar num princípio semelhante ao expresso na fórmula *nullum crimen sine lege*, bem como as opiniões dos que sustentaram a existência da proibição da analogia no Direito penal romano. Mas as fontes do Direito penal romano da época imperial eram, como foi já referido, para além da lei, também as constituições imperiais, os *senatus - consultos*, o costume e a interpretação tanto extensiva como analógica das leis. Terminado o dualismo de procedimentos, ordinário e extraordinário de *las questiones* na época pós-classica ou da monarquia absoluta, cada vez mais o Direito penal das fontes referidas se foi desenvolvendo, entre as quais a analogia. Nesta época chamada de monarquia absoluta, desenvolveu-se uma maior liberdade da parte dos Imperadores enquanto criadores de direito. Concluiu Giuliano Vassali que “tendo-se em conta o grande e livre desenvolvimento da *coercio* em finais da época

Vigorou sim o que actualmente se poderia designar *arbitrariedade*, embora dominasse, no direito romano em geral e, também, no direito penal, o espírito de justiça e de equidade. O Direito penal romano desenvolveu-se de forma muito rudimentar se se tiver em conta as grandes elaborações jurídico-penais posteriores à Revolução Francesa. Provavelmente, a falta de organização da legislação em códigos, ao estilo moderno tivesse permitido que o espírito de justiça se materializasse mais no domínio do direito processual do que do direito substantivo¹⁵². Já Ihering afirmou que a desarmonia entre o direito moderno e o direito romano antigo estava contida nas máximas: “*nulla poena sine lege*” e “*nulla actio sine lege*”¹⁵³.

Por outro lado, a razão de ser do pensamento jurídico-penal romano não radicava apenas neste traço mas sobretudo e também na relação que na época se estabelecia entre o Estado e o cidadão¹⁵⁴. Nesta perspectiva, não vigorava uma liberdade individual. O cidadão pertencia ao Estado e não era necessário que isso estivesse referido ou previsto em alguma lei, tal como não era necessário que estivesse escrita a forma se deveria conduzir a sua vida pública. Talvez por consequência, em matéria de censura penal, “a falta de proibição legal expressa constituía um simples subterfúgio que não podia desculpar a infracção porque era a própria consciência nacional que nesses casos, se dirigia ao acusado com toda a sua autoridade”¹⁵⁵. Em definitivo, no sentido desta conclusão, Carl Schmitt: “O Estado antigo não conhecia direitos de liberdade, porque parecia inconcebível uma esfera

republicana, observa-se claramente que o procedimento ordinário por *questiones*, o único em que esteve certamente em vigor a proibição da aplicação analógica das normas incriminadoras, vigorou apenas por um pequeno período”. Portanto poder-se-ia em geral afirmar com Ferrini [*Diritto penale romano*, Milán, 1899, pp. 253 e ss] que “não só a interpretação extensiva, mas também a analógica foram admitidas no Direito penal romano, tanto no campo dos *delicta privata* como nos *crimina publica*”. Isto parece concordar com todos os caracteres do Direito Penal romano que até aos últimos tempos do império se subtraiu a toda a sistematização daquele género diferentemente do que sobressai em Roma em matéria dos outros ramos de Direito. Por outro lado, a admissibilidade entre os romanos da analogia em matéria penal é a opinião mais difundida”. Veja-se ainda no mesmo sentido de que o princípio da legalidade não poderia ter origem no Direito penal romano em virtude deste Direito penal aplicar a analogia e consentir que o juiz punisse “*ad exemplum legis*”, ANTOLISEI, Francesco, “*Manuale di Diritto Penale*”, Parte Generale, MVLTA PAVCIS, AG, Milano, 1947, p. 31; e ainda que, em Roma, no tempo do Império, a analogia em Direito penal foi (ammessa) e que os juriconsultos romanos sobre o crime, sobre as penas, sobre o procedimento e toda a legislação penal romana disseminada pelas “*delicta extraordinaria*” e pelo procedimento extraordinário, estão em contraste com o princípio enunciado da legalidade, MARTUCCI, Alberto, *L’analogia nel Diritto Penale*, in *La Giustizia Penale*, Vol. XLIII (III della 5ª Serie) Roma, 1937, p. 136.

¹⁵² Assim também, CABRAL, Luis C., *Ubicación Historica*, p. 28.

¹⁵³ IHERING, *El Espiritu del Derecho Romano*, Madrid, 1912, T.II, pp. 52, nota 40, *apud* CABRAL, Luis C., *Ubicación Historica*, p. 28

¹⁵⁴ IHERIN, *El Espiritu del Derecho Romano*, p. 52-56, *apud*, CABRAL, Luis C., *Ubicación Histórica*, p. 29-30.

¹⁵⁵ CABRAL, Luis C., *Ubicación Histórica*, p. 30.

de acção privada com um direito independente face à comunidade política e considerava-se absurdo, imoral e indigno de um homem livre, pensar numa liberdade individual independente da liberdade política do seu povo e Estado”¹⁵⁶.

Pode-se assim compreender a razão de ser deste pensamento jurídico. A própria vida espiritual daqueles cidadãos estava monopolizada pelo Estado que chegava até a administrar e a impor uma religião. Esta concepção “totalitária”, subordinadora do homem ao Estado e ao cumprimentos dos seus fins, é incompatível com a ideia de liberdade individual. É historicamente aceite que esta mentalidade só é alterada com o cristianismo, na sua máxima “dar a Deus o que é de Deus e a César o que é de César”, assinalando uma função à pessoa humana e rompendo com a unidade homem-cidadão¹⁵⁷.

A finalidade do homem antigo é “*dulcis et decorum est pro patria mori*”, razão pela qual seria impensável vigorar um princípio como o da legalidade. Aliás, como bem assinala Luis Cabral, não se pode pensar as instituições antigas com critérios modernos, uma vez que não só as semelhanças externas afiguram-se apenas aparentes como também são diferentes os princípios que enformam a existência humana numa e noutra época histórica¹⁵⁸. De resto, como defende Mezger, o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” é hoje um “*palladium*” da liberdade do cidadão¹⁵⁹.

Atentemos agora ao que se passou na Idade Média. No âmbito do “elemento germânico” prevaleceram os costumes penais, num “estado de vingança”; no âmbito do “elemento canónico” prevaleceram os fins supremos da Igreja; e no âmbito do “elemento românico” procurou-se, de facto, dar uma primazia à lei, com a sua redacção escrita e compilação, mas, com efeito, inconsequente *face ao imperado do costume como fonte do direito penal*.

Uma característica essencial da época passou, pois, pela reconstrução do Estado destruído com a queda do Império Romano do Ocidente. E note-se bem que Bizancio, intitulado herdeiro do poder imperial, não se mostrou capaz de administrar os vastos territórios invadidos pelos bárbaros. À luta pela consolidação do poder interno face aos vassallos que não queriam perder os seus privilégios, juntou-se também a luta jurídica. É precisamente na Idade Média que no campo do direito se assiste à contenda entre o direito

¹⁵⁶ CARL SCHMITT, *Teoria de la Constitución*, Edição, Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 183.

¹⁵⁷ CABRAL, Luis C., *Ubicación Histórica*, p. 31

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 30-31.

¹⁵⁹ MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, p. 141.

penal privado e o direito penal público: o direito de vingança opõe-se ao superior direito do Estado que tem a pretensão de agrupar as diferentes comunidades ¹⁶⁰. Diga-se desde já que o triunfo do direito do Estado não foi fácil nem imediato e que o direito penal público só se consolidou com o advento das monarquias absolutas, pese embora já tivesse manifestado algumas das suas características nas cidades italianas, fruto talvez do desenvolvimento das escolas de direito. Fora deste cenário, reiteramos, nos “Estatutos” de toda a Idade Média vigorava o direito de vingança ¹⁶¹.

Parece certo, nesta conjuntura, que não vigorou um “princípio da legalidade da intervenção penal”. Por outro lado, como tivemos oportunidade de estudar, a Magna Carta de 1215 poderá ser interpretada como sendo a origem do princípio da legalidade em matéria penal dada a referência à “lei da terra”. Todavia, tal expressão pode muito bem ser entendida como o costume que, na Idade Média, era a principal fonte de direito. Já em Itália os estatutos das cidades e comunas continham muitos exemplos de reenvio para o *direito costumeiro* em matéria penal, a tal ponto que se concedia uma grande amplitude de arbítrio aos juízes nessa matéria. Em França também era o costume que de uma forma mais ou menos precisa fixava a forma de repressão de cada crime, tendo havido uma pretensão de os reduzir a escrito em face da diversidade ou mesmo das contradições que surgiam nos depoimentos das testemunhas que confiavam apenas na sua memória. E em Espanha houve uma importante lei, “Las Siete Partidas de Afonso X El Sabio”, que não se pode considerar implementadora do princípio da legalidade penal, tal como hoje o conhecemos, porque admitia a analogia permitindo opções que se furtavam a uma estrita legalidade.

De resto, não se pode ignorar que naquela época o Estado fundou o seu poder também na religião, o que não era sequer discutível, já que se confundiam as figuras: “o trono real não é o trono de um homem, mas o trono do próprio Deus”¹⁶². Pela natureza do próprio Estado, o exercício do poder repressivo não podia admitir grandes limitações,

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 43-44.

¹⁶¹ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 44. Veja-se ainda PERTILE, Antonio, *Storia Del Diritto Italiano – Dalla Caduta Dell’Imperio Romano Alla Codificazione*, 2ª Edizione Riveduta e Migliorata, Vol. V, *Storia Del Diritto Penale*, Torino, 1892, p. 23 e ss. É neste momento que se trava a grande batalha do Estado em prol da paz social e que se dá a célebre tragédia de “Romeo Y Julieta”, cuja trama se desenvolve em torno do exercício da vingança entre duas famílias – Montescos e Capuletos.

¹⁶² BOSSUET, *apud* CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 63.

muito menos a favor dos súbditos, sobretudo se isso representasse a negação do absolutismo¹⁶³.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer o mérito de *o exercício do direito de punir se ter consolidado como atributo do poder público*¹⁶⁴. Foi nesta altura que se percebeu que a lei penal era um importante instrumento da efectivação desse poder absoluto e, nesse contexto, o que caracterizou o direito penal foi precisamente a arbitrariedade com o objecto de manutenção do poder político, resultando numa total ausência de garantias individuais.

O poder punitivo nas mãos do Estado tornou-se evidente a partir da “*Constitutio Criminalis Carolina*”. O que não implicou nem significou, para os territórios onde vigorou, a observância do princípio “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”; bem pelo contrário, expressamente admitia a aplicação analógica da lei penal e a aplicação de costumes particulares sempre que a pena não estivesse prevista.

Aqui chegados, poderá defender-se que o princípio da legalidade surge com o iluminismo não apenas pelas premissas e racionalizações características da filosofia política do séc. XVIII, mas também pela concepção na qual dominava do homem “livre por natureza”, reivindicando a sua entrada nesse estado, reivindicando um direito inalienável e, também, legitimando, através do seu próprio consentimento, a validade das disposições escritas a partir das quais voluntariamente ajustará a sua conduta¹⁶⁵. O princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” só poderá ter sentido quando actuar no âmbito de um determinado sistema de ideias que o torne efectivo: é a filosofia política do séc. XVIII que responde às condições reivindicadas pelo próprio. Tentemos clarificar um pouco melhor as coisas.

O excuro histórico que se entrecruzou por Roma, pelos bárbaros, até à própria monarquia absoluta, permitiu observar que não estão reunidos os pressupostos culturais, jurídicos e políticos necessários à vigência do princípio. Além do mais, os seus traços fundamentais entram em contradição com alguns dos seus pressupostos. Senão, vejamos. Para Roma “*salus populi, summa lex est*” (a saúde do povo é a lei suprema)¹⁶⁶, mas para o

¹⁶³ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 63

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 64.

¹⁶⁵ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 70

¹⁶⁶ Dito por Cícero “*De legibus*” preceito da “*Lei das Doze Tábuas*”, in OLIVEIRA, Fernando José, *Glossário de Latim para Juristas*, 10ª Edição, Luanda: Editorial Nzila, 2008, p. 107.

Iluminismo a meta suprema a atingir é a felicidade do indivíduo. O fim da Igreja é sempre extraterreno (metafísico) e não há limites para a salvação das almas que estão marcadas pelo pecado original, ao passo que o Iluminismo defendeu um homem originariamente bom que procura, como finalidade última, a sua felicidade aqui na terra. Na Idade Média a concepção de justiça parte do costume, mas no Iluminismo vemos surgir a lei certa como expressão do direito. E as monarquias absolutas tinham na glória do monarca a finalidade última, mas já para o Iluminismo o que vale é a liberdade do indivíduo que, assim, pretende realizar-se no seio da sociedade¹⁶⁷.

Situar o princípio da legalidade penal fora deste contexto será deixar cair todo o edifício. Os pilares fundamentais estão determinados nas garantias individuais e na separação de poderes que, com efeito, são princípios determinantes na concepção de um “Estado-de-Direito”. Perante esta concepção, para prevenir o risco de arbitrariedade da intervenção estatal, procurou-se uma lei penal susceptível de ser aplicada por órgão diverso daquele que a produzisse, por um lado, e uma lei penal exaustiva na enumeração e descrição do facto criminal e nas respectivas consequências jurídicas, por outro lado. Nestes termos, o princípio da legalidade expresso na máxima “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” assumiu a natureza de um verdadeiro princípio fundamental constitucional e, nessa mesma condição, entrou em vigor por via da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 26 de Agosto de 1789, nos termos do artigo 8.º, para depois passar a figurar no direito público da grande maioria das designadas nações de cultura ocidental¹⁶⁸.

¹⁶⁷ CABRAL, Luis C, *Ubicación Historica* (cit.), p. 71-72.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p 72.

CAPÍTULO II

NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. Ponto de partida

Reafirmamos que os princípios fundamentais só podem ser entendidos se os estudarmos no contexto de um determinado sistema de ideias. Foram as ideias da filosofia do iluminismo que inspiraram o surgimento do princípio da legalidade da intervenção penal. Assim, a indagação no sistema jurídico português deverá, em nosso entender, ser também feita a partir dessas premissas. Do que nos foi dado a observar, o Iluminismo não teve o mesmo desenvolvimento em todos os pontos onde se manifestou: sujeitou-se às limitações e ajustamentos próprios do ambiente, das circunstâncias e das fontes que o inspiraram¹⁶⁹. Surgiu na Holanda e na Inglaterra, desenvolveu-se em França e na Alemanha, tendo apresentado sinais particulares em Portugal e Espanha¹⁷⁰. A influência nesses dois últimos países marcadamente católicos emanou da Itália, não obstante um iluminismo italiano que não teve o carácter revolucionário, anti-histórico e irreligioso que apresentou na França¹⁷¹.

É certo que se podem estabelecer alguns marcos na evolução do princípio da legalidade penal em Portugal, mas temos que considerar que até ao liberalismo não houve qualquer consagração do mesmo e, tão-pouco, nas Ordenações o princípio revestiu os contornos modernos que mais tarde veio a assumir¹⁷². Jorge Miranda, ao fazer o Estudo do constitucionalismo Português, estabelece um paralelismo com o constitucionalismo francês e considera, a propósito, que ambos foram sujeitos a certa instabilidade¹⁷³. As diferenças não passam despercebidas. Em França, no séc. XIX, para além da variedade de regimes políticos, sedimentaram-se grandes princípios constitucionais, nomeadamente os constantes da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Em Portugal, durante

¹⁶⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português* (cit.), p. 361.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 361. Em França, com o movimento cultural do Enciclopedismo onde se destacaram as figuras de Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Diderot e, na Alemanha, com a corrente literária do Classicismo e as figuras de Lessing, Herder, Goeth, Schiller e a fundação de novas Universidades e na filosofia política e jurídica com a influência do jusracionalismo para referir Pufendorf, Thomasius e Wolf.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² No sentido de BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal* (cit.) p. 400

¹⁷³ MIRANDA, Jorge, *As constituições Portuguesas de 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 5ª Edição, Livraria Petrony, 2004, p. 17.

esse mesmo período, não se consolidaram completamente os fundamentos do constitucionalismo liberal, como também esses mesmos fundamentos foram afectados pela instalação, de forma duradoura, de um regime autoritário que se lhes opôs.

Esta conjuntura poderá explicar o momento em que o princípio da legalidade penal, princípio que constituiu uma garantia constitucional, surge na Constituição Portuguesa. Ainda assim, não se pode dizer que o legislador constituinte tenha completamente descurado o tratamento das garantias, pelo menos daquelas que, historicamente, eram compreendidas como *garantias do processo criminal*¹⁷⁴. Façamos um breve excuro pela história do direito constitucional português para o confirmar.

2. Constituições Portuguesas

§1. A Constituição Portuguesa de 1822

A Constituição em epígrafe, a primeira da história do direito constitucional português, pode ser caracterizada como pertencente ao liberalismo político, económico e filosófico. Surgiu num momento histórico em que Portugal havia realizado a Revolução de 24 de Agosto de 1820, depois de várias tentativas no sentido da aprovação de um texto constitucional segundo o qual se preconizava assegurar “algumas das liberdades”, de forma a dar “um passo no sentido das garantias individuais, tão caras aos Homens de vinte”¹⁷⁵. Os direitos fundamentais dos cidadãos são pela primeira vez consagrados e, assim, representaram o “reconhecimento do papel limitado do Rei e do poder político em geral”¹⁷⁶.

Em 1821, nas “Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da nação Portuguesa”¹⁷⁷, preparou-se uma pré-Constituição designada “Bases da Constituição”,

¹⁷⁴ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 3ª Edição, Coimbra, 2004, p. 12. As “garantias”, também designadas “direitos-garantia” por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Garantia Judicial dos Direitos Humanos”, *RMP*, Ano 20, nº78, 1999, p. 12.

¹⁷⁵ Nas palavras de BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, V. I, Almedina, 2005, p. 406.

¹⁷⁶ *Idem*. Também de acordo com BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, p. 401.

¹⁷⁷ Segundo MARCELO CAETANO, *História do Direito Português*, 2000, p. 122-123: “as Cortes” eram um conselho de apoio ao Rei na monarquia visigótica que o ajudava no exercício das várias atribuições. Esse conselho recebeu várias designações tais com: *aula regia*, *oficium palatium*; mais tarde *paltium collegium*, *senatus*, *togae palatii*, *concilium*. No Sec. XI recebeu a designação de “*Cúria*” que significava

proclamadora de um conjunto de princípios que visavam “assegurar os direitos individuais do Cidadão e estabelecer a organização e limites dos Poderes Políticos do Estado”. As referidas bases receberam a influência dos primeiros textos constitucionais europeus, quais sejam, a Constituição Francesa de 1791 e 1795 e a Constituição Espanhola de Cádiz de 1812. Quanto ao seu conteúdo, continha na “Secção I” matéria relativa aos Direitos Individuais que, com efeito, veio sustentar a sistematização do “Título I” (“Dos direitos e deveres individuais dos portugueses”) do texto de 1822¹⁷⁸.

É importante notar que é esta Constituição que pela primeira consagrou os direitos fundamentais, seguindo a inspiração iluminista e liberal que presidiu à Revolução de 1820. Os direitos fundamentais foram incorporados directamente no texto constitucional e do mesmo fizeram parte integrante como resultado da influência recebida da Constituição Francesa de 1791 que, autonomamente, referenciava a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Ideia que vem reafirmada por Gomes Canotilho ao referir que a Constituição de 1822 consagra direitos e deveres individuais dos portugueses no seu primeiro título, enquanto autênticos direitos positivos juridicamente garantidos, convertidos em direitos fundamentais, institucionalizados juridicamente e objectivamente vigentes¹⁷⁹. Assiste-se, por conseguinte, a uma inovação de direitos fundamentais, com particular relevância, na matéria que nos interessa, para a “humanização” do direitos penal e do direito processual penal¹⁸⁰.

A Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822 foi – por assim dizer – “pobre” em relação à previsão das garantias do direito e do processo criminal. No artigo 4.º concretizava-se o princípio “*nulla poena sine culpa*”. Em determinadas situações a prisão podia ainda assim sobrevir sem culpa, mediante ordem do juiz que, em 24 horas, deveria, por escrito, fundamentar as razões. Toda a prisão sem culpa era evidentemente

“palácio” e “corte”. Era um órgão que exercia uma função de carácter consultivo que se estendia à legislação, tratando de assuntos militares, administração económica, política, ordem religiosa e justiça. Em 1385 “as Cortes” deixaram de ter função meramente consultiva (o que representou uma evolução no Direito Público medieval português), passando a deliberar sobre questões relacionadas com a sucessão da coroa, seu provimento, de modo a declararem vaga ou a preencherem com o candidato idóneo. Estas “Cortes” preocuparam-se em dar uma estrutura constitucional ao regime iniciado com a dinastia de D. Dinis, Mestre de Avis, assim, p. 445-455, e desde aí as suas atribuições foram evoluindo.

¹⁷⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas*, p. 23 Preâmbulo. Também, BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 407 e notas 652 e 409 e notas 653 e 410 e, ainda, nota 654.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Almedina, 2000, p. 111.

¹⁸⁰ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 411-413

arbitrária. O artigo 10.º estabelecia que “nenhuma lei, e muito menos a penal [seria] estabelecida sem absoluta necessidade”. E, finalmente, o 11.º previa o princípio da proporcionalidade e da pessoalidade da pena e, também, a abolição da “tortura e ... todas as penas cruéis ou infamantes”.

Não há qualquer referência ao princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” na Constituição Portuguesa de 1822.

§2. A Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826

A proclamação da independência do Brasil e o ambiente político em Portugal levaram a que a Constituição de 1822 tivesse vigorado apenas até 4 de Junho 1823¹⁸¹. Em 29 de Abril de 1826, no Rio de Janeiro, era outorgado um texto constitucional com a designação “Carta Constitucional para o Reino de Portugal, Algarves e seus Domínios” que vigorou, não obstante sucessivas interrupções, até 5 de Outubro de 1910¹⁸².

No domínio dos direitos fundamentais, a leitura da Constituição de 1826 permite concluir que se mantiveram todos os direitos e garantias fundamentais anteriormente previstos, embora a matéria relativa às “Garantias dos Direitos civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses” tivesse sido remetida para o artigo 145.º, sistematicamente inserido no Título relativo às disposições gerais. A Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826 não introduziu alterações, no essencial, ao conteúdo do artigo 4.º da Constituição de 1822¹⁸³.

Vejamos com mais detalhe o artigo 145.º. O §7, respeitante à inviolabilidade dos direitos civis e políticos, reafirmava o direito de nenhum cidadão ser preso sem culpa formada, a não ser nos casos declarados na lei. O §9 estabelecia que a execução da prisão fora de flagrante delito só era consentida por ordem de autoridade “legítima”. Note-se que fora de flagrante delito era permitida a prisão antes de culpa formada para as “Ordenanças militares, estabelecidas como necessárias à disciplina e recrutamento do exército...” e para os casos que, não sendo puramente criminais, a lei todavia determinava a prisão por desobediência aos mandados da justiça ou pelo não cumprimento de alguma obrigação

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 421; e CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 134.

¹⁸² BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 422-423; e CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 140-141.

¹⁸³ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 425 e nota 706; CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria*, p. 143.

dentro de determinado prazo. No §10, por um lado, previa-se o princípio “*nulla poena sine iudicio*”, visto que ninguém podia ser “sentenciado senão pela Autoridade competente...”, o princípio do juiz legal; por outro lado, estava prevista uma *estreita legalidade* da sentença, “...por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”. Ou seja, um afloramento do princípio da legalidade penal. Os §18 e 19 previam a abolição das penas cruéis e a responsabilidade criminal pessoal, respectivamente.

À Carta Constitucional de 1826, mandada transcrever por Dom Pedro, seguiram-se diversos Actos Adicionais: em 5 de Julho de 1852, em 24 de Julho de 1885, em 25 de Setembro de 1895 e em 23 de Dezembro de 1907, não introduzindo, todavia, qualquer alteração à matéria relativa às garantias dos direitos e liberdades individuais, em geral, e às do direito e processo criminal, em particular ¹⁸⁴.

§3. A Constituição de 4 de Abril de 1838

A Constituição de 1838 foi a expressão de um compromisso entre os textos constitucionais anteriores e com as influências estrangeiras provenientes da Carta Constitucional Francesa de 1830, da Constituição Belga de 1831 e da Constituição Espanhola de 1837. Os direitos e garantias fundamentais reconquistaram a sua posição cimeira, a tradicional localização sistemática, tendo sido inseridos na parte inicial do articulado. Foram também aditados novos tipos de direitos fundamentais de forma a acompanhar os “novos tempos”, o que, de certo modo, veio reforçar o estatuto liberal do indivíduo¹⁸⁵. Tratou-se, na verdade, de uma Constituição pactuada: já não foi uma carta “doada pela vontade do soberano, mas um pacto entre o soberano e a representação nacional”¹⁸⁶.

Dona Maria II aceitou e jurou a Constituição Política da Monarquia Portuguesa em 4 de Abril de 1838 e, para efeitos da mesma, a Nação e o Território permaneceram inalterados assim como os direitos e as garantias individuais, particularmente: no que respeitava à prisão sem culpa formada, no artigo 17.º; ao respeito pelo princípio “*nullum crimen sine iudicio*” com uma especial ressalva de que ninguém será punido senão por lei

¹⁸⁴ MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas*, p. 99-100.

¹⁸⁵ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 436-440.

¹⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 148.

anterior – quer dizer, respeitando o *princípio da legalidade penal* –, no artigo 18.º; a abolição das penas e tratamentos cruéis e degradantes, no artigo 21.º; e a pessoalidade da responsabilidade criminal, no respectivo artigo 22.º¹⁸⁷.

§4. A Constituição Portuguesa de 21 de Agosto de 1911

A Revolução de 5 de Outubro de 1910 trouxe a República e com a mesma uma Assembleia Nacional Constituinte que, em 19 de Junho de 1911, decreta e promulga a Constituição Portuguesa de 1911. Representou uma mudança do paradigma do sistema político, em que o outrora poder monárquico e cristão concentrado na pessoa do Rei, apoiado pelas Cortes, cedia lugar ao *poder democrático e laico*, agora exercido por um órgão colectivo, legitimado pelo voto dos cidadãos no exercício dos seus direitos civis e políticos.

Nos termos desta Constituição, a Nação mantinha-se unitária e o território permanecia incondicional. Mas o círculo no qual se inserem as nossas preocupações parte do artigo 3.º, disposição que reafirmava o respeito pelos direitos e garantias individuais, particularmente em relação: à prisão sem culpa formada, no n.º16; ao princípio “*nullum crimen sine iudicio*”, “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente...”, no n.º 21, considerando uma estreita legalidade penal, “...por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”; subsistindo também a humanização do direito penal com a manutenção da abolição da pena de morte e das penas cruéis e degradantes, como bem se vê no n.º 22, e com a manutenção da pessoalidade da pena, no n.º 23 do mesmo artigo. Introduce-se, ainda, em matéria processual penal, o princípio do contraditório com as garantias de defesa na instrução dos processos crime, no n.º 20, e o direito à revisão das sentenças condenatórias, no n.º 24¹⁸⁸.

Aparece, pela primeira vez, um “título V” com um artigo 67.º a fazer referência às províncias ultramarinas em matéria de regime de administração¹⁸⁹.

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas*, pp. 119, 122 e 123.

¹⁸⁸ A Constituição Portuguesa de 1911 seguiu-se um conjunto de Leis de Revisão Constitucional Lei nº 635 de 28 de Setembro de 1916, Lei nº 854 de 20 de Agosto de 1919, Lei nº 891 de 22 de Setembro de 1919, Lei nº 1005 de 7 de Agosto de 1920, Lei nº 1154 de 27 de Abril de 1921 que não introduziram qualquer alteração à matéria objecto do nosso estudo, ou seja, aplicação da lei penal e garantias do processo criminal.

¹⁸⁹ MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas*, p. 162. Esta matéria será objecto de apreciação quando tratar da vigência das Constituições Portuguesas nesses territórios.

§5. A Constituição Portuguesa de 11 de Abril de 1933¹⁹⁰

O primeiro período do Constitucionalismo Republicano durou apenas 16 anos devido à grande instabilidade governativa que provocou mas também devido às causas externas tanto oriundas da inserção de Portugal no mundo como das próprias questões africanas. O golpe militar de 26 de Maio de 1926 pôs termo à 1ª República e deu origem ao que na época se designou “Estado Novo”¹⁹¹, caracterizado – segundo Bacelar Gouveia – como sendo anti-liberal, anti-parlamentar, anti-partidário e anti-democrático. No fundo, impôs uma ideia de “Estado autoritário” ao admitir fortes limitações às liberdades fundamentais dos cidadãos¹⁹².

Esta Constituição foi resultado de um plebiscito e entrou em vigor em 11 de Abril de 1933. Manteve inalterado o artigo 1.º sobre o território de Portugal. Já quanto aos direitos e garantias individuais, o n.º 8 do artigo 8.º previu um limite às restrições da liberdade, só sendo permitidas mediante culpa formada; e, de forma expressa, no n.º 9 desta mesma disposição legal, o princípio da legalidade penal, “não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o acto ou omissão”. Esse mesmo artigo, no n.º 11, manteve a abolição das penas corporais perpétuas e da pena de morte, embora esta seja ainda admitida em “caso de beligerância com país estrangeiro, e para ser aplicada no teatro da guerra”. A personalidade da pena continuou a constituir um direito e uma garantia individual.

O Título VII, com a epígrafe “Do Império Colonial Português”, trouxe matéria pela primeira vez regulada na Constituição. Estabeleceu o artigo 132.º que “São consideradas matéria constitucional as disposições do Acto Colonial devendo o Governo publicá-lo novamente com as alterações exigidas pela presente Constituição”. O enunciado deste artigo suscita dúvidas relativamente à vigência das Constituições Portuguesas nos territórios colonizados desde 1882, já que nenhum dos textos que tivemos a oportunidade de estudar continha uma disposição com a natureza da presente. Exemplifiquemos com o exemplo de Angola.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 187-216.

¹⁹¹ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 464; Também J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 178-180, e nota 62.

¹⁹² BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional...*, p. 465

A colonização de Angola teve o seu início em 1492, com a ocupação efectiva do território em 1667, num momento histórico em que o governador é enviado de Lisboa directamente para Luanda, dele dependendo a justiça e as finanças – embora, para as questões da defesa geral da colónia, tivesse que considerar o conselho composto por oficiais e colonos. Em 1670, já havia sido criada a primeira “Carta Orgânica de Angola” numa tentativa de regular as relações entre a Coroa, os Colonos e Portugal, conquanto, para a Colónia de Angola, só tivesse sido aprovada em 1674 e não tivesse sido efectivamente aplicada por não agradar aqueles a quem se destinava. Nesta Carta eram definidas as responsabilidades e obrigações dos capitães de fortaleza, sobretudo em matéria de impostos e justiça¹⁹³.

Com efeito, também face ao exemplo de Angola, parece ser legítimo perguntar: uma vez que a efectividade da ocupação já se verificava, porque razão não há nas primeiras constituições portuguesas qualquer referência expressa a quem se aplicavam as leis constitucionais nos territórios coloniais?

De qualquer modo, estes territórios faziam parte não apenas do território português mas também da Nação Portuguesa que era “a união de todos os Portugueses de ambos os hemisférios”; Nação que, segundo a própria Constituição de 1822, não renunciava ao direito que tinha sobre qualquer porção do território que formava o “Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve” apreendendo todo o espaço definido no I, II, III e IV do artigo 20.º, incluindo Angola.

3. Ultramar Português: os “cidadãos ultramarinos” e os “indígenas”

§1. Considerações gerais

Não constando qualquer disposição legal que expressamente referisse a quem se aplicavam os textos das Constituições Portuguesas nos territórios ultramarinos do “Império Português”, procuremos uma reflexão sobre as relações que se estabeleciam entre a metrópole e as colónias, particularmente no que diz respeito ao especial tratamento reservado aos “cidadãos” residentes na metrópole e nas colónias. Referimo-nos àquelas

¹⁹³ Fomos seguindo ALMEIDA, Pedro Ramos de, *História do Colonialismo Português em África*, cronologia século XX, Imprensa Universitária, nº5, Editoriai Estampa, 1979, p. 334.

peças que tinham a qualidade de “cidadão”. Naturalmente, esta abordagem exclui os originários-indígenas daqueles territórios que, no caso de Angola, não tinham o estatuto de “cidadão”, ou seja, não lhes eram garantidos direitos fundamentais de natureza constitucional, pelo menos nos mesmos termos. Por outro lado, esta questão acaba por estar relacionada com o princípio da legalidade da intervenção penal, saído de uma filosofia política liberal como a do iluminismo, uma vez que poderia ser ou não aplicado às pessoas originárias daquelas paragens, consoante o aplicador.

§2. A vigência da Constituição no Ultramar Português

Para uma abordagem relacionada com a vigência da Constituição no Ultramar português seguiremos de perto o estudo de Cristina Silva, *Constitucionalismo e Império – a Cidadania no Ultramar Português*. A autora defendeu que na Constituição Portuguesa escrita em 1822 a Nação Portuguesa era uma nação “bi-hemisférica” onde “Províncias metropolitanas e províncias ultramarinas” constituíam um só território¹⁹⁴. Assim, a especificidade destas últimas devia-se apenas ao facto da localização geográfica: eram parte integrante do território da monarquia, integravam a representação da Nação e submetiam-se, tal como as províncias metropolitanas, a uma só lei constitucional. Para usar as palavras autora, “Existia na Constituição, um só território, um só povo, uma só vontade política, a da Nação, que era também por definição, uma só”.

Mas repare-se, a um outro nível, na discussão sobre a efectiva igualdade de tratamento reivindicado pelos cidadãos residentes na “colónia”. A verdade é que estes pretendiam ver superadas as desigualdades, pois o antigo regime, na sua opinião, os assemelhava “antes a escravos do que a homens livres”¹⁹⁵. Procurava-se uma reconstrução *em termos igualitários* das diversas “partes” que constituíam o todo da monarquia. Ora, tudo isto deveria estar reflectido na Constituição, ou seja, a Constituição deveria criar as condições para que isso fosse possível. Notou-se mesmo – segundo Cristina Silva – um desejo de criar igualdade entre a metrópole e o ultramar, e esse desejo surgiu pela primeira vez nas “Instruções para a eleição de deputados às Cortes”, publicadas a 31 de Outubro de

¹⁹⁴ SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império – a Cidadania no Ultramar Português*, Almedina, 2009, p. 95.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 98-99 e nota 232

1820 pela “Junta Provisional do Governo Supremo do Reino”, como justificação para a aplicação das referidas “instruções” também à parte ultramarina do território¹⁹⁶.

Embora esse fosse o espírito, a sessão das Cortes de 3 de Fevereiro de 1821 decidiu, por outro lado, que só os representantes do continente e ilhas deveriam eleger deputados para a Constituinte, pois não era preciso “fazer-se já a união por meio de deputados substitutos” e o melhor seria até esperar que a união “se fizesse por meio de adesão voluntária dos povos do ultramar à Constituição que viesse a ser votada”¹⁹⁷. Nesse sentido, ficou consagrado no artigo 22.º das Bases da Constituição o seguinte: “Esta lei fundamental obrigará, por ora, somente os Portugueses residentes nos Reinos de Portugal e Algarves, que estão legalmente representados nas presentes Cortes. Quanto aos que residem nas outras três partes do mundo, ela se lhes declarem ser esta a sua vontade”¹⁹⁸. A entrada em vigor, no ano de 1821, não era automática, reclamava, pois, uma adesão dos “cidadãos” do reino naquelas partes do território.

No momento em que se discutiu a primeira Constituição, a preocupação dos cidadãos da colónia era a unidade do Reino e o tratamento com igualdade nos mesmo termos reservados para os cidadãos da metrópole. Reclamavam, então, representação política nas cortes e a aplicação “universal” da Constituição. Foi com base nestes dois elementos que se construiu uma certa ideia de “Nação”, passando a fazer parte de todas as discussões constituintes de oitocentos acerca das relações entre a metrópole portuguesa e os seus territórios ultramarinos¹⁹⁹.

Ulteriormente, cumpriu-se o disposto no artigo 22.º das bases gerais e tanto o Rei, que na altura residia no Brasil, como as diversas províncias ultramarinas, aderiram às bases gerais. Este acto, e para a questão que nos interessa, significou que as bases gerais passaram a vigorar também nos territórios ultramarinos. Ainda que seja importante não deixar de fora as razões que estiveram na base da discussão no momento em que se apreciou o Projecto de Constituição de 1822 e que poderão explicar os motivos pelos quais não foi introduzida nenhuma disposição acerca da efectiva entrada em vigor da referida Constituição nas colónias. Estudemos um pouco mais de perto a questão.

¹⁹⁶ SANTOS, José Clemente dos, *Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, t.I (1820-1825) p.84, *apud*, SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império*, p.100 e nota 237.

¹⁹⁷ SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império*, p. 101.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 102 e nota 244.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 102.

Desde logo confrontou-se a ideia de “unidade da Nação” com a realidade que mostrava uma “diversidade territorial”, pois havia uma separação geográfica entre o território europeu e o ultramarino, isto é, uma diversidade que levava a uma separação entre os cidadãos portugueses da Europa e os cidadãos que viviam no ultramar do território e, ainda, a uma separação entre estes últimos e as povoações originárias do território do ultramar²⁰⁰. Assim, em virtude da dimensão do território do império, face à distância que separava as províncias ultramarinas da sede da Monarquia, discutiu-se uma *diferenciação de tratamento*.

Porém, a prudência aconselhou a que a representação política do ultramar fosse tratada de forma exactamente igual à do continente e, nesse sentido, deveria haver um só poder executivo, um só poder judicial e um só poder legislativo, todos exercidos de forma homogénea e indiferentes a qualquer diversidade geográfica e sem qualquer legislação constitucional específica, pois a Constituição situava-se – teoricamente – num plano acima dessas diversidades²⁰¹.

No fundo, a ideia que presidiu à votação, primeiro das Bases da Constituição e depois da própria Constituição de 1822, foi a unidade da Nação: simbolizada na criação de um só Parlamento, sustentada pela observância do princípio da igualdade jurídica entre o território ultramarino e o metropolitano e, também, sustentada pela representação política no ultramar.

De todo o modo, reconhecia-se que essa unidade da Nação era frágil e, por essa razão, a Constituição deveria ser um instrumento de consolidação assente, das duas uma, ou numa política de *assimilacionismo* a partir da qual, embora as especificidades, não deveriam existir regras especiais para o ultramar, despojando-o de qualquer elemento próprio; ou assente numa política *integracionista* que reconhece a diversidade e que procura integrá-la institucionalmente como forma de consolidar a unidade²⁰². Relembre-se que toda esta discussão se desenvolveu à margem tanto da existência no ultramar de populações nativas como dos seus respectivos problemas face à ocupação colonial.

Resultado final: a Carta constitucional de 1826 não considerou o problema das províncias ultramarinas, tratando-as como “domínios”. O texto assumiu uma posição

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 102-103.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 106, 108, 109.

²⁰² *Ibidem*, p. 120.

marcadamente *assimilacionista* na medida em que as províncias ou “domínios” ultramarinos ficavam sujeitas à mesma lei e ao mesmo modo de legislar da metrópole²⁰³.

Mais tarde, em 1838, as circunstâncias já se haviam alterado substancialmente. O Brasil tornara-se independente e a controvérsia sobre a Constituição política deixou de se centrar na América e passou a concentrar-se na África e na Ásia. Era agora importante impedir que a desagregação do território pudesse ocorrer. Não obstante, permaneceu a ideia de unidade e indivisibilidade do território da “Nação” e da vigência naqueles territórios das mesmas leis aplicáveis na metrópole, considerando que as possessões do ultramar eram “fracções da Nação Portuguesa”.

Neste quadro de representações, até 1852 vigorou o dogma da representação política do ultramar, embora *simbólica*, constituinte de um importante instrumento de igualdade que ficou consagrado na Constituição. A representação incluía tanto a diversidade como a unidade na construção de um território nacional pluricontinental. Pugnou-se, assim, por uma igualdade jurídica entre o território ultramarino e o metropolitano mas, também, por uma completa assimilação constitucional e jurídica do “território nacional”²⁰⁴. Daqui se retira a desnecessidade de constar na Constituição qualquer norma expressa referente à sua própria entrada em vigor nos territórios do ultramar, e conseqüente aplicação aos titulares da cidadania no ultramar que – reitera-se – não incluíam a população nativa desses mesmos territórios.

§3. Os “cidadãos ultramarinos” e os “indígenas”

Como tivemos oportunidade de estudar, as Constituições da Monarquia Portuguesa de 1822 a 1852 vigoraram nos territórios ultramarinos, embora tal vigência tivesse sempre sido objecto de grande discussão, resultante quer da diversidade geográfica como da particular noção de “cidadão” nesses domínios territoriais. A *vigência* é o modo específico de existência do direito, como se afirma e manifesta em determinado espaço e tempo. Representa a assunção de uma norma, co-vinculante para a vida real e histórica de

²⁰³ *Ibidem*, p. 127

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 139, 146.

determinada comunidade²⁰⁵. Quando se pretende saber se a norma jurídica subsiste, está em causa a sua *validade*, tal como se apresenta. No plano sociológico, falamos também em *eficácia*, que não é mais do que a questão de saber se a norma é ou não respeitada ou cumprida pelos seus destinatários, pelas pessoas a quem se dirige²⁰⁶.

Ora, no momento histórico a que nos reportamos, os nativos do território do ultramar não gozavam do estatuto de “cidadão”. As normas constitucionais não eram para eles vigentes, válidas ou eficazes. Há, por conseguinte, dúvidas sobre se o princípio da legalidade da intervenção penal lhes era aplicável quando constitucionalmente prevista.

Os discursos oitocentistas produzidos por intelectuais, juristas e políticos europeus, em finais do séc. XVIII e primeira metade do séc. XIX, apresentaram os fundamentos em que assentava o *reconhecimento da cidadania*²⁰⁷. Identificaram-se distinções de tratamento, cuja justificação pode ser encontrada a partir da forma como o liberalismo clássico concebeu o princípio da igualdade. De facto, estavam em causa situações de desigualdade deixadas pelo antigo regime, especificamente as relacionadas com a escravatura, mas também novas formas de exclusão política²⁰⁸.

Pretendemos, a partir daqui, encontrar o caminho que nos permitirá compreender a razão pela qual as Constituições Portuguesas de 1822 a 1852, mesmo estando em vigor nos territórios ultramarinos, não se aplicavam às populações nativas, ou, pelo menos, porque razão não lhes eram aplicadas de forma igual.

A questão igualdade foi tratada pelo iluminismo em sentido radical e em sentido moderado.

O iluminismo radical tratou-a a partir da ideia de um “estado natural”. Defendeu uma igualdade política e moral do homem em sociedade, justificada pela igualdade natural num estado pré-político. Estas ideias deram lugar a denúncias contra desigualdades que, conseqüentemente, levaram a críticas aos impérios coloniais europeus. A “república democrática” surge, neste contexto, como a forma política de reconstituir essa “igualdade natural” uma vez que só o legislador democraticamente legitimado poderia reconstituir a

²⁰⁵ Em especial, BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2002, p. 530-531.

²⁰⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría General Del Derecho*, Editorial Debate, 1991, p. 34-35.

²⁰⁷ Assim, SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império*, p. 533-534

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 533-563.

referida igualdade natural²⁰⁹. Todo este património oriundo da visão radical do iluminismo foi, na verdade, legado do liberalismo oitocentista. John Locke, Montesquieu, Immanuel Kant, Benjamin Constant, Alexis Tocqueville, John Stuart Mill trataram a ideia da “igualdade original” da espécie humana. Porém, o pensamento jurídico oitocentista deixou intactas muitas situações de desigualdade deixadas pelo “*Ancien Regime*” e, em vez de as superar, criou novas formas de exclusão política ao submeter *o acesso aos direitos políticos a critérios de autonomia da vontade e do interesse* que o próprio sistema jurídico ditava e tinha como base: p. ex., “o acesso à propriedade, o grau de instrução, a idade, o género e o estágio civilizacional dos povos ou dos indivíduos que os integravam”²¹⁰.

Por outro lado, durante o séc. XIX, a doutrina da desigualdade encontrou justificação nas obras de Lock e Montesquieu que representaram um liberalismo mais moderado. John Locke, p. ex., descreveu o estado natural do homem como de absoluta igualdade. Contudo, apresentou as desigualdades decorrentes da idade, da virtude, do mérito, do nascimento, da natureza ou dos sentimentos políticos, como formas de desigualdade que não contrariariam a referida absoluta igualdade. A partir das desigualdades permitidas, segundo Locke, poder-se-iam preservar as hierarquias pré-políticas e as do mundo doméstico, a saber: a subordinação dos filhos aos pais, das mulheres aos maridos, e a dos escravos, libertos e criados aos senhores; as hierarquias de subordinação, ou seja, as relações entre “povos primitivos” e povos que se consideravam estar já organizados em sociedades políticas, ou as relações que se estabeleciam no “estado de guerra”; os direitos de propriedade dos povos europeus sobre as terras habitadas pelos índios da América e, naturalmente, também sobre as terras de África; a protecção de todas as desigualdades “reais”, particularmente o estado de escravatura, já que o escravo não podia ser proprietário e isso era causa de exclusão uma vez que a propriedade constituía o fundamento da integração na sociedade civil, cuja finalidade era a preservação da mesma; e a própria propriedade que constituía uma “prova de racionalidade”, isto é, conferia a capacidade para uma pessoa se governar a si mesmo, visto que a racionalidade assentava no critério da distinção entre os que se podiam governar e os que deveriam ser governados. Neste último pensamento de Locke estaria a razão de ser da exclusão política que, efectivamente, seria utilizado pela maioria dos regimes políticos liberais oitocentistas.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 537-538 e nota 10.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 539

Kant também contribuiu para descrever a desigualdade no séc. XVIII. Ao delimitar a fronteira entre cidadãos e não cidadãos, Kant defendeu que, no respeitante à legislação, excluindo o direito de fazer as próprias leis, todos os que fossem livres e iguais perante leis públicas deveriam ser considerados iguais. Daqui fazia decorrer o seu conceito de cidadão. Para Kant, cidadão era todo aquele que tivesse o direito de votar a legislação²¹¹. A cidadania dependia de se ter idade adulta e de se ser senhor de si próprio – a ideia de racionalidade –, o que significava que a subsistência não podia depender de outros, pois “o cidadão não [deveria] servir ninguém a não ser a República”²¹².

No fundo, a ideia de hierarquia e subordinação, no pensamento liberal, nunca esteve afastada do princípio da igualdade. Embora essa fosse a tónica da generalidade dos textos escritos na época, a verdade é que *a igualdade era tratada sempre como coisa de futuro*, porque “nem todos estavam preparados para a plenitude dos direitos, do mesmo modo que nem todas as sociedades estavam civilizacionalmente capazes de os realizar, era necessário esperar que o tempo, a natureza e as suas leis (ou em alguns casos as reformas políticas) actuassem num sentido favorável à universalização dos direitos”. Assim a inclusão futura ficou reflectida em categorias jurídicas novas que se mostravam adequadas à ideia de que era preciso “esperar”. Tais categorias passaram pela cidadania activa ou passiva e pela nacionalidade sem cidadania. Com estas categorias era possível compreender que a universalidade da cidadania não era geral, ou seja, determinadas pessoas estavam numa situação de “transição” individual ou colectiva para a cidadania²¹³.

²¹¹ *Ibidem*, p. 541 e nota 24.

²¹² *Ibidem*, p. 541

²¹³ Segundo Cristina Silva todos eram iguais perante a lei, mas isso não significava que todos participassem da elaboração da lei. Todos os textos constitucionais e doutrinários da época distinguiam os cidadãos em função da participação política. Em oitocentos, o Direito Público diferenciava entre *cidadãos activos e cidadãos passivos* ou entre “cidadãos” e “nacionais”. Cidadão activo (“cidadãos”) eram todos “os que, por reunirem condições psicológicas para a formação de uma *vontade livre e autónoma*, podiam intervir na formação dos poderes públicos por meio de voto e ser eleitos.” (p. 548, itálicos da autora). Cidadãos passivos (“nacionais”), por sua vez, “todos os que tinham direito à protecção dos seus direitos naturais –civis (a sua pessoa liberdade e propriedade) , mas não exerciam o direito de voto nem podiam ser eleitos” (p.548 e nota 39). Os critérios para a aferição da independência da vontade foram ou o censitário ou o grau de instrução. Ser proprietário era sinal de se ser racional. Logo, quem não o fosse presumia-se incapaz ou desinteressado já que, na linha de Locke, o fim da sociedade era a protecção da propriedade. Outras vezes, mesmo sem se ser proprietário, bastava ser-se instruído porque a instrução permitia a participação no debate “racional e imparcial” que o espaço público oitocentista requeria. pp. 548 e nota 39). Uma vez mais e agora relativamente à universalização do direito ao voto, a forma encontrada foi transferida para o futuro, ou seja, esta ideia de valorização política ficou também transferida e assim se procurou tornar mais aceitáveis os limites impostos ao exercício desse direito no presente. O conceito cidadão *passivo* foi muitas vezes utilizado para excluir ou sugerir inclusão futura (p. 549).

Portugal, enquanto participante do contexto europeu, também partilhou das concepções oitocentistas. Assim, na doutrina jurídica portuguesa, as ideias da impreparação da sociedade para a igualdade também vigoraram. Veja-se José Joaquim Lopes Praça (1844 -1920) para quem a “concessão mais ou menos ampla dos direitos políticos variava (e devia variar) segundo o regime político, e o grau de cultura e civilização de cada povo”²¹⁴. Mesmo que não tivesse deixado de existir um discurso em sentido contrário, quer dizer, tanto se acreditava no progresso rápido das ideias democráticas no sentido da igualdade, como se consideravam tais ideias pura ilusão²¹⁵. O facto é que toda esta discussão mostra que a questão tinha actualidade e constituía uma grande preocupação.

A atribuição dos direitos de cidadania esteve sempre ligada à pertença a uma concreta comunidade política, a uma “Nação”. O cidadão oitocentista tinha que reunir em si os sentimentos de amor e lealdade para com a pátria que o viu nascer. Estes eram essencialmente os requisitos ao exercício da cidadania política, isto é, para se ser cidadão de plenos direitos.

As referências feitas permitem compreender que tanto os indivíduos como os povos podiam ficar temporariamente excluídos da cidadania, os primeiros por não reunirem os requisitos do acesso atrás referidos e os últimos por não estarem ainda organizados em Estados-Nação. Neste último grupo e segundo o pensamento da época, integravam-se as “hordas selvagens” que não viviam ainda politicamente organizadas, estando, por isso, *numa espécie de estado natureza*. Uma menção feita às populações originárias dos territórios colonizados que, com efeito, não podiam ter direitos iguais aos dos cidadãos das metrópoles europeias. As populações indígenas originárias “ocupavam o último lugar na hierarquia da civilização da humanidade” pois eram caracterizadas incapazes de se submeter a qualquer forma de governo, o que excluía logo a capacidade para eleger e ser eleito ou pertencer a qualquer forma de associação²¹⁶.

É, contudo, importante notar que essa exclusão temporária admitia sempre o acesso das populações nativas à cidadania, de forma gradual, ou seja, quando e à medida que

²¹⁴ SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império*, p. 550 e notas 48 e 49.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 551 e nota 50.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 556.

fossem sendo “civilizados e cristianizados”, já que a cristianização fazia parte da missão civilizacional, sendo o cristianismo a religião progressiva e civilizadora²¹⁷.

Reflexo deste pensamento consta na primeira Constituição Portuguesa em que as Cortes e governo se comprometiam a garantir a civilização dos índios do Brasil. Presidia uma ideia de obrigação que incumbia ao Estado de proteger o “direito à civilidade” e a outros direitos de natureza social. Por outro lado, e em outros projectos não aprovados, propunham-se condições de acesso à cidadania em que “ Os índios, e ciganos, ou já existentes no Brasil, ou que para lá forem, só [poderiam] ser considerados como cidadãos portugueses, quando [fossem], ou lavradores de terras próprias, ou fabricantes convenientemente estabelecidos”²¹⁸.

Durante quase todo o séc. XIX este mesmo discurso foi feito relativamente aos povos nativos dos territórios portugueses em África, porque considerados em transição para a cidadania, dado que deveriam primeiro superar a sua situação civilizacional. Para estes povos dos territórios ultramarinos, o objectivo da colonização, no caso particular de Angola, “que os habitantes de raça preta [chegassem] progressivamente a um estado de civilização igual à dos brancos que ali [residiam]”, nas palavras de Sá da Bandeira em 1873²¹⁹.

Ora, a aplicação da Constituição a esses povos ainda não civilizados significaria, desde logo, reconhecer-lhes o estatuto de igual, o que contrariava o pensamento filosófico, político e doutrinal da época. De resto, se as desigualdades entre cidadãos portugueses, derivadas tanto da diversidade geográfica como do facto de terem nascido e de estarem a residir nos domínios ultramarinos, constituíam uma preocupação que reclamava a adopção de regimes especiais, por maioria de razão, aos “indígenas” daqueles “domínios” deveria ser reservado um estatuto diferente, porque eles eram tidos e havidos como diferentes, tal como o próprio território em que habitavam era diferente do da metrópole. É evidente que esta situação criou conflitos que se reflectiram nos textos constitucionais dos anos de 1822, 1826 e 1838. Na verdade, dominava a ideia de que a Constituição vigorava em todo o território. Porém, consagrava instituições que estavam em contradição com os seus

²¹⁷ *Ibidem*, p. 556 e nota 62.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 557 e nota 63.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 557.

próprios princípios e que se espelhavam no estatuto das pessoas, na medida em que certas determinações apenas se aplicavam a algumas partes do território nacional²²⁰.

Para além do mais, é importante que se olhe para essa opção considerando-se o contexto do liberalismo da primeira metade do séc. XIX. Nessa época, embora se tivesse preservado a doutrina dos direitos naturais, vigente no período anterior, tal doutrina coexistia com princípios contraditórios: pense-se na instituição “escravatura”. A liberdade era afirmada na Constituição de 1822 mas os escravos não podiam obter a sua liberdade por aplicação directa da Constituição ou dos direitos nela consagrados²²¹. Necessitavam de um período de transição durante o qual se desenvolveria a sua educação civilizacional, para os transformar em “populações civilizadas” e “portuguesas”, mesmo que essa transformação não obedecesse a nenhum mecanismo que juridicamente o traduzisse.

O único meio, a única solução para o problema, seria dar à Constituição um sentido universalista que ela não possuía²²². Sabemo-lo, a Constituição não lhes era aplicável, nos mesmos termos que era para os considerados “cidadãos”. É ver-se a posição do Marquês de Sá da Bandeira que, em Agosto de 1856, havia tido a iniciativa de um Decreto que restringia os poderes dos governadores no sentido de os levar a não legislar “em contravenção dos direitos individuais, civis e políticos, e das garantias estabelecidas pela Carta Constitucional...” (tendo como destinatários os cidadãos do ultramar)²²³; já em 1861, no contexto de uma interpretação do artigo 15.º do Acto Adicional à Constituição de 1852, no sentido de que as Províncias Ultramarinas seriam governadas por leis especiais segundo a conveniência de cada uma das mesmas, viria defender a dificuldade de aplicação da Carta Constitucional “... a populações que não [estavam] no grau de desenvolvimento indispensável para a apreciarem...”. Defendeu ainda, Sá da Bandeira, que nos territórios africanos “não podiam ser exercidos todos os direitos políticos nem proclamados os Direitos do Homem para que não voltassem a repetir as “cenas sanguinolentas de S. Domingos”²²⁴.

Não se pode taxativamente afirmar que as Constituições da Monarquia Portuguesa não tivessem sido aplicadas nos territórios ou províncias Ultramarinas. O que se pode dizer

²²⁰ *Ibidem*, p. 257.

²²¹ *Ibidem*, p. 259.

²²² *Ibidem*, p. 285-289.

²²³ *Ibidem*, p. 410.

²²⁴ *Ibidem*, p. 413 e nota 1225.

é que elas não foram aplicadas de modo uniforme, ou seja, muitas vezes o regime especial a que os territórios foram submetidos levou ao afastamento da aplicação da Constituição e, com o mesmo, à sujeição dos “indígenas” ou “povos indígenas” a regimes estatutários. A evolução da condição de “escravos”, passando pela de “libertos” até à de “cidadãos”, originou a criação de um regime que, no quadro da “missão civilizacional” da colonização, resultou no “Estatuto do Indígena”, com as todas as consequências daí decorrentes.

§4. Os “indígenas”

A Conferência de Berlim de 1884, que concluiu com a chamada “partilha de África”, impulsionou as ideias coloniais acerca da cidadania em África mas também a questão de saber se os nativos dos territórios colonizados deveriam ou não ser considerados “cidadãos”. Esta questão colocou-se particularmente a propósito da contagem para eleição do número de deputados oriundos daquelas paragens. A resposta, no contexto do terceiro quartel do séc. XIX, foi – segundo Cristina Silva – a necessidade de “elaborar-se legislação eleitoral especial que afastasse a maior parte da população nativa da participação política. Não somente porque a maioria das pessoas que integravam essas populações não estava preparada para o exercício do direito de voto, como também por causa do endémico «conflito de raças», que se considerava ser característico das «colónias tropicais», conflito que a participação política potenciaria”²²⁵. Entre os autores que defendiam a abolição pura e simples da representação do ultramar estavam figuras como Sampaio e Melo (1883-1949), professor da Escola Superior Colonial²²⁶, e José Ferreira Marnoco e Sousa (1869 -1916), professor de Direito colonial na Universidade de Coimbra. Entendiam que “os representantes das colónias e os da metrópole não se [encontravam] submetidos ao mesmo modo de eleição”²²⁷. Mais tarde, Ernesto Vilhena (1910-1911), Ministro dos Negócios Estrangeiros, concordou com as restrições introduzidas por decreto. Já em 1911, o Alto Comissário da República em Moçambique fez incluir como condição para o exercício do voto “o saber ler e escrever português, o

²²⁵ SILVA, Cristina Nogueira da, *Cidadania e Representação Política no Império*, p. 96.

²²⁶ MELO, Lopo Vaz de Sampaio e, *Política Indígena*, Porto: Magalhães e Moniz Editores, 1910, p. 205, 206, *apud*. SILVA, Cristina Nogueira da, *Cidadania e Representação Política no Império*, p. 96.

²²⁷ SOUSA, José Ferreira Manorco e, *Direito Político, Poderes do Estado, sua organização segundo a ciência política e o direito constitucional português*. Coimbra. França Amado, pp. 52, 53, *apud*, SILVA, Cristina Nogueira da, *Cidadania e Representação Política no Império*, p. 96.

pagamento dos impostos e o ter profissão ou ser proprietário de bens imóveis.”. Embora tivesse sido apologista da diferença, não deixou de reconhecer que a “Monarquia Constitucional” havia convertido as populações nativas em “cidadãos portugueses”²²⁸.

Com efeito, se olharmos para o ano de 1821, os “cidadãos ultramarinos” que podiam representar os territórios eram: os portugueses nascidos no reino, os “reinóis”; os “lusu-descendentes” nascidos nas províncias ultramarinas, isto é, todos os filhos de pais portugueses, segundo o critério privilegiado no artigo 21.º da Constituição de 1822; as populações nativas cristianizadas da Índia; e as elites crioulas “lusu-africanas”²²⁹, considerando que o termo “crioulo” foi usado para descrever aquelas pessoas nascidas na colónia de Angola que tinham ascendência europeia ou indígena africana, mas já com assimilação, em graus diferentes, da cultura europeia.

Esta representação da cidadania não resolvia, contudo, a complexidade do problema. Desde logo existiam escravos que não podiam ser cidadãos. Entendia-se não ser possível, por razões económicas, abolir a escravidão. Por essa razão, a solução na Constituição de 1822, nos termos do artigo 37.º, determinou que os escravos deixassem de contar para o número de deputados. Assim, cidadãos portugueses só podiam ser aqueles que tivessem nascido escravos mas tivessem sido alforriados, ou seja, “libertos”, de acordo com o artigo 21.º da Constituição. Conceder a cidadania aos “libertos” significou concedê-la a toda a população afro-descendente residente na América que já havia nascido livre. E, neste sentido, também os nascidos livres nos territórios africanos, pois “tudo o que se regulasse para o ultramar era igualmente válido nas províncias americanas, africanas ou asiáticas.”²³⁰.

Diga-se que excepção foi feita aos índios, habitantes originários da América, que não foram nem considerados cidadãos, como fizeram os Espanhóis na Constituição de Cádiz, nem tratados como “nação independente”, como fez o constitucionalismo norte-americano. Entendeu-se que os índios viviam em estádios civilizacionais muito “anteriores” e que alguns não tinham saído daquela situação que se identificava

²²⁸ VILHENA, Ernesto de, “*Questões Coloniais. Discursos e Artigos*. Lisboa: O Autor. 2 vol. , pp. 303, *apud* SILVA, Cristina Nogueira da, *Cidadania e Representação Política no Império*, p. 97.

²²⁹ SILVA, Cristina Nogueira da, *Cidadania e Representação Política no Império*, p. 99 e nota 14. Ver também trabalhos de DIAS, Jil, “A Sociedade colonial de Angola e o liberalismo português”, *In* Miriam Halpern Pereira, coord- *I Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*. Lisboa: Centro de Estudos de História Contemporânea Portuguesa. Vol.2, p. 269.

²³⁰ SILVA, Cristina Nogueira da, *Cidadania e Representação Política no Império*, p. 99

doutrinalmente como o “estado selvagem”. Estavam fora da “vida social” e não podiam pertencer à Nação, nem no sentido político, nem no sentido histórico-cultural. A única garantia que lhes foi reconhecida foi o “particular cuidado” com a “civilização dos Índios”, como está previsto no artigo 240.º da própria Constituição de 1822.

Por outro lado, as populações indígenas ou nativas viram a sua cidadania portuguesa reconhecida com a independência do Brasil e com a vigência da Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826. Na verdade, esta estabelecia, no artigo 7.º, a identidade dos “cidadãos portugueses”, entre os quais nascidos nos “domínios”. Os domínios portugueses constavam no artigo 2º da Carta. E aqui temos o raciocínio que determinava o “carácter universal” da cidadania, muitas vezes proclamado tanto por agentes do poder colonial como pelos próprios colonizados.

Repare-se que, em 1858, Sá da Bandeira defendeu, com base no artigo 145.º da Carta Constitucional e contra as posições das autoridades locais, a propósito do trabalho forçado dos carregadores em Angola, que “os negros recrutados para esse serviço nos sertões eram cidadãos portugueses e que a liberdade de trabalho era um direito reconhecido na Carta a todo o português qualquer que [fosse] a sua naturalidade, raça ou cor”²³¹. Essa posição foi também suportada pelo anterior reconhecimento da cidadania portuguesa já feito aos habitantes muçulmanos de Sancul, ilha de Moçambique, às populações hindus domiciliadas em território da Ásia, e aos indígenas da África portuguesa²³².

Mas este conceito tão amplo de “cidadania” não foi suportado por uma sólida base jurídica. Os receios foram-se manifestando e os usos e costumes dos povos indígenas ou nativos do ultramar, especialmente de Cabo Verde para sul, constituíram razão para se afirmar que não podiam, “em rigor”, ser chamados “portugueses”. Assim, o Código Civil de 1867 – que entra em vigor nos territórios ultramarinos em Novembro de 1869 – veio, em função da diversidade dos usos e costumes, decretar que tais povos “permanecessem sujeitos, nas questões entre si, a normas de direito civil e criminal diferentes das do Código

²³¹ Portaria de 7 de Novembro de 1838 *In Boletim do Conselho Ultramarino*, *Legislação Novíssima*, V.I, (1834- 1851), Lisboa, 1867, p. 69.

²³² *Ibidem*, p. 68

metropolitano cujo conteúdo podia colidir com os valores jurídicos «civilizados»”, embora pudesse funcionar como critério para se proibir alguns desses “usos e costumes ”²³³.

Nessa altura, em 1869, *formalmente*, já não se falava em escravatura. Os escravos haviam sido transformados em “libertos” que continuavam a ser cidadãos portugueses à luz da Carta Constitucional, conquanto excluídos dos direitos políticos pelo Acto Adicional de 1852 e, também, obrigados, por determinado tempo, a trabalhar para o antigo senhor de forma a indemnizar pela sua libertação e completar a “educação para a liberdade”. Tornar-se-iam *formalmente* cidadãos totalmente livres quando, em 29 de Abril de 1875, se declarou a liberdade de trabalho em todo o território português²³⁴. Mas também a liberdade de trabalho não esteve isenta de limitações. Com efeito, a colónia necessitava de mão-de-obra para trabalhar nas plantações e nos investimentos europeus. Nesse sentido, implementou um regime disciplinar rígido a que ficaram submetidos os ex-escravos e os nativos livres do continente africano. Repare-se, p. ex., foi criado o “crime de vadiagem” punido com pena de trabalho obrigatório.

A reacção dos povos nativos, com revoltas que se seguiram, acabou por criar na mentalidade europeia da época a ideia de que deviam ser forçados a trabalhar, o que no caso das colónias portuguesas se pode dizer que foi concretizado, em 1899, por intermédio de António Enes, militar das “Campanhas de África.”. A ideia da vadiagem e da negação ao trabalho trouxe para a literatura da época um outro conceito que acabou por ser introduzido na legislação, de forma a resolver tanto a questão do trabalho dos nativos como a diversidade cultural e próprio o problema da cidadania dos povos daqueles territórios. O conceito legal usado foi “indígena”.

“Indígenas”, para efeitos do artigo 10.º do Decreto de 20 de Setembro de 1894, eram “os nascidos no Ultramar, de pai e mãe indígenas, e que se não distingam pela sua instrução e costumes do comum da sua raça”. Só em 1914 é que a Lei orgânica da Administração Civil do Ultramar, aprovada pelo Parlamento republicano, viria a consagrar o estatuto civil, político e criminal do indígena²³⁵.

Interessa, portanto, em relação aos indígenas, saber se, em geral, aplicavam-se as instituições constitucionais, as leis políticas, os Códigos administrativos, civis comerciais e

²³³ SILVA, Cristina Nogueira da, *Cidadania e Representação Política no Império*, p.104.

²³⁴ *Ibidem*, p. 106-107

²³⁵ *Ibidem*, p. 108

penais, e saber se, em especial, estavam contidas as garantias do direito criminal, particularmente o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Consideraremos o Decreto 12:533 do Ministério das Colónias²³⁶ que decretou o estatuto político, civil e criminal dos indígenas de Angola e Moçambique.

§5. O regime jurídico das populações indígenas

A política indígena portuguesa depois da implantação da República de 1910 desencadeou um grande movimento legislativo no sentido da renovação dos métodos da política colonial e, nesses termos, foi criado o Ministério das Colónias, por Decreto de 23 de Agosto de 1911, de forma a abandonar a *política de assimilação*. A Constituição da República de 1911 manteve a designação “Províncias Ultramarinas” (artigos 67.º e 85.º), concedendo-lhes um regime diferente do da Metrópole, com as suas próprias especificidades.

Só em 1914, pela Lei n.º 277 de 15 de Agosto – Lei Orgânica da Administração Civil das Províncias Ultramarinas –, essa intenção viria a ser materializada, não tendo sido implementada devido ao eclodir da 1ª Guerra Mundial (1914 -1918). A lei defendia uma política de não assimilação, de autonomia, e propondo um afastamento do princípio da igualdade, ou seja, o tratamento a dar aos “indígenas” não seria o mesmo reservado aos “colonos”, pelas suas diferenças e especificidades. Assim, as instituições, os usos e costumes tradicionais dos indígenas deveriam ser respeitados, cabendo à administração colonial “procurar fazer evoluir as sociedades primitivas dos indígenas, conferindo-lhes uma orientação de civilização superior, sem contudo, esquecer a sua mentalidade especial e sem lhes impor mudanças bruscas ou noções para eles inassimiláveis...”²³⁷. Podemos salientar – juntamente com Pedro Ramos Almeida – dois importantes princípios que a legislação e a prática colonialistas procurariam tornar dominantes, quais sejam: “a codificação e revalidação dos usos e costumes africanos feudais” e a “não concessão, por regra, à população africana, de «direitos políticos relativos a instituições de carácter

²³⁶ Publicado no Boletim Oficial n.º 237, 1ª Série de 26 de Outubro de 1926.

²³⁷ SILVA CUNHA, J. M. Da, *O Sistema Português de Política Indígena – Subsídios para o seu Estudo*, Coimbra Editora, Limitada, 1953, p. 135.

européu.»²³⁸. De outro modo, a igualdade de direitos foi substituída por uma tutela efectiva, com vista à protecção dos indígenas na celebração de contratos, na aquisição da propriedade e na assistência médica²³⁹.

As bases 16.^a, 17.^a e 18.^a da Lei regulavam as relações com os indígenas. Relevante para a matéria do direito penal era o n.º 2 da base 16.^a que definia e regulava o “Estatuto Civil, político e criminal dos indígenas”, de forma a “fiscalizar superiormente a observância das leis e preceitos tendentes à defesa das suas pessoas e propriedades singulares e colectivas...”. Uma matéria que ficava de fora das regras debruçadas sobre os usos e costumes, importante para efeitos da definição e punição dos crimes e contravenções. Neste sentido, as penas a aplicar poderiam “deferir na essência e modo de execução das estabelecidas para os europeus e equiparados, sendo permitida a prisão com trabalhos públicos remunerados ou não, conforme as circunstâncias, e respeitando-se em todos os casos os princípios da humanidade e civilização...”²⁴⁰. Já o n.º 7 da 18.^a base estabelecia a necessidade da codificação em cada uma das colónias dos usos e costumes dos indígenas, com a adopção de um regime especial aplicável. Segundo esse regime, o direito dos indígenas seria respeitado nas relações privadas entre si, com excepção dos usos e costumes que fossem contrários aos direitos fundamentais da vida e da liberdade humana. Falamos também de um direito penal em que as concepções culturais próprias dos indígenas seriam atendidas e, em consequência, incluindo uma organização judiciária e um direito processual especiais²⁴¹.

Como anteriormente referido, a primeira grande Guerra de 1914-18 impossibilitou que o sistema da Lei n.º 277 fosse posto em prática. Depois de várias alterações, foi a Lei n.º 1:511 de 1 de Dezembro de 1923 que vigorou e que veio recuperar o regime adoptado pela Lei n.º 277.

Poderemos – tal qual Silva Cunha – olhar para o regime dos indígenas atendendo à sua integração nas respectivas áreas jurídicas tradicionais. O regime jurídico diferenciava-se conforme se tratasse de direito privado ou de direito penal. As nossas preocupações centram-se fundamentalmente neste último.

²³⁸ ALMEIDA, Pedro Ramos de, *História do Colonialismo Português em África*, 1979, Lisboa, pp. 104, 105.

²³⁹ SILVA CUNHA, J.M.da, *O Sistema Português*, p. 135

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 136-137.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 139.

A função do direito penal seria, em primeira linha, a defesa da sociedade relativamente aos factos que atentassem contra as condições essenciais da sua existência: “simultaneamente [deveria] exercer uma função educativa, como instrumento de que os dirigentes da vida social se [poderiam] servir para pôr em prática os objectivos finais correspondentes às concepções de vida por que se [pretendia] dirigir cada sociedade”²⁴². De considerar que esta função do direito penal nas colónias era de particular relevância, com consequências importantíssimas.

Em primeiro lugar, porque a vida social se desenrolava em razão de dois quadros sociais: o composto pelos colonizadores e o constituído pelos indígenas. Este último consoante cada grupo, com formas de vida específicas, mas em contacto recíproco. Aquele primeiro com uma acção de orientação para com os indígenas, com vista a atingir os fins do Estado colonizador. Por isso o direito penal, com as suas funções preventiva e repressiva, tinha como objectivo defender a sociedade contra todos os factos que pudessem pôr em causa a sociedade colonial²⁴³. Logo, o direito penal oficial não tinha que respeitar as instituições tradicionais-indígenas. Ainda assim, na opinião de Silva Cunha, a protecção tanto se deveria dirigir para os colonos como para os nativos, resguardando-os de depredações mútuas. E, no fundo, era um direito que não se identificava com o direito tradicional-indígena.

Em segundo lugar, o direito penal oficial estava “estritamente ligado à moral” e, aquando do contacto com a moral dos colonizadores, os nativos poderiam ver as suas concepções morais transformadas. Neste sentido, seria um direito com uma importante função de influência.

Em terceiro lugar, o direito penal era importante porque no direito tradicional e costumeiro dos indígenas não existiam normas escritas dirigidas a tipos de crime.

De todo o modo, continuaram a vigorar, para efeitos das suas concepções, usos e costumes acerca da constituição da família, dos contratos, da reparação dos delitos, entre outros, com os quais se contemporizava o direito penal, sempre que não se mostrassem imorais, injustos ou desumanos²⁴⁴.

²⁴² *Ibidem*, p. 204.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ SILVA CUNHA, J.M.da , *O Sistema Português*, p. 205

A organização do direito penal aplicável aos indígenas estava regulada nos artigos 12.º e 13.º do “Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique” de 1926²⁴⁵. O Artigo 12.º previa que “A repressão criminal quanto aos indígenas [teria] por objectivos essenciais: a) a reparação do dano causado; b) a intimidação, pela imposição de penas, graduadas conforme as culpas”. Por seu turno, o Artigo 13.º determinava que “enquanto não [fossem] publicados em cada colónia os respectivos códigos do indigenato, as penas a aplicar pelos Tribunais [seriam] reguladas pelo Código Penal Português, tendo na devida atenção o estado e civilização dos indígenas e os seus usos e costumes privativos...”

Importante é notar que, em 1926, aplicava-se aos indígenas, de facto, o Código Penal Português. Do ponto de vista de Silva Cunha mostrava-se inconveniente porque o sistema do Código – com tipos legais de infracções, num elenco de medidas preventivas e repressivas, e com um sistema penitenciário – havia sido elaborado e adaptado à idiossincrasia da sociedade portuguesa. Sendo assim, a sua aplicação a povos cuja cultura era completamente diferente tornava o diploma relativamente ineficaz. Com efeito, “o quadro das infracções [era] inadequado, porque não [tinha] em conta a mesma tábua de valores, as mesmas concepções sociais, religiosas e morais; as penas e as medidas de segurança [eram] ineficientes porque não se [coadunavam] com a personalidade dos delinquentes; os critérios para a avaliação da responsabilidade criminal e para a verificação e qualificação da perigosidade [eram] também impróprios; e os sistemas de execução [eram] ou desumanos ou inúteis...”²⁴⁶. Quanto aos indígenas “semi-assimilados”, não existiam disposições especiais de direito penal previstas porque era em relação às condições morais que “os semi-assimilados menos se [distinguiam] dos indígenas não

²⁴⁵ Decreto n.º 12:533, publicado no Boletim Oficial da Província de Angola, 1ª Série, nº 237, de 23 de Outubro de 1926.

²⁴⁶ SILVA CUNHA, J.M.da, *O Sistema Português*, p. 207. A dar realce também no sentido da diferença cultural na alegada época, PEIXOTO, Carolina Barros Tavares, “Limites do Ultramar Português, Possibilidades para Angola. O Debate em Torno do problema Colonial(1951 -1975). Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em História, da Universidade Federal Fluminense, como requisito para a obtenção do grau de Mestre. Niterói, 2009, pp. 25. Para a autora, “A política assimilacionista adoptada pelos portugueses repousava sobre a ideia de igualdade das raças e a desigualdade das culturas. Diante das diferenças culturais dos africanos, vistas como sinais de atraso ou primitivismo consideradas inadequadas ao modelo de modernidade ocidental, o discurso colonialista propunha a disseminação do modelo cultural europeu, entendido como superior de acordo com uma perspectiva etnocêntrica. *Civilizar a África significava mudar a sua cultura....*” (sublinhado nosso).

evoluídos, [por isso era] perfeitamente admissível a aplicação a uns e a outros do mesmo Direito Criminal”²⁴⁷.

Por outro lado, a verdade é que o regime jurídico a que os indígenas foram sujeitos em matéria criminal previa a aplicação do Código Penal Português quanto às penas, de acordo com o artigo 11.º do Decreto 12:533, com vista a “facilitar a sua execução administrativa e judiciária, a viabilidade dos juízos e processos que [constituíam] a base essencial de um estatuto acomodado às concepções psicológicas, desejos, necessidades e vida de elementar civilização das populações indígenas...”²⁴⁸.

O Código Penal que vigorava em 1929 era o Código Penal Português de 1852, com as alterações introduzidas pelo Código Penal Português de 1886²⁴⁹. Em matéria de garantias, o Artigo 5.º, tanto do Código de 1852 como do Código de 1886, previa: “Não são crimes os actos que não são qualificados como tal por este Código.”. Quer dizer, identifica-se de forma clara o princípio “*nullum crimen sine lege*”. Por sua vez, o artigo 18.º de ambos os códigos proibia a analogia nos seguintes termos: “Não é admissível a analogia ou indução por paridade, ou maioria de razão, para qualificar qualquer facto como crime; sendo sempre necessário que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso que a lei penal expressamente declarar”. Veja-se, também, no artigo 68.º do Código de 1852 e no artigo 84.º do Código de 1886 a previsão do princípio da legalidade das penas: “não poderá ser aplicada pena alguma que não seja decretada na lei”, por outras palavras, “*nulla poena sine lege*”. Ainda em matéria de substituição das penas, vigorava o princípio da legalidade: “nenhuma pena poderá ser substituída por outra, salvo nos casos em que a lei o autorizar”.

O relatório apresentado pela Comissão encarregada da elaboração do Código é ilustrativo das preocupações que acompanharam a referida elaboração. Tiveram os seus autores a preocupação de dizer que o Código havia sido redigido consignando-se “os mais sólidos princípios do direito criminal, conforme as luzes do século e o systema

²⁴⁷ SILVA CUNHA, J.M.da, *O Sistema Português* (cit.), p. 208

²⁴⁸ Preâmbulo do Decreto nº 16:473 do Ministério das Colónias, publicado n Boletim Oficial da 1ª Série, nº 30 de 6 de Fevereiro de 1929.

²⁴⁹ Seguimos o “Código Penal Portuguez” precedido pelo Decreto com força de Lei de 10 de Dezembro de 1852 seguido de um Appendice e Annotado por Antonio Luiz de Sousa Henriques Secco, Decano e Director da Faculdade de Direito, Sexta Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade 1881 e quanto ao Código de 1886 seguimos o Código Penal Português, Nova Publicação Oficial, ordenada por Decreto de 16 de Setembro de 1886, Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano, Sétima Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1919.

constitucional da Monarquia”. O relatório ressaltou que, embora se tivesse concedido aos juizes a faculdade de graduar a duração da pena dentro de um máximo e um mínimo, nos termos legais, houve a preocupação de assinalar que em matéria de incriminações “tudo é estricto, tudo é de ultimo rigor. Ninguém pode concluir de um caso ao outro por similhaça, ou por indução”; e continua referindo que as “incriminações demasiadamente vagas dão ocasião a que não só se comprehendam os factos que devem ser ou que unicamente dão logar à reparação civil...”; e, mais adiante, “por outro lado a insuficiênciã das incriminações é causa, ou de muitas lacunas, ou do perigo ainda maior de se abusar da analogia, para julgar criminosos factos, que a lei não qualifica como taes...”²⁵⁰.

O Código Penal de 1852 foi aprovado pelo Decreto de 10 de Dezembro desse mesmo ano “para reger como lei nestes reinos e seus domínios...”. Já o Código de 1886, nada refere quanto à regência no reino e respectivos domínios. Isto porque se traduziu numa reforma penal operada em 1884. Com efeito, por Carta de Lei de 14 de Junho de 1884 foi aprovada uma nova reforma penal relativa a normas de natureza processual. A Carta de Lei ordena que seja feita uma nova publicação do Código Penal que vem a ocorrer em 16 de Setembro de 1886. A referida nova reforma foi ordenada por Dom Luiz enquanto “Rei de Portugal e dos Algarves...”, e determinava “a todos os súbditos” a aprovação da reforma bem como determinava todas as autoridades que cumprissem e executassem a referida Lei ²⁵¹.

É este o contexto que o Decreto 16:473 – que veio introduzir alterações formais ao Decreto 12:533, isto é, ao Estatuto político, civil e criminal dos indígenas – nos remete, nos termos do artigo 13.º, para o Código Penal Português de 1886, considerando que “as penas a aplicar pelos tribunais tendo na devida atenção o estado e civilização dos indígenas e seus usos e costumes privativos”²⁵².

Mesmo a conjugação das disposições relativas ao direito penal com as que regulavam a administração da justiça, não permite depreender de forma precisa a aplicação do Código Penal português aos indígenas. Uma remissão apenas para as penas (artigos 55.º a 73.º), para a respectiva duração (74.º a 83.º) ou para a sua própria execução das

²⁵⁰ Citações de extractos do Relatório ao Código Penal de 1852, apresentado pela Comissão encarregada da sua elaboração por sua Magestade Rainha com Guarda, D. Maria II, constituída por Manuel Duarte Leitão, José Máximo de Castro Neto Leite e Vasconcelos e José Maria da Costas Silveira da Motta)

²⁵¹ Código Penal, Aprovado por Decreto de 16 de Setembro de 1886, Edição Official, Lisboa, Imprensa Nacional, 1886).

²⁵² Boletim Oficial 1ª Série nº30 de 6 de Fevereiro de 1929).

penas (artigos 84.º a 99.º). Não resulta evidente que aquela disposição quisesse referir-se a toda a parte especial do Código Penal e também à Parte Geral, ou seja, ao Código Penal no seu todo.

Certo é que a administração da justiça dos indígenas obedecia a um foro privativo que era independente da organização judiciária portuguesa, pese embora não se tratasse de uma efectiva “jurisdição indígena”. Interessa, porque a propósito e importante para melhor compreensão do regime jurídico aplicável aos indígenas, em matéria criminal, fazer um parêntese para referir os aspectos mais relevantes da administração da justiça dos indígenas.

§6. Administração da justiça dos indígenas

As normas relativas à administração da justiça dos indígenas constavam nos artigos 14.º a 20.º do Estatuto político, civil e criminal e obedeciam a um foro privativo que era independente da organização judiciária portuguesa. Foram criados, em cada circunscrição administrativa de regime civil ou militar, tribunais privativos de indígenas com jurisdição em toda a sua área²⁵³.

²⁵³ Esta jurisdição a que se faz referência não tem o conteúdo da jurisdição referida em CAEIRO, Pedro, *Fundamento Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, a propósito das Tribos Índias dos Estados Unidos da América. Olhemos para a questão. O autor, p. 47, concebe a jurisdição penal assente em três poderes essenciais, a saber: “decidir do carácter criminal de uma conduta, promulgar as consequentes normas penais e respectivas regras de aplicabilidade, e verificar as violações das mesmas, aplicando as penas aí previstas aos agentes que as pratiquem...”. Trata-se, por conseguinte, do designado direito de punir, *ius puniendi* que é reservado ao Estado, como primeiro titular e que é um atributo da soberania. Veja-se ainda no mesmo sentido de PEDRO Caeiro, *Fundamento...*, p. 49, nota 77, MIREILLE DELMAS-MARTY “The European Union and penal law”, ELJ 4-1 (1998), p. 87 quando refere: “the right to punish, a monopoly of the State is undoubtedly the most prominent mark of national sovereignty”. Em causa o facto de o Estado ser o primeiro titular da soberania, porque se entende haver, para além do Estado, outras entidades que também exercem esse poder. Com efeito, PEDRO Caeiro, *Fundamento...*, p. 50 e ss., chama à atenção do caso português para referir as comunidades moçárabes e as comunidades hebraicas e mudéjares residentes na Península Ibérica que tinham estruturas próprias, um direito penal autónomo, embora acima se situasse outra autoridade que era considerada “suprema”, por assim dizer. Refere ainda o autor que os tribunais eclesiásticos no passado também aplicavam um ordenamento jurídico-penal autónomo e que eram dotados de *ius puniendi* exclusivo, relativamente aos titulares do poder secular. Para além de outras entidades como a União Europeia, a Comunidade Europeia, o Conselho de Segurança das Nações Unidas. Todos não soberanos, mas com poderes de jurisdição penal. Situação diferente é a das Tribos Índias dos Estados Unidos da América, uma vez que em Portugal os índios, segundo SILVA, CRISTINA Nogueira da, *Cidadania e Representação Política*, p. 101 e nota 21, “foram excluídos da cidadania pelos constituintes vintistas. Não foram nem cidadãos como na Constituição [Espanhola] de Cádiz, nem “nações independentes” como no constitucionalismo americano. Achou-se que viviam em estádios civilizacionais muito “anteriores e que alguns ainda não tinham saído daquela situação que se identifica doutrinariamente como “estado selvagem”. Estavam fora da “vida social”, não podiam pertencer à

Os tribunais para os indígenas eram constituídos pelos administradores, intendentes ou “chefes” de circunscrição, que funcionavam como presidentes do tribunal, e integravam dois vogais com direito de voto deliberativo e dois assessores com funções de mera informação. Mais detalhadamente, a composição do Tribunal constava nos artigos 14.º e 15.º do Estatuto. Note-se que tanto a função de vogal com a de assessor não era permanente. Os vogais eram nomeados pelo presidente para o julgamento de cada causa, escolhidos “obrigatoriamente” entre os “chefes administrativos”²⁵⁴, *entendidos aqui*

Nação, nem no sentido político, nem no sentido histórico-cultural...”. O facto de o Constitucionalismo americano os ter tratado como “nações independentes” sugere, desde logo, um tratamento diferente do conferido pelo Constitucionalismo Português aos índios dos territórios colonizados da América, como aos originários dos territórios colonizados em África, que receberam a designação legal de indígenas. É importante fazer aqui uma nota para precisar que, SILVA, Cristina Nogueira, usa a expressão “nações independentes” no contexto do problema da cidadania, questão que não iremos discutir. Por outro lado, Pedro Caeiro, introduz à interpretação da expressão “nações independentes” uma correcção, ou seja, com um enfoque no poder de punir das tribos índias. Procura encontrar as relações que se estabeleciam e regiam a coexistência de entidades com domínios de jurisdição sobrepostos. Esta questão importa. Também a jurisdição a que refere o artigo 15.º do Estatuto político, civil e criminal dos Indígenas poderia ser entendida no sentido da coexistência com “domínios de jurisdição sobrepostos”. Pedro Caeiro também rejeita, p. 84-85, que existisse ou exista alguma “ Nação Índia” de base predominantemente étnica, em que se englobassem os descendentes da população que habitava o território norte-americano, antes da chegada dos europeus. Clarifica, por essa razão que os sujeitos da jurisdição periférica são as tribos, autónomas entre si, quanto à sua forma de organização política, tradições culturais, ordenamentos jurídicos, mesmo que existam pontos de contacto. Podem ser vistas como comunidades políticas concretas, mas não como “ Nações”. O que leva a esta consideração é o facto de as instituições da jurisdição central americana legislarem e decidirem sobre as “ tribos índias” em sentido unitário ou generalizante. O momento a que nos reportamos é o séc. XIX, e note-se que o estatuto jurídico-político dessas tribos assentou na chamada “Marshall Trilogy” em que o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América “reconheceu que as tribos eram comunidades políticas distintas, gozando de alguns atributos de soberania e de um direito de auto-governo prévio e exterior à Constituição.”. Porém e simultaneamente, também os considerou como “pupilos”, cuja tutela cabia à Federação. Cinquenta anos mais tarde, o Supremo Tribunal veio esclarecer que esses poderes de tutela não derivavam da Constituição mas do “domínio sobre todo o espaço situado dentro dos limites geográficos dos Estados Unidos da América e do inerente direito de “soberania exclusiva” que assiste à Federação...”. Ora independentemente de se considerar que se tratava ou não de uma “ Nação”, no verdadeiro sentido da palavra, de se discutir se essa jurisdição assentava numa conexão territorial ou pessoal, a verdade é que as tribos índias dos Estados Unidos da América tiveram até finais do séc. XIX jurisdição em matéria penal, ou seja, qualificavam as condutas, estabeleciam as penas, aplicavam as penas e efectivavam a sua execução, podendo afirmar-se existir, segundo Caeiro Pedro, *Fundamento...* p. 96, “nos ordenamentos das tribos, dos Estados e da Federação, uma adesão perfeita entre *forum* e *ius*: [em que] cada entidade aplica exclusivamente, as suas normas penais substantivas, ao menos no que diz respeito às incriminações”. Não esquecendo, naturalmente, as limitações resultantes de as tribos estarem inseridas na Federação e haver, por conseguinte, limites resultantes das leis federais. Esse não era o caso da jurisdição dos indígenas nas colónias portuguesas em África.

²⁵⁴ FEIJÓ, Carlos Maria, em *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica plural Angolana*, Almedina, 2012, p. 293 nota 761, distingue entre “ Chefe” e “ Chefe Tradicional ou Indígena.” Importa fazer aqui um breve recuo para melhor se entender esta terminologia que era originária do período que decorreu entre 1883 e 1885, quando ainda vigorava a ideia de assimilar a colónia à metrópole. MARCELO CAETANO, *Direito Público colonial Português* (Policopiado, coligido por Mário das Neves), Lisboa, 1934, p. 758, *apud* FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa entre o Estado...*, p. 290-291, referia que o que caracterizava esse período era a insistência em “... considerar as colónias como simples províncias do reino- províncias ultramarinas- a que se aplicavam com ligeiras

enquanto autoridades administrativas coloniais, nos termos dos §§ 4 e 5 do artigo 13.º do Regulamento do Trabalho Indígena, da circunscrição onde o julgamento deveria decorrer ou de circunscrição limítrofe. Sempre que as partes não indicassem vogais, o presidente do tribunal tinha a faculdade de os escolher (§1 do artigo 15.º do Estatuto). Os assessores eram da livre escolha do presidente que os procurava dentre os “chefes indígenas” ou dentre indígenas de reconhecido prestígio no seio da comunidade, conhecedores das tradições jurídicas indígenas locais (§2 do artigo 15.º do Estatuto), sendo que os “chefes indígenas” aqui referidos – como explica Carlos Feijó – *traduzem-se em autoridades tradicionais propriamente ditas, em virtude do conhecimento que tinham dos costumes locais*. Destas disposições resulta também que a jurisdição só chamava os indígenas quando requeresse que fossem esclarecidos usos e costumes locais. De resto, os indígenas, em matéria criminal, não integravam a jurisdição que era apenas exercida nos termos acima referidos, ou seja, *por agentes da administração colonial dos quais os indígenas não faziam parte*.

alterações as leis feitas para o continente, os critérios de administração e os planos do governo estabelecidos e traçados para a metrópole.” Em face desta opinião, FEIJÓ, Carlos, (cit). p. 291 conclui que só a partir de 1885 é que se procurou introduzir uma política que começa a atender “às diferenças entre as regiões e ao alargamento das atribuições e competências das autoridades locais.” e, também por essa via, se compreende, por um lado, a razão porque as autoridades tradicionais não tenham sido chamadas, pela administração colonial “a fazer parte da estrutura formal do aparelho oficial” e, por outro lado, porque não há qualquer referência a essas autoridades enquanto “autoridades locais” chamadas a estabelecer a ligação entre “os poderes coloniais e as populações autóctones”. As expressões “Chefe tradicional” e “Chefe tradicional ou indígena”, foram utilizadas a propósito da organização do trabalho indígena pelos Decretos de 21 de Novembro de 1878 que aprovou o *Regulamento para contratos de serviçais e colonos nas províncias da África Portuguesa* e pelo Decreto de 9 de Novembro de 1899 que aprovou o *Regulamento do Trabalho dos Indígenas*. Ambos os diplomas fazem referência a essas autoridades tradicionais das populações africanas. Porém, no n.º6 do artigo 3.º do *Regulamento de Trabalho dos Indígenas*, refere-se aos “chefes e grandes indígenas como tais reconhecidos”, para os excluir da obrigação geral de trabalhar que recaía sobre todos os indígenas nos termos do artigo 1.º daquele regulamento. Entende FEIJÓ, Carlos, p. 293 que essa exclusão servia para reconhecer dignidade a esses chefes “e altos dignitários que como tal tenham sido reconhecidos por Portugal” pois, o artigo 40.º do regulamento de trabalho estabelecia que as autoridades administrativas provinciais deveriam quando possível “servir-se da intervenção das autoridades indígenas –régulos, sobas, cabos, etc. – tanto para reconhecer os indígenas que não cumprem a obrigação de trabalho como para os intimar e compelir a cumprirem-na”. É a este propósito que FEIJÓ, Carlos, p. 293 e nota 761 faz a distinção entre as duas figuras nos termos seguintes: “Pensamos que as autoridades indígenas não se confundem com o « chefe » a que se refere o artigo 1.º. Efectivamente, pode surgir a dúvida quanto a saber se « chefe » com respeito a circunscrição administrativa das províncias ultramarinas utilizado pelo legislador no artigo 13.º é o chefe indígena. Salvo o devido respeito, a nossa resposta é negativa. O chefe a que diz respeito o artigo 13.º é um funcionário da administração local provincial : tendo em conta os diversos regimes existentes por província, o legislador preferiu recorrer a uma expressão uniformizadora para efeitos de regulação da competência que cada “chefe administrativo” em concreto e à luz do seu regime provincial próprio, terá de exercer. De resto a expressão “chefe” vem acompanhada de chefe administrativo, como no caso dos §§ 4º e 5º do dito artigo 13º. Já o chefe tradicional ou indígena, nas palavras da lei, não é funcionário da administração, embora com ela possa colaborar no cabal desempenho das funções desta”.

Por outro lado, nas sedes de cada posto de polícia²⁵⁵, onde houvesse maior densidade de população indígena, o governador da colónia podia criar ou extinguir tribunais designados inferiores de conciliação ou de polícia, para as questões de menor “importância”. Estes tribunais eram presididos pelo chefe da polícia, pelo chefe civil, ou pelo oficial comandante (artigo 16.º e § único).

Os tribunais privativos dos indígenas tinham competências em matéria cível, comercial e criminal. Competia-lhes em matéria criminal julgar: crimes contra a propriedade a que correspondesse pena correccional e em que os “réus” fossem indígenas; e crimes contra as pessoas e crimes contra a propriedade a que correspondesse pena maior e nos quais os ofendidos e “réus” fossem todos indígenas. Tratavam-se de tribunais cuja competência era definida em razão da qualidade dos ofendidos ou dos “réus”. Porém, num ou noutro caso – ou seja, nos crimes contra a propriedade a que correspondesse pena correccional, que poderia ser qualquer das previstas no artigo 58.º do Código Penal Português de 1886²⁵⁶, ou nos crimes contra as pessoas e contra a propriedade a que correspondesse pena maior nos termos do artigo 55.º do Código Penal Português de 1886²⁵⁷, quer os ofendidos ou co-réus fossem ou não indígenas – a competência podia ser transferida para os tribunais ordinários (§ único do artigo 17.º) que aplicavam o Código Penal Português, com as garantias do direito penal.

O Decreto, como prescreve o preâmbulo, foi orientado por ideias caracterizadoras: “...assegurar não só os direitos naturais e incondicionais dos indígenas... que são iguais aos dos europeus... mas também o cumprimento progressivo dos.... deveres morais e legais de trabalho, de educação e de aperfeiçoamento, com todas as garantias da justiça e da

²⁵⁵ Em Outubro de 1920, antes da entrada em vigor do Decreto nº 12:533 de 23 de Outubro de 1926 que aprovou o Estatuto político, civil e criminal dos indígenas de Angola e Moçambique, a organização administrativa do território da colónia obedecia ao estabelecido na Base 33ª do Decreto Nº7:008 publicado no Suplemento nº2 do Boletim Oficial da Província de Angola.

²⁵⁶ O Artigo 58.º do Código Penal na versão a que temos vindo a fazer referência tinha o seguinte teor: “As penas correccionais são: 1ª A pena de prisão correccional; 2ª A de desterro; 3ª A de suspensão temporária dos direitos políticos; 4ª A de multa; 5ª A de repreensão”. Com excepção da pena da alínea 3ª, suspensão temporária dos direitos políticos que não era aplicável aos indígenas, porque estes não gozavam de direitos políticos, todas as demais penas ali previstas poderiam ser aplicadas aos indígenas, nos termos do n.º1 do artigo 17.º do Estatuto.

²⁵⁷ O artigo 55º do Código Penal Português de 1886 na versão em vigor em 1926, a que nos temos visto a referir era do seguinte teor: “ Art. 55º As penas maiores, segundo o sistema penitenciário, são: 1ª A pena de prisão maior celular por oito anos, seguida de degredo por vinte anos, com prisão no lugar do degredo até dois anos, ou sem ela, conforme parecer ao juiz; 2ª A de prisão maior celular por oito anos , seguida de degredo por doze; 3ª A de prisão maior celular por seis anos seguida de degredo por dez; 4ª A de prisão maior celular por quatro anos, seguida de degredo por oito; 5ª A de prisão maior celular de dois a oito anos.”.

liberdade....”; assim como levar os indígenas a “todos os adiantamentos desejáveis dentro dos próprios quadros da sua civilização rudimentar, de forma que se [fizesse] gradualmente e com suavidade a transformação dos seus usos e costumes, a valorização da sua actividade e a sua integração no organismo e na vida da colónia, prolongamento da Mãe –Pátria...”.

É neste quadro de relativa desigualdade de estatuto que estamos perante cidadãos na plena titularidade da “cidadania” e com “indígenas em transição para a cidadania” – nas palavras de Cristina Silva. Se os indígenas eram titulares de direitos naturais incondicionais iguais aos dos cidadãos portugueses europeus, na prática, não o sabemos, mas decerto que foram sujeitos a uma tutela formal e, por isso, também titulares de garantias de justiça e liberdade que deveriam ser integradas “no organismo e na vida da colónia prolongamento da Mãe-Pátria”.

O Estatuto do indigenato e o regime acima descrito foram constitucionalmente legitimados com a publicação do Acto Colonial na Constituição de 1933²⁵⁸ que vigorou até cerca de 1961, revogado pelo Decreto-Lei nº 43 893 de 6 de Setembro²⁵⁹.

A Lei n.º 1900 de 21 de Maio de 1935, que alterou alguns dos seus artigos, não introduziu qualquer alteração ao regime jurídico do indigenato.

Também a Lei n.º 2009 de 17 de Setembro de 1945 publicou normas que alteravam o Acto Colonial, mas também não introduziu qualquer alteração ao regime do indigenato relevante para a matéria penal.

Mais tarde, a Lei n.º 2048 de 11 de Junho de 1951 introduziu alterações à Constituição de 1933, e, em relação ao Ultramar Português, o artigo 138.º, previa nos territórios ultramarinos “...quando necessário e atendendo o estado de evolução das populações, estatutos especiais que [estabeleciam] sob influência do direito público e privado português, regimes jurídicos de contemporização com os seus usos e costumes, que [não fossem] incompatíveis com a moral, os ditames de humanidade ou o livre exercício da soberania portuguesa”. O artigo 141.º, nessa mesma revisão constitucional,

²⁵⁸ Diário do Governo de 11 de Abril de 1933, pelo Decreto-Lei nº 22465. Veja-se também ARAÚJO, Raúl Carlos Vasques, *O Presidente da República no Sistema Político de Angola*, Casa das Ideias, Divisão Editorial, 2009, pp. 205, 206

²⁵⁹ Devido a importância deste diploma relativamente à situação do indigenato, sobre ele nos debruçaremos em segmento autónomo.

manteve o regime do indigenato como um regime de transição para a “ cidadania”²⁶⁰. Esta referência não era expressa mas podia ser lida no conteúdo das disposições do regime estabelecido em Leis Ordinárias.

Veja-se a Lei Orgânica do Ultramar, já de 1953²⁶¹, que no nº I estabelecia : “...O Estado garante por medidas especiais, como regime de transição, a protecção e defesa dos indígenas nas Províncias de Angola, Moçambique e Guiné, conforme os princípios de humanidade e soberania, as disposições desta secção e as convenções internacionais...”.

De todo o modo, conclui-se que não se tratavam de cidadãos na titularidade de “cidadania efectiva”, quer dizer, simplesmente os direitos fundamentais não estavam

²⁶⁰ Cfr. MENESES, Maria Paula G. *O 'indígena' Africano e o Colono 'Europeu': A Construção da Diferença por Processos Legais*, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2010. A autora faz uma caracterização da ideia de desigualdade que é elucidativa desse estatuto de “transição para a cidadania” de que os “ indígenas” eram titulares. Começa por dar conta da missão de colonização que, desde meados do século XIX, a doutrina colonial colocou como peça central das suas relações com os territórios ultramarinos, para se atribuir a si mesma a missão “política de civilizar os povos indígenas” (p. 68). A civilização pressupunha a superioridade da cultura portuguesa sobre as culturas encontradas nesses territórios e a melhoria da qualidade destas últimas culturas fruto do encontro com a portuguesa. Mas implicava que esses indígenas fossem tidos como “ inferiores, incapazes de se auto-governar” (p. 68). Afirmações que encontravam expressão nos textos legais, veja-se Preâmbulo Decreto: 12:533 de 23 de Outubro de 1926, que a dado passo salientava “ ...Viu-se cada vez mais que o fim geral da civilização e de nacionalização que se pretendia atingir, com *sujeição aos princípios de comunidade da natureza humana...*”, (itálicos nossos) e prosseguia referindo as ideias básicas dominantes do regime jurídico adotado “...o outro ainda por força da mesma doutrina basilar , é o de os levar a todos os adiantamentos desejáveis dentro dos próprios quadros *da sua civilização rudimentar* (itálicos nossos), de forma que se faça gradualmente e com suavidade a transformação dos seus usos e costumes...”, para então se concluir que devido à sua natureza inferior “...não se atribuem aos indígenas, por falta de significado prático, os direitos relacionados com as nossas instituições constitucionais. *Não submetemos a sua vida individual, doméstica e pública, se assim é permitido dizer* (itálicos nossos), às nossas leis políticas, aos nossos códigos administrativos, civis, comerciais e penais, à nossa organização judiciária. *Mantemos para eles uma ordem jurídica própria do estado das suas faculdades, da sua mentalidade de primitivos* (itálicos nossos), dos seus sentimentos, da sua vida, sem prescindirmos de os ir chamando por todas as formas convenientes à elevação, cada vez maior, do seu nível de existência....”. Na verdade, a forma encontrada foi, como referiu SANTOS, Boaventura de Sousa em “Para além o pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes ”in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2007, pp. 78, 3-46 *apud* MENESES, Maria Paula G. , p. 69, a criação de “um princípio ‘universal’ em relação às populações das colónias, vistas agora como sub-humanas, desprovidas da capacidade de pensar, desprovidas de saberes...o que se traduziu na transformação dos habitantes dos espaços coloniais em súbditos, administrados por sistemas de assimilação, dada a impossibilidade de co-presença dos dois lados desta linha abissal...”. O estádio de “ sub-humanidade “ como foram considerados estar, mesmo depois da República e já em 1914 , transformou os africanos em “súbditos indígenas” e não cidadãos. Tinham deveres mas poucos ou nenhuns direitos, cfr. “MENESES, Maria Paula G., p. 77. Eram tidos como diferentes e, por isso, em meados do século XIX embora o projecto político fosse o de unir num mesmo estatuto os cidadãos portugueses aos ultramarinos, a verdade é que a figura do indígena veio demonstrar que tal união “ era completamente absurda qualquer possibilidade de incorporação política de massas inferiores e atrasadas no espaço de cidadania...” segundo ALEXANDRE, Valentim , *Velho Brasil, Novas Áfricas: Portugal e o Império* (1808 -1975). 2000, Porto: Afrontamento, p. 181-198 *apud*, MENESES, Paula Maria G. (cit.), p. 79, não era possível, pelo menos naquela época e momento.

²⁶¹ Publicada no Boletim Oficial da Iª Série nº 27 de 8 de Julho Secção VI, Das Populações Indígenas, Base LXXXIV.

garantidos aos indígenas. Desde logo os direitos políticos, porque não eram considerados “cidadãos”. Em matéria criminal, era-lhes, em princípio, aplicado o sistema penal e prisional metropolitano.

Com efeito, a Base LXIX, da Secção II da Lei Orgânica do Ultramar Português nº2066, estabelecia que: “II ...[seria] extensivo ao Ultramar o sistema penal e prisional metropolitano...”. Mas, mesmo esse, “na medida em que o seu valor preventivo e repressivo se [adaptasse] ao estado social e modo de ser individual de toda ou parte da população das diversas Províncias.....”, o que abria uma margem para eventuais dúvidas sobre que caminho seguir no caso de não adaptação do regime proposto. Embora pudéssemos considerar que aquele “sistema” não se adaptava à idiossincrasia dos povos indígenas – assim, também, Silva Cunha –, em 1953, o Estatuto do Indigenato mandava aplicar aos indígenas o Código Penal Português, no caso o de 1886, “enquanto não [fossem] publicados os códigos do indigenato. [e], ... como estes ainda [não haviam sido] publicados... a justiça criminal [continuará] a ser administrada aos indígenas com base no Código Penal, embora com as restrições que o Estatuto [determinava]...”²⁶² (assim, de acordo com a conjugação dos artigos 12.º, 13.º, 17.º, 18.º e 20.º).

Ora, o Código Penal de 1886, como já referido, continha disposições relativas ao *princípio da legalidade da intervenção penal*, o que permite concluir que tal princípio deveria ter sido seguido tanto na qualificação das condutas praticadas pelos indígenas, como na determinação das penas aplicáveis e do respectivo processo criminal. Dizemos “deveria” porque, mesmo na época a que nos reportamos, esse princípio era já uma garantia constitucional concedida aos “cidadãos” destinatários da Constituição. Na verdade, em matéria penal, a doutrina colonial defendia que *os indígenas não conseguiam entender os princípios de direito penal europeu*; o que, por sua vez, tornava ineficaz o papel preventivo, dissuasor, e punitivo desse ramo do direito.

No fundo, estamos a questionar: o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que estava em vigor no sistema jurídico-colonial português porque previsto tanto na Constituição de 1933, no artigo 8.º, como no Código Penal Português de 1886, por via dos artigos 5.º e 84.º, era ou não aplicado aos indígenas?

²⁶² SILVA CUNHA, J.M.da, *O Sistema Português...*, p. 206.

Já percebemos que tudo poderia depender da conveniência do caso concreto. Remete-nos também para algumas expressões constantes do preâmbulo do Decreto 12.533 de 23 de Outubro de 1926, relativo ao “Estatuto político, civil e criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique”. Na verdade, no Decreto dizia-se que devido à sua “natureza inferior”²⁶³ *não se atribuíam aos indígenas, por falta de significado prático, os direitos relacionados com as instituições constitucionais portuguesas*. A vida individual, doméstica e pública dos indígenas, não era submetida às leis políticas, aos códigos administrativos, civis, comerciais e penais, nem, tão-pouco, à organização judiciária portuguesa. O que se procurava era manter os indígenas numa ordem jurídica própria do “estado das suas faculdades e da sua mentalidade de primitivos...”²⁶⁴. Este tipo de caracterização-qualificação não parece ser compatível com o respeito, naquela época, pelas garantias constitucionais, havidas como um princípios fundamentais da Constituição da República Portuguesa. Mas o discurso formal e a mentalidade da época tinham esse sentido.

§7. O “Estatuto do Indigenato” até à independência de Angola

O Decreto-Lei nº 39666 de 20 de Maio de 1954 veio reafirmar o Estatuto Político, civil e Criminal dos Indígenas Portugueses das províncias da Guiné, Angola e Moçambique. Procurou introduzir algumas alterações no sentido de acautelar “situações especiais”, relativas aos indígenas alterando alguns dos preceitos do referido Estatuto e do Diploma Orgânico das Relações de Direito Privado entre indígenas e não indígenas (Decretos n.ºs 16:473 e 16: 474 de 6 de Fevereiro de 1929), com a finalidade de uniformizar procedimentos, extinguir regimes locais inadequados e alargar o âmbito das reformas.

Aquele Decreto-Lei para além de no artigo 2.º qualificar ou definir o indígena para efeitos da Lei Orgânica do Ultramar, veio reafirmar que os “indígenas se regiam pelos usos e costumes próprios das respectivas sociedades”. Por seu turno, o artigo 4.º clarificava o carácter transitório da cidadania indígena. Efectivamente, dizia-se no preâmbulo que o “Estado [promoveria] por todos os meios o melhoramento das condições

²⁶³ Qualificativo nosso.

²⁶⁴ Preâmbulo do Decreto 12.533 de 23 de Outubro de 1926, Boletim Oficial da Província de Angola da mesma data p. 635.

materiais e morais da vida dos indígenas, o desenvolvimento das suas aptidões e faculdades naturais e, de maneira geral a sua educação pelo ensino e pelo trabalho para a transformação dos seus usos e costumes primitivos, valorização da sua actividade e integração activa na comunidade, mediante acesso à cidadania”. Esta referência permite depreender que o acesso à cidadania dependia das condições previstas no artigo 56º, insito no Capítulo III, para efeitos do qual, em 1954, a qualidade de indígena podia ser afastada se o indivíduo satisfizesse cumulativamente os seguintes requisitos: a) ter mais de 18 anos; b) falar correctamente a língua portuguesa; c) exercer profissão, arte ou ofício de que [auferisse] rendimento necessário para o sustento próprio e das pessoas de família a seu cargo, ou [possuísse] bens suficientes para o mesmo fim; d) ter bom comportamento e ter adquirido a ilustração e os hábitos pressupostos para a integral aplicação do direito público e privado dos cidadãos portugueses; e) e não ter sido notado como refractário ao serviço militar nem dado como desertor.

Em matéria criminal assiste-se, por via deste diploma legal, a uma clarificação da lei aplicável aos indígenas. Enquanto que, em 1926, o artigo 13.º do Decreto 12:533 de 23 de Outubro estabelecia que as penas a aplicar pelos tribunais eram reguladas pelo Código Penal Português enquanto não fossem publicados em cada colónia os respectivos códigos do indigenato, aqui, nos termos do artigo 25.º do Decreto-Lei, claramente se estabelece que na falta de leis especialmente destinadas aos indígenas seriam aplicadas as leis penais comuns, ou seja, as leis penais aplicáveis também aos portugueses da metrópole, na sua globalidade. Quanto a nós, o regime foi sujeito a uma relativa melhoria, uma vez que o §único daquele artigo impunha ao juiz o “dever” de apreciar “sempre” as condutas e de cominar as penas *tendo em conta a influência que a prática dos referidos actos tinha na vida social dos indígenas*. Se assim era, parece ser importante concluir que o cumprimento desse dever pressupunha, antes de mais, o respeito pelas disposições do Código Penal, no caso, o Código de 1886, que subsistiu até 1961, na sua plenitude – e aqui incluímos o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” – e, depois, uma consideração mínima pelos costumes locais.

O Decreto-Lei nº 43893 de 13 de Setembro de 1961²⁶⁵ que revogou o Decreto-Lei nº 39666 de 20 de Maio de 1954, em certa medida, aprimorou o regime criminal aplicável

²⁶⁵ Publicado do Boletim Oficial I Série nº 37.

aos indígenas. A instituição do indigenato constituiu agora matéria constitucional enquanto inserida no Acto Colonial, nos termos do artigo 132.º da Constituição da República Portuguesa de 1933²⁶⁶. Mas aquele primeiro Decreto-Lei “extinguiu” o Estatuto do Indígena, o que representou uma “igualdade” de regime jurídico e, conseqüentemente, do próprio regime criminal aplicável a parte da população da colónia portuguesa em África. A fundamentação ou as razões da extinção do Estatuto vêm exaustivamente expostas no Decreto-lei. Importa apenas referir que foi a consequência lógica do “processo de reformas motivadas pelos Movimentos Nacionalistas... por um ambiente internacional hostil ao colonialismo e favorável ao exercício, pelos povos colonizados, do direito à autodeterminação”²⁶⁷.

No que diz respeito ao princípio objecto de estudo, privilegiemos o disposto na Lei n.º 3/71 de 16 de Agosto que provocou uma revisão constitucional, introduzindo uma importante alteração em matéria de garantias do direito criminal, particularmente no n.º 9 do artigo 8.º da CRP de 1933, que previa: “Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: 9º - Não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o acto ou omissão”; e que, com a alteração referida, passou a ter a seguinte redacção: “ nº 9 – Não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o acto ou omissão, bem como não sofrer pena mais grave do que a fixada ao tempo da prática do crime, nem medida de segurança fora dos casos previstos em lei anterior.”. Reafirma-se, assim, o princípio da legalidade dos crimes, ou seja, “*nullum crimen sine lege*”, e afirma-se o princípio da legalidade das penas e das medidas de segurança, “*nulla poena sine lege*”. Um regime não só formalmente aplicável aos cidadãos portugueses como também a todas as “províncias”, e que permaneceu até 11 de Novembro de 1975, momento em que, por virtude da independência, Angola deixa de

²⁶⁶ Contrariamente ao que sucedeu com a abolição da pena de morte, das penas corporais perpétuas ou de duração ilimitada, que mereceram um tratamento na Constituição. O Artigo 3º da Lei nº 635 de 28 de Setembro de 1916, operou uma Revisão Constitucional à Constituição de 1911 nos seguintes termos : “Artigo 3º Após o artigo 59º da Constituição será inserido o seguinte artigo: Artigo 59º -A a pena de morte e as penas corporais perpétuas ou de duração ilimitada não poderão ser restabelecidas em caso algum , nem ainda quando for declarado o estado de sítio com suspensão total ou parcial das garantias constitucionais. § único--- Exceptua-se, quanto à pena de morte, somente o caso de guerra com país estrangeiro, em tanto quanto a aplicação dessa pena seja indispensável, e apenas no teatro da guerra.”. Talvez o Estatuto do Indígena devesse também ter merecido semelhante tratamento, o de ser extinto também por via de uma disposição da Constituição de 1933.

²⁶⁷ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa...*, p. 328.

ser “Província Ultramarina Portuguesa” e passa a ser uma República Popular independente.

4. Conclusões

Em Portugal, o iluminismo do século XVIII não teve o carácter revolucionário, anti-histórico e irreligioso que apresentou em França²⁶⁸, país onde os grandes princípios constitucionais modernos conheceram sedimentação, sobretudo a partir da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Nesse mesmo período, Portugal não consolidou os fundamentos do constitucionalismo liberal²⁶⁹. Terá sido uma consolidação feita a partir do séc. XIX.

Ao passarmos em revista as Constituições Portuguesas de 1822 a 1933 pudemos verificar que as garantias – ou “direitos-garantias”²⁷⁰ – relacionadas em particular com o *princípio da legalidade da intervenção penal* estavam consagradas (à excepção da Constituição Portuguesa de 1822) de uma forma expressa: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”. O problema que levantámos partiu da eventual aplicação desse princípio em território angolano, na altura província ultramarina, considerando também que os “nativos” ou “indígenas” não se confundiam com os “cidadãos ultramarinos”. Ou seja, colocámos a questão de saber se o princípio da legalidade penal era ou não eficaz só para alguns destinatários.

E porque razão seguimos tão de perto este aspecto? É que, não obstante as Constituições da Monarquia afirmassem um só território, um só povo, uma só vontade política – a “vontade da Nação” –, o tratamento reservado aos “indígenas” era diferente daquele que se oferecia aos “cidadãos” residentes na colónia.

Identificámos dois tipos de ideologias: uma que parte do desejo de igualdade entre a metrópole e o ultramar, numa ideia de “unidade de Nação”, com uma política de *assimilacionismo* a partir da qual não deveriam existir regras especiais para o ultramar, despojando-o de qualquer especificidade; outra assente numa política *integracionista* que

²⁶⁸ Veja-se ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, p. 361.

²⁶⁹ JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas de 1822 ao Texto Actual da Constituição*, p. 17.

²⁷⁰ Para usar a expressão de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 152.

reconhece a diversidade e que procura integrá-la institucionalmente como forma de consolidar a unidade, dada a dimensão do território do império e face à distância que separava as províncias ultramarinas da sede da Monarquia, discutindo-se uma diferenciação de tratamento. Demos conta que Cristina Silva defende que em 1822 a Nação portuguesa era bi-hemisférica, ou seja, “as Províncias Metropolitanas e as Províncias Ultramarinas constituíam um só território e a especificidade destes últimos devia-se apenas à localização geográfica; eram parte integrante do território da monarquia, integravam a representação da Nação e submetiam-se, tal como as metropolitanas a uma só lei Constitucional²⁷¹”.

É verdade que a Carta constitucional de 1826 não considerou o problema das províncias ultramarinas, tratando-as como meros “domínios”. O texto assumiu uma posição marcadamente *assimilacionista* na medida em que as províncias ou “domínios” ultramarinos ficavam sujeitos à mesma lei e ao mesmo modo de legislar da metrópole.

Contudo rapidamente nos apercebemos que os primeiros textos constitucionais não se aplicavam às populações nativas. A mentalidade da época entendia-as como “hordas selvagens” que não viviam ainda politicamente organizadas, estando, por isso, *numa espécie de estado natureza*; isto porque “ocupavam o último lugar na hierarquia da civilização da humanidade”.

Sendo assim, o objectivo, nas palavras de Sá da Bandeira em 1873, seria “que os habitantes de raça preta [chegassem] progressivamente a um estado de civilização igual à dos brancos que ali [residiam]”.

Era, pois, evidente que *a aplicação da Constituição a esses povos ainda não civilizados significaria, desde logo, reconhecer-lhes o estatuto de igual*, o que contrariava o pensamento filosófico, político e doutrinal da época. Pode-se assim dizer que as Constituições da Monarquia não foram aplicadas de modo uniforme nas províncias ultramarinas e que, na verdade, vigoravam “regimes especiais”, mais tarde “regimes estatutários”, a partir do quais os nativos se deveriam reger.

É sabido que em 1869 a escravatura já havia sido formalmente abolida, mas as necessidades da metrópole e os investimentos europeus levaram a que se estabelecesse nas colónias um regime disciplinar rígido e uma ideia estrita de crime de “vadiagem” para

²⁷¹ SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império*, p. 95.

aqueles que resistissem ao trabalho. Foi também nessa busca de um conceito que cobrisse a ideia de negação ao trabalho que a doutrina concebeu e a legislação adoptou, no quadro da “missão civilizacional”, o conceito “indígena” para os nativos. Para efeitos do artigo 10.º do Decreto de 20 de Setembro de 1894, era indígena “o nascido no ultramar, de pai e mãe indígenas, e que não se distingam pela sua instrução e costumes do comum da sua raça”.

Fomos assim compreendendo que o direito penal nas colónias tinha importantes funções. Desde logo, uma acção de orientação para com os indígenas, com vista a atingir todos os fins do Estado colonizador. Ou seja, defendia a sociedade colonial contra todos os factos que pudessem pôr em causa a sua manutenção. E como se tratava de um direito penal “estritamente ligado à moral”, seria sempre um direito com uma importante função de influência. De outro modo, uma vez que os indígenas não se regiam por normas dirigidas a determinados tipos de crime, era importante um catálogo de crimes que tipificasse os comportamentos. Aplicava-se o Código Penal Português de 1852, com as alterações introduzidas pelo Código Penal Português de 1886, *adaptado à idiosincrasia da sociedade portuguesa*. Neste Código estava consagrado o princípio da legalidade da intervenção penal, mas temos sérias dúvidas que na prática tivesse alguma eficácia capaz de garantir os direitos fundamentais dos visados, até porque a doutrina colonial defendia que os indígenas não conseguiam entender os princípios de direito penal europeu, o que, por sua vez, tornava ineficaz o papel preventivo, dissuasor, e punitivo desse ramo do direito.

A política indígena portuguesa depois da implantação da República de 1910 desencadeou um grande movimento legislativo no sentido da renovação dos métodos da política colonial e, nesses termos, foi criado o Ministério das Colónias de forma a abandonar a *política de assimilação*. A Constituição da República de 1911 manteve a designação “Províncias Ultramarinas” (artigos 67.º e 85.º) mas concedeu-lhes um regime diferente do da metrópole, com as suas próprias especificidades. Encontramos agora menções ao “estado social e modo de ser individual de toda ou parte da população das diversas Províncias”, à devida atenção ao estado e civilização dos indígenas e aos seus usos e costumes privativos, ao facto de os indígenas se regerem pelos usos e costumes próprios das respectivas comunidades, e à influência que a prática dos mais diversos actos

poderia ter na vida social dos indígenas. Contudo, tal não impediu as referências a uma “natureza inferior” ou ao “estado das suas faculdades e da sua mentalidade de primitivos”.

A organização do direito penal aplicável aos indígenas passa a estar regulada nos artigos 12.º e 13.º do “Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique” de 1926. Pelo que convergiu na seguinte questão: o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que estava em vigor no sistema jurídico-colonial português porque previsto tanto no artigo 8.º da Constituição de 1933, como no Código Penal Português de 1886, por via dos artigos 5.º e 84.º, era ou não aplicado aos indígenas? Numa perspectiva formal, parece que sim. Na prática, não o sabemos. Sabemos é que os tribunais para os indígenas eram constituídos por juízes portugueses e autoridades administrativas coloniais com poder de voto deliberativo na decisão, ficando para os indígenas um papel consultivo com uma função meramente informativa.

Mas não significa que os indígenas não administrassem, em casos pontuais, a sua própria justiça penal através dos seus costumes. Muito embora *dentro de estreitos limites e no âmbito de uma ampla discricionabilidade de decisão por parte das autoridades portuguesas* que não admitiam que os costumes fossem incompatíveis com a moral, com os ditames de humanidade ou com o livre exercício da soberania portuguesa²⁷².

²⁷² Limites estabelecidos no artigo 138.º da Lei n.º 2:048, de 11 de Junho de 1951 que introduz alterações na Constituição Política da República Portuguesa de 1933, e que podem servir como um parâmetro discricionário de decisão utilizado ao longo dos tempos da colonização.

CAPÍTULO III

NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO

1. Ponto de partida

A importância da *independência de Angola* fica bem expressa logo no artigo 1.º da “Lei Constitucional da República Popular e Angola” que a 11 de Novembro de 1975 é publicada em Diário da República²⁷³: “A República Popular de Angola é um Estado soberano, independente e democrático, cujo primeiro objectivo é a total libertação do Povo Angolano dos vestígios do colonialismo e da dominação e agressão do imperialismo e a construção de um país próspero e democrático, completamente livre de qualquer forma de exploração do homem pelo homem, materializando as inspirações das massas populares”.

De acordo com a *lei da nacionalidade*, publicada no mesmo dia, como regra geral “são cidadãos angolanos de pleno direito todos os indivíduos nascidos em Angola bem como os não naturais de Angola filhos de mãe ou de pai angolano”, deixando definitivamente de existir, para todos os efeitos legais, a distinção entre “cidadãos” e “indígenas”. O que evidentemente não significou o fim dos costumes da população nativa angolana.

Posto isto, vejamos de que forma é que o princípio da legalidade da intervenção penal se foi traduzindo nos diferentes textos constitucionais angolanos.

2. Constituições Angolanas

§1. A Lei Constitucional Angolana de 1975

O Princípio “*nullum crimen nulla poena sine lege*” entrou em vigor no independente ordenamento jurídico angolano por via do artigo 58.º da Lei Constitucional de 11 de Novembro de 1975. Segundo este artigo, as leis e regulamentos em vigor seriam aplicáveis enquanto não fossem revogados ou alterados, e desde que não contrariassem o espírito da Lei Constitucional e o próprio processo revolucionário angolano. Ou seja,

²⁷³ Publicada no Diário da República, I Série, nº1 de 11 de Novembro de 1975.

embora não prevista na Lei Constitucional nenhuma disposição que expressamente tratasse as garantias constitucionais do direito e do processo penal, o próprio artigo 58.º permitia aplicar sem reservas à qualificação das condutas, às penas e ao processo penal, as disposições portuguesas ainda em vigor que constavam, respectivamente, no Código Penal de 1886 e no Código Processo Penal de 1929.

A Lei Constitucional de 1975 sofreu uma Revisão em 1978²⁷⁴ que não introduziu quaisquer normas relativas às garantias constitucionais do direito e do processo penal, tendo, contudo, mantido o conteúdo do já referido artigo 58.º, agora correspondente ao artigo 64.º.

A Revisão de 1980²⁷⁵ também não tratou a matéria das garantias do direito penal, mantendo no artigo 84.º o conteúdo do artigo 64.º da Revisão de 1978²⁷⁶.

§2. A Lei Constitucional de 1991

O ano de 1991 marcou a viragem do sistema político da República Popular de Angola, passando de “Democracia Popular” para “Estado Democrático de Direito”.

Os novos fundamentos eram “a unidade nacional, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo de expressão e de organização política e o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem, quer como indivíduo, quer como membro de grupos sociais organizados”, de acordo com o artigo 2.º da Lei Constitucional n.º 12/91 de 6 de Maio²⁷⁷. O Preâmbulo desta lei cimentava a Revisão nos seguintes termos: “Com a presente revisão da Lei Constitucional pretende-se assim criar a abertura democrática que permita ampliar a participação organizada de todos os cidadãos na vida política nacional e na direcção do Estado, ampliar o reconhecimento e protecção dos direitos, liberdades e deveres fundamentais dos cidadãos no âmbito de sociedade democrática...”.

Neste sentido, o artigo 28.º passou a consagrar de forma expressa a garantia constitucional “*nullum crimen sine lege*” da seguinte forma: “Ninguém pode ser condenado por acto não qualificado como crime no momento da sua prática..”. Esta

²⁷⁴ Publicada no Diário da República, I Série, nº 31, de 7 de Fevereiro de 1978.

²⁷⁵ Publicada no Diário da República, I Série, nº 225, de 23 de Setembro.

²⁷⁶ A Revisão estabeleceu nos artigos 72.º a 78.º os Princípios Gerais relativos ao exercício da justiça, a competência e organização dos Tribunais e da Procuradoria Geral da República.

²⁷⁷ Publicada no Diário da República, I Série n.º 19, de 6 de Maio.

mesma disposição trouxe ainda como garantia do direito penal um dos corolários do princípio da legalidade, a retroactividade da lei penal mais favorável: “A lei penal só se aplica retroactivamente quando disso resultar benefício para o arguido.”

No geral, a Revisão Constitucional de 1991 revogou a lei Constitucional de 1975²⁷⁸, mas em causa estava a vigência das leis e regulamentos na República Popular de Angola, não só as provenientes do período colonial, mas também as oriundas da “Democracia Popular”, considerando as disposições do direito colonial que poderiam ou não pôr em causa o processo revolucionário em curso e também todas as normas que pudessem ou não impedir a construção da democracia. Por estas razões o artigo 95.º dispunha: “As leis e regulamentos em vigor na República Popular de Angola são aplicáveis enquanto não foram alterados ou revogados, e desde que não contrariem a letra e o espírito da presente Lei”. Por via desta disposição constitucional continuou, assim, a vigorar o Código Penal Português de 1886, com os artigos 5.º e 54.º, respectivamente, a consagrarem o princípio da legalidade dos crimes e das penas e medidas de segurança. Repare-se que o referido artigo 28.º da Lei Constitucional não tratou, de forma expressa, da garantia da legalidade das *penas e medidas de segurança*.

§3. A Revisão Constitucional operada pela Lei nº 23/92

A 16 de Setembro de 1992 é publicada a Lei n.º 23/92²⁷⁹ que operou mais uma revisão constitucional, desta vez, como se afirma no preâmbulo, “virada essencialmente para a clarificação do sistema político, separação de funções e interdependência dos órgãos de soberania, bem como para a explicitação do estatuto e garantias da Constituição, em

²⁷⁸ Pela importância que essa revogação revestiu consideramos relevante trazer os fundamentos avançados por ADÉRITO Correia e BORNITO de Sousa, *Angola História Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 31, “Em Março de 1991 foram introduzidas à Lei Constitucional alterações profundas, que se traduziram na alteração radical, de um ponto de vista constitucional, do sistema político e económico. Para nós, trata-se de uma nova Constituição, já que, entre a Lei Constitucional que até à altura vigorava e a que passou a vigorar existe uma nítida descontinuidade, que veio a ser aprofundada com a lei de Revisão constitucional nº23/92. As referidas alterações “destinaram-se principalmente à criação das premissas constitucionais necessárias à implantação da democracia pluripartidária, à implantação do reconhecimento e garantias dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, assim como à consagração constitucional dos princípios basilares da economia de mercado”. Embora se tivesse tratado de uma “revisão parcial”, as normas sobre o pluralismo partidário e a modificação da constituição, com a consagração constitucional da economia de mercado, marcam o início de uma nova era constitucional. Deixou de estar em vigor a Lei Constitucional de 1975, com as suas diversas alterações...”

²⁷⁹ Diário da República, I Série, nº 38 de 16 de Setembro de 1992

conformidade com os princípios já consagrados de edificação em Angola dum Estado democrático de direito.”. Assim, foi alterada a designação do Estado de “República Popular de Angola” para “República de Angola”, o órgão legislativo de “Assembleia do Povo” alterado para “Assembleia Nacional”, e retirada a designação “Popular” da denominação dos “Tribunais”.

Em matéria de direitos e deveres fundamentais, foram introduzidos alguns artigos no sentido de reforçar o reconhecimento e garantias dos direitos e liberdades fundamentais, com base nos principais tratados internacionais sobre direitos humanos a que Angola já havia aderido²⁸⁰.

A revisão constitucional em causa trouxe um reforço das garantias dos direitos e das liberdades fundamentais e, nesse sentido, o *princípio da legalidade da intervenção penal* viu-se constitucionalmente reforçado pelo disposto no n.º2 do artigo 21.º que dispunha. “2. As normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos e dos demais instrumentos internacionais de que Angola seja parte. 3. Na apreciação dos litígios pelos tribunais angolanos aplicam-se esses instrumentos internacionais ainda que não sejam invocados pelas partes...”.

Porém, o artigo 36.º – que determinou no n.º3 o princípio da legalidade dos crimes e no n.º4 o princípio da retroactividade da lei mais favorável –, continuou a ser omissivo em relação à legalidade das penas e medidas de segurança, subsistindo para esse efeito o artigo 54.º do Código Penal de 1886, ainda em vigor por força do artigo 165.º da Lei Constitucional, desde que não contrariasse a sua letra e o seu espírito.

§4. A Constituição da República de Angola de 2010

A Lei Constitucional de 16 de Setembro de 1992 vigorou até 5 de Fevereiro de 2010, data em que foi promulgada a “Constituição da República de Angola”²⁸¹. O preâmbulo da Constituição capta de uma forma autêntica o espírito da história e do povo

²⁸⁰ Veja-se, para melhor aprofundamento, ADÉRITO Correia e BORNITO DE Sousa, *Angola História Constitucional*, p. 38.

²⁸¹ Publicada no Diário da República, I Série nº de 5 de Fevereiro.

de Angola, destacando que se “filia e enquadra directamente na já longa e persistente luta do povo angolano, primeiro, para resistir à ocupação colonizadora, depois para conquistar a independência e a dignidade de um Estado soberano e, mais tarde, para edificar, em Angola, um Estado democrático de direito e uma sociedade justa”, considerando as “raízes seculares”, as “culturas que enriquecem a nossa unidade” e a inspiração das “melhores lições da tradição africana – substrato fundamental da cultura e da identidade angolanas”.

Agora, relativamente às garantias do direito penal, mais particularmente à consagração do princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, o legislador constituinte consagrou os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 65.º disposições nucleares²⁸².

Assim, pelo n.º 2, “Ninguém pode ser condenado por crime senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados por lei anterior”; pelo n.º3, “não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas por lei anterior”; e pelo n.º 4 “ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos

²⁸²É importante abrir a este propósito um parênteses para referir que antes da Promulgação da Constituição e enquanto se desenvolviam os respectivos trabalhos preparatórios, houve necessidade de iniciar também a reforma penal. O Código Penal ainda em vigor na República de Angola é o Código Penal Português de 1886 que, na verdade, não é mais do que o Código Penal Português de 1852 reformado em 1884. As reformas penais posteriores, em particular as que foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 39.688, de 5 de Junho de 1954 e pelo Decreto n.º 184/72 que apenas entrou em vigor em Angola em 1974, depois do 25 de Abril, não foram, contudo, suficientes para impedir o desfásamento tanto da parte geral como, particularmente, da parte especial desse Código de 1886. Com efeito, o Código Penal em vigor está desajustado do actual contexto social, económico e político do ideário que enforma a sociedade angolana e da maior complexidade do fenómeno criminal dos nossos dias e respectivas formas de lhe fazer frente. Embora a independência de Angola tenha feito publicar todo um conjunto de diplomas que revogaram parcelas significativas da parte especial, a verdade é que o Código manteve-se, no essencial, o mesmo, tanto na caracterização dogmática como na sua estrutura filosófica e formal. Passados 36 anos de independência, os bens jurídicos tutelados pelo Código de 1886 encontrarão algum desfásamento com os interesses que a comunidade de cidadãos angolanos deseja ver hoje penalmente tutelados. Acresce que como referiu a Professora Tereza Beleza em comentário ao Anteprojecto de Código Penal de Cabo Verde, veja-se em “Reformas Penais em Cabo Verde”, da autoria de Jorge Fonseca, V.I, IPC, Praia, 2001, “ O Código Penal de um país, há-de, por força, reflectir os valores fundamentais da sociedade que o vai aplicar.” Como última nota sobre a necessidade não só de uma reforma profunda mas, de um Código Penal Novo, está a entrada em vigor da Constituição da República de Angola promulgada e publicada a 5 de Fevereiro de 2010. Esta Constituição alargou consideravelmente o leque de bens jurídicos que integram o designado direito penal primário dado que, como se pode ler no seu preâmbulo procura respeitar “ a vida, a igualdade, a diversidade e a dignidade das pessoas...”. Para além disso, recebeu na ordem jurídica angolana, embora não *ex novo*, os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas, da Carta da União Africana, de acordo com o n.º1 Artigo 12º e, em geral, o Direito Internacional geral ou comum que integra os tratados e acordos internacionais, regularmente aprovados ou ratificados após publicação oficial e com entrada em vigor na ordem jurídica internacional, como prevê o n.º 2 do artigo 13º. Assim, a reforma está já a ser elaborada acolhendo as garantias estabelecidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) bem como nas convenções regionais sobre Direitos do Homem.

pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.”

3. O direito costumeiro que perdura

Harmonizar as diferentes culturas que enriquecem a unidade angolana ou edificar um Estado de Direito Democrático são ambiciosos objectivos que se alcançam considerando todo um conjunto de problemas que dizem respeito em exclusivo ao território e à população que reside em Angola. O problema concreto das *fontes do direito que concorrem para regular a mesma situação de vida* não pode ser ignorado.

A localização geográfica e o fenómeno da colonização figuram, do nosso ponto de vista, entre os factores determinantes da existência de várias fontes de direito. A localização geográfica do Continente Africano é um factor que não deve ser esquecido nem minimizado pois aqui os *costumes* fazem parte da forma como as crenças e os comportamentos são organizados e praticados, precisamente porque dizem respeito à idiossincrasia das comunidades. Por outro lado, o fenómeno colonização constituiu um “corpo estranho” que introduziu de forma imperativa determinados institutos num sistema tradicional-nativo que tinha a sua própria maneira de ser e de estar, o que explica também a “sobrevivência” dos costumes vigentes.

A coexistência de sistemas de direito – por um lado, os sistemas costumeiros dos grupos nativos e, por outro lado, o sistema jurídico subordinado à lei do Estado – tem acompanhado os povos de Angola e sido objecto de tratamento, tendo em conta os interesses, sobretudo de natureza política, subjacentes aos poderes instituídos. E não é um fenómeno único, há vários exemplos e estudos conhecidos. Destacamos o estudo de Jacob Levy²⁸³. O autor refere que os Estados podem responder de várias formas ao reconhecimento dos sistemas jurídicos costumeiros dos grupos indígenas, identificando assim duas vias, a saber: ignorar ou negligenciar completamente a sua condição e, nesse contexto, combater legalmente ou perseguir aqueles que decidem viver segundo os costumes indígenas; ou reconhecer e adoptar políticas condizentes com a sua condição e

²⁸³ Mesmo que se refira a grupos indígenas minoritários, situação que não consideramos ser a das comunidades tradicionais em Angola (antes pelo contrário, representam a maioria da população), veja-se LEVY, Jacob T. “The models of incorporating indigenous Law” in *Citizenship in diverse Societies*, Part VI, *The Rights of Indigenous Peoples*, Oxford University Press, 2005, p. 296.

legislar esse reconhecimento. Estas últimas políticas vão desde a incorporação da lei indígena na lei do Estado, ao reconhecimento do sistema jurídico indígena como um sistema paralelo, ou pelo menos, não totalmente subordinado à lei estadual. Mas também, num outro entendimento, podem passar por conceder um estatuto de autonomia – o “self-Government” – que, em última instância, significaria um reconhecimento como de uma nação estrangeira se tratasse.

Particularmente em Angola, o debate em torno da convivência entre o direito estadual e o direito costumeiro caminhou até aos dias de hoje em torno de duas posições que pela sua relevância interessa também referir.

De uma parte, aqueles que entendem que o direito costumeiro deve ser visto como prevalecente em relação ao direito estadual, dado o valor objectivo e a validade “metahistórica”²⁸⁴. Repare-se que em Angola as pessoas apoiam-se no direito estatal somente quando se relacionam com instituições do Estado. Para esta corrente, o direito costumeiro tem valor máximo e influi no direito estadual que apenas se torna justo quando capaz de o reflectir. Valores que, segundo os seus defensores, “são claramente perceptíveis tanto através da conduta manifestada pelas populações, quanto na sabedoria dos anciãos, principais defensores e guardiães destes valores e também porque estes têm a capacidade de interpretar a vontade dos entes”²⁸⁵. Para este primeiro grupo o direito costumeiro tem uma firmeza sagrada devendo qualquer mudança obedecer a profunda justificação, ao passo que o direito estadual é variável e obediente às exigências de adaptação e mudanças sociais, o que o torna mais injusto e incerto.

Contudo há neste posicionamento opiniões, embora minoritárias, que admitem a *variabilidade do conteúdo do direito costumeiro*. Consideram que o direito costumeiro “é um conjunto de princípios bastante genéricos e flexíveis que se expressam através de parábolas e ditos que se adoptam consoante o tempo e situação histórico-concreta”²⁸⁶. Logo, aceitam que “muitas das regras hoje defendidas constituem uma clara violência aos

²⁸⁴ Assim, SANGO, André Oliveira João, “A relação entre o Direito Costumeiro...”, p. 128.

²⁸⁵ *Idem*. Segundo André Sango, este posicionamento defende uma ideia de direito costumeiro que se aproxima do conceito de direito natural de Santo Agostinho, ou seja, o direito costumeiro seria uma “transcrição tanto da vontade divina, quanto da sabedoria das populações”.

²⁸⁶ *Ibidem.*, p. 129.

valores universalmente aceites e incorporados por parte significativa da população, tais como a igualdade entre homens e mulheres”²⁸⁷.

De outra parte, o segundo grupo de posições defende que a lei é uma “manifestação da vontade perceptiva, vinculante para uma generalidade de sujeitos ou uma categoria de casos, por parte de um poder legitimado para a produzir”. Entendem assim que o mais importante na lei não é tanto o seu valor, mas a certeza dos comandos que emite, certeza que advém do facto de ser escrita, e que permite que efectue um certo controlo nos mecanismos jurisdicionais e judiciários. É um facto que os mecanismos jurídicos convertem-se numa vantagem sobretudo para as populações mais carenciadas que sofreram no período colonial e que actualmente ainda sofrem por virtude da inexistência de normas que sejam univocamente estabelecidas e universalmente acessíveis. Para este segundo grupo, o risco não decorre da lei mas das regras costumeiras: cada comunidade tem das mesmas o seu próprio entendimento.

Há certamente argumentos importantes em ambas as posições. Quanto a nós, acompanhamos a opinião que afirma *a importância do direito costumeiro* devido à migração para as cidades de um volume considerável de pessoas oriundas dos mais diversificados espaços sócio-geográficos²⁸⁸, e, de outro modo, devido *à sua efectiva vigência para a maioria da população nos espaços mais ou menos remotos do território angolano*. Não se pode, sem mais, negar essa fonte de direito para uma representação populacional tão significativa. Teremos que encontrar caminhos que facilitem a convivência entre os sistemas costumeiros consolidados e o sistema jurídico subordinado à lei do Estado.

4. Conclusões

A independência de Angola e a breve história constitucional angolana não significaram o fim dos costumes da população nativa angolana.

Por um lado, no âmbito do *sistema jurídico estatal*, conclui-se a vigência do princípio da legalidade da intervenção penal, expresso no brocardo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, do ano de 1975 até aos nossos dias, quer enquanto “República

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 129-131.

Popular”, quer enquanto “Estado de Direito Democrático”, tendo “como fundamentos a soberania popular e o primado da Constituição e da lei...”, e na medida em que “promove e defende os direitos e liberdades fundamentais do homem, quer como indivíduo quer como membro de grupos sociais organizados... [e que] assegura o respeito e a garantia da sua efectivação pelos poderes legislativo, executivo e judicial, seus órgãos e instituições, bem como por todas as pessoas singulares e colectivas”, tal como se prevê nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º da Constituição da República de Angola de 2010.

Por outro lado, *os sistemas costumeiros* dos grupos que constituem a maioria da população nos espaços mais ou menos remotos do território angolano, com tradições que perduraram ou “sobreviveram” ao período colonial, não podem ser ignorados no contexto do Continente Africano.

O desafio passa por encontrar *caminhos que facilitem a convivência entre os sistemas costumeiros consolidados e o sistema jurídico subordinado ao Estado que tem como garantia constitucional o princípio da legalidade penal.*

PARTE II

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL *versus*
COSTUME**

CAPÍTULO I

FONTES DO DIREITO

1. Ponto de partida

Ao afirmar-se que por via de uma das garantias do princípio da legalidade penal – lei penal escrita ou lei formal – o fundamento da responsabilidade criminal não pode emanar do direito consuetudinário está-se, desde logo, a limitar as fontes do direito penal. Interessa, então, antes de avançarmos com o nosso estudo, clarificar um pouco a questão das fontes do direito.

O problema das fontes do direito traduz-se, grosso modo, na questão de saber de que forma o direito vigente numa determinada comunidade histórica se constitui e se manifesta, ou seja, como é que aí se objectiva²⁸⁹. Esta questão implica o próprio problema do direito em si mesmo considerado²⁹⁰.

Numa primeira aproximação podemos dizer – juntamente com Castanheira Neves – que a juridicidade do direito haverá de ser pensada como um “válido dever ser que é”²⁹¹. Não há direito sem uma normativa vinculação ou obrigatoriedade e, de facto, não se pode ser reconhecer o direito sem um fundamento de validade. Ou seja, também não haverá direito se a sua normatividade for apenas intencional e não se assumir como dimensão constitutiva da prática social, efectivamente assumida, o que quer dizer que se

²⁸⁹ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta, volume 1.º – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra Editora, 1995, p.7-94, ; BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 13ª reimpressão, 2002, p. 154; BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2002, p. 628. Em busca de uma definição que parte do conceito de Direito enquanto sistema de normas de conduta social, AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito*, V. I, com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 343-353, parte do sentido etimológico da palavra fonte e adopta uma noção de “Fontes do Direito” que abarca vários sentidos: sentidos extra-jurídicos que integram o cultural, o histórico, o económico-social e o político, geralmente utilizado fora da Ciência do Direito e, por não juristas, embora sejam também importantes para o Direito e, sentidos jurídicos, consuetudinário, legislativo externo, legislativo interno, orgânico-institucional, orgânico-individual, autoral, doutrinal, jurisprudencial, jurídico-textual e jurídico-formal. Veja-se, ainda, BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola*, Parte Geral, Parte Especial, Editor, IDILP (Instituto do Direito de Língua Portuguesa), Março, 2014, p. 493.

²⁹⁰ Haverá aqui uma relativa autonomia “problemático-intencional” entre o que pertence à filosofia do direito e o que pertence à teoria do direito, sabendo que entre eles se verifica uma “incindível conexão” segundo CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta, volume 1.º*, p. 7; e BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução...*, p. 628.

²⁹¹ CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta, volume 1.º*, p.8

obtém um específico “modo-de-ser-normativo-histórico” que resulta numa vigência ou positividade²⁹².

É verdade que a compreensão do problema das fontes do direito passa também pela busca de um elemento linguístico. Porém, a questão é muito mais complexa do que uma questão meramente semântica. Nem mesmo dentre os vários sentidos possíveis de um modo de expressão, o sentido ou perspectiva político-constitucional, aquela que está na base da teoria tradicional das fontes do direito, dá resposta à essência da questão²⁹³.

Com efeito, o problema da positivação do direito está estreitamente ligado ao problema da relação entre direito e poder político. Num Estado-de-Direito, o direito vincula o poder do Estado. Mas, enquanto norma que se ajusta aos circunstancialismos sociais, o direito pressupõe a positivação de conteúdos variáveis, uma vez que essa positivação, em regra, se traduz numa decisão política²⁹⁴. Ainda que essa positivação não seja arbitrária: “O direito nunca está por inteiro na livre disponibilidade do poder político, não depende da vontade arbitrária de própria maioria democrática.”²⁹⁵. O direito é portanto portador de autonomia, de independência, que advém dos princípios fundamentais e que decorre da própria ideia de direito. Significa que a acção em que a positivação se traduz tem que se legitimar perante os próprios postulados do direito, tem que, ao decidir, manter-se dentro das exigências irrenunciáveis de qualquer direito²⁹⁶.

Importante é de outro modo salientar que, para vincular todos os órgãos do poder, para impor a sua “norma”, o direito tem de assentar o seu último fundamento de validade “nos estratos mais profundos e permanentes do património cultural da humanidade, [que se situam] fora do alcance do poder político”²⁹⁷; até porque a ordem jurídica procura *na ideia de justiça* o primordial suporte da sua pretensão de validade²⁹⁸.

As considerações acabadas de fazer pretendem ir de encontro à ideia de que o problema das fontes do direito deve ser entendido numa perspectiva *transistemática*²⁹⁹, ou

²⁹² Continuamos a seguir, CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta, volume 1.*º p.8; BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução*, p. 630-631; BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito*, p. 154.

²⁹³ BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução*, p. 630; CASTANHEIRA NEVES, António *Digesta, volume 1.*º, p. 12-13.

²⁹⁴ BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito*, p. 156-157.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 157.

²⁹⁶ *Idem*.

²⁹⁷ *Idem*.

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução*, p. 630.

seja, a partir da própria experiência jurídica com todos os momentos e dimensões que encerra, já que é no “actus específico” dessa “experiência que a normatividade jurídica se constitui e é pela fenomenologia própria dessa experiência que ela se manifestará”³⁰⁰. Assim, a perspectiva em que as considerações feitas se podem enquadrar – porque em causa a “fenomenologia do acto constitutivo de uma concreta positividade normativa”, a partir da qual o direito se constitui, enquanto juridicidade vigente numa determinada comunidade – é “fenomenológico-normativa”, hoje defendida pelo moderno pensamento jurídico³⁰¹. Além de que, na actualidade, o próprio conceito de fonte de direito em sentido formal é mais amplo porque *inclui também a produção e revelação dos princípios jurídicos*, para além das normas entendidas em sentido restrito. Embora saibamos que são muitas vezes referenciados como fontes autónomas do Direito, os princípios jurídicos são parte integrante da ordem jurídica e, por isso, se colocam na sua primeira importância sistemática e não numa eventual posição secundária³⁰².

Sublinhamos: não pode, por conseguinte, o problema das fontes do direito ser resolvido a partir unicamente do que a lei dispõe. A experiência jurídica concreta de determinado tempo histórico, decisiva para quais actos constitutivos concorrem para a criação do direito, está no âmago da questão. Por isso não acompanhamos as teses que entendem que o único acto constitutivo do direito é a lei, ignorando-se outros actos constitutivos como o costume³⁰³. Mais: *a relevância jurídica do costume, enquanto fonte autónoma, “em nada depende do facto de ser acolhido, consagrado, ou sequer, tolerado, pela lei”*³⁰⁴.

Pode-se dizer que todo o entendimento dependerá da concepção de direito adoptada. Se o direito for entendido apenas no sentido de ciência normativa, ou seja, dentro de um estrito positivismo, então pouco mais haverá a acrescentar: o direito é apresentado como um sistema de normas puro e perfeito. Com uma outra óptica, na interpretação da “realidade” do fenómeno jurídico, o direito tem de se figurar diferente. Sabemos que em geral a “regra de direito” nem sempre é respeitada ou nem sempre é

³⁰⁰ CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta, volume I.*, p. 14.

³⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta, volume I.*, p. 15; BRONZE, Fernando José, *Lições...*, p. 631; BATISTA MACHADO, *Introdução...*, p. 157.

³⁰² BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola*, p. 494.

³⁰³ VIEIRA CURA, “O costume como fonte de direito em Portugal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1999, p. 248.

³⁰⁴ REBELO SE SOUSA, Marcelo./ GALVÃO, Sofia, *Introdução ao estudo do Direito*, Lex, 2000, p. 126

absolutamente cumprida; e mesmo a sua violação nem sempre despoleta consequências jurídicas ou nem sempre é punida. Por isso, o direito deve ser visto para além da sua complexidade normativa, como sendo uma realidade humana, complexa por natureza: realidade que a teoria das fontes, por si só, não é capaz de explicar³⁰⁵.

É notório que a palavra “Direito” pode ser entendida em diversos sentidos, entre outros³⁰⁶: o conjunto de regras de conduta social objectivamente estabelecidas para serem obedecidas por todos os indivíduos (direito em sentido objectivo); a faculdade de agir de cada pessoa, ou seja, a posição de vantagem que é atribuída ou reconhecida a cada pessoa (em sentido subjectivo); enquanto ciência social e humana (não exacta) que estuda e teoriza cientificamente o direito (ciência do Direito). Porém, se procurarmos um conceito mais amplo de Direito, nesse sentido, “Direito” poderá ser o “sistema de regras de conduta social, obrigatórias para todos os membros de uma certa comunidade, a fim de garantir no seu seio a Justiça, a Segurança e os Direitos Humanos”³⁰⁷.

Contudo, em nosso juízo, não é necessária uma definição precisa do que é o “Direito” para se identificar o que cada comunidade aceita como tal, ou seja, para identificar as múltiplas manifestações ou declarações daquilo que as comunidades reconhecem como idóneo para regular as situações que as afectam³⁰⁸. Em território ancestral angolano sabemos que este raciocínio nos remete para o direito consuetudinário.

2. Fontes do Direito

§1. “Teoria pluralista das fontes do direito”

Já vimos que o ordenamento jurídico angolano, por virtude da consagração do costume como fonte de direito (cfr. 7.º da CRA), *assume uma posição realista que não ignora o que efectivamente vigora na realidade da vida angola*. Esta perspectiva que olha para as fontes do direito de uma forma empírica é denominada por António Hespanha

³⁰⁵ SERMET LAURENT, « Oser la double nature du droit : science normative, science humaine », in *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2004, p. 343-348, p. 343, tradução nossa.

³⁰⁶ Por todos, AMARAL, Diogo Freitas do *Manual de Introdução ao Direito*, p. 45-65.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 50, 53, 59, 65.

³⁰⁸ Neste sentido, HESPANHA, *António Manuel, Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, S. Paulo: Annablume, 2013, p. 62.

como uma “teoria pluralista das fontes do direito”³⁰⁹. Assim, cremos poder considerar que a tipologia das fontes de direito apenas se atinge, na sua plenitude, numa lógica de pluralismo jurídico e social, encontrando-se essa tipologia na própria interpretação da CRA: procurando uma “Constituição Global” (António Hespanha) numa ordem jurídica plural.

A partir de um quadro teórico convencional, fontes do direito poderão ser o direito internacional, a doutrina³¹⁰, a jurisprudência, o costume, e a lei. Interessa-nos portanto desenvolver um pouco mais estes enunciados na “perspectiva pluralista”.

a) *direito internacional*

³⁰⁹ Veja-se HESPANHA, *António Manuel, Pluralismo Jurídico ...*, 2013, p. 77

³¹⁰ A propósito da posição de Bacelar Gouveia em Direito Constitucional de Angola, p. 499, o autor não inclui a “doutrina” nas fontes formais de Direito angolano. A razão dessa não inclusão não resulta clara da exposição dado que o autor se limita a enumerar as opções constitucionais no que toca às fontes do Direito em geral, não fazendo alusão à doutrina, embora a considere um importante auxiliar na dilucidação do Direito aplicável. Diferentemente se posiciona António Hespanha, em *Pluralismo Jurídico*, p. 104-105, em relação ao papel da doutrina como fonte de Direito, embora não se tenha dirigido especificamente ao Direito Angolano. Reconhece que tem um impacto efectivo na conformação do direito, chegando a inovar e a criar regras autónomas de direito. No entendimento de António Hespanha, a doutrina sustenta, tanto em direito público como privado, as razões das decisões dos seus autores, mais do que propriamente os textos legislativos, ainda que, no contexto de um direito construído numa base de legitimidade democrática, ou virado para a obtenção de consensos alargados e estabilizadores, se levantem problemas, porque muitas vezes o “ativismo doutrinário” possa pender para substituir os consensos comunitários por consensos de grupos de especialistas. Mesmo tendo em conta esta “insuficiência”, as instâncias jurisdicionais, oficiais (os tribunais) e mesmo as não oficiais (vejam-se os tribunais arbitrais), apoiam as suas razões de decisão na doutrina. É frequente a utilização, por essas instâncias, de expressões como “doutrina estabelecida”, “doutrina pacífica”, “doutrina dominante”, vendo-a claramente como uma fonte de direito e não apenas como uma auxiliar. No mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Manual de Introdução ao Direito*, p. 427 a 442, defende a doutrina como fonte do Direito em sentido jurídico-formal, embora de forma limitada, sendo em alguns casos fonte *juris essendi* (p. 431-438) e, noutros, fonte *juris cognoscendi* (p. 439). Defende ainda que o recurso a doutrina jurídica estrangeira embora de forma cautelosa (veja-se a p. 440,) sendo, ainda, um factor de modernização e de progresso do Direito nacional. Comungamos os pontos de vista tanto de António Hespanha como de Freitas do Amaral. Consideramos que em Angola, a doutrina é, efectivamente, uma fonte de direito em sentido jurídico-formal, embora, como diz Bacelar Gouveia, ela não represente uma opção da CRA. Na prática angolana é frequente a intervenção dos Professores Universitários, dos Jurisconsultos, na feitura dos projectos de lei; é também frequente a participação desses juristas teóricos para a compreensão dos conceitos jurídicos puros, utilizados pela lei, mas por ela não definidos, tornando-a uma verdadeira fonte *jus essendi*, ou como fonte *juris cognoscendi*, naquelas situações em que o texto de alguma norma jurídica não carece de ser publicado no Diário da República ou sobretudo, naqueles casos em que as normas publicadas naquele Diário Oficial caíram num completo esquecimento, tendo sido “resgatadas” porque relembradas pela Doutrina. Não nos podemos esquecer que grande parte da legislação em vigor em Angola ainda é a portuguesa do período da colonização e, muitas vezes, ainda é a doutrina que a vai buscar, para lembrar que está em vigor desde que essa legislação anterior não contrarie a Constituição (nos termos do artigo 239.º da CRA). É certo que, com estas considerações feitas, não podemos deixar de reconhecer que a importação de soluções de direito estrangeiro deve ser cautelosa pois, muitas vezes, não encontra, para a sua aplicação, as condições para o seu sucesso.

No caso particular de Angola, o direito internacional é expressamente reconhecido como fonte de direito pela CRA nos termos do n.º1 do artigo 13.º: “o direito internacional geral ou comum, recebido nos termos da presente Constituição, faz parte integrante da ordem jurídica angolana”. Por via do artigo 12.º da CRA³¹¹, opera a constitucionalização dos princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana, trazendo-os para o direito interno angolano como parte integrante e conformador. A recepção é automática e esses princípios servem de auxiliares na interpretação das convenções internacionais, podendo ser também utilizados para a integração de lacunas do ordenamento jurídico. Note-se que desses princípios gerais e comuns faz parte o *direito consuetudinário internacional*³¹².

Com efeito, a perspectiva estadualista do direito entende que o reconhecimento do direito internacional depende de um reconhecimento expresso da ordem jurídica interna dos Estados mas, à luz de uma orientação pluralista, o direito internacional passa a incluir normas não estaduais que são reconhecidas implicitamente no âmbito de uma ordem jurídica³¹³. Ou seja, com este critério simplifica-se o entendimento da questão relativa à validade interna do direito internacional, não sendo necessário distinguir entre o direito contido em tratados e o outro direito saído do costume, prevendo-se normas implícitas de direito internacional como a proibição da guerra, do genocídio, a punição dos crimes contra a humanidade, a proibição da discriminação racial ou religiosa e a *protecção dos direitos das comunidades indígenas*³¹⁴.

É evidente que o direito fixado pelos tratados pode ser mais facilmente legitimado ou reconhecido, todavia, no presente, a sensibilidade para valores como o respeito pela dignidade da pessoa humana e *pela dignidade dos povos e comunidades indígenas*, têm levado a que, por serem tão consensuais, sejam reconhecidos implicitamente, e não fixados em tratados.

³¹¹ Artigo 12.º “(Relações internacionais) 1. A República de Angola respeita e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana e estabelece relações de amizade e cooperação com todos os Estados e povos, na base dos seguintes princípios... e) respeito dos direitos humanos...”

³¹² Cfr. MACHADO, Jónatas E. M, COSTA Paulo Nogueira, HILÁRIO, Esteves Carlos, *Direito Constitucional Angolano*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Janeiro de 2013, p. 318.

³¹³ Neste sentido, HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico ...*, 2013, p. 93.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 94

b) jurisprudência

As correntes jurisprudenciais são comumente aceites como fonte de direito. Por outro lado, a verdade é que a própria jurisprudência aparece com um importante papel de reconhecimento de fontes de direito. As decisões dos tribunais constituem um lugar privilegiado para se verificar, empiricamente, se uma determinada norma foi recebida no ordenamento jurídico de uma certa comunidade: “decisivo é saber se o direito judicial reconhece como normas jurídicas – e com que âmbito e hierarquia em relação a outras fontes – os vários tipos de normas candidatas ao estatuto de fonte de direito de uma certa ordem jurídica (além das já mencionadas, as boas práticas, as formas de autorregulação, os usos e costumes, as regras prudenciais, os princípios [quais, com que conteúdo e âmbito]).”³¹⁵

Contudo, relativamente a esse posicionamento, todas as cautelas devem ser tomadas. Pode acontecer que determinadas correntes jurisprudências sejam recebidas, sustentadas de forma reiterada e consensual pela comunidade e, em particular, pelo poder judicial, mas serem contrárias à Constituição e às leis. Por isso, a jurisprudência deve acautelar-se no papel estruturante que a Constituição e a lei parlamentar têm na formação do direito, mesmo em comunidades jurídicas como a portuguesa ou a angolana.

c) Lei

Nos Estados ocidentais a lei constitui a principal fonte de direito. É sabido que o primado da lei e o seu exclusivismo explicou a teoria do direito que dominou o século passado. Hoje a “força da lei” é influente na literatura sobre metodologia jurídica e na própria *praxis* judicial que, embora seja livre nas tomadas de decisão, é ainda reverente à lei do Estado³¹⁶.

Poder-se-á dizer, ainda assim, que as ordens jurídicas actuais são mais pluralistas. Uma visão pluralista não dispensa a importância da lei, sobretudo quando a própria CRA expressamente afirma que a lei é um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático

³¹⁵ *Ibidem*, p. 106

³¹⁶ *Ibidem*, p. 112.

ou quando estabelece reservas de competência legislativa para determinadas matérias. Para além do mais, a lei é sinal de expectativa jurídica e de segurança jurídica.

Por outro lado, hoje entende-se que o reconhecimento da lei como fonte de direito depende da validade e da sua capacidade para realizar consensos³¹⁷.

d) *Costume*

Na caracterização de António Hespanha o costume corresponde ao “consenso tácito do povo”, ao “direito vivido” ou ao “direito do quotidiano”³¹⁸.

São classicamente identificados dois elementos: *o corpus*, enquanto padrão de conduta duradouro, e *o animus*, enquanto convicção de regra obrigatória que provém da “consciência jurídica da comunidade”³¹⁹. Em causa está a necessidade de se aproximar o direito da ordem do dinamismo da vida social que leva ao reconhecimento do “jurídico” de certas práticas reiteradas. O que também significa que *o costume está mais ligado à comunidade do que à vontade do poder estadual*.

É para todos vantajoso que “as rotinas consensuais e estabilizadoras ganhem o estatuto de direito, como meio de reforçar a confiança e de rotinar as respostas jurídicas referentes às expectativas sociais, o que corresponde a uma das finalidades do direito”³²⁰. Terá sido precisamente a partir dessas práticas revestidas de um sentimento de obrigatoriedade que se fala num dever a cumprir³²¹.

Por outro lado, o nível de normatividade de alguns costumes ou práticas poderá ser tão ténue que dificilmente se dá conta dos comandos que impõem. Não podemos esquecer o risco que se corre quando se aceita como direito válido todas as normas “comunitárias” vigentes, todos os comportamentos reiterados, *considerando-se a simples vigência*

³¹⁷ *Ibidem*, p. 113 e nota 50.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 107. Veja-se ainda AUSTIN Sarat and THOMAS R. Kearns (coords), *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 1994, *apud* HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático* (cit.), citada, p. 107 e nota 41.

³¹⁹ Assim, BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito*, p. 161

³²⁰ HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático...*, p. 108.

³²¹ Repare-se que o quotidiano hoje tem necessariamente comandos que não derivam propriamente de uma lei, mas de um sentimento de obrigatoriedade que deu origem ao conceito de “norma”, contido na palavra *legalfacts*. Assim, SUSAN S. Silbey, AYN Cavicchi “The common place of law transforming matters of concern into the objects of everyday life”, em BRUNO Latour & PETER Weibel (eds.) *Making Things public: atmospheres of democracy*, The MIT Press, 2005, que pode ser consultado em http://web.mit.edu/ssilbey/www/pdf/making_things_public.pdf, pp. 556 a 565.

*equivalente à validade*³²²; daí que possa ser importante defender que só devem ser consideradas normas jurídicas válidas aquelas que são reconhecidas pelas instâncias jurisdicionais³²³.

§2. Visão clássica e visão moderna

Pode-se dizer que a teoria clássica apresenta como fontes do direito a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina. Note-se que no Código Civil Português³²⁴, nos artigos 1.º a 4.º, temos disposições que se debruçam em particular sobre as fontes: no artigo 1.º, “fontes imediatas”, as leis e as normas corporativas; no artigo 3.º, “valor jurídico dos usos”, os usos que “não forem contrários ao princípio da boa fé” e desde que “juridicamente atendíveis quando a lei o determine”; e no artigo 4.º a “equidade” é também considerada uma forma de resolução de problemas, sendo que os tribunais podem à mesma recorrer quando haja disposição legal que o permita, quando haja acordo das partes numa relação jurídica não disponível ou ainda quando numa cláusula compromissória as partes tenham convencionado à mesma recorrer³²⁵.

O Código Civil Português de 1966 acompanhou a teoria clássica e, por isso, subordinou determinadas fontes (mediatas) – os assentos dos tribunais, os usos e a equidade – à lei, ou seja, enquanto fontes do direito, só eram reconhecidas quando e na medida em que a lei lhes conferia esse valor, essa capacidade para, por si mesmas, produzirem normas jurídicas³²⁶. Posição hoje já ultrapassada em Portugal³²⁷.

³²² Assim, HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático* (cit.), p. 108-109.

³²³ *Ibidem*, p. 109.

³²⁴ Recorde-se que o Código Civil que ainda vigora em Angola é o Código Civil Português de 1966.

³²⁵ Posição que não é pacífica pois OLIVEIRA ASCENSÃO, José, e SANTOS JUSTO, António, entendem que, no rigor, a equidade não é uma verdadeira fonte de direito, ou seja, um modo de formação e revelação de normas jurídicas, mas um critério de decisão de um caso concreto atentando às suas especificidades. Cfr. VIEIRA CURA, António A “O Costume...”, p. 259, nota 55

³²⁶ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução*, p. 358.

³²⁷ Na realidade, a fonte do Código Civil Angolano que neste momento vigora é, como já referimos, o Código Civil Português de 1966. Este adoptou a teoria clássica das fontes do Direito. Porém porque se apresenta redutora, assenta em postulados apriorísticos, ignorando realidades saídas do Direito Comercial, do Direito Público Interno e Internacional, e defende uma concepção estatizante e legalista do Direito, actualmente considerada definitivamente ultrapassada. Estamos aqui a seguir o ponto de vista de AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução*, p. 360-363. Também, VIEIRA CURA, em defesa de uma perspectiva mais actual da teoria das fontes do Direito em Portugal. Considerar, segundo Freitas do Amaral, que a definição do que em cada momento histórico sejam as fontes do Direito, não pertence à lei ou a qualquer outra fonte, mas à Ciência do Direito, apoiada na Sociologia Jurídica. No mesmo sentido BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito*, p. 153. Parece-nos ser também este o caminho para

Segundo Castanheira Neves, podemos classificar as experiências jurídicas constituintes do direito em *consuetudinárias* quando o direito tem a sua base constitutiva na tradição, isto é, no “costume”; como sendo *legislativas* caso a base seja a legislação, tanto através de actos legislativos como de formais prescrições normativas; ou *jurisdicionais*, se a base constitutiva provier de decisões jurisdicionais ou juízos concretamente normativos³²⁸.

Baptista Machado considera também na sua classificação a doutrina e os princípios fundamentais do direito³²⁹. O autor distingue ainda fontes voluntárias, aquelas que pressupõem um acto explícito de criação normativa, à qual pertence a lei (em sentido material), a jurisprudência e a doutrina, das fontes não voluntárias que incluem *o costume* e os princípios fundamentais do direito.

No sistema jurídico português, é a própria Constituição Portuguesa de 1976 que, no n.º1 do artigo 8.º, incorpora na ordem jurídica interna portuguesa “*as normas e princípios de direito internacional geral e comum*”; também, por via do artigo 56.º n.º4, reconhecem-se as “convenções colectivas de trabalho” e, com elas, os contratos normativos; já no artigo 119.º, n.º1, alínea g), consagra-se a jurisprudência como fonte formal do Direito sempre que a Constituição ou a lei lhe conferir força obrigatória geral; e, por fim, nos artigos 199.º, 227.º e 241.º, atribuem-se aos regulamentos emitidos pelos Governos das Regiões Autónomas e pelas assembleias das autarquias locais natureza de fonte do Direito³³⁰. Assim, ficou aberto o caminho para superação da teoria clássica e para o desenvolvimento de uma teoria mais moderna, por isso mais integral, *multidimensional*³³¹,

tratar a problemática das fontes do Direito em Angola, já que sabemos que aqui estão em vigor costumes que constituem verdadeiras regras de conduta das comunidades.

³²⁸ CASTANHEIRA NEVES, António, “Introdução”, p. 15-16.

³²⁹ BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito*, p. 157-158.

³³⁰ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução*, pp. 361, 363. No mesmo sentido ASCENSAÇÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Refundida, Almedina, Março 2005, p. 291, quando considera que embora não venha expressamente referido no Artigo 1.º do Código Civil, como fonte de Direito, os diplomas emanados das autarquias locais, cabem nessa enumeração em virtude ela não ser ali taxativa, podendo aqueles diplomas caber nas “formas não estatais de formação intencional de direito”, por referência às normas corporativas, sendo-lhes aplicável, por analogia, o regime destas, embora devam respeitar o previsto no n.º3 do Artigo 1.º do Código Civil. BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito*, p.158, nota 2., também defende que as disposições emanadas das autarquias locais são fonte de direito. Parte do conceito de lei do Artigo 1.º do Código civil que, em sentido material, abrange não só as disposições provenientes dos órgãos *estaduais* (itálico do autor) competentes, mas também dos órgãos competentes da administração autónoma, para nestes incluir as autarquias locais.

³³¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução* (cit.), p. 366.

das fontes de direito, perspectiva que nos interessa no contexto do costume enquanto fonte do Direito.

É certo que para encontrar soluções de direito adequadas, no nosso trabalho de argumentação, não podemos prescindir de acompanhar uma importante base textual. Contudo, hoje, o complexo de “textos” relevantes que existem ultrapassa em muito um legalismo tradicional. Hoje, os textos não são apenas os aprovados pelo poder político do Estado – aqueles que, segundo o pensamento legalista tradicional, seriam as fontes de direito por excelência, os textos das leis³³² –, são também textos normativamente vinculantes de origem não estadual, para além dos que emanam por via jurisprudencial e doutrinal³³³. Referindo-nos aos *textos jurídico-normativamente vinculantes*. É, deste modo, importante salientar que *em virtude da multiplicidade de textos que não dependem da lei, a própria lei tem visto a sua posição de centralidade posta em causa*³³⁴.

Logo à partida posta em causa pela Constituição, que se aplica directamente nas mais diversas matéria, nomeadamente ao nível dos direitos fundamentais e dos princípios de justiça singulares do Estado de direito. A Constituição, ao fazer referência aos direitos e aos princípios, pode-se dizer que o faz de modo “idealizante” e, por esta via, estabelece-os como limites de validade das leis.

Acresce que há ainda a considerar as fontes de nível internacional – nos termos do artigo 13.º da CRA, têm uma importante força vinculativa na ordem jurídica interna do Estado angolano – que prevalecem sobre a lei e podem, em certos casos, ser parâmetro de interpretação e integração da própria Constituição.

Finalmente, importa ainda referir um outro nível legislativo, por virtude do fenómeno do *pluralismo institucional*, proveniente das autonomias públicas, privadas e colectivas. É neste quadro que se inserem os *costumes* e os *usos*. Sobre os mesmos, António Cortês considera que actualmente desempenham um papel residual confinado a específicos domínios do direito, embora o *costume*, mesmo não estando fixado em texto,

³³² Veja-se no sentido de considerar a necessidade da reconstrução da Teoria das fontes do Direito, HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático*. p 71.

³³³ Seguimos CORTÊS, António, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, in *Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Separata Volume Especial 2013, pp. 44 e ss.

³³⁴ Consideração feita também por C. SARRABAYROUSE, Eugénio, “ La Crisis de la legalidad, La teoria de la legislación y el Principio *In dubio pro reo*: Una propuesta de Integración” in *Derecho Penal e Criminologia*, Marcial Pons , Madrid, 2012, p 31-54, p. 31-33, quando refere a crise da lei e a necessidade da Renovação de uma teoria da legislação.

seja vinculante enquanto prática social reiterada. Vinculatividade, tanto *preater* como *contra legem*, que não se reconduz a uma simples vigência sociológica ou psicológica mais ou menos generalizada: antes deve ser interpretada como uma *específica “normatividade do direito”* com o seu específico sistema de fontes e com a sua “fundamentante e constitutiva validade intencional”³³⁵.

§3. No ordenamento jurídico angolano

Em Angola, a problemática das fontes do Direito orienta-se tendo em conta dois momentos históricos: o anterior e o posterior à CRA de 2010.

O momento anterior é caracterizado pela vigência do Código Civil português de 1966 e pelas teorias ao mesmo associadas. Por isso, a visão é “clássica” e não foge muito ao que ocorreu em Portugal até 11 de Novembro de 1975. Uma visão que, por atribuir ao CC a função exclusiva do estabelecimento da tipologia das fontes do Direito, não poderá deixar de ser algo redutora. Carlos Burity da Silva retoma essa mesma crítica³³⁶. Porém, não deixa de defender a posição civilista, segundo a qual é ao CC que compete a função da definição da tipologia das fontes: o autor sustenta este seu ponto de vista a partir da norma do artigo 1.º do CC, artigo que consagra a lei como a única fonte imediata do Direito e que deve ser visto como uma norma geral válida para todos os domínios do direito angolano. Adota, assim, uma posição algo diferente da de Bacelar Gouveia, à qual mais adiante nos referiremos.

³³⁵ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta, volume 1.º*, p. 70 e 18-23. No mesmo sentido, CORTÊS, António, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, in *Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Separata Volume Especial 2013, p. 45.

³³⁶ BURITY DA SILVA, CARLOS, “A Necessidade de Revisão do Código Civil Angolano- princípios estruturantes e eixos fundamentais da Reforma” in *Revista de Direito de Língua Portuguesa*, Ano I, nº2, Junho – Dezembro, Edição do IDILP- Instituto de Língua Portuguesa e da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013, p. 7-34, o autor justifica a revisão do CC realçando dentre outros os seguintes aspectos: há novos valores que resultaram da conquista da independência e que se manifestaram sobretudo no domínio dos Direitos Reais e do Direito da Família; o actual código está afastado das exigências da vida social; assiste-se a um desconhecimento e a uma insuficiente regulamentação de novos institutos entretanto introduzidos na cena jurídica; e o conseqüente afastamento de novas concepções. A presença de institutos que se mostram em frontal desacordo com valores supremos da sociedade angolana na p. 5.

Carlos Burity defende que tal como a norma do artigo 1.º do CC outras há neste diploma legal que regulam matérias de interesse geral para todo o ordenamento jurídico³³⁷ e que, de facto, respeitam a particularidades do pensamento jurídico que presidiu à elaboração do CC de 1966³³⁸. Reconhece também que é à Constituição, a Lei Fundamental, que o direito, em geral, se deve subordinar³³⁹, tal como previsto no artigo 239.º da própria: “o direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição”.

Sobre as fontes do direito angolano, Burity da Silva introduz um ajustamento ao CC³⁴⁰ e adopta uma determinada tipologia, distinguindo: fontes imediatas, nelas incluindo a lei (artigo 1.º do CC), o costume (artigo 7.º da CRA) e as Convenções Internacionais das quais a República de Angola é parte (por força do n.º2 do artigo 13.º da CRA); e fontes mediatas, sempre a partir do CC, os assentos e os usos, deixando de fora a equidade³⁴¹. Também é do seu entendimento que o “reconhecimento” que a CRA faz do costume, enquanto fonte imediata do Direito, veio introduzir uma profunda alteração na tipologia das fontes do direito angolano. A partir desta consagração, a lei deixou de ser a mais importante fonte imediata do Direito tendo o *costume passado a ter a mesma dignidade jurídica e a ser meio idóneo de criação do Direito*³⁴².

³³⁷ Vejam-se as matérias relacionadas com o início e a cessação de vigência das leis (artigos 5º e 7º); dos efeitos do desconhecimento da lei (artigo 6º); dos deveres do julgador perante a lei (artigo 8º); da interpretação da lei (artigo 9º) da integração das lacunas da lei(artigo 10º); da aplicação ds leis no tempo (artigo 12º e 13º).

³³⁸ Sustenta esse seu ponto de vista a partir de MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 31- 32. que reconhece no “Direito Civil uma localização nuclear ou central no ordenamento jurídico, cabendo aos demais ramos do direito, cada um com a sua missão específica fundamental para a sociedade, uma posição que se pode considerar periférica e instrumental da convivência entre as pessoas humanas sobre a qual o direito civil estende o seu manto...”.

³³⁹ BURITY DA SILVA, Carlos, “ A necessidade de Revisão do Código Civil Angolano”, *RDLP*, p. 8

³⁴⁰ Estamos a referir ideias que estão a ser veiculadas a propósito da reforma do Direito e da Justiça que tem vindo a decorrer na República de Angola. O Código Civil em vigor na República de Angola ainda é o CC de 1966. Não existe ainda de momento nenhuma lei publicada que altere o quadro deixado em 1975 para estes artigos relativos às fontes do Direito. Por isso a nossa referência ao artigo 239.º da CRA, à semelhança do que já faziam as Constituições anteriores: artigo 95.º da Lei Constitucional de 1975; artigo 165.º da Lei Constitucional revista em 1992, estabelecem uma cláusula geral de revogação das leis e regulamentos (ou parte deles) sempre que contrariem o espírito da Constituição.

³⁴¹ BURITY DA SILVA, Carlos, “A necessidade de Revisão do Código Civil Angolano”, *RDLP*, p. 11.

³⁴² *Idem*.

Numa outra perspectiva, Bacelar Gouveia, muito recentemente, a propósito do Direito Constitucional de Angola³⁴³, e em matéria relativa às fontes do direito angolano, reafirmou a crítica ao Código Civil Português de 1966 no mesmo sentido de Carlos Burity da Silva, mas partindo de fundamentos distintos: o CC ao pretender esquematizar as fontes do Direito para todo o ordenamento jurídico oferece uma visão muito estreita porque acaba por tratar apenas do direito civil que não mais é do que um dos ramos do direito. Essa limitação conduz a um sentido imperfeito das fontes do direito angolano uma vez que *na disposição do seu artigo 1.º omite o costume como fonte imediata*. Além disso, trata apenas parte da jurisprudência como fonte de direito, pois só se refere aos assentos, quando hoje, no direito angolano, existem outras, como é o caso dos acórdãos com força obrigatória geral prolatados pelo Tribunal Constitucional, nos termos do n.º1 do artigo 231.º da CRA. É ainda de referir que o CC não prevê como fonte do direito angolano o Direito Internacional Público. Finalmente, e como última consideração crítica, cabe mencionar que o próprio conceito de “lei” com que o CC opera é relativamente pobre, já que não abarca as múltiplas acepções em que o conceito se pode desdobrar, desde a mais ampla, equivalente ao próprio conceito de Direito, à mais restrita, para se referir à lei formal da Assembleia Nacional.

Continuando a seguir Bacelar Gouveia, o autor inclui no elenco da tipologia tradicional das fontes formais de Direito angolano, a lei, o costume e a jurisprudência³⁴⁴.

³⁴³ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola*, p. 494-498. Crítica já anteriormente esboçada, embora referida a propósito do Direito Português, em *Manual de Direito Constitucional*, p. 569-571.

³⁴⁴ Veja-se BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola*, p. 500-502. Façamos uma síntese da tipologia das fontes com base nas ideias do autor: “a lei, expressando-se em conceitos polissémicos, desde o mais amplo até se reduzir a diversos tipos específicos de atos jurídico-normativos, aqui se incluindo as diversas funções jurídico-públicas, com exclusão da jurisdicional, como é o caso dos actos constitucionais, legislativos, políticos e administrativos de teor normativo; o costume, uma vez que, sendo uma fonte de Direito Internacional Público, é como tal implicitamente recebida no âmbito da incorporação deste ramo do Direito, embora deva ser considerada no plano das fontes internas do Direito de Angola, sendo até beneficiado com uma alusão constitucional directa; a jurisprudência, na medida em que o texto constitucional não proíbe que o Tribunal Supremo tenha poderes para a aplicação uniforme da lei, além dos casos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da competência do Tribunal Constitucional. Bacelar Gouveia, distingue ainda entre fontes voluntárias e fontes espontâneas: as fontes voluntárias derivam de um acto de vontade, produzido com uma intenção normativizadora e as fontes espontâneas são as que regulando a vida social, surgem involuntariamente no âmbito dessa mesma convivência comunitária; fontes superiores e fontes inferiores: [as primeiras] fontes hierarquicamente superiores, que subordinam as outras, e as demais [fontes inferiores] fontes que lhes devem obediência, dentro de uma lógica hierárquica imposta pelo Direito Constitucional e que é conatural à Ordem Jurídica; fontes internas e fontes externas: [as primeiras] produzidas dentro do âmbito da actividade estadual [as segundas] dimanadas de outras entidades ou alcançadas noutros contextos, exteriores ao Estado Angolano e

Deixa a doutrina de fora do elenco porque considera que deixou de ser entendida como fonte formal para passar a ser uma fonte material, reconhecendo a sua importância como auxiliar para efeito de esclarecimento do direito aplicável³⁴⁵. Também faz referência aos princípios jurídicos e à equidade. Quanto a esta última, assume-a como um critério casuístico de resolução de casos concreto – a justiça do caso concreto – num autêntico critério de decisão que, por isso, nem sequer atinge o nível mínimo de fonte do Direito em geral. Quanto àqueles, considera-os mais do que uma fonte de direito, tratando-os como parte integrante da ordem normativa, com força vinculativa³⁴⁶.

Mais do que a enunciação das fontes, Bacelar Gouveia interroga-se e com razão acerca da relevância da actual tipologia das fontes do Direito proposta pelo Código Civil angolano. Na verdade, é importante saber se esta tipologia leva em conta as opções do direito angolano, uma vez que cada ordenamento jurídico tem, sobre estas matérias, o seu entendimento específico. O autor português, para resolver o problema das fontes, defende que no direito angolano deve haver um enfoque e uma remissão para a Constituição, enquanto “coluna vertebral da Ordem Jurídica”, com a sua função definidora das fontes normativas que relevam para a construção da ordem jurídica e, por conseguinte, para a construção do Direito de Angola³⁴⁷.

Burity da Silva não vai tão longe nas suas considerações, pois embora reconheça o papel da Constituição, não lhe atribui directamente a função da definição da tipologia das fontes do Direito Angolano. É verdade que a CRA não dispõe de nenhuma norma geral que, à semelhança do CC, defina a tipologia das fontes do Direito angolano. Teríamos que as procurar e sistematizar, num exercício de interpretação, à semelhança do que faz Bacelar Gouveia.

que este aceita como suas; fontes estaduais e fontes não estaduais : [as primeiras] radicam no poder estadual, que se assume como autor das mesmas, e as [segundas] fontes não estaduais têm outras autorias, assim não se conferindo ao Estado o monopólio das fontes do Direito”.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 500 e nota 1039.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 501. E nota 1042 para mais referências bibliográficas.

³⁴⁷ *Ibidem*, p.499. Não propriamente acerca do Direito angolano, mas buscando também na Constituição o ponto de partida para o estudo das fontes de direito no ordenamento jurídico português, CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 693, que considera que o estudo das fontes de direito passa necessariamente pela constituição como centro, como fonte de conhecimento, sobre as formas de revelação, definição e valor da normas do direito positivo. Trata-se de uma norma primária, relativa à produção jurídica que tem como funções: a) identificar as fontes de direito no ordenamento jurídico; b) fixar critérios sobre a validade e a eficácia das várias fontes; c) estabelecer as competências das entidades que dão a conhecer as normas do direito positivo.

Mas, no nosso ponto de vista, o enfoque na CRA justifica-se porque em causa está um Estado Constitucional a partir do qual a lei constitucional vale e vigora, nas palavras de Gomes Canotilho, como “ordenação normativa fundamental dotada de supremacia... e é nessa supremacia normativa que o «primado do direito» do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”³⁴⁸. Mesmo que já ultrapassada a visão clássica de que a Constituição assume as características de “supremacia” na hierarquia normativa do sistema jurídico: “não há um vértice com uma norma superior; no escalão superior situam-se vários *ordenamentos superiores* – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário – cuja articulação oferece inequívocas dificuldades”³⁴⁹. É a Constituição que tem a capacidade para determinar o esquema das fontes do direito na comunidade política que funda e ordena³⁵⁰.

Portanto, quanto a nós, saber quais são as fontes do direito em Angola passa, necessariamente, pela análise do próprio texto constitucional. Considerando que podemos reclamar uma “nova visão”, não-positivista, com vista a demarcar um certo pluralismo social e jurídico das fontes do direito³⁵¹.

Para uma “nova” visão das coisas, a teoria clássica das fontes do direito não serve o nosso propósito. Desde logo, precisamos de uma teoria que não se enclausure no direito interno, mas que considere também o direito internacional – no caso angolano, também se atenta ao direito da SADC e das Convenções Internacionais. Ademais se reclama uma teoria que considere todos os sectores da ordem jurídica e não apenas o direito civil. Mas sobretudo uma teoria que não se restrinja à ideia de que só o Estado gera direito ou que *admita direito de fonte não estatal*.

³⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.241. Os sublinhados são do Autor.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 691

³⁵⁰ Veja-se BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola*, p. 499; ainda, MIGUEL REALE (*Teoria Tridimensional*, p. 225) que indirectamente realça a lógica do sistema jurídico da *Civil Law* e afirma que neste sistema é “a Constituição e as leis de cada país que predeterminam os requisitos caracterizadores das diversas fontes do Direito, que não podem ser configuradas em abstracto, mas sim em razão de específicas conjunturas históricas, como o demonstra a distinção fundamental entre a monogénese jurídica que caracteriza e distingue o *Common Law* e a que é própria do *Civil Law*, isto é, do Direito de tradição romanística”.

³⁵¹ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola...*, p. 500-502, tanto no Estado Social como no Estado Pós-Social “as fontes do Direito apenas se atingem na sua plenitude numa lógica de pluralismo jurídico e social, muito longe nós estando do quadro centralizador e unitário do século XIX, com toda a exacerbação do papel da lei, bem acolitado pelo positivismo então reinante.”

Os fundamentos que buscamos residem numa teoria pluralista das fontes do direito, apoiada nos princípios da escola do realismo jurídico que não se baseia apenas no direito legislado ou oficial, o chamado “*law in the books*”, mas no direito que se pratica, a “*law in action*”, aquele direito que nos é trazido pela vida, que é descrito pela Sociologia Jurídica e que a Ciência do Direito deve ir buscar³⁵². Significa também que o direito tem fundamentos não jurídicos e que a regra de direito não pode ser pensada sem referência à sua origem histórica.

Se considerarmos que muitas das fontes de direito, tal como as conhecemos, assim como os valores que as fundamentam, remontam à Revolução Francesa, podemos admitir retomar a essência da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão” que, na generalidade dos países, ganhou força normativa e constitucional. Pela sua origem histórica, é sabido que a declaração comporta valores importantíssimos, tais como a legalidade, a igualdade e a liberdade dos indivíduos³⁵³. E não se tratam de valores meramente formais.

Tudo para deixar claro que “as fontes” podem ser múltiplas: há fontes históricas, sociais, políticas, filosóficas, religiosas, etc.. Partindo desta ideia, fazer um cruzamento das questões que se colocam e levar a discussão para uma abordagem multidisciplinar é um imperativo³⁵⁴. Perfilhamos, por isso, um ponto de vista em que o Direito pode ter uma dupla natureza: é uma ciência normativa, porque emana uma norma jurídica, mas também é uma *ciência humana*, porque a apreensão do direito não está limitada a um processo exclusivamente normativo, em vigor num dado momento, dado que não permite abarcar toda a “realidade humana” que esse momento representa. Tal como defende Laurent Sermet, a “mobilidade” e a “quantidade” dessa realidade impossibilitam que o seu exacto conteúdo seja conhecido ou apreendido; por isso mesmo, a análise estritamente positivista do direito, embora indispensável, deve ser completada por uma concepção de direito enquanto ciência humana³⁵⁵.

É verdade que a norma é a expressão privilegiada do direito, enquanto ciência normativa, particularmente quando se defende uma teoria das fontes que perfilha o carácter obrigatório e prescritivo da regra. E, no seio das fontes formais do direito, *a regra*

³⁵² Nestes precisos termos, AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução...*, p. 369-370.

³⁵³ SERMET, Laurent, “Oser la double nature du Droit”, p. 344

³⁵⁴ *Idem*.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 345

costumeira não pode agora ser interpretada como uma exceção. De acordo com o costume “aquilo que deve ser é”, enquanto expressão do corpo social. A visão estritamente positivista das fontes do Direito mostra-se demasiado unidimensional: é importante procurar uma visão mais realista, um ponto de vista mais amplo, que nos permita uma reflexão, uma reflexão no quadro do pluralismo jurídico *que admita a existência de um direito fora do direito do Estado, isto é, um direito de fonte não estatal*³⁵⁶. Além do mais, se nos agarrarmos exclusivamente às razões da norma, não podemos deixar de salientar que a regra de direito é um “jogo de lutas de poder”, ou uma “expressão do determinismo”, onde, p. ex., a tradução de valores filosóficos ou morais pouco importam³⁵⁷.

Então, é sempre essencial distinguir entre fontes formais e fontes reais do direito. As primeiras relativas às ciências normativas e as segundas relativas às ciências humanas. E repare-se que o domínio de aplicação da norma é igualmente propício à análise das ciências humanas: é aqui que os fenómenos de resistência à aplicação da lei ou a questão da efectividade da lei se colocam. É aqui que o costume, que está situado numa posição entre a norma e o facto, entra. O costume “escapa” ao Estado precisamente porque, geralmente, este não tem controlo sobre as práticas reiteradas em todo o seu território. O costume é objecto de uma verificação empírica porque “o que é deve ser”, em que a norma costumeira é a expressão daquilo que é praticado. E quando integrada pelo direito positivo, é sinal que o Estado lhe concedeu um “atestado de juridicidade estatal”, nomeadamente em relação à sua conformidade. A consequência é a seguinte: sempre que a norma jurídica consagra um costume prescinde, pelo menos em parte, da sua natureza exclusivamente normativa³⁵⁸.

Nesta ordem de ideias, somos levados a não aceitar restringir o direito angolano ao direito emanado do Estado e, assim, consideramos que há mais normas na sociedade que funcionam, para certos sectores da vida, como se fossem normas jurídicas, embora não possamos, sem mais, aceitar todas. É importante averiguar o seu conteúdo, a sua juridicidade e a própria hierarquia no caso de entre si entrarem em contradição. O que fica dito significa também proceder a uma reapreciação da teoria das fontes de direito à luz do ordenamento jurídico angolano, e a uma reapreciação da própria teoria da norma jurídica à

³⁵⁶ Que nos fala BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito...*, p.53

³⁵⁷ SERMET, Laurent, “Oser la double nature du Droit”, p. 345

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 345-346.

luz do direito de hoje, direito que se pretende de matriz mais *consensual*, enquanto condição de sustentabilidade³⁵⁹.

3. Fontes do Direito Penal

§1. Fontes do direito penal em geral

Assente ficou o recorte, em sentido geral, de uma “teoria pluralista das fontes do direito” num contexto em que a lei perdeu a sua posição de centralidade, importa agora olhar, em especial, para as fontes do direito penal. Afirmámos anteriormente que cada ordenamento jurídico tem um entendimento específico da tipologia das suas fontes. Ora, o presente estudo pretende sobretudo olhar para o direito angolano e para as existentes fontes do direito penal. Porém, porque o ordenamento jurídico angolano é de matriz romano-germânica, consideramos ser importante trazer o que, em geral, alguns dos autores (que se ocuparam no estudo dos direitos desta matriz) pensam. No fim, eventualmente estaremos em condições de fundamentar a posição angolana.

Começamos pelos autores portugueses, uma vez que o direito português é, em geral, por razões históricas, fonte do direito angolano.

Tanto a doutrina penal como a constitucional assumem, de forma relativamente pacífica, a “lei” como fonte do Direito penal, incluindo aqui, naturalmente, a Lei Fundamental, enquanto formalmente legitimadora do ordenamento infraconstitucional que o direito penal representa³⁶⁰. Faria Costa refere, para além da Lei da AR, também os

³⁵⁹ HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico*, p. 62. No mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Manual de Introdução*, p. 368.

³⁶⁰ Veja-se COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Introdução, Coimbra Editora, 2007, p. 121. Ainda no sentido de que a Lei figura como a primeira fonte do Direito Penal, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 117 (1984-85), p. 11 e em *Direito Penal, Parte Geral*, p. 184, quando diz que só “uma lei da AR ou por ela competentemente autorizada pode definir o regime dos crimes, das penas, das medidas de segurança e seus pressupostos”. Também, SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, Verbo, 1997, p. 232, para quem, o dizer-se que fonte do direito penal é a lei do Estado “quer significar-se que apenas a Assembleia da República e o Governo, este mediante autorização legislativa, têm competência para legislar em matéria penal”. Por seu turno, TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal*, 2008, p. 156-157 que afirma: “...resulta que o corolário do princípio da legalidade *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, significa que a única fonte de direito penal é a lei formal, ou seja, a lei da Assembleia da República. Esta, é sempre uma fonte última: directa, quando é este órgão político-legislativo a definir os crimes e a estatuir as correspondentes penas: indirecta, quando, através de uma lei de autorização, delega no Governo esta competência”. (sublinhado do autor). Por fim, BELEZA,

Decretos-Leis do Governo autorizados pela AR, os instrumentos internacionais a que Portugal se tenha obrigado e que, por isso, vinculam o Estado Português, e as Directivas (outra vez Decisões-Quadro) oriundas do direito comunitário que tenham sido transpostas para o ordenamento jurídico interno português³⁶¹. Posição que não é sustentada por Taipa de Carvalho em relação aos actos normativos da União Europeia e às Convenções e Pactos Internacionais. Lembra este autor que, relativamente àqueles, o Parlamento Europeu não tem poder legislativo e, portanto, os seus actos normativos não se traduzem em fonte de direito penal. O que sucede – segundo Taipa de Carvalho – é que a União Europeia através de directivas vinculativas obriga os Estados membros a criar normas penais para a tutela de determinados bens jurídicos ou interesses da própria comunidade. Uma prática que, sob o ponto de vista formal, não cria problemas ao princípio da legalidade, uma vez que a lei formal estadual continua a ser a fonte directa da criminalização e da agravação da responsabilidade, mas que em uma perspectiva material, porque as referidas directivas não são da competência do Parlamento Europeu (órgão cujos membros são ainda assim directamente eleitos pelos povos da União), traduzindo-se numa legitimidade duvidosa. Por outras palavras: idealmente, uma fonte do direito penal deveria emanar do poder legislativo directamente representativo dos cidadãos³⁶². No que se refere às Convenções e aos Pactos Internacionais sobre os direitos humanos, nomeadamente a CEDH de 1950 e o PIDCP de 1966, mesmo que tenham sido ratificados e publicados no Diário da República, não devem ser incluídos nas fontes de direito penal porque, embora contenham ilícitos, não estabelecem penas. Ressalva, ainda assim, que desempenham uma função materialmente inspiradora para as leis dos Estados que os ratificam³⁶³.

Já Germano Marques da Silva, mais no sentido de Faria Costa, inclui o Direito Internacional geral e comum nas fontes de Direito penal, por força do artigo 8.º da CRP que estabelece um regime de recepção automática – significa isto sem necessidade de observância de regras constitucionais específicas, com uma recepção plena, integra,

Teresa Pizarro *Direito Penal*, 1985, 409, defende também que só uma lei da Assembleia da República pode ser fonte de direito penal. Em princípio um decreto lei não o pode ser, a não ser que haja uma autorização legislativa por parte da Assembleia da República. Por fim, considere-se ainda CANOTILHO, J.J. Gomes, “Teoria da legislação e teoria da legislação penal. Contributo para uma teoria da legislação.”, in *BFD, Estudos em Homenagem Eduardo Correia*, I., 1988 p. 855.

³⁶¹ COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*, p. 130.

³⁶² Neste sentido, TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal...*, p. 161.

³⁶³ *Ibidem*, p. 162.

entendendo-se o direito internacional geral como parte do direito português³⁶⁴. A estas normas de direito internacional, os “*delicta juris gentium*”, refere-se o n.º 2 do artigo 29.º da CRP para excepcionar o princípio da legalidade em matéria de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes contra a paz. Ora, a punição desses crimes segue o previsto no n.º 2 do artigo 29.º da CRP, ou seja, “nos limites da lei interna”, fazendo pressupor que essas normas só seriam aplicáveis depois de regulação por lei formal interna. Ponto de vista este que Germano Marques já não defende³⁶⁵. Segundo o próprio autor, o direito internacional geral ou comum é parte integrante do direito português e não necessita de transformação ou adaptação, embora, nos termos do artigo 29.º da CRP, sofra as limitações decorrentes do sistema jurídico português, quais sejam, as previstas no artigo 30.º da CRP: proibição de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (n.º 1), insusceptibilidade de transmissão das penas (n.º 3), e a proibição da perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos como efeito necessário da condenação em certas penas (n.º 4).

Em matéria de convenções internacionais, bem como de normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais das quais Portugal seja parte, só passam a vigorar na ordem jurídica interna mediante o mecanismo da adaptação ou de transformação para poderem valer em matéria penal. Note-se ainda que, segundo Germano Marques, ao mesmo regime estão sujeitas as normas emanadas dos órgãos da União Europeia, ou seja, só valem na ordem interna de cada Estado membro depois de adaptadas pelo próprio direito interno, regime válido apenas para as normas incriminadoras. No que se refere à competência da União Europeia em matéria penal, Germano Marques defende o mesmo ponto de vista de Taipa de Carvalho, ou seja, considera que os Estados membros não atribuíram “*jus puniendi*” aos órgãos comunitários, pelo que os interesses da União Europeia só podem ser penalmente tutelados pelo direito interno dos Estados membros³⁶⁶.

³⁶⁴ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, p. 236-237.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 237. Na verdade, Sousa Brito, “A Lei Penal na Constituição”, p. 242, ao referir-se ao costume, salienta que este fica excluído como modo de criação ou delimitação positiva de normas penais, podendo, contudo, “revogar total ou parcialmente, delimitar negativamente e interpretar normas penais”. Mas põe mão no artigo 8.º n.º 1 e o artigo 29.º n.º 2 da CRP para abrir uma exceção ao costume internacional, enquanto modo de criação ou delimitação positiva de normas penais, com a salvaguarda de que estas normas costumeiras devem ser transformadas ou, pelo menos, adaptadas por lei formal interna, ou melhor, “nos limites da lei interna”, nos termos do n.º 2 do artigo 29.º da CRP.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 238-239.

Alguns autores alemães clássicos também nos elucidam que a lei é a principal fonte do direito penal. Teremos que distinguir na história o direito penal que era designado comum e tinha como base a “*Constitutio Criminalis Carolina*”³⁶⁷ e aquele que surge posteriormente com a codificação, reformado e reelaborado. Anselm v. Feuerbach, por exemplo, e independentemente de ter incluído na época como fonte do direito penal comum a filosofia do direito penal – na medida em que a sua aplicação não estava limitada por preceitos penais positivos –, considerou como fonte de direito penal as leis penais positivas do antigo império incluindo as leis estrangeiras recebidas na Alemanha, especialmente as de direito romano, as de direito canónico e também as leis nacionais tanto do “ordenamento judicial penal” de Carlos V, do ano de 1532, como outras leis imperiais³⁶⁸. Por seu turno, Franz Von Liszt, reportando-se também ao direito penal imperial e ao direito escrito, considerou a lei no seu sentido mais amplo como “*a única fonte dispositiva de Direito Penal*”³⁶⁹. Já Hans Welzel considerou a lei como uma das mais importantes fontes do direito penal, embora o tenha feito a partir do CP do Império de 15 de Maio de 1871, com todas as modificações e complementos que foi sofrendo e recebendo. Como fontes, para além desta, os trabalhos da reforma do direito, a jurisprudência e a doutrina³⁷⁰.

³⁶⁷ Cfr. *supra*, Parte I, Capítulo I, n.º4.

³⁶⁸ FEUERBACH, Anselm V., *Tratado de Derecho penal*, Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugénio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, 2007, do original alemão *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen, 1801), p. 11, 41.

³⁶⁹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Traducido de la 20ª Edición Alemana, por Luis Jimenez de Asua y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, Cuarta Edición, Madrid: Editorial Reus S. A., 1999, p. 94-95, que para além do referido acrescenta que todas as disposições penais pertencem ao direito estatuído, distinção que na técnica alemã da época se fazia entre *direito estatuído* (*Gesetztes Recht*), o direito que tinha origem na lei, e o direito *não estatuído*, ou seja, oriundo de outras fontes. No fundo pretendia-se fazer a distinção geralmente aceite entre *direito escrito* e *direito não escrito*. Tradução nossa. A referência ao direito escrito e não escrito aparece como resultado da exigência feita em finais do século XVIII (Constituição francesa de 1791) que reproduz o Código Penal do Império e acolhe o princípio da legalidade penal, “só são puníveis as acções expressamente sancionadas pela lei com uma pena, e só são aplicáveis as penas expressamente estabelecidas pela lei”. Tradução nossa.

³⁷⁰ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Aleman*, Parte General/ 11ª Edición, 4ª Edición Castellana, Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 14-17. No mesmo sentido EDMUND MEZGER, *Derecho Penal Libro de Estudio*, Tomo I, Parte General, p. 45, para quem “La fuente más importante del derecho penal alemán actual sigue siendo el CÓDIGO PENAL PARA EL REICH ALEMÁN DE 15 DE MAYO DE 1871 (*RGBL*) con sus numerosos complementos, con arreglo a la PROMULGACIÓN DE 25 DE AGOSTO DE 1953 (*BGBL*. I, 1083)” (itálicas e maiúsculas do autor). Ainda na mesma direcção STRATENWERTH, Güter, *Derecho Penal, Parte General*, I, El Hecho Punible, Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, SA, 1976, p. 29-30, o autor defende que pelo facto de o Direito europeu continental ter, predominantemente, adoptado uma forma de direito legal, em relação ao Direito Penal, na

Mais recentemente, Claus Roxin refere-se directamente à lei como principal fonte do direito penal no direito alemão ao enunciar o princípio “*nullum crimen sine lege*” e do mesmo retirar o fundamento de que “por muito que uma conduta seja em alto grau socialmente nociva e reveladora de necessidade de pena, o Estado só poderá considerá-la como motivo (razão) de aplicação de uma sanção jurídico-penal se antes o tiver expressamente advertido mediante uma lei”³⁷¹. Portanto, em seu entender, a lei é a principal fonte donde emana o direito de punir do Estado. Por outro lado, ao enunciar o “*nulla poena sine lege*” está também a clarificar que “ não só a circunstância de que uma determinada conduta seja já punível, mas também o tipo de pena e a sua possível quantidade, devem estar legalmente [numa lei] antes do facto”.³⁷²

Veja-se também a posição de Jescheck que procura as fontes do direito penal alemão através de uma incursão pela história do direito penal. Distingue entre dois momentos: antes da codificação, em que o direito consuetudinário aparece a completar o direito penal e, em consequência, a constituir fonte de direito penal; e o momento em que, a partir do iluminismo, se estabelece o marco do surgimento da “Lei” como principal fonte de direito penal³⁷³. Na verdade, segundo Jescheck, por um lado, a secularização do direito penal induziu à separação do direito da religião, por outro lado, levou à limitação do poder punitivo pela “teoria do contrato social”. Estes dois pressupostos desembocaram no princípio da legalidade. Relembra, assim, o tempo das codificações em que na Baviera surgia o “*Codex juris criminalis Bavarici*” (1751) e na Áustria a “*Constitutio Criminalis Theresiana*” (1768) e que fecham a época do despotismo iluminista. O StGB bávaro de 1813, trabalhado por Feuerbach, coloca-se ao lado do Código penal francês de 1810, enquanto modelo mais importante de legislação do séc. XIX. Através dele assiste-se à submissão do Direito penal ao princípio da legalidade formulado por Feuerbach, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”³⁷⁴. Por aqui, na Alemanha, a “Lei” se torna a principal fonte de direito penal.

Günther Jakobs, por sua vez, elege a submissão do direito penal à lei como um princípio de direito positivo previsto no n.º2 do artigo 103.º da GG” e no §1º do StGB. A

Alemanha, a lei desempenha o papel primário nas fontes formais de direito, papel que fica reforçado pela função de garantia que ela, a lei, também desempenha. Tradução nossa.

³⁷¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, p.137 e ss. Tradução nossa.

³⁷² *Ibidem*, p. 138. Tradução nossa.

³⁷³ JESCHECK, Hans –Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, p. 80-84

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 85.

submissão à lei constitui uma garantia de objectividade, pois os comportamentos puníveis e a medida da pena não podem ser determinados a partir de factos imprecisos, e exige-se uma lei determinada, ditada em momento anterior à prática do facto. O princípio abarca todos os pressupostos da punibilidade e não está limitado ao âmbito do que é ou não imputável³⁷⁵. A partir do princípio da legalidade penal, Jakobs faz decorrer três importantes efeitos já por nós conhecidos: que a determinação da punibilidade deve ser feita por lei escrita (*lex scripta*); que essa lei deve ser certa, o que significa que, para efeitos de punibilidade, não só o facto a punir deve constar da lei como também a medida da pena, ficando o intérprete sujeito a essa determinação (*lex stricta*); e que a determinação deve ser realizada antes da ocorrência do facto (*lex previa*). Para efeitos do princípio da legalidade, ainda segundo Jakobs, o conceito “lei” há-de ser entendido como toda a norma jurídica escrita em sentido formal (lei, regulamento, decreto, etc.) em que pode existir uma lei de autorização (delegação de poderes) concreta no seu “conteúdo, objectivo e medida” de forma a que “para o cidadão sejam previsíveis, mesmo a partir da delegação, os pressupostos da punibilidade e o tipo de pena e não apenas a partir do regulamento que ela aprova”³⁷⁶. A razão pela qual se defende e se requer que a punibilidade revista a forma de lei tem a ver com o facto de a punibilidade dever estar determinada a partir de regras gerais que sejam válidas, não apenas para o caso concreto ou individual, mas *sobretudo para se evitarem as arbitrariedades*. Por esta razão, e pelo facto de a lei ter de ser escrita, *fica excluído o direito consuetudinário da fundamentação da punibilidade*³⁷⁷.

Parece-nos importante, desde já, avançar uma razão que leva Jakobs a afastar o direito consuetudinário da fundamentação da punibilidade. Segundo o autor, a criação deste direito *não está legitimada por uma instância democrática*, chegando mesmo a considerar que tal legitimação se mostra historicamente duvidosa e, nesse sentido, remete a questão do direito consuetudinário para ser analisada juntamente com os problemas gerais da interpretação da norma penal³⁷⁸. Voltaremos a este assunto.

A partir do Direito Espanhol, Quintero Olivares interpreta o princípio da legalidade como garantia criminal e permite concluir que por virtude do princípio de reserva absoluta

³⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Fundamentos y Teoría de la imputación, Traducción: Joaquim Cuello Contreras, Jose Luis Serrano, Gonzalez de Murillo (Universidad de Extremadura), 2ª edición, corregida, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1997, p. 76-82

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 88, tradução nossa.

³⁷⁷ *Idem*.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 89

de lei só a lei pode ser fonte de Direito penal, ficando assim “expressamente proibidas como fontes desse direito outras manifestações, como o costume e os Princípios Gerais do Direito.”³⁷⁹. No mesmo sentido do monopólio da lei como principal fonte do Direito penal, Rodriguez Devassa e Serrano Gomez³⁸⁰ retiram do princípio da legalidade esta importante consequência: defendem que em sentido restrito o princípio significa que “a única fonte criadora de delitos e penas é a lei”, pelo que, neste âmbito, não é permitida a analogia nem podem os delitos e as penas ser criadas por via do costume. Acrescentam que, no direito continental-europeu, a “legalidade representa exclusão do costume como fonte do direito penal, precisamente ao contrário do que antes ocorria, mas continua a acontecer na área anglo-saxónica.”³⁸¹. Ainda relacionado com o Direito Espanhol, também Manuel Cobo del Rosal e Tomás Vives Antón salientam que na ordem penal a lei é a única fonte formal imediata e directa para validamente produzir ou suprimir normas incriminadoras e, neste sentido, impede que outras fontes realizem essa tarefa³⁸².

A partir do pensamento jurídico italiano, Giuseppe Maggiore³⁸³ parte do princípio geral da legalidade para defender que naquele momento, em 1937, a lei era a principal fonte de direito, a “fonte por excelência”. Resultado da codificação que afirmou o princípio da legalidade pois, em momento anterior, a positividade do direito devia-se à jurisprudência dos tribunais. O peso do princípio fez-se sentir, intensamente, no direito penal. Naquele tempo era deixado ao costume a criação de delitos e penas. Porém, tal situação conheceu o seu fim com a imposição, sem excepção, da máxima “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”. Em relação aos delitos, o princípio da legalidade significava que o juiz não podia condenar por algum facto se não verificasse previamente a existência de uma lei que o incriminasse. Relativamente à pena, o princípio não só significava que ninguém podia ser punido sem ter cometido um crime previsto na lei, como também significava que não podia haver responsabilização senão pela pena

³⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, p. 37

³⁸⁰ RODRIGUEZ DEVASSA, Jose Maria, SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español, Parte General*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995, p. 172 e s. Tradução nossa.

³⁸¹ RODRIGUEZ DEVASSA, Jose Maria, SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español*, p. 178. No mesmo sentido LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte General I*”, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996, p. 131-135

³⁸² COBO del ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª Edición corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, València, 1999, p. 136.

³⁸³ MAGGIORE, Giuseppe, *Principi di Diritto Penale*, Volume I: Parte General, 2ª Edizione Riveduta e Ampliata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937- XV, p. 104-105. Tradução nossa.

estabelecida na qualidade, quantidade e duração prevista na lei. Entendendo-se por lei a lei em sentido próprio (formal ou material) e a lei escrita, porque lei não escrita, como o costume, não fazia parte da categoria “lei”.

Em data relativamente recente, Tullio Padovani salientava que em matéria de responsabilidade penal, uma vez que esta incide sobre a liberdade da pessoa, a única fonte habilitada a intervir é a lei, entendida como acto normativo proveniente do órgão expressão directa da soberania popular. Neste sentido, o princípio da legalidade afirma a subordinação do poder à lei e o primado da lei sobre as outras fontes do direito, agora submetidas, circunscritas e vinculadas. Em definitivo: o princípio da legalidade penal designa a exclusividade monopolista da lei na determinação do fundamento, do limite e das consequências da responsabilidade penal³⁸⁴.

Na Suíça, Christian Favre, Marc Pellet e Patrick Stoudmann, em anotação ao Artigo 1.º do Código penal suíço, reafirmam o princípio da legalidade no direito penal, com consagração na Constituição e como princípio válido no Direito Federal. O princípio é igualmente recebido em tratados internacionais de que a Federação faz parte, quais sejam o PIDCP e a CEDH. Em consequência, salientam que só a lei pode criar crimes e estabelecer penas e, porque as penas implicam a privação da liberdade, devem ser consideradas como importantes atentados à liberdade pessoal devendo, por isso, assentar em fundamentos jurídicos claros contidos numa lei em sentido formal. As leis devem, neste sentido, apresentar uma formulação suficientemente precisa para permitir que as pessoas susceptíveis de serem julgadas adaptem a sua conduta e prevejam as consequências de uma infração. Em particular, os elementos constitutivos de uma infração devem ser susceptíveis de uma interpretação objectiva e não depender de apreciações subjectivas da autoridade que julga³⁸⁵.

Já num outro ponto de vista, ao tratar as fontes do direito penal, Raul Zaffaroni avoca o artigo 18.º da Constituição Nacional Argentina que consagra o principio da

³⁸⁴ PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, 5ª Edizione, Giuffrè Editore, 1999, p. 18. Em momento anterior, mas no mesmo sentido, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Nona Edizione Riveduta e Aggiornata Fino al Giugno 1982, a cura di Luigi Conti, Milano, Dott A. Giuffrè Editore, 1982, pp. 55, para quem fonte imediata e directa do Direito penal é a lei em sentido próprio ou formal, o que quer dizer, as disposições e outros actos emanados dos órgãos típicos do Estado que pela Constituição exercem a função legislativa (tradução nossa).

³⁸⁵ FAVRE, Christian, PELLET, Marc, STOUDMANN, Patrick, *Code Pénal Annoté*, Deuxième édition, Editions Bis, & Ter Lausanne, 2004 pp 1,2 notas 1.1 e 1.5.

legalidade penal. Segundo esta disposição legal “Nenhum habitante da Nação pode ser sujeito a uma pena sem julgamento prévio fundamentado em lei anterior ao facto do processo.”³⁸⁶. A referência permite trazer a ideia de que no sistema penal argentino a única fonte da legislação penal é a lei. Em consequência, Raul Zaffaroni, recorre aos artigos 18.º e 19.º da Constituição Nacional e afasta dessas fontes a doutrina, a jurisprudência e o costume. Na opinião deste autor é o princípio da legalidade que torna o direito racional e, assim, limita a arbitrariedade do poder, requerimento essencial na natureza republicana do regime. Na verdade, ainda seguindo ao autor, não se pode culpar alguém de forma racional se essa pessoa não tiver meios para saber que a sua conduta é proibida.

Finalmente, é ainda ao princípio da legalidade que José Pierangeli recorre para defender que na República Federativa do Brasil tanto a Constituição (Artigo 5.º XXXIX) como o CP brasileiro (Artigo 1.º) consagram a lei como principal fonte do direito penal³⁸⁷.

Aqui chegados, indo ao encontro de uma “teoria pluralista das fontes do direito” num contexto em que a lei perdeu a sua posição de centralidade, podemos questionar também no âmbito do direito penal se há ou não uma mudança de paradigma – no sentido de que a lei, enquanto fonte do direito penal por excelência, pode ceder o lugar a outras fontes normativas, nomeadamente ceder o lugar ao *costume*. Posição que não é pacífica na doutrina nem é, em geral, como já vimos, admitida nos sistemas jurídicos da família romano-germânica.

Paula Ribeiro Faria considera que as relações entre o direito penal e o costume dizem respeito ao sistema das fontes e ao princípio da reserva de lei, porque, *em termos*

³⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Novena Reimpresión, Ediar, Sociedade Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1999, p. 78-80. Tradução nossa.

³⁸⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 4ª Edição revista, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 127. A partir de uma perspectiva mais filosófica embora seguindo a mesma linha de classificação das fontes do Direito penal, ZAFFARONI, Eugénio Raúl e NILO BAPTISTA, ALAGIA, Alejandro, SKOLAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro, Primeiro Volume, Teoria Geral do Direito Penal*, Editora Revan, 4ª Edição, 2003, p. 183-192, mais concretamente p. 184, não deixa de considerar a lei, em sentido formal, como fonte do Direito penal. Contudo, salienta que é importante não confundir os planos, ou seja, fazer a proposição “ fonte da legislação penal *só deve ser* a lei formal” (itálicos do autor) e afirmar que “ *só é* fonte [da legislação penal] a lei formal” (itálicos do autor), não é o mesmo porque o primeiro enunciado é normativo e verdadeiro, já o segundo é fáctico e falso uma vez que se realiza à medida que o nível de respeito pelo princípio da legalidade formal se expressa no primeiro. Se ambos os níveis se confundirem, difícil se torna incluir “ o grau de realização da legalidade formal na realidade” e, em consequência, difícil se torna *comparar o que é com o que deve ser* (itálicos do autor), tarefa necessária para impulsionar a realização do princípio da legalidade. Identificar “ser” com “dever ser”, não é apenas acrítico, mas anticrítico, uma vez que ao se realizar o “dever ser” perde-se toda a capacidade transformadora, pois não é mais do que “um ser que ainda não é”.

abstractos, o costume poderá fundamentar a incriminação (integrar ou constituir o sentido jurídico aplicável ao caso concreto) ou afastar a norma legal que pune determinado comportamento³⁸⁸. Não temos dúvidas que na prática isto acontece em território ancestral angolano.

Numa outra interpretação, o costume pode passar de fonte de direito para elemento ou instrumento de interpretação e, em consequência, passar a ser um “costume de facto” – expressão utilizada por Cavaleiro de Ferreira que reconheceu no costume uma fonte autónoma de direito que concorre para soluções jurídicas, *mas sem normatividade ou poder de criar normas jurídicas*³⁸⁹. É também neste sentido que Paula Ribeiro Faria considera que dificilmente, hoje, se pode afirmar a relevância do costume como fundamento integral da incriminação penal, tanto no sistema jurídico português como em qualquer outro sistema da família Romano-Germânica.

Pela importância do contributo, propomos agora uma análise da posição de Theodor Rittler que num passado relativamente distante admitiu o costume como fonte de direito no direito penal³⁹⁰. A questão que Rittler levantou é a de saber se nos sistema jurídicos alemão e austríaco da época, em virtude da vigência do “princípio *nullum crimen sine lege*”, podia existir ou não um direito penal não-positivo. Uma vez que o direito penal interfere profundamente com a esfera de liberdade do cidadão e, nesse sentido, é importante que se estabeleçam barreiras eficazes para evitar arbitrariedades, deve ser essencial um direito penal devidamente “modelado”. Aliás, bem nos lembra que autores como von Liszt, Lammasch e M. E. Mayer já haviam negado qualquer validade do direito costumeiro na perspectiva do direito penal. Até porque, tanto no direito penal Alemão como no Austríaco, o direito consuetudinário desempenhava um papel meramente secundário, pese embora a maioria da doutrina reconhecesse significado ao direito consuetudinário para “revogação por desuso” (“*desuetudine*”) de disposições penais³⁹¹. Em

³⁸⁸ FARIA, Maria Paula B. Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Teses, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005, p. 796.

³⁸⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, “ Da Eficácia do Costume em Direito Penal”, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano II, 1934, p. 406 e ss, p. 408

³⁹⁰ Seguimos RITTLER, Theodor, *in* Innsbruck (Austria), “ Gesetztes und nicht- gesetztes Strafrecht”, *in* ZStW 49, 1929, p. 451-476, opinião emitida em 1929, antes da entrada em vigor do §2º do Código Penal do Reich. Embora tratando-se de um opinião de 1929, é, contudo uma opinião de um autor da família Romano-germânica. A tradução é nossa. Por isso algumas das expressões serão utilizadas na sua forma literal.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 451.

face dessa diversidade de entendimento sobre a relevância do direito consuetudinário no Direito penal, Rittler encontrou, na sua análise, dois tipos de “direito não-positivo”: um direito não-positivo falso, *infra-legem*³⁹², e um *direito não-positivo genuíno que tem conceito e significado próprios, que estabelece as suas próprias normas, ou seja, um direito que não deriva da lei e que tem uma força vinculativa própria*. Este último direito não-positivo resulta das insuficiências da lei, quer dizer, do facto de os juristas não conseguirem, só com base na lei, tomar decisões sobre os casos que lhes são apresentados, ou ainda, pelo facto de as soluções encontradas não serem nem claras nem únicas. No fundo, Rittler refere que há lacunas reais no direito penal e a interpretação da lei, mesmo que cuidada, não dá como resultado um sentido inequívoco: chega a dar várias soluções possíveis e equiparáveis. Nessas situações a lei poderá afigurar-se insuficiente e abre-se caminho para o direito não-positivo. É a este propósito que fala no direito consuetudinário como direito não-positivo reconhecido³⁹³. Porém, salienta que tanto o CP Alemão (§2º RStGB) como o CP Austríaco (Artigo IV) negavam poder constituinte aos direitos consuetudinários. Mais: como já demos conta, a doutrina recusava-se veementemente a falar em direito consuetudinário no contexto do direito penal³⁹⁴. Todavia, Rittler não

³⁹² Segundo Rittler, a ciência do direito penal e o próprio direito penal na sua aplicação não lidam apenas com disposições penais expressamente formuladas. Têm muitas vezes de fazer a integração de normas penais positivas no quadro de um sistema fechado, ou seja, fazem o ajustamento e chegam a corrigir as normas do direito positivo emanadas do Legislador; normas que, em princípio, não deveriam estar em contradição. Esta, embora aparente, é resolvida por uma operação de lógica, por recurso à analogia ou interpretação correctiva. Este processo conduz, segundo Rittler, a normas jurídicas não positivas, posição também defendida por Binding no seu “Handbuch”, p. 202. Ainda segundo Rittler, a interpretação também conduz a normas não-positivas e de carácter não autónomo. A tarefa da interpretação é averiguar o significado da lei. É chamada, por exemplo, para dizer qual é o sentido do conceito “ser humano” no direito penal. A interpretação faz isso utilizando palavras. Donde resulta que alguns autores designam essas normas encontradas por essa via de *princípios jurídicos*. Mas como elas não são formuladas pelo legislador, são normas jurídicas não-positivas. O que no fundo se passa é que a interpretação coloca normas jurídicas não-positivas ao lado de normas positivas. No entanto, estas normas não têm “vida própria”. Recebem a sua força vinculativa da lei a partir da qual foram desenvolvidas. No fundo, só são princípios jurídicos se estiverem em conformidade com a lei. A estas normas Rittler designa “direito não-positivo *infra-legem*” (p. 452).

³⁹³ *Ibidem*, p. 454-455

³⁹⁴ *vide* VON LIZT, “Lehrbuch (*Livro didático*)” 20ª Ed. 96, (diferente em Liszt-Schmidt, 25. Ed. 112), M.E.Mayer, Parte geral 24, “Kulturnormen (*Normas culturais*)” 101 ss., Lammasch, “Grundriß des öst. Strafrechts (*Panorama geral do direito penal austríaco*)”, 4ª Ed. 7 M. E. Mayer reconhece e reivindica que, na aplicação da Lei estatutária, deverão ser considerados os hábitos sociais. Ele fala sobre o direito consuetudinário não-estabelecido; este não se encontra paralelamente mas sim dentro da lei estatutária e pertence aos seus componentes. Os hábitos sociais são idênticos às normas culturais (26). Em “Kulturnormen (*Normas culturais*)” 107 Mayer vai até ao ponto de negar o direito consuetudinário positivo também noutras áreas jurídicas. *vide* também a sua filosofia jurídica 60, *apud* RITTLER, Theodor, “Gesetztes und nicht-gesetztes Strafrecht”, p. 461

aceitava o afastamento do direito consuetudinário do direito penal e, definitivamente, defendia que o direito consuetudinário como uma fonte de direito.

Nestes termos, o direito consuetudinário podia ser aplicado em todas as áreas do direito e, também, no direito penal. A posição de Rittler poderá ser sustentável porque, na prática, surge uma situação que se generaliza e perdura, apresentando-se como uma verdadeira regra do direito e, nesse caso, como uma norma jurídica³⁹⁵. Se bem vemos as coisas, no início não eram normas jurídicas mas, posteriormente, enquanto práticas reiteradas com um sentimento de obrigatoriedade jurídica, tornaram-se regras, foi-lhes conferida natureza jurídica. E parece-nos que se a situação perdurar sem uma intervenção estatal poderemos mesmos falar *numa aprovação tácita do próprio Estado-legislador*. Até porque é improvável que o legislador não se dê conta de uma prática generalizada e exercida durante um certo período de tempo num determinado âmbito espacial. Veja-se bem: é impensável que o legislador, não aprovando a natureza dessa prática, não reaja, nada faça para a corrigir ou para impedir essa mesma prática reiterada. Assim, daqui se presume que o legislador tacitamente aprova ou ampara essa regra e, neste sentido, como que em causa está uma produção legislativa sua, da sua vontade, ou seja, como uma verdadeira norma jurídica legislada. Nestes termos – continuando a seguir Rittler– sempre que o juiz constate que determinada lei, com conceitos ambíguos e vagos, permite interpretações várias ou utiliza parâmetros desconhecidos, deve questionar se na perspectiva do direito consuetudinário a solução já existe. É neste sentido que falamos em direito consuetudinário genuíno *preater legem*³⁹⁶.

Por outro lado, podemos dar conta de um Direito consuetudinário *contra legem*: um Direito penal não-positivo genuíno que se desenvolve em direcção contrária à do direito positivo, confrontando-o, anulando-o, e até tomando o seu lugar. É sabido: tanto o Código Penal Austríaco como o Alemão – ou qualquer Código Penal moderno³⁹⁷ – prevê o princípio “*nullum crimen sine lege*”, segundo o qual só pode ser punido como crime ou infracção o expressamente declarado pelo legislador. O mesmo é dizer que o direito

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 461., portanto, como normas jurídicas do Estado. Kelsen, "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (*Problemas principais da doutrina do direito constitucional*)" 99 ss.; Oertmann D Z. 1914, 653 e Arquivo para direito civil 1914, 70 ss. Contrariamente, *vide* Reichel 100.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 461-462.

³⁹⁷ O moderno neste contexto, quer referir 1929, mas continua perfeitamente actual, uma vez que os actuais, estamos a referir 2015, Códigos Penais da Família Romano-Germânica, contêm geralmente uma norma sobre o Princípio da Legalidade Criminal.

consuetudinário não tem o poder de criar novos crimes? Rittler entende que a lei não prevalece na qualidade de fonte de direito em relação ao direito consuetudinário: nada justifica uma prioridade e, por isso, não pode a lei restringir a eficácia do direito consuetudinário³⁹⁸. É problemático: reconhecendo-se a importância do princípio “*nullum crimen sine lege*”, pode-se criar um direito consuetudinário em oposição? As leis penais em vigor podem ser anuladas pelo Direito consuetudinário?

Rittler responde positivamente a estas questões. Se a lei não pode impedir a criação do direito consuetudinário, também não poderá impedir a formação desse direito consuetudinário anulador. Neste sentido, defende que as leis penais em vigor podem ser total ou parcialmente revogadas por desuso (“*desuetudine*”), no entanto, é evidente que o facto de o direito consuetudinário não se afigurar escrito torna-o mais incerto e impreciso do que a lei, com limites mais flutuantes. Daí, na sua aplicação, uma constante adaptação a determinadas circunstâncias ou convicções³⁹⁹. De todo o modo, um direito não-positivo genuíno que se situa para além das codificações do Estado e que se rege pelas suas próprias regras, não deduzidas das leis, *tem a sua própria força unificadora, existe por conta própria e tem potencialmente a mesma força que o direito codificado*. Aliás, em caso de conflito – sublinha Rittler – prevalece aquele que tiver mais força. Logo, nada impede o direito consuetudinário de criar novos factos constitutivos susceptíveis de revogar leis penais ou mesmo de isentar a respectiva pena. E, com efeito, é um direito consuetudinário que tanto pode actuar *preater* como *contra legem*⁴⁰⁰.

Diga-se que toda esta forma de pensar apoiada em Rittler não está isenta de críticas. Bettiol considerou que Rittler teve a preocupação de conservar a soberania e o poder legislativo do Estado e por essa razão recorreu ao reconhecimento tácito da norma costumeira, o que se pode traduzir numa contradição: “ou o costume tem poder de romper com a norma positiva... ou depende da força jurídica do Estado e o seu valor ou eficácia passam a estar subordinados aos da lei”⁴⁰¹. Mais: aproxima o conceito costume do conceito de “adequação social” e defende que “ou se está no campo da acção socialmente

³⁹⁸ Binding no seu “*Handbruch*” (Manual), p. 204, já reconheceu esse ponto de vista. Também Somló “*Juristische Grundlehre*, (Doutrina Jurídica básica)”, p. 333, 336, 337 e ss. Em sentido contrário, Reichel “*Gesetz und Richterspruch*, (Setença e lei), p. 131, *apud* RITTLER, Theodor, “*Gesetztes und...*”, p. 466.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 462.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 476.

⁴⁰¹ BETTIOL, Giuseppe, “*Sulla Consuetudine Penale*”. In *Rivista It Diritto penale*, 1957, p. 321 e ss., p. 327, *apud* FARIA, Maria Paula B. Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, p. 797

adequada de que fala Welzel e que cobre a maior parte dos casos em relação aos quais o costume é invocado, ou se entra no âmbito do Direito codificado *infra-legem*, não se podendo, quer num caso como noutro, ir para além de uma função de interpretação, ou seja, o costume não pode desempenhar mais do que uma função de interpretação.”.

Todavia, como se referiu, o ponto de vista de Rittler é também este: o costume é uma fonte de valorações autónomas pois permite que venham à superfície instâncias, exigências e avaliações que o legislador não pode, ou não pretendeu, tomar em conta. Deste modo, tanto pode *integrar um preceito legal* como constituir *um sentido jurídico próprio*.

A propósito, Paula Faria interroga-se sobre o limite da relevância dessas valorações, uma vez que o costume é uma expressão de “factos” ou de “necessidades sociais”, “pedaços de substância de vida”, donde o Direito retira normas e, por assim ser, a sua consideração é decisiva para a adequação social de uma conduta e para a definição do sentido da norma num caso concreto⁴⁰². O costume pode ser caracterizado como um facto, ou quando tiver uma dimensão normativa que lhe permita valer como sinónimo de “adequação social”, ou quando possa ter um sentido jurídico vinculante; mas também pode ser caracterizado como um parâmetro interpretativo, integrado num valor mais geral em que a norma figura em primeiro plano. Postas assim as coisas: aceitar o costume como integrante do preceito legal ou como tendo um sentido jurídico próprio conduziria a uma solução problemática. Basta pensar em todas as posições clássicas que defendem que o *princípio da reserva de lei constitui uma garantia do cidadão*, um limite ao poder punitivo do Estado, e que rejeita os pontos de vista das teorias da integração e da pressuposição.

A teoria da integração admite que o conteúdo da norma penal possa ser definido por recurso a uma norma extra-jurídica, e a teoria da pressuposição afirma que a norma extra-jurídica pode constituir pressuposto de facto da norma incriminadora, ficando esta última vinculada a um dever de obediência genérico a uma norma que lhe seria estranha⁴⁰³. Veja-se bem o posicionamento defendido por Marinucci que atribui à norma penal a função de uma cláusula de remissão, cujo conteúdo seria constituído por duas regras⁴⁰⁴: a

⁴⁰² *Ibidem*, p. 797.

⁴⁰³ *Ibidem.*, p. 779

⁴⁰⁴ MARINUCCI, Giorgio, “Consuetudine (Diritto Penale)”, in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Contratto, Giuffré Editore, p. 502 e ss., p. 503-505, *apud* FARIA, Maria Paula B. Faria de, *A Adequação Social da Conduta ...*, p. 799.

norma incriminadora teria que remeter para o poder regulamentar, dizendo, por exemplo, “observa tudo o que prescreve a autoridade administrativa”; ou a norma incriminadora teria que prescrever uma “não transgressão à regra costumeira”. Com uma cláusula de remissão desta natureza tornar-se-ia difícil exigir o conhecimento por parte do agente.

Por outro lado, se estivesse em causa o costume, e em virtude de a regra consuetudinária assentar em factos, seria necessário provar a coincidência com o *corpus* do costume, convergindo (ou não) com o seu conteúdo jurídico. Tarefa que ficaria reservada ao juiz que, nesse caso, seria de verdadeira “produção jurídica”. Repare-se: o aplicador do direito está limitado ao sentido do tipo legal de crime, mas no âmbito do costume “a norma já nasce com o sentido que o intérprete lhe confere... porque é ele (o intérprete) que é chamado a traduzir, num esquema aplicativo, o dever ser que deduz da repetição de certos comportamentos (é ele que identifica o próprio costume)”. Mas Paula Faria rejeita também este ponto de vista. Desde logo porque a individualização da regra do costume que se aplica não tem que ser reduzida a escrito, o que em seu entender constitui o oposto das exigências penalísticas. Além de que esta via cria uma dificuldade que tem haver não só com o arbítrio judicial que, desta forma, se permite, como também com a impossibilidade de os factos, ou a linha de comportamento em que se faz assentar o costume, serem sujeitos a um qualquer controlo de constitucionalidade, o que, na prática, significaria que a aceitação da regra costumeira, em matéria penal, conduziria a incriminações insidicáveis⁴⁰⁵.

Entre as posições que defendem que o costume apenas pode ter relevância interpretativa e as posições que o aceitam como fonte de direito, Paula Faria reconhece no costume *eficácia integrativa subordinada*, ou seja, uma função mista que não é a de fonte de direito mas também não é apenas de interpretação. Segundo a sua forma de ver as coisas, o que está em causa é a definição de um elemento típico indeterminado que, posteriormente, integraria uma valoração mais geral. Daí que tenha seguido o critério “integrante” do parâmetro decisório, com a distinção entre os elementos essenciais e marginais do tipo, defendendo que só relativamente a estes últimos o costume deve funcionar, ficando, assim, condicionado ou *limitado por um sentido normativo cujo fundamento é exclusivamente legal*. Isto porque a integração visa o preenchimento de

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 800.

espaços e o tipo é que permite a fundamentação do ilícito, ou seja, os espaços não devem ficar situados em “zonas” nucleares da discricção típica, porque a acontecer, permitindo preencher a “zona-núcleo” com o costume, acabará por levar a que seja o costume a criar a norma aplicável. Logo, a relevância integrativa subordinada do costume e a importante identificação do que é nuclear e o que é mero “contorno”⁴⁰⁶.

De todo o modo, quer desempenhe função subordinada, como elemento integrador da norma, quer desempenhe um critério interpretativo, entende-se que o costume fica sempre submetido ao sentido jurídico mais geral que decorre da norma em função da circunstância da sua aplicação. É sempre “parte de um sentido de coisas” a que se chama “adequação social” que vai permitir negar a tipicidade de uma determinada conduta que, formalmente, preenche os elementos do parâmetro incriminador. Posição também defendida por Taipa de Carvalho⁴⁰⁷ que também considera que o costume pode ser critério ou meio de implementação do sentido dos elementos normativos do tipo legal.

No que diz respeito ao costume como forma de cessar o fundamento normativo de uma incriminação, ou seja, a existência de costume contrário à lei, a problemática acentua-se. Paula Faria defende a intervenção legislativa no sentido da *revogação expressa de costume contrário à lei*. Por outro lado, segundo a autora, dada a inércia do órgão competente, o costume não pode ser considerado ab-rogatório da norma penal, por se tratar de uma situação que, embora na prática contrária à norma penal, não se traduz expressamente jurídica.

Em conclusão, no âmbito do direito penal, Paula Faria é de firme opinião que ao costume só pode ser assinalada eficácia de fonte de direito quando se trate de “integrar a incriminação nas suas margens ou fronteiras de significado”; já quanto ao seu fundamento normativo, não será possível assim afigurar-se na medida em que põe em causa princípios básicos de segurança e certeza jurídicas: a garantia dos cidadãos e o cumprimento de uma função de prevenção geral. Segundo a autora, o direito penal “trabalha” com tipos e “pensa” por tipos e a sua essência e finalidades não se cumprem devidamente quando se qualifica o costume como fonte ou modo de revelação das suas próprias normas tipificadas. Em primeiro lugar porque o costume é mutável e, assim, não pode servir de

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 801.

⁴⁰⁷ TAIPA DE CARVALHO, Américo, “Direito à Diferença Étnico-cultural, Liberdade de Consciência e Direito Penal”, in *Direito e Justiça*, Vol. XVI, Tomo I, Ano 2002, p. 131 -157, p. 139.

fundamento constante e unitário a uma série de casos que devem exprimir um parâmetro geral e abstracto. Em segundo lugar porque o costume é flexível, flexibilidade que em algumas situações apresenta vantagens relativamente à lei, mas que acaba por se tornar num inconveniente quando – convergindo com Marinucci – não há forma de vincular o juiz a decisões anteriores nem há uma valoração idêntica da prova produzida.

As razões que convergem a admitir o costume como fonte primária, critério de decisão, levariam, por um lado, a uma excessiva discricionariedade do juiz por falta de fundamento normativo e, por outro lado, permitiriam que a vinculação aos factos fosse estabelecida de forma acrítica, numa ordem jurídica – na linha de pensamento de Paula Faria – que se quer tributária de uma ideia de justiça⁴⁰⁸. Isto é: o costume está vinculado à valoração dos factos que lhe servem de base. No fundo, o sentido último da incriminação não deixa de ser jurídico e o costume poderá funcionar aqui (apenas) como “critério coadjuvante” desse juízo, ou seja, como ponto de vista que começa por integrar a disposição penal e acabar como critério interpretativo da referida disposição⁴⁰⁹.

Resta ainda referir o papel do costume na definição do sentido da norma. Com esse fim, Paula Faria distingue o costume propriamente dito, que pressupõe uma certa medida de estabilidade, enquanto expressão duradoura e não contingente das exigências colectivas, e os usos, usos sociais, como conceito de maior ou menor abrangência, apenas por referência a determinados grupos sociais.

Nessa linha, também se distingue o “costume” de “adequação social”, pois considera-se aquele como uma “quase adequação social”, sobretudo quando intervém como critério interpretativo, pelo sentido de normatividade que encerra. Entendimento diferente do de Wezel que “chegou a considerar o costume como sinónimo de adequação social quando construiu um critério de irrelevância penal da acção por identificar como ordenação ético-socialmente desenvolvida de uma comunidade”. Paula Faria não aceita esta sinonímia uma vez que entende adequação social sinónimo de valoração social da acção típica e não pura valoração social da acção. Daí que o costume não possa ser, no seu entender, convertido em critério único de decisão sobre a relevância jurídico-penal da conduta⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ FARIA, Maria Paula B. Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta ...*, p. 804 – 806.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 806 – 807.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 808.

Em suma, os autores que afastam o costume de fonte primária de fundamentação da responsabilidade criminal assentam o seu ponto de vista num costume que *põe em causa princípios básicos de segurança e certeza jurídicas*, por se afigurar mutável, não constante, não unitário, não geral e abstracto, por levar a uma excessiva discricionariedade do juiz e por lhe faltar um fundamento normativo. Insuficiências que podem ser caracterizadas de forma significativa por Reichel⁴¹¹ para quem “o direito consuetudinário tem um nariz de cera”, ou por Somló⁴¹² para quem “o direito consuetudinário é uma lei em estado líquido”.

Em sentido contrário, os argumentos levantados por Rittler permitem-nos sustentar a ideia de que o costume pode, efectivamente, ser fonte de direito penal incriminador. O direito penal tradicional ou costumeiro existe, está em vigor e é eficaz, porque para além de ser o modo como determinadas populações africanas, nas respectivas comunidades, regulam a sua vida desde há séculos, também se pode considerar – tal como Rittler explica – consentido tacitamente pelo legislador, quer por virtude da sua inacção (pois nada fez para impedir a vigência do referido direito) quer por virtude da sua pura e simples falta de interesse regulatório. Este direito penal tradicional é vigente e reconhecido nessa e por essa via. E para as comunidades tradicionais o costume não é apenas a expressão de “factos”, “necessidades sociais” ou “pedaços de substância da vida comum” – como referiu Paula Faria⁴¹³ –, trata-se também de um sistema de direito que é exercido e aplicado para regular todas as situações da vida. É esse o direito que é praticado pelas autoridades tradicionais em território ancestral africano: absolutamente autónomo, tem as suas normas e procedimentos, em nada depende da legislação ordinária do Estado, e, na verdade, não está ali para preencher lacunas deixadas pela lei, quer dizer, o costume naquelas comunidades é a própria “lei”. E é precisamente porque se apresenta muitas vezes contrário ao direito ordinário que falamos da *revogação* das normas de direito positivo. Tudo a culminar na seguinte conclusão: temos que encontrar os mecanismos que permitam a convivência do costume com o direito positivo do Estado, dado que não se pode pura e simplesmente fazer tábua rasa da sua existência⁴¹⁴. Consideramos relevante voltar a sublinhar que não nos

⁴¹¹ REICHEL, *Gesetz und Richterspruch* (lei e Sentença), p. 62, *apud* RITTLER, Theodor, “Gesetztes und...”. 462

⁴¹² SOMLÓ, *Juristische Grundlehre* (Doutrina Jurídica Básica), p. 373, *apud* RITTLER, “Gesetztes und...”, p. 462.

⁴¹³ FARIA, Maria Paula B. Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, p. 797.

⁴¹⁴ É claro que, num contexto de direito penal da família Romano-Germânica, os receios colocados por Paula Faria fazem todo o sentido. De resto, a História da Europa é rica de exemplos de violação de direitos e

estamos a referir a um direito consuetudinário que opera no quadro determinado pela legislação ordinária do Estado.

Não podemos dizer que a importância do *costume* seja especificamente africana. A tradição jurídica europeia teve momentos em que o costume constituiu uma importante fonte de direito, basta pensar no Direito Comum Inglês. Terão sido razões de segurança e certeza jurídicas que fizeram com que o costume fosse subtraído de algumas áreas consideradas sensíveis para as liberdades e garantias dos cidadãos.

§2. Fontes do direito penal no ordenamento jurídico angolano

A nossa abordagem prática teve origem no caso descrito “*Kamutukuleno*” que suscitou várias preocupações, dentre elas, procurar compreender como é que o princípio legalidade penal pode vigorar num contexto em que os seus considerados corolários podem ser derogados por práticas sociais reiteradas que transmitem uma certa obrigatoriedade jurídica em comunidades tradicionais angolanas.

Lembremos que cada ordenamento jurídico tem o seu entendimento acerca da tipologia das suas fontes do direito. O ordenamento jurídico angolano afirma, em geral, como suas fontes, a lei, o costume, a jurisprudência, o direito internacional geral e comum e a doutrina. É, contudo, importante verificar se essa tipologia é válida também para o direito penal, tomando em consideração um direito penal constituído e em vigor, e um direito penal a constituir. A distinção é aqui feita não apenas porque está em discussão uma reforma penal, mas, sobretudo, porque está em vigor uma nova Constituição, a CRA de 2010, que introduziu o costume como fonte imediata de direito em geral. Importa, por conseguinte, analisar a tipologia das fontes do direito penal em especial.

Referimos que o sistema jurídico angolano, por razões históricas, tem origem no sistema jurídico português e, por isso, é da família romano-germânica. Nesse âmbito ligamos também a América Latina porque, de facto, também por razões históricas, é da mesma família jurídica. Motivo pelo qual trazemos posicionamentos doutrinários de

liberdades fundamentais das pessoas que encaminharam o direito penal para onde hoje está, defendendo em nome das garantias um direito penal com um princípio da legalidade criminal fechado, contra arbitrariedades. Ora, sendo o costume não escrito, é um facto que a incerteza, a imprecisão e os limites flutuantes poderão colocar em risco as garantias das pessoas.

alguns dos pensadores dessa mesma família jurídica, numa conjuntura que, como princípio universalmente característico do “direito penal liberal personalístico”, reconhece o princípio da legalidade dos crimes e das penas⁴¹⁵.

Este princípio, como observámos, afirma a lei como a única fonte, ou, pelo menos, a “fonte por excelência” do direito penal. A sua afirmação, no território angolano, remonta à consagração do princípio na Carta Constitucional da República Portuguesa de 1826, de acordo com §7 do artigo 145.º, e, posteriormente, aos artigos 5.º e 54.º do Código Penal de 1886, não obstante o princípio só se interpretar com maior clareza no n.º 9 do artigo 8.º da Constituição Portuguesa de 1933⁴¹⁶. Princípio que vigorou também no ordenamento jurídico-penal angolano por força das sucessivas leis constitucionais angolanas e nos termos dos artigos 5.º e 54.º do Código Penal de 1886, ainda hoje em vigor.

Podemos, por conseguinte, considerar válidas e vigentes as posições doutrinárias acima referidas, quanto à função de garantia do princípio da legalidade e quanto à função desse princípio enquanto limitador das fontes do direito penal, concluindo, indubitavelmente, que *no direito penal angolano constituído até Fevereiro de 2010, momento da promulgação da CRA, a lei era a fonte por excelência do direito penal.*

Repare-se que não vigorava nenhuma norma que consagrasse o costume como fonte do direito angolano em paridade com a lei, como actualmente o faz o artigo 7.º da CRA, nem, tão-pouco, se interpretava ou procurava interpretar uma concepção das fontes do direito angolano a partir de uma perspectiva pluralista do direito.

De recordar que mesmo Burity da Silva – chegou a defender o artigo 1.º do CC como a matriz a partir da qual se deveria desenhar a tipologia das fontes do direito angolano – reconheceu e aceitou que a entrada em vigor daquele artigo 7.º da CRA veio introduzir uma profunda alteração na hierarquia das fontes do Direito angolano, porque *não só a lei deixou de ser a única fonte imediata do direito como o costume passou a ter a mesma dignidade jurídica e a mesma idoneidade de criação do direito.*

Será que esta posição é válida ou compatível no âmbito do direito penal com o princípio herdado da família romano-germânica que sustém que apenas a lei pode qualificar as condutas como crime e estabelecer as respectivas penas?

⁴¹⁵ Por todos, FRIAS CABALLERO, Jorge, CODINO, Diego/ CODINO, Rodrigo, *Teoría del Delito*, Hammurabi, Jose Luis Depalma/ Editor, Buenos Aires, 1993, p. 32

⁴¹⁶ Cfr. *supra*, Parte I, Capítulo II, n.º2.

A vigência da CRA veio levantar a discussão em redor da problemática das fontes do direito em geral e, desse modo, também a trouxe para o domínio do direito penal. Contudo, o legislador constituinte não fez reflectir directamente no direito penal os efeitos desse novo posicionamento do costume. Limitou-se, em matéria de fontes do direito em geral, a equipará-lo à lei, ou seja, colocou-o na mesma posição hierárquica.

No domínio do direito penal – e aqui referimo-nos tanto ao direito substantivo como ao adjectivo – a CRA manteve inalterado o posicionamento da Lei Constitucional de 1992 (Lei nº 23/92 de 16 de Setembro) quanto às garantias do direito e do processo criminal, particularmente o “*nullum crimen sine lege*” no nº. 2 do artigo 65.º, o “*nulla poena sine lege*” no n.º 3 do mesmo artigo, e o “*nulla poena sine iudicio*” no n.º1 do artigo 67.º.

A consagração destas garantias suscita-nos dúvidas face ao mais recente artigo 7.º da CRA. Em primeiro lugar, em nenhuma dessas disposições constitucionais relacionadas com o direito penal, nem em quaisquer outras da CRA, se consagra *de forma expressa* um “*nullum crimen sine consuetudine*” ou um “*nulla poena sine consuetudine*”. Tê-lo-ia feito de forma implícita? E poderia, nesse sentido implícito, entender-se que estas máximas estão em vigor por virtude da referida equiparação do costume à lei enquanto fonte imediata do direito? Em segundo lugar, caso se exigisse um sentido explícito, teria havido, neste domínio, uma omissão ou uma lacuna constitucional? Em terceiro lugar, poderíamos ainda entender que o facto de o n.º2 do artigo 223.º da CRA⁴¹⁷, previsão sobre o reconhecimento das instituições do poder tradicional, obrigar as entidades públicas e privadas a respeitar os valores e normas consuetudinárias observados no seio das referidas organizações políticas comunitárias tradicionais, desde que esses valores e normas não conflituem com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana, estaria também a referir-se a questões de direito penal? Em quarto lugar, teria o legislador constituinte querido conservar o clássico regime das garantias penais e, nesse sentido, a função do princípio da legalidade da intervenção penal tal como classicamente se apresenta,

⁴¹⁷ Artigo 223º “ 1. O Estado reconhece o estatuto, o papel e as funções das instituições do poder tradicional constituídas de acordo com o direito consuetudinário e que não contrariam a Constituição. 2. O reconhecimento das instituições do poder tradicional obriga as entidades públicas e privadas a respeitarem, nas suas relações com aquelas instituições os valores e normas consuetudinárias observados no seio das organizações político-comunitárias tradicionais e que não sejam conflitantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana’.

mantendo assim o monopólio da lei como única ou, pelo menos, como a “fonte do direito penal por excelência”, como, a seu tempo, afirmou Giuseppe Maggiore?

As interrogações acabadas de fazer encaminham-nos para um pequeno desvio com vista a uma primeira compreensão dos artigos 7.º e 223.º da CRA neste contexto das fontes do direito penal⁴¹⁸.

§3. O artigo 7.º (“costume”) da CRA

Como primeira premissa, partimos da compreensão dogmática de que o sistema jurídico do Estado democrático de direito angolano é um sistema jurídico normativo, aberto, de *regras e princípios*: “sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e «capacidade de aprendizagem» das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da «verdade» e da «justiça» ; sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras”⁴¹⁹. Seguimos Gomes Canotilho e deixamos a distinção feita pela metodologia jurídica tradicional entre *normas* e princípios para considerarmos, como ponto assente, que nesta matéria *regras* e princípios são duas espécies de normas e a distinção a fazer é entre estas duas espécies de normas⁴²⁰.

⁴¹⁸ Uma vez mais, havemos de nos apoiar na doutrina portuguesa em virtude de ser, como acima já referimos, aquela que por razões históricas tem estado na base da construção dogmática do direito constitucional angolano.

⁴¹⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional...*, p. 1159. Itálicos do autor.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 1160 e ss. Segundo o autor, e tomando o conceito amplo de norma, vários são os critérios da distinção; a) *grau de abstracção*, segundo o qual os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado, enquanto as regras têm uma abstracção relativamente reduzida; b) *grau de determinabilidade* quanto à aplicação ao caso concreto: porque os princípios são vagos e indeterminados necessitam de mediação concretizadora do legislador ou do juiz. As regras são de aplicação directa; c) *carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes de direito, os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico ou ainda com uma importância estruturante no sistema jurídico (veja-se o princípio do Estado de Direito); d) *proximidade da ideia de direito* : os princípios são «standards» juridicamente vinculantes e radicam ou em exigências de justiça ou na «ideia de direito»; as regras podem ser vinculativas, mas têm conteúdo meramente funcional; e) *natureza normogénica* : os princípios são normas que estão na base das regras jurídicas, ou seja, constituem a *ratio* de regras jurídicas e, por isso, desempenham uma função fundamentante na génese da norma.

Em resposta às nossas dúvidas, podemos começar por defender que a lei e o costume são fontes de direito autónomas e, nesse sentido, *produzem as suas normas de modo autónomo*. Se o paralelismo nos é permitido, buscamos a justificação a partir do princípio básico sobre a produção de normas jurídicas que, segundo Gomes Canotilho, pode ser formulado da seguinte maneira: “nenhuma fonte pode criar outras fontes com eficácia igual ou superior à dela própria”, mais especificamente “nenhuma fonte pode transmitir para actos de outra natureza o seu próprio valor jurídico”⁴²¹.

Deste modo, é nosso entendimento que não podemos fazer uma leitura do sentido da norma do artigo 7.º da CRA a partir de regras e princípios que dizem exclusivamente respeito à lei.

Também não nos parece ter havido uma omissão ou uma lacuna constitucional relativamente à previsão de um costume de natureza penal. Segundo Gomes Canotilho, “omissão”, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. Liga-se a uma exigência constitucional de acção e não apenas a um simples dever geral de legislar. As omissões legislativas derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes, ou seja, o não cumprimento de normas que de modo permanente e concreto vinculam o legislador a adoptar medidas de concretização da constituição⁴²². Já as “lacunas” normativo-constitucionais ocorrem quando “se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional.”⁴²³

Não nos parece, de igual forma, que a norma do artigo 7.º da CRA contenha alguma injunção constitucional susceptível de ser cumprida pelo legislador ordinário. No fundo, com esta opção, a CRA não está a remeter para um desenvolvimento legislativo ou para uma regulação infra-constitucional do costume.

Na verdade, simplesmente entendemos que o artigo 7.º é uma norma direccionada para as fontes do direito angolano, *com os limites da dignidade da pessoa humana e da própria CRA*. E mostra que o costume, tal como a lei e demais fontes de direito, se deve

⁴²¹ *Ibidem*, p. 702.

⁴²² *Ibidem*, p. 1034

⁴²³ *Ibidem*, p.1235.

mover nos quadros da Constituição, conforme os artigos 6.º⁴²⁴ (“Supremacia da Constituição e legalidade”) e 226.º⁴²⁵ (“Constitucionalidade”) da CRA.

Questão diversa é saber se o legislador constituinte angolano procurou sempre manter, em relação às fontes do direito penal, o regime que impõe a lei como única fonte de direito penal?

À primeira vista parece que sim. Os n.ºs 2 e 3 do Artigo 65.º da CRA – “aplicação da lei criminal” – determinam a imputação de responsabilidade criminal “senão por virtude de lei anterior”, não admitindo também penas ou medidas de segurança “que não estejam expressamente cominadas por lei anterior”.

Porém, se o princípio da legalidade penal significa restringir a interpretação do artigo 7.º no sentido de proibir costumes de natureza penal, estamos a contrariar uma “teoria pluralista das fontes do direito” que procura assumir uma *posição realista no que diz respeito ao que efectivamente vigora na realidade do território angolano*, ou seja, direito não-positivo genuíno que tem significado próprio e que determina as suas próprias normas de natureza penal com força vinculativa própria. Falamos agora da vigência do costume de natureza penal de fonte não estatal que tem o “consenso tácito do povo” e que se traduz no “direito vivido”, no “direito do quotidiano” ou na *“law in action”*. Respeitando sempre os limites da dignidade da pessoa humana e da Constituição, relembramos que o costume, enquanto fonte autónoma do direito que não se rege a partir de regras e princípios que dizem exclusivamente respeito à lei, *“em nada depende do facto de ser acolhido, consagrado, ou sequer, tolerado, pela lei”*⁴²⁶ e que *“não precisa de pedir licença à lei para se afirmar como tal ou, numa versão mais radical, no momento em que fosse reconhecido pela lei, ele próprio perderia a sua autonomia conceptual e deixaria de ser um genuíno costume”*⁴²⁷.

⁴²⁴ Artigo 6º “ 1. A Constituição é a Lei Suprema da República de Angola. 2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade, devendo respeitar e fazer respeitar as leis. 3. As leis, os tratados e os demais actos do Estado, dos órgãos do poder local e dos entes públicos em geral só são válidos se forem conformes à Constituição.”

⁴²⁵ Artigo 226º “ 1. A validade das leis e dos demais actos do Estado, da administração pública e do poder local depende da sua conformidade com a Constituição. 2. São inconstitucionais as leis e os actos que violem os princípios normas consagrados na presente Constituição”.

⁴²⁶ Assim, REBELO SE SOUSA, Marcelo./ GALVÃO, Sofia, Introdução..., p. 126.

⁴²⁷ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Macau*, IDILP, Lisboa, Setembro 2012, p. 92

Em território ancestral angolano não se pode negar que *existe um direito penal fora do direito penal do Estado*. É um problema que nos leva à procura de uma possível e necessária coexistência entre ambos.

§4. O artigo 223.º (“Reconhecimento”) da CRA

Relativamente à terceira questão que levantamos, remete-nos para a compreensão do artigo 223.º da CRA, inserido no Capítulo relacionado com as “Instituições do Poder Tradicional”: “1. O Estado reconhece o estatuto, o papel e as funções das instituições do poder tradicional constituídas de acordo com o direito consuetudinário e que não contrariam a Constituição”; “2. O reconhecimento das instituições do poder tradicional obriga a entidades públicas e privadas a respeitarem, nas suas relações com aquelas instituições, os valores e normas consuetudinários observados no seio das organizações político-comunitárias tradicionais e que não sejam conflituantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana”.

Disposição que *inseriu o poder tradicional no poder local* e definiu-o – segundo Carlos Feijó – como a participação “no exercício do poder público de entidades territoriais diferentes da entidade territorial global Estado... mas também de outras entidades locais ou populacionais distintas do Estado, que não sejam necessariamente delimitadas em função de um território, às quais são confiados poderes para o desempenho da actividade administrativa no quadro de um certo núcleo populacional.”⁴²⁸.

Por outras palavras: o poder local pode ser exercido pelo “Estado” e por entidades “não Estado” no âmbito de um determinada comunidade. Incluem-se nestas últimas entidades as “autoridades tradicionais”, actuando numa zona de interesses próprios e representando “interesses culturais, históricos, políticos e sociais diferentes daqueles que constituem o conjunto do povo, o todo nacional”⁴²⁹.

Assim, a autonomia das “instituições do poder tradicional” constitui princípio estruturante da organização política e jurídico-administrativa angolana. Os interesses constitucionais próprios funcionam como limite à actividade do legislador ordinário, no sentido de não poder “beliscar”, por esvaziamento ou por qualquer outro modo, o

⁴²⁸ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa...*, p. 414

⁴²⁹ *Idem*.

conteúdo essencial dessa autonomia⁴³⁰ que, assim, passa também a constituir uma garantia e limite material de revisão constitucional, nos termos da alínea k) do artigo 236.º da CRA⁴³¹.

A CRA reafirma no artigo 223.º, como já o havia feito no artigo 7.º, *os limites* ao poder de actuação das instituições do poder tradicional: a dignidade da pessoa humana e as próprias disposições constitucionais⁴³².

Se esta é a leitura, se actuação das autoridades tradicionais só não pode contrariar a Constituição e a dignidade da pessoa humana, significa por outro lado *reivindicar uma certa autonomia*. Nas palavras de Carlos Feijó reivindica-se “um espaço próprio em que se admite a diferença e a prossecução de um modo de produção normativo –institucional próprio, mas que, sem soberania, não pode ser reconhecido quando injustificadamente contraria aqueles que, dentro da comunidade política global, são considerados os valores, princípios e normas nucleares concretizados na Constituição enquanto norma suprema dessa comunidade, ou valor axiológico supremo da dignidade da pessoa humana”⁴³³.

E repare-se bem que a disposição legal do artigo 225.º da CRA prevê *regular por lei ordinária* “as atribuições, competência, organização, regime de controlo, da responsabilidade e do património das instituições do poder tradicional, as relações institucionais destas com os órgãos da administração local do Estado e da administração autárquica, bem como a tipologia das autoridades tradicionais”.

Regulamentação que ainda não foi concretizada no âmbito do ordenamento jurídico angolano⁴³⁴. Uma verdadeira omissão legislativa que deriva do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes, ou seja, do não cumprimento de normas que de modo permanente e concreto vinculam o legislador a adoptar medidas de concretização da Constituição⁴³⁵.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 415-416

⁴³¹ Artigo 236.º “ As alterações da Constituição têm de respeitar o seguinte:... k) a autonomia local”.

⁴³² Sem nos esquecermos das considerações feitas a propósito da constituição global e do sistema jurídico global de uma ordem jurídica plural, bem como do controlo da constitucionalidade no contexto pluralista dado que a finalidade é conseguir um mínimo de coexistência exigível entre os sistemas de direito estatal e de direito tradicional. Questão a que voltaremos adiante.

⁴³³ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa ...*, p. 419.

⁴³⁴ Sabemos, contudo, que neste momento há um grupo de trabalho a elaborar um projecto de lei que para estabelecer as atribuições, competências, regime de controlo, responsabilidade e património das autoridades tradicionais, inclusivamente estabelecendo as relações institucionais com os órgãos da administração central e com o poder local.

⁴³⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, p. 1034.

De momento, só a interpretação isolada do disposto no artigo 65.º da CRA que consagra o princípio da legalidade da intervenção penal impede as autoridades tradicionais de aplicarem e de administrarem o seu próprio direito penal, porque de acordo com o direito consuetudinário e ao abrigo dos artigos 225.º e 7.º da CRA não há dependência da lei ordinária para aplicar e administrar o direito penal costumeiro ou tradicional. Na verdade, o direito que é praticado pelas autoridades tradicionais nas comunidades africanas é absolutamente autónomo, tem as suas próprias normas e procedimentos: em nada depende da lei ordinária do Estado e não está ali para preencher lacunas deixadas pela lei, quer dizer, o costume naquelas comunidades é a própria “lei”.

Quando a nós, continuaremos à procura de um mínimo de compatibilidade entre os sistemas de direito estatal e de direito tradicional no âmbito do direito penal.

4. Conclusões

Saber quais são as fontes do direito em Angola passa, necessariamente, pela análise do próprio texto constitucional. O ordenamento jurídico-constitucional angolano, por virtude da consagração do costume como fonte imediata do direito, nos termos do artigo 7.º da CRA, *assume uma posição realista que não ignora o que efectivamente vigora na realidade da vida angolana*. Este “reconhecimento” que a CRA fez do costume, enquanto fonte imediata do direito, veio introduzir uma profunda alteração na tipologia das fontes do direito angolano.

Logo à partida colocou a posição de centralidade da lei em causa. De facto, com esta opção, o *costume passou a ter a mesma dignidade jurídica e a ser um meio idóneo de criação do direito angolano*. Mas também afastou a ideia de que só o Estado gera direito ou, de outro modo, reconheceu direito de fonte não estatal. Vai ao encontro de uma “teoria pluralista das fontes do direito” apoiada nos princípios da escola do realismo jurídico que não se baseia apenas no direito legislado ou oficial, o chamado “*law in the books*”, mas no direito que se pratica, a “*law in action*”, aquele direito que é trazido pelas práticas sociais reiteradas. Ou seja, um pluralismo jurídico *que admite a existência de um direito fora do direito do Estado, isto é, um direito de fonte não estatal*. Numa interpretação mais geral, também vai ao encontro de uma dupla natureza do Direito: como ciência normativa que emana de uma norma jurídica, e como *ciência humana* a partir da qual a apreensão do

direito não está limitada a um processo exclusivamente normativo, em vigor num dado momento, mas a toda a “realidade humana” que existe fora do Estado (fonte real de direito).

É evidente que é importante averiguar o conteúdo do costume: não podemos esquecer o risco que existe quando se aceita como direito válido todas as normas “comunitárias” vigentes, todos os comportamentos reiterados, considerando a simples vigência equivalente à validade. Nem tudo o que é vigente pode ser válido no âmbito de um Estado-de-Direito no qual a Constituição é uma importante garantia para os direitos fundamentais dos cidadãos.

E sendo certo que a posição da “teoria pluralista das fontes do direito” levanta dificuldades no âmbito do direito penal.

Será que esta posição é válida ou compatível no âmbito de um direito penal enformado com o princípio herdado da família romano-germânica que sustém que apenas a lei pode qualificar as condutas como crime e estabelecer as respectivas penas?

A CRA de 2010 manteve inalterado o posicionamento da Lei Constitucional de 1992 (Lei nº 23/92 de 16 de Setembro) quanto ao princípio da legalidade da intervenção penal previsto agora no artigo 65.º.

Tivemos também a oportunidade de estudar vários argumentos contra a vigência e validade de um costume de natureza penal, relacionados⁴³⁶: com o princípio da reserva de lei que constitui uma garantia do cidadão; com o facto da regra do costume que se aplica não ter que ser reduzida a escrito; o eventual arbítrio judicial que implica; com a não sujeição a qualquer controlo de constitucionalidade; incriminações provavelmente insidicáveis; e com princípios básicos de segurança e certeza jurídicas postos em causa. No fundo, esta corrente caracteriza o costume de natureza penal como sendo uma “lei em estado líquido” ou como tendo um “nariz de cera”.

Se o princípio da legalidade penal significa restringir a interpretação do artigo 7.º da CRA no sentido de proibir costumes de natureza penal, na verdade, estamos a contrariar uma *posição realista que diz respeito ao que efectivamente vigora na realidade do território angolano*. É por todos sabido que em território ancestral angolano existem costumes que podem fundamentar a incriminação (integrar ou constituir o sentido jurídico aplicável ao

⁴³⁶ A seu tempo, teremos oportunidade de contrariar alguns destes argumentos.

caso concreto) ou afastar a norma legal do Estado que pune determinado comportamento. O que significa a vigência (mas não necessariamente a validade) de costume de natureza penal de fonte não estatal.

O costume de natureza penal em Angola pode caracterizar-se como sendo “direito não-positivo genuíno” que tem conceitos e significado próprios e que estabelece as suas próprias normas, ou seja, um direito penal que não deriva da lei e que tem uma força vinculativa própria. Até colocamos a hipótese de, enquanto a situação perdurar sem uma intervenção estatal, podermos falar *numa aprovação tácita do próprio Estado-legislador*. Isto porque poderá estar em causa direito consuetudinário genuíno *preater legem*, isto é, respeitador da Constituição e da dignidade da pessoa humana.

Nos termos do artigo 223.º da CRA, também se reivindica uma certa autonomia para as denominadas “autoridades tradicionais”, dependente, de igual forma, do respeito pela Constituição e pela dignidade da pessoa humana. O direito consuetudinário vigente praticado pelas autoridades tradicionais nas comunidades africanas é considerado autónomo, com as suas normas e procedimentos, e não depende da legislação ordinária do Estado. Com efeito, o costume naquelas comunidades é a própria “lei”, não está ali para preencher lacunas deixadas pela lei. Só uma interpretação isolada do disposto no artigo 65.º da CRA que consagra o princípio da legalidade da intervenção penal impede as autoridades tradicionais de aplicar o direito penal costumeiro, porque de acordo com o direito consuetudinário e ao abrigo dos artigos 225.º e 7.º da CRA não há dependência da lei ordinária para aplicar e administrar o direito penal costumeiro.

Insistimos: a existência e vigência em Angola de um direito penal tradicional-indígena, com as suas normas tanto substantivas como adjectivas, é uma realidade⁴³⁷. O inquérito que realizámos junto da comunidade do Kuito Kuanavale, sobre o caso Kamutukuleno⁴³⁸, cujas respostas se traduzem em importantes dados empíricos que nos apoiam na elaboração do presente estudo, permitiu-nos concluir pela existência desse direito penal tradicional e pela necessidade do seu reconhecimento no âmbito das especificidades de um Estado-de-Direito.

⁴³⁷ Embora não tenhamos ainda realizado uma investigação dirigida à recolha e eventual inventariação dessas normas, mesmo que só com finalidade académica.

⁴³⁸ Apofundadamente, o nosso “Problemas Penais do Sul e o Pluralismo cultural”, RPCC, ano 23, n.º4, outubro-dezembro, 2013.

Neste sentido, para reforçar as nossas pretensões, procurámos no capítulo seguinte – “Capítulo II: Pluralismo Jurídico” – experiências de outras culturas e sistemas jurídicos, nomeadamente da CPLP e da América Latina, que têm vindo a fazer importantes reflexões e a realizar estudos precisamente no domínio penal, ramo jurídico no qual o pluralismo jurídico se mostra mais sensível e no qual é mais frequente a rejeição dos sistemas tradicionais não escritos, acusados de incerteza, insegurança, e de não respeitarem normas substantivas e adjectivas em nome dos direitos fundamentais dos cidadãos. Numa palavra, os sistemas tradicionais são comumente caracterizados cruéis por contrários à dignidade da pessoa humana e, em consequência, contrários à Constituição de um Estado de Direito.

A questão ganha maior dimensão já que respeita a temas de grande relevância como a unidade do sistema jurídico-penal, a legitimidade do Estado para impor as suas leis a populações que não as aceitam nem aplicam, e, em última análise, a universalidade e a vigência dos direitos fundamentais da pessoa humana ⁴³⁹.

⁴³⁹ Assim, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 27.

CAPÍTULO II PLURALISMO JURÍDICO

1. Ponto de partida

A expansão da democracia desde meados do séc. XX trouxe um grande ênfase à ideia de soberania popular e com esta a ideia de um direito vinculado à vontade do povo, expressa no modelo de democracia representativa. Porém, em pleno século XXI, o mundo mudou de vários pontos de vista e com essa mudança surgiu uma nova valorização da diversidade e do pluralismo vigente nas sociedades. A sociedade construída por indivíduos iguais e indiferenciados deu lugar a uma outra com pessoas marcadas pela diversidade cultural que criaram laços de tipo novo. Estes laços, por sua vez, deram origem a formas novas de expressão política que se apresentam mais ricas e diversificadas. Por aqui, surge a necessidade de serem criados novos modelos de democracia, conjuntamente com um novo direito que admita outros padrões de democracia que “multipliquem as modalidades e os níveis de participação política e novos paradigmas de direito, admitindo que o direito se possa exprimir por outras formas, para além das estaduais, de modo a poder dar conta de uma variedade e complexidade de planos de regulação que já estão aí”⁴⁴⁰. Sublinhamos: um direito expresso por outras formas para além das estaduais.

Daí falarmos de um *pluralismo jurídico*. Manifesta-se como um modelo de direito que leva a repensar as clássicas formas da sua identificação. Os critérios convencionais para circunscrever o direito dirigem-se ao direito produzido pelo Estado, uma vez que a construção e a regulação democráticas só devem ser feitas pelo Estado democrático representativo; isto significa afirmar que tudo o que não provem do Estado não pode ser direito⁴⁴¹, particularmente o que consta na Constituição. Segundo António Hespanha, hoje fala-se numa crise da democracia representativa exactamente porque se entende que *os mecanismos de recolha dos consensos sociais não se esgota nessa democracia*. Esses mesmos mecanismos podem ser encontrados por outras formas.

Por outro lado, há uma clara tendência para o direito estadual reduzir os contornos do direito às suas fontes legislativas. Pensemos na CRA.

⁴⁴⁰ HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 63

⁴⁴¹ *Ibidem*, p.67

Estabelece no n.º1 do Artigo 2.º que “a República de Angola é um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a soberania popular, o primado da Constituição e da lei...”; no n.º1 do Artigo 6º prevê que a Constituição “é a lei suprema da República”; enquanto que no n.º2 desse mesmo artigo que o Estado se subordina “à Constituição e [se] funda na legalidade, devendo respeitar e fazer respeitar as leis”. Mais importante ainda, no artigo 7.º (“Costume”) declara expressamente que o direito costumeiro está limitado pela Constituição e pela dignidade da pessoa humana quando refere “é reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana.”.

Parece haver aqui uma contradição: se o primado passa pela Constituição e pela lei, como se reconhece o costume ou se legitima o direito não estatal não contrário à Constituição e a dignidade da pessoa humana? É quase afirmar que os contornos do direito consuetudinário não podem ser definidos pela ordem jurídica não estatal que o compõe ⁴⁴².

É verdade, porém, que a partir da *soberania popular* recorrem-se aos processos democráticos para fixar a legitimidade do direito do Estado. Espera-se que a sociedade que se exprimiu possa fazê-lo também para fixar o direito em geral, ou seja, possa dar preferência ao direito formal do Estado em relação a qualquer outra forma de direito que não tenha seguido o mesmo formalismo. Porque, não havendo formalismo, em princípio, poderá não estar enraizado num consenso igualitário, justo e livre. Este princípio que considera a formalidade dos actos legislativos, embora não possa ser garantidamente válido, goza, contudo, de um grande grau de legitimidade que pode ser utilizado como “regra heurística”, tanto para se encontrar o critério de identificação das ordens jurídicas em vigor na comunidade, como para encontrar a sua hierarquia no sentido de valorizar as que reúnam o melhor consenso comunitário⁴⁴³.

Pode ainda acontecer que, não obstante o que fica declarado na lei, a comunidade entenda – manifestando-se pelos meios que considera serem as instâncias com competência jurisdicional, competência para declarar o direito – aceitar como direito normas diferentes daquelas que foram estabelecidas pelos processos legislativos, ou reconhecer primazia a determinadas normas sobre as que têm origem nos órgãos do Estado

⁴⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 68-69 e nota 11.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 69

democrático⁴⁴⁴. São estes os casos que mais revelam para caracterizar Estados africanos como Angola.

Assiste-se, por conseguinte, a uma imprecisão na ordem jurídica que não fica resolvida. Pergunta-se ao “direito oficial” qual o âmbito do “direito”. Na verdade, esta pergunta já pressupõe a existência de outros direitos para além do direito estadual e, neste sentido, não podemos atribuir a este último a exclusiva legitimidade para declarar a natureza dos “outros direitos”. Além disso, o próprio direito estadual muitas vezes admite que determinados casos não sejam resolvidos pelas suas normas e reenvia a solução para outras fontes do direito não estaduais, o que permite voltar à conclusão de que há outro direito para além do expressamente declarado pelo Estado. Para além do costume, pense-se nos princípios do direito, a título de exemplo⁴⁴⁵: remete-se para os princípios gerais do direito com prevalência para os direitos humanos (caso brasileiro), para os princípios fundamentais do Estado de direito democrático (caso português) ou para os princípios da dignidade da pessoa humana (caso angolano). Admitimos porém que uma remissão desta natureza torna difícil decidir ou definir concretamente o direito que regula os comportamentos sociais.

Fica a pretensão de reconstruir a teoria das fontes de direito à luz de uma “teoria pluralista”.

2. A perspectiva pluralista

§único. Concretização segundo António Hespanha

Perspectiva pluralista *versus* uma perspectiva estadualista? António Hespanha ensina que a primeira geração de pluralistas, vinda da antropologia jurídica e da sociologia crítica, procurou, no plano do direito, dar expressão a ordens jurídicas subalternizadas pelo poder do Estado, como são as ordens jurídicas indígenas e as ordens jurídicas de grupos menos integrados. Segundo o autor, o que se procurou foi encontrar meios de expressão de sentimentos de justiça alternativos ao direito oficial-estadual e, *neste sentido, o pluralismo*

⁴⁴⁴ *Idem.*

⁴⁴⁵ Exemplos em *Ibidem*, p.70

foi reconhecido nas sociedades coloniais ou pós-coloniais para permitir o alargamento do direito às populações colonizadas. Porém, permanecia a preocupação em manter a hegemonia do direito oficial, tanto para garantir a situação colonial como para sustentar a unidade “nacional” daqueles Estados onde a diversidade étnico-cultural fosse manifesta.

Mais tarde, no que António Hespanha chama de “pluralismo de segunda vaga”, procurou-se também tornar o direito “nacional” aberto a ordens jurídicas globais, no quadro da globalização, ligadas ao mundo dos negócios e às leis do mercado livre. O sentido foi de submeter o direito nacional, geralmente de raiz democrática, a ordens normativas de tipo corporativo ou hegemónico, cujos interesses estavam subtraídos ao controlo democrático e que serviam de meio de pressão a regimes autoritários ou autocráticos; o resultado foi uma experiência que demonstrou que os referidos regimes acabaram por combinar o autoritarismo político com o liberalismo económico⁴⁴⁶.

Uma “terceira vaga pluralista” reconheceu, no âmbito nacional das ordens normativas, valores universalizados como os direitos humanos, os direitos das comunidades nativas, o equilíbrio ecológico e a liberdade de informação ligada à internet e às chamadas redes sociais, denotando-se aqui que a relação entre as ordens jurídicas e os direitos se mostrava ainda mais complexo⁴⁴⁷. Segundo a interpretação de António Hespanha, essas ordens e valores acabaram por vir completar as ordens jurídicas nacionais e hoje constituem um evidente contributo para a vida em democracia.

Ainda que, no particular caso angolano, *os valores cosmopolitas podem não encontrar suporte nos consensos valorativos das comunidades locais, precisamente devido à natureza etnocêntrica de muitos dos ditos valores.*

Por outro lado, hoje é possível entrar em conflito com ordens normativas de carácter internacional, basta considerar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional ou do Tribunal dos Direitos Humanos⁴⁴⁸. E, sabemo-lo, podem constituir um factor de correcção do direito interno.

No fundo, convergimos com a visão de António Hespanha quando afirma que se estabelecem e desenvolvem sempre *relações complexas entre o global, o nacional e o*

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 71

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 72

⁴⁴⁸ No caso de Angola, não se tratará propriamente de um conflito com a ordem jurídica nacional, mas de uma verdadeira inexistência, uma vez que o Tratado de Roma foi assinado mas até ao momento não foi ratificado.

local. Não podemos deixar de reiterar que um exemplo típico desse tipo de relação podemos encontrar no artigo 7.º da CRA, quando o Estado intervém para negar a validade jurídica das ordens jurídicas “tradicionais” que sejam contrárias à dignidade da pessoa humana⁴⁴⁹.

As “fontes de direito” estão necessariamente relacionadas com o pluralismo jurídico, enquanto modo de produção ou de revelação de normas jurídicas⁴⁵⁰. Já reconhecemos que as fontes de direito podem ser definidas de várias formas, a partir das mais diversas concepções ou construções que definem uma determinada natureza do direito ou da vida em sociedade. Porém, e continuando a seguir o pensamento de António Hespanha, poderá ser mais prudente e menos arbitrário *partir da observação empírica para verificar quais das fontes do direito efectivamente vigoram e com que sentido vigoram no tecido social*⁴⁵¹; depois, é preciso acrescentar outros requisitos porque a vigência, só por si, não é suficiente para lhes conferir validade jurídica, *quando, na verdade, se pretende que essas normas sejam estáveis e estabilizadoras para corresponderem a consensos sociais alargados e adequados*⁴⁵².

É por todos reconhecido que para uma norma vigorar como *jurídica* (obrigatória e coerciva) é necessário *que os seus destinatários a entendam como uma norma assegurada por entidades a quem reconheceram poder para dizer o direito* (instâncias jurisdicionais). O que aqui se propõe é também dotar a comunidade de legitimidade para fazer escolhas. Por outro lado, a validade formal de uma norma poderá ser importante para dizer que a competência da entidade provém de uma determinação legal e de um reconhecimento comunitário, ou seja, que é a própria comunidade que, consensualmente, lhe reconheceu como instância para dizer qual é o direito aplicável⁴⁵³. Tudo o que fica dito é importante no contexto em que pretende admitir o costume como fonte do direito penal.

Note-se ainda que uma norma de direito, idealmente, deve ser de “boa qualidade, robusta, durável e sustentável”, proporcionando alguma estabilidade e garantindo ou permitindo alguma previsibilidade⁴⁵⁴. Parece-nos que este objectivo pode ser atingido quando as normas estão sustentadas por alguma *consensualidade*, quando elas respondem

⁴⁴⁹ Cfr. HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 72

⁴⁵⁰ FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Manual de Introdução*, p. 367.

⁴⁵¹ HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 77

⁴⁵² *Idem*.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 78 e nota 2.

⁴⁵⁴ Assim, *Ibidem* p. 78

às expectativas e pontos de vista recolhidos a partir de um consenso adequado da comunidade, de forma a responder às expectativas gerais. Em Angola teremos sempre em conta comunidades tradicionais que se encontram numa parcela ancestral de um vasto território.

A ideia de que o reconhecimento das normas jurídicas deve ser resultado de um consenso é um requisito que importa clarificar: *não deixa de fora o consenso obtido pelo sufrágio na democracia representativa, mas incorpora outras formas a partir das quais a comunidade lança mão para mostrar o seu acordo em relação às mesmas*. As pessoas e os grupos nas sociedades actuais estão organizados e interagem de múltiplas formas, considerando também as particularidades das mais diversas culturas indígenas. Por isso é de rigor que se aprecie e escrutine cada uma das mesmas para se poder hierarquizar e pesar o “âmbito social” e o “consenso” para além do âmbito que é obtido através da democracia representativa.

Devido a toda uma diversidade e a um pluralismo cultural, parece certo que a ideia de *consenso* “ não cobre situações homogéneas e homogeneamente legitimadoras”⁴⁵⁵. De qualquer forma, ao utilizar-se aqui a palavra “consenso”, pretende-se encontrar, não o que está na origem da legitimidade de uma norma jurídica, mas o que representa a concordância e a estabilidade que a própria norma deve oferecer. Veja-se todo este raciocínio no âmbito do costume praticado nas comunidades angolanas. É nesse âmbito que vamos procurar sinais de que a norma foi reconhecida como boa pelos grupos comunitários interessados⁴⁵⁶.

A presente exposição conduz novamente à questão de saber qual o papel que a ordem jurídica costumeira deve ter na “democraticidade” quando se pretende identificar e validar as normas candidatas a fazer parte do direito reconhecido pelo Estado.

A perspectiva estadualista seguirá e resolverá a questão da validade das normas confrontando as normas em vigor com a ordem jurídica democrática estabelecida pelo Estado democrático; neste sentido, será válida a norma que seja conforme o direito do Estado⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 80

⁴⁵⁶ Todo o raciocínio influenciado por HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 77-80.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 81

Já a perspectiva pós-estadualista ou pluralista defende um conceito mais complexo de democracia e, para a mesma, a validade da norma jurídica *não pode apenas sustentar-se de forma tão “mecânica e limitada” porque há modalidades de consenso comunitário que não se reduzem àquelas do Estado representativo*⁴⁵⁸.

Não obstante tudo isto, é importante notar que não estamos a colocar em causa a legitimidade e os avanços de um modelo de consenso saído da *democracia representativa*, mais credenciado do que qualquer outra modalidade de consenso menos regulado e menos transparentes. Sendo assim, toda a norma que não seja norma constitucional ou que não seja norma jurídica ordinária merece pois uma análise cuidada no sentido de se verificar se efectivamente foi aceite nos mesmos termos tão solenes e inclusivos como foi o direito legislado.

Também não temos dúvidas em afirmar a importância da Constituição num Estado de Direito Democrático, mas será sempre conveniente que *“exprima ainda – por ser o produto de uma manifestação regulada e inclusiva do consenso comunitário sobre as normas de convivência – os consensos dominantes sobre a validade ou não de uma norma como jurídica.”*⁴⁵⁹. A importância do direito legislado na Constituição⁴⁶⁰ constitui, como já demos a entender, um importante princípio de legalidade democrática para toda a “consciência pública”.

⁴⁵⁸ *Idem.*

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 82. Ponto de vista já não sustentado por FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Manual de Introdução*, p.371. Para este autor, referindo-se à situação de Portugal (para o caso de Angola é de fundamental importância) o costume é a fonte do Direito mais antiga e genuína e é muito relevante porque não se refere apenas ao direito interno ou nacional, mas também e muito ao Direito Internacional. Por isso, deve ocupar o primeiro lugar na ordem das fontes.

⁴⁶⁰ Na verdade e ainda referindo FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução*, p. 369-370, a perspectiva das fontes do Direito não pode assentar apenas numa visão de “direito legislado” ou de “direito oficial” (*law in the books*), mas deve ir buscar o Direito que se pratica (*law in action*), embora isto não signifique que o Direito legislado, nomeadamente a Constituição e a lei, não contenham disposições imperativas e aspectos relevantes em matéria de fontes do Direito. O que interessa é compreender que o Direito legislado não se mostra suficiente e necessita, muitas vezes, de ser ou substituído ou acrescentado pelo “Direito em acção” para o confirmar, suprir ou corrigir. Por aqui, pelo mundo da “vida real detectado e descrito pela Sociologia Jurídica, a Ciência do Direito”, despida de um normativismo escritural que se revela demasiado abstracto e estéril, deve ir buscar os dados fundamentais com que tem de construir a nova teoria das fontes.... [porque] o mundo do Direito é muito mais rico, variado e complexo do que pequeno mundo do direito oficial legislado.”; ver ainda p. 370, a remissão para Marcelo Caetano, *O problema do método no Direito administrativo português*, 1948 (Separata de *O Direito*, 80, nº 1 e 2), do mesmo autor “Manual de Direito Administrativo”, 3ª ed. 1951, p. 57-61; e GALVÃO TELES, Inocêncio, *Manual de Direito das Obrigações*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1957, pp. 95-96 e 100-101.

3. A Constituição numa ordem jurídica plural

§1. O primado da Constituição

Dentro dos parâmetros anteriormente enunciados concluímos também que uma teoria pluralista do direito *reclama um reexame sobre o conceito e função da Constituição*. Pela teoria estadualista mais clássica, a Constituição é considerada o conjunto de normas de hierarquia superior que controla a validade das normas ordinárias (no sentido de constitucionalidade formal e material) e que aponta a direcção a partir da qual a interpretação e a aplicação das normas pelos tribunais deve pender. A abordagem desta questão levanta uma outra: o primado da Constituição.

A questão que se coloca é saber se a Constituição continua ou não a ocupar o topo da pirâmide na hierarquia das normas *e se dessas normas da pirâmide também fazem parte as normas de origem não estadual*.

Já vimos que hoje em dia não se pode afirmar que a Constituição está no topo da pirâmide das normas do Estado. Retomando as palavras de Gomes Canotilho: “não há um vértice com uma norma superior; no escalão superior situam-se vários *ordenamentos superiores* – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário – cuja articulação oferece inequívocas dificuldades”⁴⁶¹.

Uma importante questão prende-se com a consideração de que o direito estadual ou oficial tem uma certa capacidade para condicionar os outros direitos, isto é, a eficácia destes últimos poderá depender de algum *acto de reconhecimento*. Nestes casos, o direito estadual pode condicionar directamente a aplicação prática dos sistemas jurídicos “não oficiais”. Por outro lado, não se podem ignorar situações pouco dependentes da execução dos órgãos do Estado em que os efeitos úteis da decisão que aplica um outro direito não está dependente da atuação dos mesmos. Até porque os órgãos do Estado ou o direito estadual muitas vezes não têm uma zona de influência suficiente para abranger todo o território, como acontece em muitas partes de Angola.

De todo o modo, procurar saber se o direito constitucional tem ou não supremacia sobre os outros direitos “não oficiais” está relacionado com o conceito pluralismo jurídico.

⁴⁶¹ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 691

No plano teórico não é difícil sustentar que a Constituição do Estado é hierarquicamente superior ao direito não estadual, desde logo porque será sempre difícil dizer onde e como é que essas normas do direito não estadual se situam hierarquicamente. O mais lógico, seguindo-se uma visão pluralista, *seria dizer que existem tantas pirâmides quantos os sistemas de direito*. Porém, segundo António Hespanha, necessário é encontrar uma resposta que vá de encontro às consequências práticas que resultem de uma avaliação do direito a partir de um ponto de vista da sua “democraticidade”, ou seja, da sua capacidade para satisfazer as expectativas resultantes dos consensos ⁴⁶².

Do ponto de vista formal, poder-se-ia defender que os tribunais e a administração devem observar o primado da Constituição estadual e fazer dela o critério para aplicação de todas as outras normas, estaduais ou não. Simplesmente este parece ser um ponto de vista incompatível com um paradigma pluralista. Não são apenas os tribunais oficiais que definem o direito aplicável, também o fazem os tribunais arbitrais e outras *instâncias jurisdicionais não estaduais*. Indo mais longe, segundo uma perspectiva pragmática ou realista, *diríamos que todas as instâncias “democratizadas” são definidoras do direito*, pois é das suas decisões que decorre o que é direito ⁴⁶³. Assim, não se pode afirmar com toda a certeza que a Constituição vincula os tribunais a uma definição e a uma decisão de direito ou a critérios de validade do direito.

Uma tal discussão leva-nos à perspectiva realista. Procura-se o modo como as instâncias jurisdicionais tratam este problema do primado da Constituição perante o direito não estadual. A generalidade das instâncias jurisdicionais europeias – instâncias que dizem o que é (o) direito – não admitem o afastamento da Constituição e tão-pouco do direito ordinário pelo direito não estadual; embora saibamos que hoje em dia é menos nítida a primazia do direito constitucional e do direito ordinário devido às ideias liberais sobre as vantagens da regulação não estadual sobre a estadual (a área do direito dos negócios é um exemplo). Daí a complexidade da questão e consequente problemática vigência-validade que, por sua vez, nos remete para os consensos a fim de se dar solução ao conflito entre a

⁴⁶² HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático* (cit.), p. 247-248.

⁴⁶³ Convergente, *Idem*.

ordem jurídica constitucional e outra ordem jurídica não estadual (como p. ex, a tradicional)⁴⁶⁴.

O que se procura é uma solução sustentável e duradoura, sendo necessário uma norma consensual e estabilizadora. Características que, na verdade, acompanham o direito constitucional. A ordem jurídica constitucional e infra-constitucional, comparativamente às ordens jurídicas não estaduais, recolhem um consenso muito generalizado e reforçado que lhes advém de um *processo mais regulado, igual e transparente*, no pressuposto da participação da comunidade que as torna mais capazes de responder às expectativas mais gerais. Por outras palavras: os cuidados que rodeiam os consensos constitucionais e legislativos são promotores de estabilidade e as soluções consagradas favorecem o estabelecimento de “rotinas normativas” de respeito pela Constituição e pelas leis, *criando expectativas comunitárias alargadas e duradouras*⁴⁶⁵. Este consenso mostra-se suficiente para “enfraquecer” qualquer norma que entre em conflito proveniente do direito não estadual. Assim, naturalmente, o direito não estadual cede perante o direito constitucional e eventualmente perante o direito ordinário oficial⁴⁶⁶.

O dirigismo constitucional está estreitamente ligado à ideia de que as Constituições dos Estados democráticos expressam formas avançadas de democracia sendo esta entendida como a “possibilidade dada aos cidadãos de exprimirem a sua vontade sobre a organização da cidade, estabelecendo as normas básicas do seu direito, de acordo com um processo regulado, transparente e controlado de expressão da vontade- democracia representativa”⁴⁶⁷. Mas também é um facto que muitas vezes se pode pôr em causa os processos de regulação constitucional e legislativa por obscuridade na escolha dos representantes ou na forma como exercem os respectivos mandatos.

⁴⁶⁴ Cfr. HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático*, p. 248-250. No sentido de que há outras instâncias que não apenas as legislativas que produzem direito, veja-se também no domínio da administração estadual uma perspectiva do direito administrativo e da própria história. Na verdade a propósito do papel da administração na produção de normas LE CROM, Jean –Pierre, (coord) “ Le rôle des administrations centrales dans la fabrication des normes”, « Présentation », *Droit et société* 79.3, 2011, p. 551-560, faz uma resenha histórica sobre a intervenção dos gabinetes “ *les bureaux* ” na produção de normas; e secunda François Monnier e Guy Thuillier em *Administration. Vérités et Fictions*, Paris, Economica, 2007, pp. 214. quando afirmam que “contrariamente ao que a opinião pública pensa, regularmente é a administração que cria o direito, e não o Parlamento ou o governo”. Tradução nossa. Pode ser consultado em [www. Cairn.info/revue-droit-et-societe-21011-3-page- 551.htm](http://www.Cairn.info/revue-droit-et-societe-21011-3-page-551.htm)

⁴⁶⁵ *Idem*.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 250

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 251-252 e bibliografia referida a notas 56 e 57.

Desta perspectiva, a Constituição ou o direito ordinário estadual afigura-se umas vezes mais consensual outras vezes menos, particularmente quando se excluem consensos locais que se apresentem menos inclusivos na sociedade.

Por outro lado, o denominado “neo-constitucionalismo” – que ultrapassa uma concepção positivista e aceita que a Constituição pode conter normas indeterminadas, no seu âmbito e no seu alcance normativo – defende que a Constituição inclui, para além de normas explícitas, também normas implícitas. Discute-se assim um “património axiológico implícito” a ser interpretado pelos Tribunais Constitucionais.

A crítica que se dirige a esta concepção parte da abertura a um espaço muito largo em matéria de identificação dos princípios, da sua ponderação e optimização, deixando-o ao arbítrio judicial. Ora, *tudo o que é deixado ao arbítrio judicial encontra dificuldade de demonstração sobre a existência de consenso*, precisamente porque o objecto do consenso não fica claro e poderá ficar à mercê do poder judicial. De outro modo, segundo António Hespanha, o neoconstitucionalismo põe em causa o papel da Constituição na ponderação das fontes de direito num contexto pluralista, já que a referência aos princípios apresenta-se de valor de tal forma elevado que acaba por consumir a autonomia dos demais níveis de regulação do sistemas jurídicos não estaduais ou não oficiais. Daí considerar-se que a concepção neoconstitucionalista diminui a força dos argumentos sobre a importância da ponderação das próprias normas constitucionais num contexto de pluralismo jurídico ⁴⁶⁸.

Definitivamente, pode dizer-se que as mais prováveis regras do consenso e da estabilização social de um sistema de direito de uma comunidade no seu conjunto *estão consagradas na Constituição de forma particularmente solene, regulada e ponderada*⁴⁶⁹. Ainda assim, qualquer norma boa que se dirija à obtenção de formas plausíveis de estabilização geral das relações sociais não deve deixar de considerar os *consensos locais*, procurando-se uma perspectiva prudente, sobretudo no contexto africano.

§2. A “Constituição global” numa ordem jurídica plural

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 253-255. Veja-se ainda a propósito do conceito neo-constitucionalismo e as razões porque se admite que a constituição possa conter normas indeterminadas. MAZZARESE, Tecla “Towards a Positivist Reading of Neo-constitucionalism”, a encontrar em [http:// www. Juragentium.unifi.it/ topics/ rights/en/ mazzares.htm](http://www.Juragentium.unifi.it/topics/rights/en/mazzares.htm)

⁴⁶⁹ *Idem*.

A Constituição numa ordem jurídica pluralista *há-de ser o conjunto de normas que identificam e hierarquizam os diversos direitos incluídos na ordem jurídica global, revelados pela prática continuada de decidir das instâncias jurisdicionais*. É uma definição que parte de António Hespanha.

O conceito Constituição está aqui a ser empregue no sentido de algo que, a partir da diversidade do interior, estrutura um universo regulado de relações complexas. Mas o que aqui importa ressaltar é o sentido assente na ideia de algo resultante de consenso, algo sustentado. O seu carácter decorre do “facto de que ela corresponde a elementos permanentes da ordem jurídica vivida, à habitualidade, à correspondência com as expectativas gerais e inclusivas, à previsibilidade, ao carácter estabilizador”⁴⁷⁰.

É a prática das instâncias que definem o direito, os tribunais oficiais, e as *instâncias jurisdicionais não estaduais*, que vão definindo as constituições dos sistemas sectoriais do direito e, por esta via, a Constituição que estabelece a acomodação de cada um deles no espaço da normação comunitária global. A este propósito da discussão sobre o constitucionalismo da sociedade numa era pós-estatal ou pluralista, dois autores se destacam: David Sciulli e Gunther Teubner.

David Sciulli considera que a dinâmica política do Estado é redutora da complexidade da sociedade civil, por isso procura outro paradigma constitucional⁴⁷¹. O autor procura distanciar-se do chamado “Estado colonizador da sociedade” – no sentido usado por J. Habermas quando descreve a forma como o Estado dirige a sociedade civil, impondo-lhe uma lógica de organização e de comportamentos que é alheia às dinâmicas de espontaneidade que se manifestam fora do mesmo. David Sciulli adopta uma concepção que toma as “lógicas normativas espontâneas” de segmentos sociais autónomos. Podemos muito bem integrar aqui as autoridades tradicionais e o direito consuetudinário que é vigente em Angola. Deste modo, no âmbito de uma Constituição global, a teoria constitucional ganharia não só uma *autêntica adesão à realidade social*, mas também uma *posição crítica* relativamente a projectos de uma “Constituição sectorial” que se colocasse na posição de se fazer passar pela constituição da ordem jurídica no seu todo⁴⁷².

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 258.

⁴⁷¹ DAVID Sciulli, *apud* HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático*, p. 259

⁴⁷² HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático* (cit.), p. 260.

António Hespanha coloca uma dificuldade que resulta do seguinte: considera que o espaço concedido a essa “pluralidade constitucional” poria em risco um modelo que conseguisse acomodar as diversas lógicas normativas sectoriais e levasse à manutenção de um mínimo de harmonia ou consistência, necessárias à continuação da sociedade global⁴⁷³.

Gunther Teubner, por seu turno, entende que o conceito “Constituição” aparece num momento em que o sistema jurídico estadual se fecha aos outros sistemas normativos, porque a referencia à Constituição como *norma suprema* dificulta que as normas jurídicas tenham que “responder perante sistemas normativos não jurídicos como a moral, a religião, a utilidade social, a eficácia económica, a política”⁴⁷⁴. Contudo, Teubner não faz essa consideração apenas ao sistema constitucional estadual, ele dirigia-a também aos outros sistemas normativos que também mostram o mesmo fechamento a ordens regulativas exteriores a si mesmos, ou seja, insensíveis a uma regulação vinda do exterior⁴⁷⁵. Poderá ser o caso do direito consuetudinário praticado pela comunidade tradicional.

⁴⁷³ *Idem.*

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 260-261.

⁴⁷⁵ GUNTHER Teubner, “Fragmented Foundations – Societal Constitutionalism beyond the Nation State”, em Petra Dobner und Martin Lounhlin (orgs.) *The Twilight of Constitutional Law: Denise or Transmutation?*, 2009, pp. 327, 342, 329-330, que pode ser encontrado em <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852846/FragmentedFoundations.pdf>. Aqui o autor refere a necessidade de hoje a teoria tradicional do constitucionalismo do Estado-nação ser redesenhada para poder lidar com o fenómeno da privatização e da globalização. Segundo o autor, a teoria constitucional contemporânea continua centrada no Estado e isto é um importante obstáculo epistemológico, pois torna a teoria constitucional mal equipada para lidar com a governação privada numa escala transnacional. Sugere, por isso, o desenvolvimento de um constitucionalismo sem Estado. Questão que, para os teóricos da constituição, é impensável e é uma utopia. Porém, ainda segundo Teubner, estamos a ser testemunhas do surgimento de uma multiplicidade de constituições civis no seio do Estado-nação e a constituição da sociedade mundial não está a ser concebida exclusivamente no seio das instituições de política internacional, nem está a ter lugar num contexto que abrange todas as áreas da sociedade. Essa emergência, que designou “*Policentric form of globalisation*”, está a ocorrer e a ser incrementada na constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autónomos da sociedade mundial. Porém, para se poder absorver esse entendimento, Teubner, considera que é necessário construir uma nova teoria legal que, naturalmente, contém ideias não usuais. Nessa teoria, salienta precisamente a questão dos conflitos de racionalidade. Estes desde logo surgem com a globalização da lei como resultado da internacionalização da economia. Destaca que o primeiro condutor do desenvolvimento é a diferenciação funcional da sociedade. Cada um dos diferentes subsistemas funcionais da sociedade é autónomo e escapa ao seu próprio confinamento territorial para se constituir, ele mesmo, em global, processo que não ocorre apenas na economia, mas também na ciência, cultura, tecnologia, saúde, no campo militar, nos transportes, no turismo e desporto, e, também, de forma mediata, na política, na lei e no bem estar. Hoje cada um destes subsistemas opera autonomamente ao nível global. Contudo, o que torna relevante essa questão é o que se pode considerar ou designar relações externas da “aldeia global”. Relações que estão longe de ser harmónicas. Porém é precisamente aqui onde a questão “choque de culturas” se mostra apropriada. Através desse seu fechamento operativo, os sistemas funcionais globais criam uma esfera para si próprios em que são livres para intensificar a sua própria racionalidade, sem, contudo, olharem para os outros sistemas sociais ou mesmo o seu natural ou ambiente humano., p. 330.

Esta “cegueira” de cada uma das ordens jurídicas autónomas pode pôr em perigo a subsistência do sistema social no seu conjunto em razão ou proveito do desenvolvimento da lógica de cada um⁴⁷⁶. Seguindo a teoria dos sistemas (de Luhmann), Teubner considera que a degradação dos demais sistemas ou do sistema global leva a que se ultrapassem os limiares do fechamento dos sistemas, sistemas cada vez mais agastados pelo desarranjo provocado pelo ambiente em que estão inseridos, sendo *forçados a reestruturar-se* para que cada um possa sobreviver. Daqui o autor procura, no sentido da recuperação, encontrar mecanismos constitucionais que permitam antecipar a “catástrofe”.

Já António Hespanha entende que a “reestruturação” *não pode passar pela sujeição dos direitos não estaduais às normas do direito estatal*, quer estas sejam ordinárias, quer sejam constitucionais. Não obstante, confere ao direito constitucional a posição de direito racionalizador, promotor de equilíbrio e de justo meio.

Quanto a nós, o direito estatal, constitucional ou não, *terá que tirar partido do conhecimento do sistema social e a partir daí estimular a sua autotransformação, sobretudo quando nos enquadrarmos no ordenamento jurídico angolano*.

A “Constituição Global” é o modo como observamos que os vários “sistemas jurídicos sectoriais” interactuam: *terá que se afigurar sensível e responder às fricções provocadas no seio do ambiente social, reestruturando-se de acordo com a sua vida interna*. Assim, o reequilíbrio pode ser encontrado, não pela sobreposição do direito estadual ao direito não estadual, mas por medidas de atuação ou de políticas tendentes a manter em funcionamento os mecanismos de abertura dos sistemas às fricções do meio, procurando mediá-las.

Por outro lado – segundo António Hespanha –, geralmente, os sistemas jurídicos sectoriais são no mais das vezes *autosuficientes* e, por isso, insensíveis à influência dos mais diversos sistemas do ambiente social. Isto porque, ou o ambiente social não reage de forma agressiva – por exemplo, o direito dos negócios é pouco sensível às reacções dos consumidores–, ou então o sistema sectorial desenvolveu mecanismos de imunização⁴⁷⁷.

Na opinião de Teubner, *sempre que um sistema se mostre insensível ao ambiente social, o caminho é exercer sobre ele uma pressão de tal modo maciça por parte de todas as forças sociais externas* –incluindo os meios jurídicos do poder do Estado, a regulação e

⁴⁷⁶ GUNTHER Teubner, “Fragmented Foundations...”, p. 330

⁴⁷⁷ Assim, HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático* (cit.), p. 262-263.

os poderes de compensação da sociedade civil, como os média, a opinião pública, o protesto espontâneo, movimentos intelectuais, “ONG’s”, os sindicatos, etc. – que obrigue à reestruturação da sua lógica interna, encontrando meios de autocontenção eficazes do seu ímpeto originário⁴⁷⁸.

Esta forma de actuar sobre os direitos, de agir sobre “os sistemas dos sistemas jurídicos”, quando feita por via de processos constitucionais, naturalmente, representa um actuar conforme a Constituição. Aquilo que na verdade se reclama é uma esfera pública que não fica mais – segundo Teubner – a cargo do direito estadual mas sim a cargo de todos os sistemas de direito, estadual ou não. Em determinado ambiente social – pensemos no ambiente social africano – teríamos posições constitucionais sob responsabilidade de todos os sistemas de direito e não apenas do sistema estadual de direito, de forma a: “respeitar a autonomia de cada direito”; “fazer com que a sua interação seja dinâmica, inclusiva no sentido de abrangente e reflexiva no sentido de antecipar os efeitos estabilizadores desta interação, o que equivale a favorecer um ambiente de concorrência livre e igual entre eles”; e favorecer as condições (ou garantias) como que se tratasse de uma “igualdade de oportunidades” para todos os sistemas de direito, o que inclui “o carácter público, transparente e sindicável tanto dos processos de decisão sobre o seu reconhecimento como direito, como do estabelecimento de hierarquias relativas”⁴⁷⁹.

À Constituição que garantisse a autonomia e a fluidez na interação entre os sistemas de direito estadual e não estadual no âmbito das funções de interesse público, chamaríamos “Constituição Global”, como alternativa possível ao reforço de uma posição estadualista que procurasse uma forte regulação constitucional do direito de fonte estadual. Resta saber como é que, nestes termos, se poderia proceder a um controlo da constitucionalidade no âmbito da “Constituição Global”.

§3. O controlo da constitucionalidade

Neste contexto de ambiente pluralista, o controlo da constitucionalidade já não será entendido como a verificação da compatibilidade de qualquer norma jurídica estatal com a

⁴⁷⁸ GUNTHER Teubner, “Fragmented Foundations....”, p. 330

⁴⁷⁹ HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático*, p.263-266.

constituição do Estado, uma vez que muitas destas normas serão normas de direito não estadual.

O controlo da constitucionalidade poderá traduzir-se na verificação da actividade de identificação-aplicação do direito por uma instância jurisdicional (incluindo aqui também, p. ex., as autoridades tradicionais), ou seja, verificar se na sua actividade respeita a Constituição de direito plural. Propomos, na esteira de António Hespanha, a formulação das seguintes perguntas: tomou-se ou não em consideração no plano cognitivo e no plano normativo todos os direitos, e respectivas normas, reconhecidos; respeitou-se ou não a hierarquia recebida (ou reconhecida) dos direitos, tal como decorre das normas (estabelecidas) do reconhecimento da ordem jurídica em função da qual decidem; decidiu-se ou não segundo critérios verificáveis e de transparência; decidiu-se ou não de acordo com a constituição pluralista, com respeito e promoção do pluralismo, ou seja, explicitando as razões de decidir, garantindo a publicidade e a legibilidade da decisão⁴⁸⁰?

Nesta conjuntura, trata-se de resolver um conflito entre jurisdições autónomas, verificando se cada uma respeitou ou não as atribuições das outras, a fim de fomentar tanto a autonomia como a interacção mútua em vista à estabilização dos vários direitos⁴⁸¹.

Vamos ver, com os exemplos de pluralismo jurídico na CPLP e na América Latina, como algumas destas ideias podem ser aplicadas na prática.

4. Pluralismo jurídico na “CPLP”

§1. Considerações gerais

Na República de Angola, a busca pela coexistência entre lei e costume, ou entre sistema de direito positivo estatal e sistema de direito costumeiro não estatal, é matéria cujo desenvolvimento, tanto doutrinário como legal, se pode considerar ainda em estado embrionário. Por essa razão julgamos ser de grande utilidade o nosso estudo olhar para algumas experiências análogas, sobretudo as de Países pertencentes à mesma família de matriz romano-germânica. Escolhemos, para o efeito, países cuja proximidade cultural nos pode trazer alguns exemplos, quais sejam, os de Língua Oficial Portuguesa e que integram

⁴⁸⁰ Veja-se HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo e Direito Democrático*, p. 266-267.

⁴⁸¹ *Idem*.

a designada “CPLP” e, ainda, por virtude de terem vivenciado do ponto de vista histórico situação semelhante – como foi a colonização –, países da América Latina.

§2. Brasil

A ideia de multiculturalismo remete-nos para o reconhecimento da pluralidade de culturas que coexistem, remete-nos para a coexistência de culturas diversas no mesmo Estado-Nação, ou, ainda, remete-nos para a existência de uma multiplicidade de culturas que se influenciam dentro do mesmo Estado-Nação e além dele⁴⁸². No caso particular do espaço latino-americano, onde geograficamente o Brasil se insere, o reconhecimento dos direitos das minorias étnicas tomou particular realce por volta da década de 80. Assistiu-se, desse modo, à inserção nos textos constitucionais de direitos e garantias em defesa da conservação da particularidade cultural dos povos indígenas que conviviam e sobreviviam nos respectivos territórios, num processo de assimilação que se procurava impor há pelo menos cinco séculos.

O Brasil que conheceu um processo de redemocratização no final da década de 80 e que deu lugar a um novo constitucionalismo, também deu voz aos valores de uma sociedade plural. A Constituição de 1988 “rompeu com o paradigma assimilacionista, que, nas décadas anteriores, inclusive permeando as disposições do Estatuto do Índio, estruturava o complexo de normas dedicado à protecção do indígena e que visava à gradativa superação de seu modo de vida «primitivo obsoleto», que estaria fadado ao desaparecimento, pelo modo de vida «civilizado» ao qual o silvícola necessariamente iria, e «desejaria», se inserir...”⁴⁸³.

A actual Constituição Federal, embora não faça uma opção constitucional expressa pelo pluriculturalismo – como aconteceu com algumas Constituições de outros países da América Latina, como o México, a Bolívia, o Peru –, dedicou todo um capítulo à

⁴⁸² Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) “Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003., pp.28, *apud* FEIJÓ, Juliana Holder da Câmara Silva e SILVA, Maria dos Remédios Fontes, “Dignidade Indígena, Multiculturalismo e a Nova Hermenêutica Constitucional”, *Revista da Defensoria Pública da União*, nº 44, Brasília, Março-Abril, 2012, Parte Geral, Doutrina, p. 75-103, p. 81.

⁴⁸³ FEIJÓ, Juliana Holder da Câmara Silva, e SILVA, Maria dos Remédios Fontes, “Dignidade Indígena, Multiculturalismo...”, p. 83-84.

protecção da diversidade cultural como forma de participação dos diferentes “grupos étnicos e sociais no processo de formação da identidade cultural do povo brasileiro”⁴⁸⁴.

Com efeito, o artigo 215.º da CF reconheceu os direitos culturais tanto dos indígenas como das populações Afro-Brasileiras, com a pretensão de valorizar uma diversidade étnica⁴⁸⁵. Por seu turno, o Artigo 216.º clarifica o significado da expressão “herança cultural brasileira”⁴⁸⁶, enquanto que o Artigo 231.º reconhece a organização, costumes, línguas e tradições dos índios e os direitos originários destes às terras que tradicionalmente ocupam⁴⁸⁷.

Para além destas disposições de natureza constitucional, importa ainda referir que o Brasil ratificou em 2002⁴⁸⁸ o Convénio 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes que, ao abrigo do artigo 9.º, dispõe que os Estados signatários devem *respeitar os métodos a que as comunidades índias tradicionalmente recorrem para a*

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 84. Veja-se ainda FILHO, Carlos Frederico Marés de Sousa, “ O Direito Envergonhado (O direito e os Índios no Brasil), in *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Volume 15, doutrina, Janeiro /Juno, 1992, S. José da Costa Rica, p. 145 a 164, p. 151. O autor, ao tempo Procurador Geral do Estado do Paraná e Director do Núcleo de Direitos Indígenas, reafirma a vigência apenas desde 1988 de normas Constitucionais que reconhecem os direitos dos índios às suas terras, costumes e línguas. Em momento anterior esse reconhecimento não vinha consagrado e até se defendiam posições, tanto pela parte de juristas como de historiadores, com referência a um direito pré-colombiano (antes da chegada de Cristóvão Colombo), como se as Nações Indígenas tivessem unicamente existido até ao surgimento do Estado Brasileiro. Veja-se ainda nesse sentido GONZAGA, João Bernardino, “ O Direito Penal Indígena à época do descobrimento do Brasil”, S. Paulo, Editora Loyola, que pode também ser encontrado pela Editora Max Limonad, 1986. *Apud*. FILHO, Carlos Frederico Marés de Sousa, “O Direito Envergonhado...”, p. 148, caracterizando o Direito Indígena como sendo único e o mesmo em todas as Nações Indígenas, não se atendendo a quaisquer diferenças e ao tipo de organização social, qualificando-o como “primitivo” e “tosco”. Resultando daqui a dificuldade de se poder estudar o direito penal indígena, exactamente porque seriam “incontáveis os grupos existentes”.

⁴⁸⁵ Artigo 215º da CF “ ...O Governo Nacional garante o total exercício dos direitos culturais e o acesso a todas as fontes da cultura nacional, concede e apoia os incentivos para a apreciação e difusão da expressão cultural. § 1º o Governo Nacional protege as manifestações da cultura popular indígena e Afro-Brasileira e todas as participações de outros grupos no processo nacional de civilização. § 2º A lei regulará o estabelecimento das datas comemorativas para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá um Plano Nacional plurianual de cultura, tendo em vista o desenvolvimento cultural do País e a integração das acções públicas com vista a: I – defesa e valorização do Património Cultural Brasileiro; II- A produção, promoção e difusão dos bens culturais; III- a força e qualificação pessoal para as múltiplas dimensões da gestão cultural; IV- a democratização do acesso aos bens culturais; V- a valorização da diversidade étnica regional.

⁴⁸⁶ Artigo 216º CF “ ... A herança cultural brasileira inclui os bens materiais e imateriais, em sentido individual ou no seu todo, que se refere à identidade, a acção e à memória dos vários grupos que formam a sociedade Brasileira.....”.

⁴⁸⁷ Para efeitos § 1º do referido Artigo 231º da CF, “ as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas onde eles permanentemente vivem, as usadas para as suas actividades produtivas, as indispensáveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e às necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com os seus usos, costumes e tradições”.

⁴⁸⁸ Decreto Legislativo nº143 aprovado pelo Congresso Nacional em 20 de Junho de 2002 e Promulgado pelo Decreto nº 5.051 de 19 de Abril de 2004 do Presidente da República.

repressão dos crimes cometidos pelos seus membros, desde que tais métodos sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Também o “Estatuto do Índio”⁴⁸⁹ estabelece normas que regulam a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas com o objectivo, nos termos do artigo 1.º, de “preservar a sua cultura e os integrar progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional...”, prevendo, no que à matéria penal diz respeito, as normas e os princípios aplicáveis.

Uma leitura do Código Criminal do Império de 1830 levava à dedução de que no Brasil não existiam índios. Porém, essa omissão ocorria apenas no domínio penal, pois, para efeitos cíveis, os índios eram legalmente equiparados aos órfãos. Em 25 de Outubro de 1898, o Supremo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão afirmava: “Os juízes de órfãos têm atribuições especiais em relação às pessoas e bens dos índios, sendo que estes são reputados como órfãos (Lei de 27 de Outubro de 1831)”⁴⁹⁰. Na verdade, o Código Civil de 1916, no artigo 6.º, equiparava os “índios-silvícolas”, assim designados, aos “pródigos maiores de 16 e menores de 21 anos, havidos como relativamente incapazes para a prática de certos actos da vida civil”. Ou seja, os índios eram, para efeitos cíveis, havidos como menores ou órfãos e, por isso, incapazes e sujeitos a um regime tutelar que apenas terminava quando se considerasse que haviam-se adaptado à civilização do país⁴⁹¹.

Mais tarde, o CP de 1940, embora não utilize a palavra “índio” ou “silvícola”, reconheceu o conceito e assumiu a relativa incapacidade atribuída aos índios nos termos do CC. Na conjugação dos artigos 22.º e 30.º do CP com os artigos 2.º e 28.^{o492} do Decreto nº 5.484, de 27 de Junho de 1928, estabeleceu-se para os índios um regime de isenção de pena à semelhança da inimputabilidade concedida aos menores e aos incapazes por doença mental⁴⁹³, equiparação que ficou reafirmada para os índios qualificados como “nómades,

⁴⁸⁹ Lei nº 6.001, publicada no Diário Oficial da União em 21 de Dezembro de 1973, Secção 1- pp. 13177e na Colecção de Leis do Brasil – 1973, pp. 150, Volume 7.

⁴⁹⁰ Por via de FILHO, Carlos Frederico Marés de Sousa, “O Direito envergonhado...”, p. 156.

⁴⁹¹ *Idem*.

⁴⁹² Artigo 28º “ São equiparados aos menores de que trata o artigo 30 do Código Penal os índios nomades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoação indigena”

⁴⁹³ Artigo 22º Código Penal Brasileiro 1940, “ É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da acção ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o carácter criminoso do facto ou de determinar-se de acordo com este entendimento”.

arranchados, aldeados” ou para aqueles que estivessem estabelecidos há menos de cinco anos na povoação indígena.

O §1º do referido artigo 28º⁴⁹⁴ estabelecia ainda o regime penitenciário para os índios das diversas categorias, regime cumprido em colônias correccionais ou em estabelecimentos industriais disciplinares. O tempo de recolhimento ficava ao critério do inspector de índios, mas não podia exceder os cinco anos. Note-se que o artigo 29º⁴⁹⁵ daquele decreto estabelecia uma redução para metade da pena aplicada ao índio que residisse há mais de cinco anos na povoação indígena e que cometesse infracção prevista na legislação comum. Tenha-se em conta ainda que as circunstâncias agravantes previstas no Código Penal – artigos 39.º e 41.º do CP em vigor em 1928 – não eram aplicáveis aos índios “nómades, arranchados ou aldeados”, nem aos que pertenciam a povoações indígenas; eram-lhes, contudo, aplicáveis as circunstâncias atenuantes, tal como previa o artigo 42.º do CP de 1928.

Por outro lado, é também importante considerar que o artigo 32.º do Decreto 5.484, de 27 de Junho de 1928, estabelecia um regime comum de direito, ou seja, o regime geral aplicável a qualquer cidadão brasileiro comunicava-se aos índios presentes nos centros agrícolas⁴⁹⁶, o que significava que eram havidos como assimilados e, nesse sentido, como tendo titulares das “aquisições éticas do civilizado homo medius que a lei penal declara responsável”⁴⁹⁷.

Este regime aplicado ao índio permaneceu até à década de sessenta e, pese embora o sistema jurídico não admitisse a existência de outros sistemas paralelos que resultassem em jurisdição e aplicação da lei fora do poder judiciário, o sistema de punição dos índios vigorou durante quarenta anos. Só veio a ser alterado em 1973 com a Lei n.º 6.001, de 19 de Dezembro, que dispôs sobre o “Estatuto do Índio”.

⁴⁹⁴ Artigo 28º § 1º “ O indio de qualquer das tres categorias acima, que tiver praticado qualquer infracção, cobrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colonias correccionaes, ou estabelecimentos industriais disciplinares, pelo tempo que ao mesmo inspector parecer, comtanto que não exceda de cinco annos”.

⁴⁹⁵ Lei nº 6.001, Artigo 29º “ Os indios que tiverem mais de cinco annos de residência em povoação indigena, quando commetterem qualquer infracção prevista na legislação penal, commum, serão punidos com metade sómente das penas nella instituidas”.

⁴⁹⁶ Lei nº 6.001, Artigo 32º “ ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimen commum de direto, os indios que passarem para centros agricolas, de que trata o decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911”

⁴⁹⁷ FILHO, Carlos Frederico Marés de Sousa, “ O Direito envergonhado...”, p. 158.

Tenhamos presente que o artigo 56.º da Lei n.º 6.001 estabeleceu para os juízes a obrigatoriedade de, na aplicação das penas aos índios, apelar a um regime de atenuação tendo em conta o respectivo grau de integração⁴⁹⁸. De outro modo, à luz deste mesmo artigo, estabeleceu-se um regime especial de semi-liberdade para o cumprimento das penas de prisão e de reclusão⁴⁹⁹. No entanto, relevante foi a prerrogativa do artigo 57.º: admitiu a possibilidade de os grupos tribais puderem, de acordo com as suas regras e instituições, *aplicar sanções penais ou disciplinares aos seus membros desde que não revestissem carácter “cruel ou infamante”, sendo também a aplicação da pena de morte expressamente proibida*⁵⁰⁰.

Esta última disposição legal permite concluir pela *vigência no Brasil de uma jurisdição penal indígena*, uma vez que é afastado o *jus puniendi* do Estado nos crimes praticados entre os membros da comunidade tribal⁵⁰¹. No entanto, sobram dúvidas em relação ao poder de punir actos praticados entre índios fora do território da comunidade.

No fundo, o Código Penal Brasileiro⁵⁰² ou o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece com clareza os critérios e os limites da intervenção do direito do Estado nos demais sistemas jurídicos em convivência. Por um lado, impõe que a legislação do Estado seja aplicada em todo o território nacional e, por outro lado, permite que os grupos etnicamente diferenciados vivam segundo os seus usos e costumes, admitindo, nesse sentido, a definição das suas próprias normas internas, como referido a propósito da Convenção 169 da OIT.

Este posicionamento levanta questões quanto à concretização do pluralismo jurídico que, na verdade, se mostra ainda em construção e, por conseguinte, susceptível de interpretações dúbias em relação aos próprios direitos indígenas. Basta ver, a título de exemplo, o facto de as comunidades poderem, nos termos do Artigo 57.º do Estatuto do

⁴⁹⁸ Lei n.º 6.001, Artigo 56º “ No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”.

⁴⁹⁹ Artigo 56º , parágrafo único “ As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado”.

⁵⁰⁰ Artigo 57º Lei n.º 6.0001 . “ Será tolerada a aplicação pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam carácter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

⁵⁰¹ FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva, SILVA, Maria dos Remédios Fontes, “Dignidade Indígena , Multiculturalismo...”, p. 93.

⁵⁰² Publicado sob o Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de Dezembro de 1940, em vigor com as alterações introduzidas pela Lei n.º 7.209 de 11 de Julho de 1984.

Índio, aplicar as suas formas punitivas, mas não se excluir a possibilidade de o indígena infractor ser sujeito a um outro julgamento e consequente punição, pelo mesmo facto, numa eventual violação do princípio geral *non bis in idem*⁵⁰³.

§3. Cabo Verde

É sabido que o tráfico de escravos africanos foi relevante para a economia da Península Ibérica depois do séc. XV, com conhecidas experiências de tráfico efectivo na ilha da Madeira e Porto Santo e, em seguida, no território dos Açores. Pensa-se que foi nesta sequência que o tráfico de escravos africanos chegou a Cabo Verde e que, depois, se terá estendido para o Brasil. Os portugueses chegaram ao território que hoje se chama Cabo Verde no ano de 1460⁵⁰⁴, na altura, ainda desértico, só começando a ser povoado por escravos a partir de 1462, ou seja, dois anos depois⁵⁰⁵. A informação histórica agora avançada justifica-se como meio para se compreender, no contexto da abordagem, se Cabo Verde tem ou não um problema na afirmação do pluralismo jurídico nos mesmos termos que o Brasil.

Avançamos desde já que a situação é substancialmente diferente, pelas seguintes razões apontadas por Luiz Mendonça⁵⁰⁶: (i) os sectores da vida social dominados pelo direito tradicional africano eram poucos porque, na verdade, Cabo Verde foi povoado por escravos oriundos da costa ocidental de África, provenientes de várias etnias (Jalofos, Sereres, Lebús) que não puderam reproduzir dinanismos sociais, isto é, não se formou ali um tecido social que propiciasse a existência de um direito tradicional estruturado e que se pudesse confrontar com o direito do colonizador; (ii) a história de Cabo Verde começa

⁵⁰³ Assim, CURI, Melissa Volpato, “ O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico”, Espaço Ameríndio, Porto Alegre, Volume 6, nº2, Julho/Dezembro 2012, pp. 230 -247, pp. 243, 244. Veja-se ainda a decisão do Supremo Tribunal Federal num caso de homicídio em que os acusados eram índios e os factos ocorreram no interior da reserva indígena: o STF decidiu pela irrelevância de o facto ter ocorrido no interior da reserva e fundamentou a competência da Justiça Estadual. Cfr. STF, HC 81827/MT, 2ª T., Relator Ministro Maurício Correia, J. 28.05.2002, DJ 23.08.2002. Segundo FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva, SILVA, Maria dos Remédios Fontes, “Dignidade Indígena, Multiculturalismo...”, (cit.), p. 93 e nota 30.

⁵⁰⁴ Cfr. MENDONÇA, Luís Correia, “ Reformar contra os dias antigos (Sete anos de reforma legislativa em Cabo Verde)”, *RMP*, nº16, 4º Trimestre de 1983, p 40 e s.

⁵⁰⁵ Cfr. ÉVORA, Silvino Lopes, “ Políticas de comunicação e contexto mediático cabo-verdiano”, p. 7, Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Ciências da Comunicação, área de Informação e Jornalismo, da Universidade do Minho, que pode ser encontrado em <http://www.bocc.ubi.pt/evora-silvino-politicas-comunicacao.pdf>.

⁵⁰⁶ Cfr. MENDONÇA, Luís Correia de, “ Reformar contra os dias antigos...”, *RMP*, p. 40

com o mercantilismo que coincide com o período em que a Europa continental está precisamente a fazer a transição do costume para a lei, pois a lei mostrava-se mais ajustada à expansão e aos seus objectivos comerciais, daí que se tenha imposto nas colónias como a fonte de direito por excelência; (iii) diferentemente da colonização francesa, com a assimilação, ou da inglesa, com a sua política de administração indirecta, a colonização portuguesa não silenciou os usos e costumes locais mas colocou-os na dependência do direito escrito, ao qual chamou “direito comum”, embora só fosse aplicado a uma minoria de colonos e assimilados; (iv) em Cabo Verde os usos e costumes locais não existiam e, para além disso, a acção missionária cristã desenvolveu-se no arquipélago sem “concorrência ideológica ou obstáculos sociais”, razão pela qual “Cabo Verde é hoje um país predominantemente católico onde não ocupam espaço os processos tradicionais de criação jurídica” como, por exemplo, em alguns países africanos de tradição muçulmana.

De facto, a dualidade jurídica – “direito civilizado” e “direito tradicional” – nunca foi característica da sociedade cabo-verdiana⁵⁰⁷, isto é, a “convivência num mesmo espaço, arbitrariamente unificado como colónia, do direito do Estado colonizador e dos direitos tradicionais”⁵⁰⁸ não é uma questão que se coloque em Cabo Verde.

Odaire Varela, de um ponto de vista de análise histórica, fala-nos da figura dos “Tribunais Populares” – que nos remete para a “justiça popular” –, lembrando também que, até 1981, a liderança da Guiné e Cabo Verde foi dirigida de forma conjunta pelo Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde (“PAIGC”)⁵⁰⁹. Sublinha que em Cabo Verde esse tipo de tribunais não sobreviveu com a instauração da democracia

⁵⁰⁷ Cfr. Évora, Silvino Lopes, “Políticas de comunicação...”, p. 7

⁵⁰⁸ Cfr. VARELA, Odaire Bartolomeu, “A Extinção dos «Tribunais Populares» em Cabo Verde Perante o Processo de Globalização Hegemónica do Direito: A Reinvenção Contra-Hegemónica é Mito ou Realidade?”, VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2004

⁵⁰⁹ Faz no texto “A Extinção dos «Tribunais Populares»...”, p. 7 e 8, uma análise histórica sobre a criação dos Tribunais Populares nas “zonas libertadas” da Guiné Bissau durante a luta de libertação dirigida pelo PAIGC. As zonas libertadas eram os territórios que progressivamente deixavam de ser administrados pela burocracia colonial, fundamentalmente por razões de segurança, passando a ser controlados pelos Movimentos de Libertação que aí procuravam implantar um sistema de administração, defesa e justiça. Os referidos “tribunais populares” procuravam dirimir litígios ocorridos nas *tabancas*, aldeias comunitárias, e aplicavam práticas tradicionais de justiça para colmatar a ausência do aparato burocrático do sistema colonial. Contudo, para além desse exercício, o que os referidos tribunais visavam era a criação de uma consciência contrária à subserviência criada pela colonização, ou seja, os tribunais e a justiça popular visavam “a promoção do espírito da libertação, da auto-estima, da auto-capacitação, de emancipação e de resistência à ideia que «vocês não conseguem viver sem nós», veiculada pela metrópole.”, p. 8; daí o autor defender que esse pluralismo jurídico tenha emergido e tenha sido configurado como um “pluralismo jurídico de confronto ou confrontacional”.

representativa. Com efeito, em 1991, o novo regime político reconheceu como único o direito estatal, herdado em grande parte do colonialismo, em detrimento da diversidade jurídica que o país já conhecera, sendo a extinção dos Tribunais Populares o exemplo típico que suportaria essa afirmação⁵¹⁰. Ainda assim, a Constituição cabo-verdiana de 1991 continha um artigo 212.^{o511} que permitia a criação, por lei, de mecanismos e órgãos de composição não jurisdicional de conflitos, e um artigo 213.^{o512} que estabelecia o âmbito territorial dos referidos organismos.

Porém, a revisão constitucional que ocorreu de seguida em 1992 veio reverter completamente essa situação na medida em que pôs fim à ideia de pluralidade de órgãos e mecanismos de resolução de litígios, afirmando o direito estatal como único direito reconhecido⁵¹³. Deste modo, o artigo 222.^o estabeleceu o princípio da “Unidade de Jurisdição”, tendo-o considerado a base da organização e funcionamento dos tribunais⁵¹⁴. Também, por outro lado, o artigo 223.^o da Constituição de Cabo Verde determinou que o exercício do poder judicial competia exclusivamente aos tribunais criados em conformidade com a Constituição⁵¹⁵.

Neste sentido, quando em Cabo Verde se falava em *pluralismo jurídico* não se fazia referência à subsistência de formas ancestrais de direito e justiça – que os povos originários do território praticavam sem a intervenção das autoridades ou das regras do chamado direito estatal ou oficial –, falava-se antes em formas organizativas criadas, conduzidas e dinamizadas pelo próprio Estado. Em causa estava o direito pós-colonial que conduzia o destino do país depois da independência, como forma de fazer participar “as

⁵¹⁰ VARELA, Odair Bartolomeu, “A extinção dos «Tribunais Populares»...”, p. 9.

⁵¹¹ Artigo 212.^o “A lei pode criar mecanismos e órgãos de composição não jurisdicional de conflitos regulando designadamente, a sua constituição, organização, competência e funcionamento...”.

⁵¹² Artigo 213.^o “2. Podem ser criados por lei: d) organismos de regulação de conflitos em áreas territoriais mais restritas que a da jurisdição do tribunal judicial de primeira instância...”.

⁵¹³ BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus, *O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 98, que, embora trate a situação de Moçambique, faz uma caracterização do caso Cabo-verdiano. O texto pode ser encontrado em www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/131147/000591544.pdf.

⁵¹⁴ Artigo 222.^o “1. O Princípio da Unidade de Jurisdição é a base da organização e funcionamento dos tribunais.; 2. São proibidos os tribunais de excepção; 3. Com excepção dos tribunais militares, não deve haver tribunais especiais para julgamento de certas categorias de crimes ou de pessoas...”.

⁵¹⁵ Artigo 223.^o “1. O poder judicial, em todo o tipo de casos, só deve ser exclusivamente exercido pelos tribunais, criados sob as previsões da Constituição e da lei e, em conformidade com a legalidade e as normas de procedimento jurisdicional estabelecidas”.

massas em órgãos de poder e de administração da justiça”, participação adaptada tendo em conta as condições políticas, sociais e económicas⁵¹⁶.

A partir daqui pode-se compreender a não existência na Constituição da República de Cabo Verde ou no Código Penal de quaisquer referências a normas que atendessem à diversidade cultural, tanto para efeitos de consagração e reconhecimento do costume, como para efeitos da responsabilização penal de eventuais condutas culturalmente condicionadas.

§4. Guiné Bissau

A revisão à Constituição da Guiné-Bissau de 1984⁵¹⁷ manteve inalterado o n.º1 do Artigo 17.º segundo o qual “É imperativo fundamental do Estado criar e promover as condições favoráveis à preservação da identidade cultural, como suporte da consciência e da dignidade nacionais e, factor estimulante do desenvolvimento harmonioso da sociedade. O Estado, preserva e defende o património cultural do povo, cuja valorização deve servir o progresso e a salvaguarda da dignidade humana”.

A partir do conteúdo do presente artigo, Fernando Loureiro Bastos salienta que, para preservar a identidade nacional e defender o património cultural do povo, em conexão com o desenvolvimento e a protecção da dignidade humana, há uma aproximação implícita a uma ideia multicultural e, nesse sentido, é da sua opinião que a Constituição rejeita tentativas de assimilação cultural da parte de quaisquer grupos étnicos⁵¹⁸. Assim, pretende-se uma “identidade nacional” na Guiné- Bissau, resultado da reconciliação das concepções de vida de cada um e de cada grupo étnico parte da comunidade. E, para efeitos da ideia de “património cultural do povo”, deve considerar-se a soma das tangíveis e intangíveis expressões culturais de cada um e de todos os grupos étnicos que vivam no

⁵¹⁶ VARELA, Odair Bartolomeu, “ A extinção dos «Tribunais Populares»...”, p. 9. Veja-se ainda em BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus, *O Pluralismo Jurídico...*, p. 99

⁵¹⁷ Alterada pela Lei Constitucional nº1/91, de 9 de Maio, Suplemento ao Boletim Oficial nº 18, de 9 de Maio de 1991; pela Lei Constitucional nº2/91 de, 4 de Dezembro de 1991, Suplemento ao B.O. nº 48 de, 4 de Dezembro de 1991, 3º Suplemento ao B.O. nº 48 , de 6 de Dezembro de 1991; pela Lei Constitucional nº1 /93, de 21 de Fevereiro, 2º Suplemento ao B.O. nº8 de 21 de Fevereiro de 1993; pela Lei Constitucional nº1/95 , de 1 de Dezembro, Suplemento ao B.O. nº49 de 4 de Dezembro de 1995, e pela Lei Constitucional nº1/96 , B.O. nº50 de 16 de Dezembro de 1996.

⁵¹⁸ LOUREIRO BASTOS, Fernando, “ Introduction to the Constitution of the Republic of Guinea – Bissau”, 19 de Junho de 2013, que pode ser encontrado em www.icla.up.ac.za/images/country_reports/guinea_bissau_country_report.pdf , p. 7-8.

território da Guiné-Bissau. Então, não encontramos qualquer disposição que expressa e directamente refira a Guiné-Bissau como um Estado que tenha institucionalizado um “pluralismo jurídico”.

No entanto, o conhecimento que temos da realidade Guineense permite reconhecer o esforço que tem vindo a ser realizado no sentido de se fortalecer a interligação entre os sistemas de direito e de justiça oficiais e os sistemas tradicionais efectivamente praticados pelo povo.

A 14 de Novembro de 2014 foi apresentado um “Relatório Final do Projecto de Recolha e Codificação do Direito Consuetudinário Vigente na República da Guiné-Bissau”. O referido projecto foi elaborado pela Faculdade de Direito de Bissau em colaboração com o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa (INEP)⁵¹⁹. O objectivo do estudo passou por identificar as práticas tradicionais de resolução de conflitos e os respectivos costumes vigentes nos principais grupos étnicos da Guiné-Bissau – Balantas, Fulas, Mancanhas, Mandingas, Manjacos e Papeis – para fortalecimento das interligações entre a justiça formal do Estado e a designada justiça informal ou tradicional.

Note-se que uma parte considerável dos litígios na República da Guiné-Bissau é ainda resolvida de forma tradicional e de acordo com o costume. As populações consideram ser essa a via mais justa e mais rápida na reposição da paz social, já que entendem o recurso às estruturas do Estado e aos tribunais oficiais como sendo residual.

Deste modo, o reconhecimento do direito consuetudinário é considerado de grande utilidade prática – também pelos autores daquele projecto – , uma vez que muito do seu conteúdo tem sido expressamente recebido em vários diplomas legais, remetendo-se a solução material para o direito costumeiro. Alega-se ainda a influência que as normas costumeiras podem ter nas reformas legislativas, dado que permitem aproximar as soluções dos diplomas escritos às regras *que os destinatários consideram mais adequadas ao seu modo de vida e ao seu relacionamento com as pessoas com quem partilham a mesma identidade cultural*⁵²⁰.

⁵¹⁹ O Estudo recebeu, para publicação, o suporte do Programa de Apoio aos Órgãos de Soberania e ao Estado de Direito (PAOSD), inteiramente financiado pela União Europeia. Teve ainda o apoio do Programa de Fortalecimento do Estado de Direito e Segurança (FORTES), inteiramente financiado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

⁵²⁰ Cfr. *Relatório Final do Projecto de Recolha e Codificação do Direito Consuetudinário Vigente na República da Guiné-Bissau*, Bissau, 2011, p. 5.

O Relatório final ressalva que, à partida, os direitos costumeiros não são incompatíveis com o direito escrito do Estado, podendo haver coexistência com o ordenamento jurídico do Estado *desde que não sejam postos em causa os seus princípios estruturantes*. Este ponto de vista vem justificado nos pressupostos que presidiram à respectiva recolha e codificação. Particularmente refere-se no relatório a complexidade da ordem jurídica na Guiné-Bissau, resultante de estar em vigor um direito de produção estritamente nacional que é divulgado através do Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau, o direito de origem portuguesa em vigor à data da Proclamação do Estado soberano da Guiné-Bissau, o direito internacional convencional oriundo dos compromissos internacionais bilaterais e multilaterais e de compromissos regionais e, ainda, o sistema de direitos de natureza consuetudinária vigente em cada grupo étnico, cujos contornos não eram claramente conhecidos até ao desenvolvimento do estudo.

No parecer dos autores do estudo, a vigência do direito costumeiro que se tem mantido ao longo dos tempos, mesmo na época da colonização, e a sua aceitação como fonte de direito no Estado da Guiné-Bissau, não pode ser acrítica, sobretudo quando podem chocar com o catálogo de direitos fundamentais provenientes da Constituição e com os próprios compromissos com o direito internacional aplicável⁵²¹. Está aqui presente um *limite à referida vigência dos direitos costumeiros*.

Na verdade, o relatório pretende, para a resolução de conflitos, encontrar formas de compatibilização entre os dois sistemas de direito e de justiça: o da justiça do Estado e o da justiça tradicional ou consuetudinária. Refere o relatório: “ Importa salientar de forma muito clara, que aceitar os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos no âmbito do território da Guiné-Bissau só faz sentido se estes puderem ser compatibilizados com o sistema formal de justiça do Estado”⁵²². Compatibilização que se pretende no contexto de um Estado de Direito de matriz ocidental, assente numa ideia de unidade jurídico-política e identidade nacional que pode também ser entendida como identidade cultural que vise o respeito pela diversidade cultural, nos termos da Declaração dos Direitos das Populações Indígenas (UNDRIP), e das Convenções n.ºs 107 de 1957 e 169 de 1989, ambas da OIT, relativas aos Povos Indígenas e Tribais⁵²³.

⁵²¹ *Relatório final do Projecto de Recolha...*, p. 10-11.

⁵²² *Ibidem*, p. 11-12.

⁵²³ *Ibidem*, p. 12-13.

Embora considerem a lei como principal e exclusiva fonte de direito no sistema jurídico da República da Guiné-Bissau, reconhecem que o direito escrito de produção interna não esgota o ordenamento jurídico, sendo, para o seu entendimento, necessário o recurso ao conceito pluralismo jurídico, quer dizer, admitem a existência de outras fontes de direito: “numa perspectiva ampla, o pluralismo jurídico está presente em todos os casos em que o âmbito de aplicação territorial e pessoal não tem o direito escrito do Estado como a única fonte de direito vigente no seu ordenamento jurídico”; ao passo que numa perspectiva mais restrita, o pluralismo jurídico traduz-se “na aceitação do costume interno como fonte de direito do Estado, o que pode particularmente [ser] relevante quando, como no caso da Guiné-Bissau, a diversidade cultural tem como consequência a coexistência de distintos e diversificados direitos costumeiros no território do Estado”⁵²⁴.

Reafirmamos que a Constituição da Guiné-Bissau não faz referência expressa à questão do pluralismo jurídico⁵²⁵, porém, no direito escrito da Guiné-Bissau podem ser encontrados vários exemplos da recepção expressa do direito consuetudinário. Assim, no âmbito do direito penal, dentre outras, veja-se a alínea a) do n.º2 do artigo 21.º da Lei Orgânica do Tribunal de Sector e Estatuto dos Juizes, aprovada pelo Decreto-Lei n.º6/93 de 13 de Outubro, que, relativamente à Suspensão da execução da pena de prisão, estabelece que “quaisquer usos costumes que não ofendam a dignidade humana” podem ser usados como deveres impostos ao réu “...desde que facilitem a ressocialização e a reparação do mal do crime..”⁵²⁶.

É legítimo perguntar também se as etnicidades exercem influência nas disposições do Código Penal da Guiné-Bissau.

O Direito Penal na Guiné-Bissau segue a dogmática jurídico-penal portuguesa e, por conseguinte, é de matriz europeia-continental. Contudo, diríamos que há uma irreduzível ligação à comunidade local. Exemplo da verificação passa pelo artigo 110.º do Código Penal guineense.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁵²⁵ Houve uma tentativa de em 1991 numa proposta de Constituição que foi votada por unanimidade, mas que acabou por não ser promulgada, com vista a ser introduzido um artigo 15.º com a epígrafe “Direito Consuetudinário” que previa: “1. O Estado reconhece e respeita o valor das normas de direito costumeiro. 2. São reconhecidas e respeitadas as formas de poder tradicional. 3. O Estado articula os seus actos, bem como os do poder local, com os actos do poder tradicional, sempre que estes estejam conformes à Constituição e às leis”.

⁵²⁶ *Relatório Final do Projecto de Recolha...*, p. 15.

Prevê o artigo 110.º do Código Penal⁵²⁷: “1. A mãe, o pai ou os avós que, durante o primeiro mês de vida do filho ou do neto, lhe tirarem a vida por este ter nascido com manifesta deficiência física ou doença, ou compreensivelmente influenciados por usos e costumes que vigorarem no grupo étnico a que pertençam, são punidos com pena de prisão de dois a oito anos, se tais circunstâncias revelarem uma diminuição acentuada da culpa. 2. A mãe que tirar a vida do filho durante o parto, ou logo após este e ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de um a quatro anos, se o fizer como forma de encobrir a desonra ou vergonha social”. Trata-se do crime de infanticídio praticado pela “mãe durante ou logo após o parto e ainda sob a influência perturbadora para encobrir a desonra ou a vergonha social” e o “praticado pela mãe, o pai ou os avós durante o primeiro mês de vida do filho ou do neto por este ter nascido com manifesta deficiência física ou doença, ou compreensivelmente influenciados pelos usos e costumes que vigorem no grupo étnico a que pertençam.”

A propósito deste tipo de crime, Augusto Dias faz referência a “circunstâncias endógenas e exógenas que exercem uma certa pressão psicológica sobre o agente impelindo-o à prática do facto”⁵²⁸. O autor trata a verificação das referidas circunstâncias como indícios de uma culpa especialmente diminuída, de uma culpa privilegiada; ou seja, os usos e costumes, neste tipo de crime, relevam para a fundamentação da culpa. Note-se que o bem jurídico tutelado é a vida humana formada, enquanto base biológica da existência humana autónoma, e o efeito privilegiante opera apenas durante o primeiro mês de vida⁵²⁹.

Considere-se ainda que as referidas circunstâncias poderão funcionar como atenuantes modificativas gerais da pena, p. ex., do crime de homicídio simples, previsto no artigo 107.º, por via do artigo 71.º do Código Penal da Guiné-Bissau – “atenuação especial da pena”. Circunstâncias de carácter geral aplicáveis a qualquer tipo legal previsto no Código Penal, para efeitos de atenuação da responsabilidade, considerando os usos e costumes que vigoram nos diferentes grupos étnicos.

⁵²⁷ Decreto –Lei nº 4/93, publicado no Suplemento ao Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau nº 41. O referido Decreto-Lei sofreu uma alteração feita pela Lei n.º 2/2002, mas manteve o conteúdo do Artigo 110.º.

⁵²⁸ Veja-se DIAS, Augusto Silva, “*Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural : O Chamado Infanticídio Ritual na Guiné –Bissau*”, Conferência proferida no Instituto Max Planck de Freiburg em 17 de Abril de 1996 e publicada de forma mais alargada na RPCC, nº16, 2006, p. 218 e s.

⁵²⁹ *Idem*.

Se este é um bom exemplo do reconhecimento do direito consuetudinário no direito penal estatal, olhemos agora para as fontes de direito não estatal que comprovam a existência de um “direito penal” e de um “direito processual penal” num ordenamento de natureza tradicional-indígena em território guineense.

O estudo que temos vindo a referir incidiu sobre diferentes áreas do direito, sendo de referir dentre outras as normas costumeiras relacionadas com a qualificação dos comportamentos individuais considerados lesivos das relações sociais, correspondentes ao direito penal, e os mecanismos de apuramento da responsabilidade penal e de aplicação de sanções aos comportamentos individuais considerados lesivos das relações sociais, correspondentes ao Direito Processual Penal⁵³⁰. Vamos olhar com detalhe para o Relatório Final do Projecto de Recolha e Codificação do Direito Consuetudinário.

I. No domínio do direito penal, embora os grupos étnicos estudados apresentem especificidades, podem ser encontradas as características comuns que passaremos a assinalar⁵³¹:

a) *Nos Balantas*

A imputabilidade é estabelecida a partir dos 15 e 16 anos. A comparticipação criminosa, a tentativa de um crime considerado grave, a legítima defesa e o excesso de legítima defesa são punidas de diferentes formas. A reincidência constitui circunstância agravante, mas a defesa da honra ou da família constituem circunstância atenuante. A responsabilidade penal não é apenas pessoal ou individual, *transmite-se também ao grupo familiar*. As consequências do crime são: a intimação (para alterar o comportamento), a devolução de coisas que pertençam a outras pessoas, a multa, a indemnização e pagamento de despesas, a reprovação social e afastamento do círculo social da tabanca (aldeia), as torturas físicas (nomeadamente chicotadas), a apreensão de bens, e a expulsão (para as pessoas de fora da tabanca ou estrangeiros).

⁵³⁰ Os dados recolhidos foram tratados e organizados a partir dos conceitos e categorias da dogmática jurídico-penal e processual penal utilizada no direito oficial, ou seja, de matriz europeia. Nestes termos faremos o enquadramento dos referidos dados recorrendo aos mesmos conceitos e categorias dogmáticas.

⁵³¹ *Relatório Final do Projecto de Recolha...*, p. 42-43.

b) Nos Fulas

A imputabilidade estabelece-se aos 18 anos. A comparticipação criminosa é punida e a tentativa é punida de forma atenuada; já a legítima defesa não é punida. A reincidência é circunstância agravante e a defesa da honra ou da família, ou a provocação constituem circunstância atenuante. A responsabilidade penal é pessoal e intransmissível. As consequências do crime são: a repreensão verbal ou advertência para cessação do comportamento, a multa, e a estigmatização ou isolamento do agente do crime.

c) Nos Mancanhas

A imputabilidade é estabelecida aos 16 anos, e aos menores aplicam-se penas atenuadas. A comparticipação criminosa e a tentativa são punidas. A legítima defesa não é punida, mas o excesso depende das circunstâncias. A reincidência é circunstância agravante e o acto praticado em defesa da honra, da família, ou mediante provocação, é especialmente atenuado. A responsabilidade penal é pessoal e intransmissível. As consequências do crime são: a advertência para cessar com o comportamento, a admoestação, a devolução da coisa, o impedimento para que a pessoa não realize negócios na tabanca, penas corporais (surras e chicotadas), e a expulsão da tabanca.

d) Nos Mandingas

A imputabilidade estabelece-se a partir dos 18 anos, aos menores de 16 anos são aplicadas penas atenuadas. A comparticipação criminosa é punível, mas a tentativa não é punível. A legítima defesa não é punível desde que a defesa tenha sido proporcional ao ataque. A reincidência é circunstância agravante e o acto praticado em defesa da honra, da família ou sob provocação é especialmente atenuado. A responsabilidade penal é pessoal e intransmissível. As consequências do crime são: a advertência para cessação do comportamento, a admoestação, a devolução da coisa, a indemnização, e as penas corporais (chibatadas); em relação às penas aplicadas às mulheres, mesmo quando graves, são atenuadas em comparação com as aplicadas aos homens.

e) Nos Manjacos

A imputabilidade é fixada a partir dos 14 ou dos 15 anos. A comparticipação criminosa e a tentativa são puníveis. Tanto a legítima defesa como o excesso não são punidos. A reincidência constitui circunstância agravante e o acto praticado em defesa da honra, da família ou sob o efeito de provocação, é especialmente atenuado. A responsabilidade penal é pessoal e intransmissível. As consequências do crime são: a advertência para cessação do comportamento, a admoestação, a restituição da coisa, a multa, a indemnização, a separação do casal quando o crime tenha ocorrido entre marido e mulher, a tortura, a condenação espiritual, e a exclusão da comunidade.

f) Na etnia Papel

A imputabilidade estabelece-se aos 16 anos. A comparticipação e a tentativa são puníveis mas nem a legítima defesa nem o excesso de legítima defesa o são. A reincidência não constitui circunstância agravante e o acto praticado em defesa da honra, da família ou sob efeito de provocação é especialmente atenuado. A responsabilidade penal é pessoal e intransmissível. As consequências do crime são: a repreensão oral, a multa, em casos específicos a obrigação de casar com a jovem violada, a separação do casal, a impossibilidade de o homem voltar a casar, penas corporais (chicotadas), tratamento discriminatório na tabanca, repúdio pela comunidade e expulsão da tabanca.

II. No domínio processual penal, temos referências aos mecanismos de resolução dos conflitos de natureza penal. Uma vez mais o estudo das diferentes etnias permite dar uma visão comum, não obstante as especificidades. Seguiremos novamente o disposto no Relatório⁵³²:

a) Nos Balantas

⁵³² *Relatório Final do Projecto de Recolha...* p. 50-53. Por uma questão de uniformização da linguagem e melhor clarificação, utilizaremos os conceitos e categorias da dogmática processual penal, não obstante, nesta matéria, os autores do Relatório tivessem utilizado uma terminologia e linguagem comum.

O conflito é resolvido por um comité de tabanca e pelos “Grandes da Tabanca”, mas pode também ser julgado por apenas uma pessoa.

O tribunal colectivo ou individual tem competência material para julgar crimes de pequena gravidade⁵³³. Os crimes de homicídio e ofensas corporais graves são da exclusiva competência dos juizes do Estado. Quanto à competência territorial, cabe relativamente a todas as pessoas que vivam (residam) numa tabanca balanta. Essa competência estende-se também aos estrangeiros, não residentes, nos casos de atropelamento de pessoas ou da morte de animais ocorridos no território da tabanca⁵³⁴.

O processo respeita quatro fases: (1) decisão sobre a submissão do facto a julgamento – esta decisão compete ao comité da tabanca e aos grandes da tabanca; (2) produção de prova com a audição do arguido ou arguidos, audição de testemunhas, utilização de testes espirituais – p. ex., derramamento de aguardente de cana numa representação do Irã (divindade dos povos da Guiné-Bissau) ou sacrifício de animais para se ter a certeza de que o arguido é o agente do crime; (3) decisão; (4) recurso da decisão.

O julgamento é público e todo oral, ou seja, não há lugar a depoimentos escritos.

No que diz respeito aos impedimentos, o julgador pode ser parente da vítima ou do arguido. As testemunhas também podem ser parentes do arguido e qualquer pessoa, independentemente da idade, pode ser testemunha.

Por fim, no que concerne aos direitos do arguido: tem direito a estar presente; goza de presunção de inocência; tem direito à defesa podendo pedir a ajuda de alguém para o apoiar na defesa; e no julgamento podem ser usadas várias línguas, com destaque para a língua balanta e para o crioulo.

b) Nos Fulas

Distingue-se entre conflito de natureza não religiosa e religiosa. Os conflitos de natureza não religiosa são resolvidos na “Assembleia do Régulo” (autoridades tradicionais) com os seus conselheiros; os conflitos de natureza religiosa, de outro modo,

⁵³³ Embora os autores do relatório não tenham avançado o critério seguido para determinação do que é mais ou menos grave.

⁵³⁴ *Relatório...* p. 50, ressalva que os estrangeiros residam ou não no território da tabanca, nos casos acima referidos, ficam obrigados ao pagamento à vítima de somas em dinheiro enquanto essa obrigação não é cumprida. Sujeitam-se a uma retenção pessoal e à retenção do meio de transporte utilizado.

são resolvidos pelos Tchernadjos (“conhecedores do Alcorão”). O tribunal é sempre colectivo. A competência material está prevista para os considerados crimes menos graves. A competência territorial circunscreve todas as pessoas que vivam na tabanca fula e ainda os estrangeiros nos casos de atropelamentos considerados não graves e nos casos resultantes em morte de animais domésticos.

Os crimes considerados graves ou aqueles em que intervêm estrangeiros (atropelamentos com resultados graves) são da competência dos Tribunais do Estado. Estes também intervêm quando uma das partes discorda da solução encontrada pelos mecanismos tradicionais da etnia fula.

O julgamento é público, geralmente, oral, podendo ser feito registo escrito dos casos mais importantes. Os julgadores devem guardar segredo dos casos que vão apreciar.

Quanto aos impedimentos, o julgador ou julgadores podem ser parentes da vítima, podendo haver afastamento em caso de dúvida sobre a imparcialidade.

Em relação aos meios de prova, a idade mínima para se ser testemunha é de 18 anos e os parentes do arguido podem ser testemunhas desde que a sua idoneidade seja reconhecida pela comunidade fula. A apresentação dos instrumentos do crime e o juramento perante o Alcorão também se consideram meios de prova.

O arguido goza de presunção de inocência até decisão dos julgadores, goza do direito de estar presente, goza do direito de silêncio durante o julgamento e tem direito à defesa, podendo fazer-se acompanhar de alguém para o ajudar nesse exercício. A língua do julgamento é o fula mas pode ser usado o crioulo e, no caso de o arguido ser de uma terceira língua, pode recorrer a um tradutor.

Tanto a vítima como o arguido podem recorrer da decisão⁵³⁵.

c) Nos Mancanhas

Os conflitos de natureza criminal podem ser decididos pelo chefe da tabanca, pelo Régulo e pelos seus conselheiros. Em regra, o julgamento é colectivo.

A competência material para julgar homicídios e atropelamentos com consequências graves é exclusiva dos tribunais do Estado. Também são remetidos para o

⁵³⁵ *Relatório Final do Projecto de Recolha...*p. 50-51.

Estado os casos em que uma das partes não ficou satisfeita com a decisão tomada na tabanca. Os atropelamentos sem grande gravidade e a morte de animais domésticos praticada por estrangeiros é da competência da tabanca. Esta tem ainda competência territorial para julgar todas as pessoas que residam na tabanca e os estrangeiros que mesmo aqui não vivendo cometam crime de atropelamento de pessoas.

Há quatro fases processuais na resolução de conflitos de natureza penal: (1) decisão sobre a submissão a julgamento de um determinado facto – esta decisão pode ser tomada pelo chefe da família, pelo conselho de anciãos, pelo chefe da tabanca, pelo Régulo ou pelo Régulo e seus conselheiros; (2) audição das partes no conflito, e suas testemunhas; (3) decisão sobre quem é o culpado; (4) e recurso.

O julgamento é público e todo feito ao abrigo do princípio da oralidade.

No que diz respeito aos impedimentos, o julgador pode ser parente da vítima ou do arguido.

Qualquer pessoa pode testemunhar, mas, relativamente aos menores, pondera-se a idade. Outros meios de prova possíveis: o juramento perante o Irã; o uso de locais sagrados onde se utiliza aguardente; o sacrifício de galinhas; as folhas de palmeira fervidas em duas caldeiras; e os ferros sagrados.

O arguido tem o direito de estar presente, goza de presunção de inocência até à decisão e tem o direito de usar a sua língua durante o julgamento. Quanto aos seus deveres, o arguido tem a obrigação de falar a verdade⁵³⁶.

d) Nos Mandingas

O tribunal é composto pelos chefes das tabancas auxiliados pelos conselhos de anciãos. Sempre que no conflito a vítima ou o arguido pertençam a etnias diferentes, ou habitem em diferentes tabancas, a intervenção dos Conselhos de anciãos torna-se mais activa. Os tribunais são sempre colectivos.

Com excepção do que designam por crimes de sangue (homicídios)⁵³⁷, os tribunais de tabanca nos Mandingas têm competência material para julgar todos os crimes, com

⁵³⁶ *Relatório Final do Projecto de Recolha...*, p. 51.

recurso à aplicação dos usos e costumes. Os casos de atropelamento de pessoas ou a morte de animais domésticos praticados por estrangeiros são da competência do chefe da tabanca. A competência territorial limita-se a factos que ocorram dentro da tabanca, em que sejam intervenientes pessoas que residam numa tabanca mandinga.

O processo decorre em três fases: (1) submissão do facto a julgamento, que compete ao chefe de tabanca, a partir do momento em que sejam conhecidos os seus autores; (2) produção da prova; (3) e decisão. Da decisão não cabe recurso, nem para a vítima nem para o condenado.

O julgamento não é público e apenas os anciãos das tabancas têm o direito de assistir. O julgamento é todo realizado oralmente.

O julgador não está impedido de exercer funções no caso de ser parente da vítima ou do arguido.

A idade mínima para testemunhar é 14 anos. Outros meios de prova passam pela utilização de certos versículos do Alcorão.

Os arguido goza do direito de estar presente, goza da presunção de inocência e pode defender-se. Porém, não pode chamar ninguém para o ajudar na defesa. Tem direito a um tradutor quando não fale a língua mandinga que é a única utilizada no julgamento. O arguido tem o dever de dizer a verdade.

e) Nos Manjacos

Os conflitos de natureza penal são resolvidos pelo chefe da tabanca ou pelo Régulo, consultados os “homens grandes”. O Tribunal é colectivo.

Os homicídios, ofensas corporais graves, roubo, furto, são da competência material dos tribunais do Estado. Os processos também são remetidos para as instâncias judiciais estaduais sempre que se considere que os mecanismos tradicionais estão esgotados ou a vítima ou o arguido não se conformaram com a decisão do tribunal manjaco. Os conflitos de outro tipo são resolvidos pelo tribunal Manjaco, com recurso ao Irã. São ainda da competência material do tribunal manjaco os atropelamentos e a morte de animais

⁵³⁷ O Relatório não é preciso em relação a essa questão e, uma vez que relativamente às outras etnias assim se descreveu, presumimos que os julgamentos dos homicídios sejam remetidos para as instâncias judiciais do Estado.

domésticos praticados por estrangeiros. A competência territorial está preenchida relativamente às pessoas que vivam numa tabanca manjaca e relativamente a estrangeiros que tenham atropelado alguém na tabanca ou morto um animal na tabanca.

O processo reconhece quatro fases: (1) a submissão a julgamento do facto ocorrido que compete ao chefe da tabanca ou ao Régulo; (2) produção de prova; (3) decisão; e (4) recurso.

O julgamento de crimes é público e ao abrigo do princípio da oralidade.

O julgador pode ser parente da vítima ou do arguido e deve manter segredo sobre o caso que estiver a ser julgado.

A idade mínima para testemunhar é 16 anos. Outros meios de prova relevantes utilizados: testes espirituais com recurso ao Irã, nomeadamente através do sacrifício da galinha e com a prova do fogo nos locais sagrados; e a prova pericial, através de pessoas que tenham experiência e conhecimento da matéria, quando no crime intervenham pessoas de etnia diferente ou seja estrangeiros.

O arguido tem o direito a estar presente, goza de presunção de inocência, tem direito a usar de um tradutor quando não fale a língua manjaca e tem direito à defesa, embora não possa recorrer a outra pessoa para o ajudar nesse exercício. Quanto aos seus deveres, tem a obrigação de falar a verdade⁵³⁸.

f) Na etnia Papel

Os conflitos podem ser resolvidos por duas vias: com recurso aos órgãos do poder tradicional em que a entidade decisora é o chefe da tabanca ou o Régulo apoiados por pessoas por eles seleccionadas, tendo em consideração o mérito e a experiência na resolução de conflitos; ou com recurso a um lugar espiritual, a pedido dos próprios sujeitos participantes, vítima e arguido. O tribunal é em regra colectivo, podendo o julgamento ser feito por apenas uma pessoa quando se trate de crimes de dano, furto, injúria ou difamação.

Sendo assim, o tribunal tem competência material para julgar os casos de furto, injúria, difamação e dano. Os homicídios são da competência dos tribunais do Estado, tal

⁵³⁸ *Relatório final do Projecto de Recolha...*, p. 52-53.

como também o são os atropelamentos e as mortes de animais domésticos praticados por estrangeiros, para além dos próprios recursos sempre que as pessoas se sintam injustiçadas pelas decisões tomadas pelos mecanismos tradicionais da etnia papel. A competência territorial abrange as pessoas que residam numa tabanca papel.

O processo reconhece quatro fases: (1) o impulso processual incumbe à vítima ou à sua família que deve apresentar queixa; (2) segue-se a fase de produção de prova; (3) a fase de decisão; e o (4) recurso.

O julgamento é público e todo oral.

Os julgadores podem ser da família da vítima ou do arguido, todavia, em caso de parcialidade o julgador pode ser afastado.

Não existe um limite mínimo de idade para se ser testemunha. Outros meios de prova relevantes: a mostra do objecto utilizado na prática do crime; e os testes espirituais – como o sacrifício de animais, o juramento perante o kansaré, e o “pegar na panela”.

O arguido goza do direito a estar presente, goza de presunção de inocência, tem direito a defesa, mas não se pode fazer auxiliar por ninguém nesse exercício. Tem ainda o direito ao uso de um tradutor nos casos em não fale a língua da etnia papel⁵³⁹.

§5. Moçambique

Em termos de direito anterior a 2015, o Código Penal em vigor na República de Moçambique era o Código Penal Português de 1886 que se regia pela lógica do princípio da legalidade e que afastava o costume das fontes do direito penal. De outro modo, também não continha nenhuma disposição expressa relativa à prática de crimes culturalmente condicionados. Estes poderiam ser atendidos nos termos gerais do artigo 39.º, como circunstância atenuante, quando enfraquecessem a culpabilidade do agente ou diminuíssem a gravidade do facto criminoso ou do seu resultado.

Relativamente às mais recentes alterações, entrou em vigor na República de Moçambique um novo Código Penal que reformou aquele de 1886. Este novo diploma dispõe no artigo 7.º o princípio da legalidade dos crimes e das penas, e não alterou o regime em relação ao tratamento a dar aos factos praticados por influência de razões

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 53

culturais. O artigo 43.º, sobre as circunstâncias atenuantes, acaba por trazer o regime do artigo 39.º do Código de 1886, ou seja, a considerar-se a prática do facto criminoso por razões de condicionamento cultural, o agente não beneficiaria senão da atenuante geral.

O Código Penal, mesmo na actualidade, não contém na parte especial nenhuma disposição do género da prevista no artigo 110.º do Código Penal da Guiné-Bissau, em que o tipo de crime tem em conta a influencia dos usos e costumes que vigoram nos diversos grupos étnicos.

À semelhança de muitos outros países africanos, Moçambique também vive um problema de pluralismo jurídico. O modelo de unidade jurídica que o Estado pretendeu instalar no país nunca desempenhou a sua função, qual seja, a de recuperar de modo institucional os conflitos, dando respostas que visassem restaurar a estabilidade e a ordem social. O modelo mostrou-se insuficiente e inadequado e, por essa razão, desenvolveram-se em várias partes do território “mecanismos extrajudiciais informais de resolução de conflitos, mais concretamente, os Tribunais comunitários, autoridades tradicionais, liga de direitos humanos, líderes religiosos, [que] têm desempenhado um papel relevante na gestão dos conflitos a nível das comunidades quer na zona urbana, quer na zona rural”⁵⁴⁰.

Na verdade, desde 1975, ano da independência, Moçambique foi sofrendo transformações radicais que passaram pela construção de um Estado socialista, pela criação de uma economia neoliberal capitalista e pela ambição de uma democracia multipartidária. *Tipos de culturas político-jurídicas eurocêntricas – colonial, socialista-revolucionária, capitalista, democrática – que se entrecruzaram e colidiram com as culturas tradicionais, mostrando que o binómio tradicional-moderno é suficientemente complexo e difícil de conciliar*⁵⁴¹.

A partir de uma perspectiva histórica, há também interesse em referir que a localização geográfica de Moçambique, na costa oriental de África, propiciou um mosaico de indivíduos provenientes de diversas origens e culturas⁵⁴². Estas diferentes etnias

⁵⁴⁰ Assim, BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus, “O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique”, p.10

⁵⁴¹ Nestes termos, JÚNIOR, Custódio Vique Jossia “ Pluralismo Jurídico: O Palimpsesto Político e Jurídico em Moçambique e Direito de Pasárgada no Brasil”, in *Cadernos do Programa de Pós –Graduação em Direito*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Volume VIII, nº2 ano 2013, p. 9

⁵⁴² Pela sua importância, passamos a caracterizar este “mosaico de indivíduos”. Genericamente, são africanos (negros e mestiços), árabes, indianos, europeus, etc. Mas os povos africanos que habitam atualmente em Moçambique são de diferentes grupos, subdivisões, ou etnias. O grande grupo *Bantu*, povoa quase toda a África a Sul do Saara. Incluem os “Tongas”, constituído pelos subgrupos changanas, Chopes, Tsuas e

possuem diferentes línguas, regem-se por diferentes normas próprias que, muitas vezes, coexistem e entram em conflito com o designado direito estatal. Isto justifica a existência de um pluralismo jurídico que interessa caracterizar.

A Constituição da República de Moçambique, promulgada a 19 de Novembro de 2004, implicitamente reconheceu, no artigo 4.º, o pluralismo jurídico, nos seguintes termos: “O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”. Por esta via, a justiça oficial deixou de ser a única instância de resolução de conflitos e estabelece-se como que *um diálogo*, a partir do qual a fonte estatal assimila a fonte comunitária ou popular e aceita um pluralismo⁵⁴³.

Neste sentido, o n.º3 do artigo 212.º da Constituição reconhece que “podem ser definidos por lei mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de composição de interesses e resolução de conflitos”. No entanto, esta articulação, conjugada com o artigo 4.º da Constituição, não permite concluir uma total incorporação dos vários sistemas normativos na ordem jurídica do Estado, basta considerar a ressalva pela não contrariedade aos valores e aos princípios fundamentais da Constituição. De certo modo, comunicam-se, mas mantêm a sua independência e identidade. É ainda importante referir que o n.º2 do artigo 223.º da Constituição, relativo às espécies de tribunais que exercem em Moçambique a função de resolução de litígios,

Rongas (ou Tsongas em Inglês), que praticam a agricultura e o pastoreio. Foram os primeiros a emigrar para as minas da África do Sul no século XIX. Hoje estão presentes na província de Maputo e em Gaza. Já os Batongas ou Bitongas estão, em geral, incluídos entre os Chopes. São denominados Muchopes, Angones ou Macuas, grupo constituído pelos seguintes subgrupos: Lomues, Chacas, Medos, Macondes, Podzos, Acherinas e outros. Os Macuas-Lomues constituem a mais numerosa etnia de Moçambique (cerca de três milhões de pessoas). Estão espalhados pela Tanzânia, Malawi, Madagascar, Ilhas Seychelles e Maurícias, devido ao tráfico de escravos. Os Macondes, muito conhecidos pelas suas esculturas, situam-se ao norte de Moçambique. Os Nhanjas, grupo constituído pelos seguintes subgrupos: Ajuda, Senga, Maganja, Auguro, Vanhangués e Atande. E, por último, os Swahilis, que se localizam na região de Quionga e Quelimane, no centro de Moçambique, embora existam algumas comunidades mais a sul de Moçambique. Trata-se de populações africanas islamizadas, cuja cultura se estende ao longo de toda a costa oriental de África, incluindo os Camarões e Madagascar. Foram os introdutores do islamismo nesta região e tiveram a sua época de maior florescimento no século XVI. Esta informação pode ser localizada da em <http://imigrantes.no.sapo.pt/page2.MocEt.html>.

⁵⁴³ BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus, “O Pluralismo Jurídico e a Realidade...”, p. 22. No mesmo sentido GUENHA, João André Ubisse, “O Pluralismo Jurídico na Constituição Moçambicana”, Relatório do Seminário de Teoria do Direito do Curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, 2009, p.28. Também, mas procurando operar também com um conceito de pluralismo, JÚNIOR, Custódio Vique Jossia, “Pluralismo Jurídico o Palimpsesto Jurídico...”, p. 8 para quem “o pluralismo jurídico se caracteriza por uma aparente multiplicidade das fontes e das soluções de direito bem dentro de uma ordem jurídica, o que é descrito, em termos de sistemas, como sendo a presença de subsistemas no interior de um mesmo sistema jurídico.”

determina que “podem existir tribunais administrativos, de trabalho, fiscais, aduaneiros, marítimos, arbitrais e comunitários”.

O reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico em Moçambique e, por consequência, do costume, veio demonstrar a sua importância no direito, mesmo depois da influência do cristianismo, do islamismo (a partir do século IV), e da colonização Portuguesa (no século XIX). Assim, os direitos costumeiros, reconhecidos ou não pelo direito oficial, convivem necessariamente com os direitos de raiz europeia, islâmica e canônica; estão presentes na prática de todos os dias da vida dos povos de Moçambique, e variam conforme as etnias, sendo as suas normas e formas de resolução de conflitos também variáveis⁵⁴⁴.

Por outro lado, em Moçambique há outras instâncias com uma função de resolução de litígios. Pela sua importância para a questão objecto de estudo, importa fazer referência às autoridades tradicionais e aos designados tribunais comunitários:

a) as autoridades tradicionais

Numa caracterização das autoridades tradicionais, Boaventura de Sousa Santos identifica o tipo de pluralismo por estas protagonizado partindo da variável moderno-tradicional e da variável monocultural-multicultural⁵⁴⁵. Assumem-se como titulares de um direito e de uma justiça que é muito diferente do direito e da justiça ocidental, envolvidas numa pluralidade de universos culturais e simbólicos que variam de etnia para etnia, tendo em conta a comunidade, tendo em conta a história, distintas do universo cultural e simbólico eurocêntrico que domina o direito e a justiça estatais.

Deste ponto de vista, discute-se a especificidade dessas autoridades tradicionais, no sentido de saber se são suficientemente fortes para conferir primazia entre as restantes estruturas do poder que existam nas comunidades. A discussão desenvolve-se entre duas posições: uma que não confere às autoridades tradicionais qualquer privilégio na coexistência com outros tipos de autoridade; e outra que separa as autoridades tradicionais das demais autoridades por se entender que se situam a um diferente nível do poder, uma

⁵⁴⁴ Assim, BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus, “O Pluralismo Jurídico e a Realidade...”, p. 43.

⁵⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa “O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico”, in *Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003, p. 73-74.

vez que “controlam o poder dos espíritos, o poder dos antepassados no governo das comunidades e, por isso, também só elas têm acesso aos rituais e à dimensão mágica da vida comunitária”⁵⁴⁶.

Pela importância que revestiram no contexto moçambicano, o Conselho de Ministro da República de Moçambique, por via do Decreto nº15/2000 de 20 de Junho⁵⁴⁷, estabeleceu as formas de articulação dos órgãos locais do Estado com as autoridades tradicionais que designou “comunitárias”. O artigo 1.º definiu quem, para efeitos do referido Decreto e, em consequência, para o direito estadual-oficial, se considerava autoridade tradicional: “...os chefes tradicionais, os secretários de bairro ou aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades locais”. O Decreto tomou posição relativamente à discussão sobre a especificidade das autoridades tradicionais, considerando-as como mais uma no seio das várias existentes. No artigo 4.^o⁵⁴⁸ estabeleceu as áreas em que a articulação se deve processar e, na verdade, delas não consta, de forma expressa, a resolução de litígios, que, julgamos, poderá eventualmente ser inserida na alínea a), que faz menção à paz, justiça e harmonia social, dado que a resolução dos litígios visa precisamente atingir esses fins.

Contudo, o reconhecimento contém os seus próprios limites, que decorrem não só do respeito pela Constituição política, como afirma o artigo 4.º da própria, como também da questão de saber até que ponto a acção das autoridades tradicionais pode pôr em risco a autoridade e a unidade do Estado⁵⁴⁹. E, de facto, o Decreto 15/2000, no n.º1 do artigo 3.º, estabelece os limites: “os órgãos locais do Estado articulam com as autoridades comunitárias, observando estritamente a Constituição da República e demais leis.”. Já o n.º 2 realça o “carácter pragmático e instrumental do reconhecimento ...” que é dado às autoridades comunitárias, “já que os critérios do âmbito e da natureza da participação

⁵⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa “ O Estado heterogéneo ...”, p. 83.

⁵⁴⁷ Publicado no Boletim da República , 1ª Série nº 24 , Suplemento, de 20 de Junho.

⁵⁴⁸ Artigo 4º “ São áreas de articulação entre os órgãos locais do Estado e as autoridades comunitárias, aquelas em que se realizam actividades que concorram para a consolidação da unidade nacional, produção de bens materiais e de serviços com vista à satisfação das necessidades básicas de vida e de desenvolvimento local, tais como: a) paz, justiça e harmonia social; b) recenseamento e registo da população; c) educação cívica e elevação do espírito patriótico; d) uso e aproveitamento da terra; e) emprego; f) segurança alimentar; g) habitação própria; h) saúde pública; i) educação e cultura; j) meio ambiente; k) abertura e manutenção de vias de acesso.

⁵⁴⁹ SANTOS , Boaventura de Sousa, “ O Estado Heterogéneo...” , p. 84.

(tanto em termos das autoridades, como em termos do número de comunidades) decorrem exclusivamente das «*necessidades de serviço*»⁵⁵⁰.

b) Os Tribunais Comunitários na Lei n.º 4/92, de 6 de Maio

A Lei n.º 4/92, de 6 de Maio, criou os Tribunais Comunitários⁵⁵¹. O preâmbulo fez constar que um dos objectivos da República de Moçambique é a “defesa e a preservação da igualdade de direitos para todos os cidadãos, o reforço da estabilidade social e a valorização da tradição e dos demais valores sociais e culturais...”.

O artigo 1.º estabelece que os Tribunais Comunitários “funcionam nas sedes dos Postos administrativos ou de localidade, nos bairros ou nas aldeias”. Os julgamentos procuram preferencialmente, a final, uma reconciliação das partes. Porém, sempre que essa não seja alcançada, devem julgar o caso com base na equidade, bom senso e justiça, tal como consta no n.º 2 do artigo 2.º. A competência dos tribunais está prevista no artigo 3.º: “1. pequenos conflitos de natureza civil, questões emergentes de relações familiares que resultem de uniões constituídas segundo os usos e costumes”.

No que ao direito penal diz respeito, os Tribunais Comunitários podem, segundo o n.º 2 deste artigo 3.º, conhecer “delitos de pequena gravidade que não sejam passíveis de penas privativas de liberdade e que se ajustem a medidas como: a) crítica pública; b) prestação de serviço à comunidade por período não superior a trinta dias; c) multa cujo valor não exceda 10.000,00 MT⁵⁵²; d) privação por período não superior a trinta dias do exercício do direito cujo uso imoderado originou o delito; e) indemnização de prejuízos causados pela infracção, podendo esta medida, ser aplicada autonomamente ou acompanhada de qualquer das outras.”.

Segundo o artigo 4.º, a falta de concordância com as medidas aplicadas pelo Tribunal Comunitário pode dar lugar à “introdução” da questão no Tribunal Judicial competente. Sempre que essa discordância disser respeito às medidas aplicadas pela prática de pequenos delitos, estas devem ser objecto de auto de notícia a ser remetido ao Tribunal Judicial de Direito, nos termos do n.º 2 do artigo 4.º.

⁵⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa, “O Estado Heterogéneo...”, p. 85. Itálicos e aspas do autor.

⁵⁵¹ Publicada no Boletim da República, Suplemento n.º 19 da 1ª Série de 6 de Maio.

⁵⁵² Dez mil Meticais equivale sensivelmente a 200 euros (€).

O n.º1 do artigo 7.º prevê a composição do Tribunal: oito (8) membros, sendo cinco (5) efectivos e três (3) suplentes; podem ser “membros” do Tribunal “quaisquer cidadãos em pleno gozo de direitos políticos e cívicos, com idade não inferior a 25 anos”; “membros” que não são denominados juízes e que são eleitos pelos órgãos representativos locais.

Esta realidade já se mostra alterada em termos de direito a constituir, pois o Novo Código Penal de Moçambique, no n.º 2 do artigo 3.º, *retira a competência criminal aos tribunais comunitários*, que apenas passarão a resolver conflitos de natureza cível. A assim ser, concretizar-se-á a *tese do domínio do direito estatal em matéria criminal*, embora não seja exclusivo para outras áreas do direito em que o diálogo entre fontes escritas e não escritas irá continuar a desenvolver-se⁵⁵³.

§6. São Tomé e Príncipe

Está historicamente assente que as Ilhas de S. Tomé e Príncipe estiveram desabitadas até 1470, altura em que os navegadores portugueses João de Santarém e Pero Escobar as encontraram, respectivamente, em 1470 e 1471. A ilha de Príncipe foi concedida ao senhor de Vimieiro, A. Carneiro e ficou na posse dessa família até 1640.⁵⁵⁴ Em 1485, D. João II doou S. Tomé a João de Paiva e concedeu-lhe a respectiva capitania, sendo este e os que o acompanhavam os primeiros colonos da ilha. Porém, em 1493, Álvaro de Caminha é nomeado donatário por D. João II, e parte acompanhado de jovens cristãos-novos que haviam sido expulsos de Portugal pela Inquisição, escravos negros e, ainda, degredados portugueses, para iniciar a colonização da ilha. Para efeitos de “povoamento” foi dada uma escrava a cada degredado, tendo Álvaro de Caminha fundado, desse modo, a povoação de S. Tomé⁵⁵⁵.

A colonização portuguesa permaneceu nas ilhas de S. Tomé e Príncipe até 1975, altura em que o Movimento de Libertação (“MLSTP”) conduziu o país à independência, e instituiu um regime político de partido único, situação que permaneceu até 1990, momento

⁵⁵³ Cfr. BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus, “O Pluralismo Jurídico e a Realidade...”, p. 103.

⁵⁵⁴ Seguimos, ALMEIDA, Pedro Ramos de *História do Colonialismo Português em África...* 1978, p. 51.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 70. Veja-se ainda SEIBERT, Gerhard, “Crioulização em Cabo Verde e São Tomé e Príncipe: divergências históricas e identitárias”, Afro-Ásia, 2014. O autor é Pesquisador do Centro de Estudos Internacionais (CIE) do Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), p. 2, que pode ser encontrado em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0002-05912014000100002&script=sci_arttext.

em que se adoptou uma nova Constituição que programou uma transição para um regime político de democracia pluripartidária.

Este enquadramento histórico tem sentido já que, pela via do povoamento seguido, as populações originárias das ilhas de S. Tomé e Príncipe seriam todas aquelas pessoas: os jovens cristãos-novos, os escravos negros, os degredados portugueses, entre outros. E será em relação às mesmas que questionamos os usos e costumes praticados e o seu modo de preservação, a ponto de fundamentar a vigência de um pluralismo jurídico que justifique um reconhecimento constitucional de uma cultura que provém do século XV.

Na apreciação que faz dos processos de criouliização de Cabo Verde e de São Tomé e Príncipe, Gerhard Seibert para além de destacar que as ilhas se encontravam desabitadas, reafirma que teriam sido os primeiros territórios onde europeus e africanos conviveram permanentemente, realizando-se, a partir de então, uniões entre europeus e escravas africanas. No caso de S. Tomé, pensa-se que os escravos eram oriundos do delta do rio Níger (1553), do Congo e de Angola, e que dessas uniões teria resultado uma natural mestiçagem biológica e cultural que deu origem às sociedades crioulas⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ SEIBERT, Gerhard, “ Criouliização em Cabo Verde e São Tomé e Príncipe...”, p. 2. O autor busca uma referência do que seja a criouliização e parte num primeiro momento para um termo proveniente da linguística . Assim, “criouliização” seria a mestiçagem cultural ou caldeamento cultural; para as ciências sociais, não haveria propriamente uma definição consensual, pois “ processos de mistura cultural distintos em contextos históricos diferentes foram considerados casos de criouliização”. Neste sentido, seguiu a definição proposta por KNÖRR, Jaqueline, *Towards Conceptualizing Creolization and Creoleness*. Working Paper No.100. Halle/Saale: Max Planck Institute for Social Anthropology, 2008, p.5, para quem a criouliização será “um processo em que pessoas etnicamente diversas se tornam indigenizadas e desenvolvem uma nova identidade colectiva carregando (diversos graus de) referência étnica”, o que, no entender de Seibert, Gerhard significa que durante o processo, as identidades étnicas anteriores desaparecem para dar lugar a uma única nova identidade étnica. Ainda seguindo Seibert, Gerhard que agora refere CHAUDENSON, Robert, “Creolization of Language and Culture”, Londres/Nova Iorque: Routledge, 2001, p. 306, o processo de criouliização linguística conheceu duas fases: uma primeira da designada sociedade de habitação em que foram criadas pequenas unidades de produção e, nesse contexto, ocorreu uma maior aproximação entre colonos e negros que numericamente não ultrapassavam os brancos; e a segunda fase, designada sociedade de plantação, em que se desenvolveram culturas de exportação e se procedeu a uma organização agroindustrial da produção; assistiu-se a um maior afastamento entre senhores e escravos que, nessa altura, já constituíam a maioria da população e já não contactavam tanto com a minoria branca. Os escravos recém chegados denominados “boçais” já não eram socializados pelos colonos europeus mas pelos escravos crioulos. O que caracterizava esse momento da criouliização é que a matriz e as estruturas das culturas e das sociedades crioulas eram europeias, embora os africanos nelas tivessem imprimido importantes marcas de conteúdo. Os africanos mantinham certos conceitos e crenças, sobretudo em relação à sua vida privada e caseira; a música foi um domínio em que tradições europeias e africanas sobreviveram e influenciaram-se mutuamente. As contribuições africanas foram também significativas em termos de cultura material, porque se adaptaram melhor ao ambiente natural das colónias (agricultura, pesca, construção de casas, alimentação, uso de plantas medicinais). A origem dos escravos africanos era diversa e com isso a diversidade da sua bagagem cultural, enquanto a dos colonos, na sua maioria portugueses, era mais homogénea. Por razões ligadas ao monopólio do poder político, tanto as instituições como a legislação dos

Numa perspectiva abrangente, Dário Moura Vicente investigou os traços comuns dos sistemas jurídicos dos países que integraram a comunidade de Língua Portuguesa e, desse modo, realçou que o direito consuetudinário assumiu, também por força de disposições constitucionais – cfr. artigo 4.º da Constituição de Moçambique; n.º 4 do artigo 2.º da Constituição de Timor-Leste; e artigo 7.º da Constituição de Angola – uma importância sem paralelo⁵⁵⁷. *O direito costumeiro foi observado sobretudo nos meios rurais*, em detrimento do direito de fonte oficial, menos efectivado. O autor concluiu que se assistiu, nesse domínio, *ao surgimento de “codificações autóctones” que procuraram atender a necessidades particulares da vida jurídica local*. Uma observação que temos vindo a defender ao longo deste estudo.

Mas tenha-se em conta que esta caracterização não se aplica necessariamente a S. Tomé e Príncipe, particularmente em virtude de, por força do processo de criouliização, *o direito consuetudinário não ter expressão suficiente que justifique consagração constitucional*, contrariamente ao que sucedeu em Moçambique e Angola e, como a seguir se verá, em Timor-Leste. Também não se encontram no Código Penal de S. Tomé e Príncipe quaisquer disposições, quer na parte geral como na especial, que, expressamente, se referiram às circunstâncias culturalmente condicionadas.

§7. Timor Leste

africanos, não podiam ser estabelecidos fora dos parâmetros fixados pelos portugueses. Daqui resultou que o sistema de parentesco, a organização económica, religiosa e política dos africanos não tenha sobrevivido e, com isso, tenha desaparecido, também, parte da cultura material. Acresce que os arquipélagos foram evangelizados pela Igreja Católica que se encarregou de substituir os nomes tradicionais pelos portugueses e, como consequência, os escravos ficaram relativamente afastados da sua cultura original. Terá sido esse encontro directo e prolongado entre as culturas portuguesa e as várias africanas que deram lugar a essa aculturação mútua: “uma europeização dos africanos, bem como uma africanização dos europeus, o que resultou na emergência de duas sociedades crioulas com as suas próprias línguas e culturas. O processo de criouliização ocorrido Corresponde à definição do conceito proposto por Knörr, pois as diversas identidades étnicas anteriores perderam-se e foram sendo substituídas por novas identidades colectivas. Integrando-se em culturas únicas, todos os diversos elementos culturais ficaram sujeitos a modificações, e novos elementos vindos dos ambientes locais foram igualmente incorporados às culturas crioulas. Em tais culturas, continuidades directas e formais com a África foram mais excepção do que propriamente regra...”.

⁵⁵⁷ MOURA VICENTE, Dário, “O Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas”, in, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martin de Albuquerque*, Coimbra, 2010, p. 401-429. O mesmo texto foi também objecto de uma palestra proferida em Dili, em 8 de Setembro de 2009, na abertura do ano Lectivo na Universidade Nacional de Timor-Leste.

Em 2011 deu-se um processo de consulta mandado realizar pelo Ministério da Justiça de Timor-Leste a fim de se elaborar uma lei sobre o funcionamento das instâncias de justiça tradicional timorenses e a respectiva articulação com o sistema judicial formal⁵⁵⁸. Desde 2009 que se discutia essa necessidade uma vez que não havia ainda sido efectuado um levantamento sistemático das regras costumeiras⁵⁵⁹. A discussão girava em torno de uma dúvida: a legitimidade dos líderes tradicionais para resolver litígios num Estado de Direito em que formalmente apenas os Tribunais tinham tal competência.

À semelhança de outros países saídos da colonização, Timor-Leste vive o problema do pluralismo jurídico procurando conciliar o direito oficial do tipo europeu e o direito tradicional praticado pela população, não obstante a “pressão” exercida pela globalização. Neste sentido, e na procura de uma melhor compreensão do contexto em que esse pluralismo se desenvolve, Daniel Schroeter Simião caracterizou a situação em Timor-Leste como um dualismo estrutural em que a relação entre a filogênese (que é o decurso das gerações) e a ontogênese (a vida de cada um), e entre as partes (constituídas pelos irmãos, knuas, os clãs, os antigos reinos, as etnias e os estrangeiros) e o todo (o sistema social), efectua-se numa *lógica de compreensão pelos rituais típicos*⁵⁶⁰. O sistema é visto como possuidor de regras específicas em que os aplicadores têm legitimidade para interpretar e agir em conformidade com rituais adequados tanto para a reprodução do sistema como para a resolução de conflitos ⁵⁶¹.

No tempo do “Império Belo”, a autoridade ritual situava-se nos “Wehali-Wehiku” (parte ocidental de Timor) e o poder político estava inserido nas estruturas políticas tradicionais (chamado “Liurais”). Mais tarde, no tempo colonial português, a autoridade ritual teria passado para a Igreja e seus bispos, presumindo-se que o poder político se tenha transmitido exclusivamente para as estaturas políticas coloniais.

⁵⁵⁸ JERÓNIMO, Patrícia, “Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um Equilíbrio” in *Estudos em Homenagem ao Sr. Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, pp.

⁵⁵⁹ embora MENDES, Nuno Canas, *A multidimensionalidade da construção identitária em Timor-Leste*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005, p. 238, tivesse afirmado que o referido levantamento havia já sido ordenado, ainda durante a colonização portuguesa, por Decreto de 18 de Novembro de 1869, e que incumbia aos Governadores das Províncias Ultramarinas mandar proceder à referida codificação dos usos e costumes, não obstante tal tarefa não tivesse sido concretizada.

⁵⁶⁰ SIMIÃO, Daniel Schroeter, *Sensibilidade Jurídica e Diversidade Cultural; dilemas timorenses em perspectiva comparada*, in SILVA, KELLY; SOUZA LUCIO (orgs.) ITA , maun alin: o livro do irmão mais novo, Lisboa, Edições Colibri, 2011, pp. 66 a 94. Aspas nossas.

⁵⁶¹ SIMIÃO, Daniel Schroeter, *Sensibilidade Jurídica,,,*, p. 71

Já no período posterior a 1999, que contou com a administração das missões da Organização das Nações Unidas, manteve esse funcionamento dual entre a estrutura ritual (que continuou a ser a autoridade sagrada) e o poder laico do Estado. Depois, a Assembleia Constituinte transformou-se em Parlamento e foi adoptada a nova Constituição⁵⁶². O desafio consistia em ultrapassar o choque de paradigmas e conjugar um modelo ritual que fosse legível não só pelo pensamento social e político timorense como também pelo pensamento tradicional. Ao mesmo tempo, procurava-se planear uma estrutura sociopolítica do Estado de forma a existirem instituições modernas e democráticas que revelassem um equilíbrio dualista concordante com a renovação do pensamento sociopolítico tradicional, ou seja, “conjugar um rito de reconciliação tradicional com um rito de instituição que possibilitasse o salto cultural de união entre clãs ou reinos, para a construção da pátria... onde os vários dois mundos (clânicos, étnicos e soberano), se pudessem reunir ...”⁵⁶³.

Era, pois, necessário encontrar as posições adequadas à manutenção do dualismo, complementando a estrutura social e política e possibilitando o “fluxo da vida”, ou seja, a circulação de pessoas e bens entre as diversas dualidades nos diversos níveis da sociedade timorense: o fenómeno deveria ocorrer especificamente ao nível da legitimidade institucional e conceder, a algumas instituições, a autoridade simbólica soberana, enquanto que a outras, o poder político⁵⁶⁴.

É neste quadro de caracterização da estrutura político-social timorense que Ozório Nunes⁵⁶⁵ realizou uma tentativa para encontrar uma noção de justiça criminal num contexto cultural como o de Timor-Leste. Concluiu que em Timor-Leste funciona um sistema em que há uma combinação de uma justiça punitiva formal, a criada pela nova ordem estabelecida no país, e uma antiga justiça tradicional, baseada nos costumes, mais conciliadora, em que os conflitos são resolvidos de forma consensual e restaurativa⁵⁶⁶. Uma conclusão que facilmente se associa àquela que temos vindo a defender em Angola.

⁵⁶² *Ibidem*, p.84.

⁵⁶³ *Idem*.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 84-85.

⁵⁶⁵ Promotor de Justiça de Taubaté, esteve em Timor Leste em duas missões oficiais, Fevereiro de 2004 e de Agosto de 2005 a Agosto de 2006, num projecto triangular de Cooperação Internacional Brasil/Timor-Leste/Nações Unidas, denominado “Apoio e Fortalecimento da Justiça do Timor Leste”, com a participação do Ministério Público do Estado de São Paulo,

⁵⁶⁶ NUNES, Osório António Carlos, “ Justiça Punitiva e Restaurativa em Timor Leste”, in *Justitia*, São Paulo, 65 (199), Julho/Dezembro, 2008, pp. 257 a 266

A diversidade cultural, não obstante a pequenez de Timor Leste, dá conta de diversas línguas e de uma organização tribal muito forte. A maioria da população vive nas cidades e vilas, e mantêm hábitos de vida familiar, comunitária e religiosa, muito acentuados. Os conflitos são fundamentalmente resolvidos pela “justiça tradicional” que permanece inalterada, mesmo depois de aprovada a nova Constituição de 2002 que claramente estabelece, no seu artigo 2.º, que o Estado timorense “reconhece e valoriza as normas e usos e costumes de Timor Leste, desde que eles não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do Direito Costumeiro”⁵⁶⁷.

Muitas dificuldades têm resultado da tentativa de coexistência entre as duas justiças, pois “na cultura tradicional timorense o que vale mesmo é a justiça consuetudinária ... em Timor, quando o caso já foi solucionado pelas vias tradicionais, eles não aceitam a intervenção policial e, se o caso chega ao Ministério Público, que primeiramente analisará a questão, é comum, às vezes, dezenas de pessoas da comunidade irem até lá, acompanhadas de um líder, para explicar que o caso já foi resolvido por eles, recusando a intervenção oficial..”⁵⁶⁸.

A “justiça punitiva” é aquela baseada na aplicação do Código Penal e do processo penal e que, particularmente neste contexto, tem como fonte códigos portugueses do tipo ocidental. Uma justiça com todo o formalismo inerente e, em princípio, distante de uma justiça consensual do tipo tradicional-indígena.

Por outro lado, na “justiça tradicional” os conflitos são resolvidos mais numa base colaborativa, num ritual com tradição própria, em que se buscam conciliações mediadas por Chefes de Aldeia ou de Sucos (que são comunidades resultantes do agrupamento de várias aldeias). Nessas reuniões conciliatórias em que participam as partes em conflito e respectivas famílias, o objetivo fundamental é solucionar o conflito e pacificar as partes. Procura-se fazer uma “...limpeza ou purificação..”, em que “o ofensor deve assumir a responsabilidade pelos seus actos, admitir o erro e reparar o mal causado..”, que inclui, para além da reparação do dano, a verdadeira manifestação de arrependimento, que assenta

⁵⁶⁷ NUNES, Osório António Carlos, “Justiça punitiva...”, p. 258. Ver ainda no mesmo sentido SIMIÃO, Daniel Schroeter, *Sensibilidade Jurídica* ... p. 2-3, a referir a crítica que é feita pelas ONG’S e autoridades de que a justiça tradicional não segue as orientações do direitos individuais, não garante o direito de grupos vulneráveis, não observa princípios internacionais de direitos humanos, não tem padrões impessoais e objectivos e não é escrita. Mas, por outro lado, a reconhecer que a justiça tradicional é normalmente efectiva e resolve os conflitos.

⁵⁶⁸ NUNES, Osório António Carlos, “Justiça punitiva...”, p. 259.

numa crença animista de que a “força vital” fica reduzida quando o indivíduo é desprestigiado, derrotado, humilhado física ou moralmente, perante o seu grupo social. Esta diminuição da “força vital”, provoca um forte sentimento de culpa, uma vergonha e uma perda da honra que são piores do que a privação da liberdade. É a ideia de pacificação e reconciliação que preside à justiça restaurativa, pois segundo as práticas tradicionais, a reparação do dano é suficiente para encerrar o caso, não sendo necessário a persecução penal.

Considerando o que fica dito, Ozório Nunes sintetiza a Justiça tradicional timorense da seguinte maneira⁵⁶⁹: as soluções dos problemas causados pelos crimes cometidos são encontradas em conjunto com as lideranças comunitárias, que presidem às reuniões conciliatórias; tanto o impacto como as consequências dos crimes são tratados por todas as partes envolvidas (acusado e sua família, vítima e sua família, lideranças comunitárias, muitas vezes também membros da comunidade que apenas têm haver com a questão pelo simples facto de serem membros da comunidade); a vítima pode participar nos processos de conciliação ainda que através da sua família; o infractor tem também uma participação activa, com a oportunidade de se responsabilizar pelos danos, pedir perdão, e ser novamente reconhecido e respeitado tanto no núcleo familiar como na comunidade; as reuniões conciliatórias têm por finalidade a reparação do dano à vítima – por via do pagamento de multas, indemnizações ou restituições –, e a solução dos problemas gerados pelo crime na comunidade com a conciliação entre todas as famílias envolvidas; e, além da reparação do dano, há lugar ao pedido de desculpas, cuja finalidade é o restabelecimento da paz e a prevenção de problemas futuros. No fundo, *a justiça tradicional é comunitária, voluntária e colaborativa*, visto que os procedimentos são informais e que se procura atingir resultados abrangentes junto da comunidade.

Embora a tendência para a coexistência dos sistemas de justiça, a lei continua a deter a primazia entre as fontes de direito, sendo, ao nível oficial, apenas atendível o costume “*secundum*” ou “*praeter legem*”. Mas, na verdade, o que a realidade mostra é que muitas normas costumeiras contrárias à lei ordinária continuam a ser seguidas pela

⁵⁶⁹ NUNES, António Carlos Osório, “Justiça Punitiva...”, p. 261-265. Também a caracterizar a Justiça Tradicional a partir de casos concretos julgados no Tribunal de Dili, SIMIÃO, Daniel Schroeter, *Sensibilidade Jurídica e Diversidade Cultural...* p. 3-4.

população, o que tem acentuado o fosso entre a “*lei nos livros*” e a “*lei em acção*”⁵⁷⁰. Mesmo o artigo 2.º da Constituição de Timor-Leste, que “valorizar as normas e os usos costumeiros”, limita o direito costumeiro quando reafirma o primado da lei, interpretando-se a lei como única fonte imediata de direito⁵⁷¹.

De todo o modo, as iniciativas no sentido da coexistência entre as leis modernas e as práticas tradicionais ficaram expressas com a publicação e aplicação em 2004 de dois diplomas relativos à eleição para “chefe de *suco*”: a Lei n.º2/2004, de 18 de Fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 5/2004, de 14 de Abril, revogadas, mais tarde, pela Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho, apenas para juntar num mesmo diploma as duas matérias sob o denominação “*Lideranças Comunitárias e sua designação*”. Essencialmente, tiveram como objectivo garantir a legitimidade democrática dos detentores dos cargos, assegurar alguma igualdade de género nas eleições, para além de concederem atribuições respeitantes ao recenseamento e ao registo da população, e de reafirmarem a manutenção de infra-estruturas sociais como escolas e postos de saúde.

No que diz particularmente respectivo à acção do “chefe de *suco*”, destaca-se no n.º2 do artigo 2.º: “favorecer a criação de estruturas de base para resolução de conflitos que envolvam duas ou mais aldeias de *suco*; promover a criação de mecanismos de prevenção da violência doméstica; apoiar iniciativas que tenham por fim o acompanhamento e a protecção da vítima de violência doméstica, o tratamento e punição do agressor de forma a eliminar a ocorrência de tais casos no seio da comunidade; solicitar a intervenção das forças de segurança em casos de conflitos não solucionáveis a nível local e sempre que ocorram crimes ou distúrbios” (alíneas c) a f) do n.º2 do artigo 3º da Lei n.º 3/2009 de 8 de Julho).

É, contudo, importante notar que a liderança comunitária e os seus líderes não pertencem à Administração Pública e que as suas decisões não vinculam o Estado, o que diminui o alcance da sua actuação e, desse modo, não pode deixar de ter importantes consequências ao nível do direito penal estatal⁵⁷².

Em Timor-Leste, as decisões ou acordos obtidos em sede de justiça tradicional através da acção conciliatória podem ser objecto de reconhecimento pelos tribunais

⁵⁷⁰ JERÓNIMO, Patrícia, “Estado de Direito e Justiça Tradicional...”, p. 102.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 113

⁵⁷² *Ibidem*, p. 114-117 e nota 59

estaduais. O Código Penal de Timor-Leste, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 19/2009, de 8 de Abril, posteriormente alterado pela Lei n.º 6/2009, de 15 de Julho, não prevê tratamento “especial” ou “privilegiado” para os membros das comunidades que cometam crimes, influenciados por razões culturais. Ou seja, não são tratados nem como inimputáveis, nem a sua conduta é vista como podendo ter sido realizada ao abrigo de uma causa de justificação ou de desculpação. Patrícia Jerónimo observa que o Código Penal apenas reconhece, na alínea g) do n.º 2 do artigo 55.º, a reconciliação entre a vítima e o agente como circunstância atenuante geral e, na alínea c) do n.º 2 do artigo 56.º, o facto de o agente reparar o dano ou diminuir os respectivos efeitos como circunstância de atenuação extraordinária⁵⁷³.

§8. Portugal

Neste contexto, parece-nos importante olhar para a obra de Pedro Caeiro a propósito da jurisdição penal do Estado⁵⁷⁴, e recordar que na Idade Média portuguesa vigorou um fenómeno de “*tolerância política e religiosa* onde a jurisdição central autorizou certas comunidades «estrangeiras» – extraneidade étnica e/ ou religiosa em relação à comunidade dominante – sob seu domínio a reger-se por normas próprias (*sc.*, pelo seu direito), aplicadas por órgãos próprios (*sc.*, compostos por pessoas por elas designadas)”⁵⁷⁵. Em causa estavam a comunidade moçárabe cristã da Península Ibérica e a comunidade judaica⁵⁷⁶. Repare-se que é utilizada a expressão “tolerância”, o que nos permite compreender que o facto de essas comunidades aplicarem as suas leis traduzia-se numa simples “consequência fática da sua integração numa comunidade regida por outro direito, com outra fonte de legitimação, sob cujo poder aceitaram viver”⁵⁷⁷.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 118 e nota 67

⁵⁷⁴ CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites...*, p. 67 a 82.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 67. Itálicos do autor.

⁵⁷⁶ Para mais detalhe veja-se SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, *História do Direito Português, Fontes de Direito*, 4ª Ed., Revista e Actualizada, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 110, onde em matéria de fontes de direito considera que a sociedade islâmica se regia pelo seu direito, principalmente contido no *Alcorão*, livro santo ditado por Alá ao seu profeta Maomé, e que a sociedade cristã-moçárabe continuava a aplicar, nas suas relações, o direito do *Código Visigótico*, concluindo que se tratavam de duas sociedades separadas. Veja-se também no mesmo sentido, ALBURQUERQUE, Ruy de / ALBUQUERQUE, Martim de, *História do Direito Português, 1140-1415. I Vol.*, 10ª ed., Pedro Ferreira: 199, p. 172, *apud* CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites...*, p. 67.

⁵⁷⁷ CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites...*, p. 73.

Marcelo Caetano também defendeu este ponto de vista e fê-lo através do conceito “História do Direito Português”: rejeitou o critério territorial segundo o qual seria direito português todo o direito que vigorou em território politicamente considerado do Estado Português, onde a soberania portuguesa foi exercida, onde foram impostas normas jurídicas obrigatórias para aqueles que nele habitavam. Isto porque, em território português, sempre existiram “vários ordenamentos jurídicos”, por assim dizer. Reafirma que tanto os Mouros como os Judeus viram o seu direito respeitado em certos momentos históricos, contudo, isso não transformou o direito muçulmano ou o direito talmúdico em direito português. A própria expansão da soberania portuguesa aos territórios de África e da Ásia não operou a integração no direito português das normas que continuaram a reger as respectivas comunidades Africanas e Asiáticas⁵⁷⁸.

No mesmo sentido Nuno Espinosa⁵⁷⁹, para quem o marco inicial da História do direito português deve ser indagado na fundação de Portugal, já que antes disso não haveria “por definição, uma experiência jurídica portuguesa.”⁵⁸⁰. A compreensão dessa experiência reclama um olhar pelas anteriores, embora essas não possam ser consideradas “portuguesas”. Vejam-se as experiências dos lusitanos, romanos e visigodos que muito embora interessem para a História de Portugal não eram ainda “portuguesas”⁵⁸¹. É um facto – ainda segundo Nuno Espinosa – que o recurso à localização geográfica do que se poderá designar como limites de Portugal é importante, mas apenas na medida em que as referidas experiências tenham sido vividas enquanto sociedade que evoluiu e que em determinado momento se veio a chamar Portugal⁵⁸².

O direito é também um facto cultural e, por essa razão, Marcelo Caetano defende que só se poderá falar em Direito Português quando se forma uma comunidade de pessoas geradora de uma cultura própria e a partir de uma entidade que é o Estado, pois é o mesmo que, em certo momento, se torna o detentor da autoridade, define as normas obrigatórias e impõe a sua observância⁵⁸³.

Assim, chama-se direito português àquele direito que é elaborado no espaço onde se exerce a autoridade política do Estado Português, pela consciência nacional Portuguesa,

⁵⁷⁸ MARCELO, Caetano, *História do Direito Português...*, p. 25

⁵⁷⁹ SILVA, Nuno Espinosa J. Gomes *História do Direito Português...*, p. 30-31

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 30

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 31

⁵⁸² *Ibidem*, p. 32

⁵⁸³ MARCELO, Caetano, *História do Direito Português...*, p. 25.

ou pelos órgãos legislativos competentes, de acordo com as necessidades, as conveniências, a sensibilidade da comunidade formada pelos indivíduos que, por afinidades de cultura e civilização, se agregaram em “comunidade homogénea” – uma comunidade de crenças, hábitos, mentalidade, grau de desenvolvimento económico, e aspirações colectivas⁵⁸⁴.

O território politicamente considerado elemento do Estado português foi muito amplo e aí certamente que coexistiram vários sistemas jurídicos. Um sistema nacional, constituído pelas normas emanadas do costume ou das leis promulgadas pelos órgãos próprios da comunidade portuguesa e destinados aos membros dessa comunidade. Um outro sistema de normas estranho à comunidade, mas *recebido* pelo direito nacional, permitindo que sejam acatadas e impostas, como se nacionais se tratassem, pelo acto específico de *recepção* no sistema jurídico. E, ainda, um sistema com normas ditas *toleradas*, ou seja, aquelas próprias das comunidades integradas na Nação portuguesa, que não perderam a sua personalidade, e que o direito público nacional tolera de forma a que continuem a ser acatadas e executadas nas respectivas comunidades – porém, diga-se, com a “esperança” de que progressivamente venham, um dia, a integrar a soberania na comunidade nacional⁵⁸⁵.

Mais concretamente, direito português pode ser entendido – segundo Marcelo Caetano – como aquele constituído por normas legais ou costumeiras, oriundas do seio da Nação Portuguesa, que têm como destinatários os cidadãos com as características culturais próprias dessa Nação. Deve, assim, do passado ao presente, considerar-se a vigência no direito português de certas normas pertencentes a outros sistemas.

Note-se: normas de direito canónico, elaboradas pela Igreja Católica e que em determinadas matérias vigoraram em Portugal como leis nacionais; normas de direito romano, que em determinado período histórico foram acatadas como se fossem portuguesas; normas de direito visigótico, leonês, ou castelhano que, na Idade Média, eram aplicadas ou por imposição ou por tolerância dos órgãos legislativos ou jurisdicionais; ou leis estrangeiras que, por devolução do direito interno para regras do Estatuto pessoal do

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 25-26

⁵⁸⁵ Adota-se aqui um conceito actual de Direito Público já que na Idade Média a distinção entre Direito Público e Direito Privado que vinha do Direito Romano confundiu os dois sectores. Entende-se aqui por Direito Público, o Direito que rege as Instituições Administrativas centrais e locais, o Direito Criminal, o Direito Processual. O Direito hoje Internacional Público que era o Direito das Gentes. Veja-se MARCELO, Caetano, *História do Direito Português...*, p. 28.

cidadão estrangeiro, foram aplicadas pelos Tribunais como normas recebidas pelo Direito Português⁵⁸⁶.

É, contudo, importante distinguir o Direito que é recebido no ordenamento interno, para vigorar nos termos e para os efeitos desse ordenamento, daquele que rege comunidades formadas ou conservadas no seio da Nação Portuguesa, com a preservação das suas características culturais. Situam-se neste último quadro o direito dos territórios chamados ultramarinos até 1974; o direito hebraico dos Judeus durante o período medieval; o direito muçulmano da Índia que coabitou com o direito hindu; e, em Macau, o direito da população Chinesa que sempre se regeu pelo seu próprio direito privado. Podemos dizer que ao longo da história a soberania portuguesa tendencialmente *tolerava* os usos e costumes dos povos locais, que funcionaram como complementos do sistema jurídico “próprio da comunidade nacional portuguesa”⁵⁸⁷, sem que, contudo, se tivessem tornado direito português.

Se voltarmos a olhar para a história, a ideia de tolerância, e não propriamente de pluralismo jurídico constitucionalmente reconhecido, encontrava alguma expressão a partir da jurisdição central. Segundo Pedro Caeiro, a sua efectiva aplicação era “consentida” enquanto “exercício de um poder público alternativo”; mas, na verdade, tratava-se de uma situação de dependência “absoluta” porque a “jurisdição central não conhecia qualquer limite heterónimo à regulamentação da faculdade das minorias de se regerem pelo seu direito, que poderia mesmo ser recusada ou suprimida...”, e, ao mesmo tempo, uma dependência “relativa” porque “o rei não impunha às jurisdições periféricas deveres de punir (limites positivos) que não decorressem das respectivas leis, afirmando-se por essa forma, no que lhes diz respeito, a identidade entre *forum* e *ius...*”⁵⁸⁸. É sabido, contudo, que em momento posterior da história, o “único titular” do “jus puniendi” passa a ser precisamente o Estado (“moderno”), com vista à prossecução do interesse público⁵⁸⁹.

Ao fazermos este caminho pela história pretendemos afirmar que, não obstante os contextos anteriormente vividos, em Portugal não se coloca um problema de “sociedades originariamente plurais, como as sociedades africanas e americanas, que mantiveram esse

⁵⁸⁶ Nas palavras de MARCELO, Caetano, *História do Direito Português...*, p. 26.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁸⁸ CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites...*, p. 75

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 48, e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p.10

traço a despeito da criação de Estados nacionais...”⁵⁹⁰. Portugal, sociedade tradicionalmente mais homogênea⁵⁹¹, fora das especificidades identitárias e culturais ou até religiosas decorrentes de movimentos migratórios, “é tendencialmente unitário em termos culturais e sociais, constitui um Estado Nação, o que torna difícil a identificação de costumes *contra legem* associados a uma efectiva convicção de obrigatoriedade jurídica, embora seja possível reconhecer aqui ou ali usos locais, expressões de representações populares arreigadas há séculos, verdadeiras formas de manifestação cultural, que são em si mesmas dignas de tutela e de protecção por parte do Estado e do ordenamento jurídico.”⁵⁹².

Neste sentido, somos levados a concluir que, embora os desafios da diversidade cultural tenham sido trazidos pela globalização e com eles novos problemas políticos e jurídicos, os referidos problemas não trouxeram ainda para Portugal a necessidade de uma intervenção de natureza constitucional nos mesmos termos que temos vindo a discutir em relação às experiências dos países da CPLP. Por essa razão, também, o actual Código Penal Português não dá uma importância expressa às circunstâncias culturalmente condicionadas – ainda que recentemente tenham sido autonomizados os crimes de “mutilação genital feminina” e “casamento forçado” ao abrigo da Lei n.º82/2015, de 5 de agosto, em cumprimento do disposto na Convenção de Istambul.

A punibilidade destas circunstâncias culturalmente condicionadas, segundo Augusto Silva Dias, poderá oscilar entre, por um lado, “a afirmação dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos a eles associados”, e, por outro lado, “as válvulas de decompressão da pressão das tradições e costumes étnicos sobre o indivíduo abertas pela culpa, nomeadamente pela sua exclusão ou atenuação”, considerando uma eventual falta de consciência da ilicitude não censurável ou até um estado de necessidade desculpante; já a atenuação da pena será especial “quando a acção é determinada por motivo cultural que diminua sensivelmente a culpa do agente”⁵⁹³. No fundo, Silva Dias entende que os crimes culturalmente condicionados devem ser punidos “atendendo à pretensão de universalidade

⁵⁹⁰ Veja-se DIAS, Augusto Silva, “Faz Sentido punir o ritual do *fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, in *RPCC*, ano 16, n.º2. Abril –Junho 2006, p. 206 e s.

⁵⁹¹ Cfr. DIAS, Augusto Silva, “ Faz sentido punir o ritual do *fanado*... ”, p. 207

⁵⁹² FARIA, Maria Paula Leite Ribeiro de, “O Costume e o Direito Penal no Século XXI”, in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Almedina, Março 2014, p. 126.

⁵⁹³ Assim, DIAS, Augusto Silva, “ Faz sentido punir o ritual do *fanado*... ”, p. 207 e ss.

e à extrema relevância social e jurídica dos bens jurídicos em jogo...⁵⁹⁴, tendo sempre em vista o nível da culpa.

Mário Monte, por seu turno, não obstante considerar que o direito penal não deve recuar perante a gravidade dos referidos crimes, entende que se devem seguir as soluções no âmbito das causas de justificação, das causas de exclusão da culpa, ou outras de natureza dogmática que tornem tais condutas atípicas, não excluindo outro sentido de solução: o da justiça restaurativa⁵⁹⁵. Sendo certo que o direito penal, no plano normativo, atendendo às suas especificidades, deve manter a tipificação dessas condutas, a melhor solução poderá passar por atender aos limites da intervenção penal e à relevância do princípio da subsidiariedade penal, com soluções como a justiça restaurativa.

As posições referidas demonstraram que em Portugal o debate centra-se no âmbito do direito estatal. Não podia ser de outro modo dada a inexistência de um direito de natureza tradicional-indígena em território português.

5. Pluralismo jurídico na América Latina

§1. Considerações gerais

A forma como as legislações penais latino-americanas tratam a questão da responsabilidade penal dos indígenas, tanto do ponto de vista substantivo como adjectivo, parte do direito oficial e não tanto do direito penal indígena propriamente dito⁵⁹⁶. Desse modo, passa por soluções conformes com o respeito pelos denominados “direitos fundamentais”.

No mês de Janeiro de 1941, em Santiago do Chile, no “Segundo Congresso Latino-americano de Criminologia”, Medrano Ossio afirmava que “o indígena deveria apenas ser declarado «perigoso» e não penalmente responsável ou culpado, porque o seu estado

⁵⁹⁴ DIAS, Augusto Silva, “Problemas do Direito Penal numa sociedade Multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné –Bissau”, in *RPCC*, ano 6, fasc.2º, Abril-Junho 1996, p. 215.

⁵⁹⁵ MONTE, Mário Ferreira, “ Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa”, in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Almedina, 2014, p. 102-103. Veja-se ainda do mesmo autor, “ Multiculturalismo y Derecho Penal en el espacio lusófono. Prueba de una solución de restauración para el problema e los delitos motivados culturales”, in *Multiculturalismo Y Derecho Penal*, Luigi Cornacchia, Pablo Sánchez –Ostiz, Coordinadores, Thomson Reuters, Aranzadi, 1ª Edición, 2012, p. 125-126.

⁵⁹⁶ Sobre o Direito Penal Indígena propriamente dito, veja-se BORJA, Jiménez, *Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena...* p. 81 e s.

psicológico- mental e a especial posição que ocupa na sociedade não se coaduna com a injusta e anti-científica responsabilidade a que o direito penal lhe submete”⁵⁹⁷. Assim, considerava o indígena um inimputável porque “não tem consciência do verdadeiro alcance do acto delituoso que realiza... sendo necessário o estabelecimento de entidades técnicas especializadas tanto para o julgamento como para a aplicação de medidas de segurança para o inocuizar (pelo perigo que representa) ou o adaptar à sociedade”⁵⁹⁸. Ou seja, nos anos 40, na América Latina, defendia-se que o indígena, quando julgado pelo direito oficial, deveria ser tratado como um inimputável.

Do ponto de vista de Myrna Díaz, teremos que distinguir duas posições: as liberais, que defendem que os indígenas devem ser integrados no corpo social, sendo-lhes garantidos os mesmos direitos que o Estado concede aos demais – eventualmente tratar-se-á de um “liberalismo cego”; e as posições comunitárias, defendendo-se o “respeito igualitário” mas reconhecendo-se as diferenças, permitindo que os grupos culturais possam manter-se e cumprir os seus objectivos, seja por via de um reconhecimento legal, seja por via da “privatização da diferença”⁵⁹⁹. Este ponto de vista comunitário, para o qual pendemos, defende que a singularidade está sempre relacionada com um contexto cultural e que, por essa razão, o Estado deve defender as culturas que tenham dificuldades em sobreviver em outros contextos, como é o caso da cultura dos indígenas.

Myrna Díaz sustenta-se numa ideia de pluralismo jurídico entendido como a possibilidade de *coexistência, num mesmo território, de várias culturas, avocando uma perspectiva intercultural*. Refere-se a um pluralismo jurídico emancipador no qual se procuram soluções também dentro do direito estatal-oficial – vejam-se, p. ex., as causas de justificação ou circunstâncias desculpantes baseadas na diversidade cultural. Esse tipo de *pluralismo emancipador* é visto como a antecâmara de uma legalidade alternativa e refere-se à coexistência de ordenamentos jurídicos paralelos que respondem a diferentes direitos produzidos e aplicados, oriundos das “lutas e práticas sociais comunitárias, independentes

⁵⁹⁷ Por via de VILLEGAS DIÁZ, Myrna “Entre la exculpación y la justificación, apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, *Revista de Derecho* (Valdivia) V. XXV – nº 2, Dezembro, 2012, p. 177-205 da Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

⁵⁹⁸ MEDRANO, Ossio, “Responsabilidad penal de los indígenas, Cuadernos, Universidad Autónoma Tomás Frías, Potosí, Bolivia, 1940, pp. 19, 36, *apud*, VILLEGAS DIÁZ, Myrna, “Entre la exculpación...”, p. 178.

⁵⁹⁹ Continuamos a seguir VILLEGAS DIÁZ, Myrna, “Entre la exculpación...”, p. 178 e ss.

do favor dos órgãos o Estado”⁶⁰⁰, considerando que “a integração num Estado pluricultural não pode significar o sacrifício de uma das culturas”. Nesta conjuntura, a autora concluiu que a política pública relativa aos indígenas não pode ser “monocultural”, devendo, pelo menos, ser “consultiva”, no sentido do Convénio 169 da OIT, por forma a permitir a possibilidade de dar aos indígenas o acesso ao exercício de “poderes públicos”.

Excepcionando o Chile, a generalidade dos países latino-americanos que integram povos indígenas reconhecem, constitucionalmente, a diversidade cultural. Muitos deles, de modo específico, considerando-os “povos originários”. Nesse sentido, ratificaram o Convénio 169 da OIT que contempla o reconhecimento expresso dos direitos dos indígenas⁶⁰¹.

O reconhecimento normativo dos direitos dos povos indígenas nas constituições traduz, de facto, o passo fundamental para a consideração das diferenças, afastando-se, assim, um princípio da igualdade baseado na uniformidade. O que está em causa é um

⁶⁰⁰ VILLEGAS DÍAS, Myrna, “ Entre la exculpación y la justificación...” , p. 179, e nota 10; também, WOLKMER, C., “ Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”., En García Villegas, M., Rodríguez, C., (eds), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Ilsa, Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 250 e s.

⁶⁰¹ MEZA-LOPEHANDRÍA GLAESSER, MATÍAS , “ Territorio y Autonomia de los Pueblos Originarios en Chile, Una Mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento”, Santiago do Chile, 2009, que pode ser encontrado em Observatorio Ciudadano – Artículos Especializados Tesis, autonomía y territorio indígena, data de publicação, 5 de Janeiro de 2012, p. 58 e s. Refere que foi através do sistema internacional dos direitos humanos que os Povos Indígenas adquiriam direitos e foram tratados de acordo com as suas particularidades. Inicialmente afastados porque o sistema designado de direitos de primeira geração apenas reconhecia direitos do indivíduo e não direitos de povos, remetendo os povos para os direitos individuais de cada um dos seus membros. Concretamente, no seio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), surgiu o primeiro instrumento internacional que procedeu a esse reconhecimento. Tratou-se do Convénio n.º 107 de 1957, Relativo à Protecção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais, nos Países Independentes. Esse instrumento foi a expressão das políticas de protecção e integração nas sociedades nacionais do indigenismo que então existia. Em meados dos anos 60 foram aprovados o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (PDCP) e o Pacto dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (PDESC) que, procuraram especificar e tornar funcional a Declaração dos Direitos Humanos. Aqui foram consagrados os direitos chamados de “segunda geração”, então, também reconhecidos aos entes colectivos, sendo o Estado o principal actor a garantir a respectiva efectivação. Estes instrumentos proclamaram o direito de livre determinação dos povos e, deste modo, legitimaram a descolonização de África, do Pacífico e de outras possessões ultramarinas. Contudo, o problema estava bem de ver: *o critério para a formação dos novos Estados foi as fronteiras coloniais e não os povos*. Reconheceu-se o direito à independência das possessões ultramarinas, mas não o direito dos enclaves de população indígena no interior dos estados independentes (cfr. p. 58-60). O primeiro instrumento que reconheceu direitos enquanto sujeito colectivo específico aos povos originários, foi o Convénio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1989. Tratou-se de uma reformulação do Convénio 107 que procurou superar o assimilacionismo e o reconhecimento da legitimidade da aspiração dos povos indígenas de “assumir o controlo das suas próprias instituições, formas de vida e desenvolvimento económico e a manter e fortalecer a sua identidade, língua, e religião dentro do marco do Estado onde [vivessem]”, p. 65 (tradução nossa). Veja-se ainda VALENZUELA, M., “ Direitos dos povos indígenas no contexto Internacional, especialmente os relativos a aspectos penais”, *Revista de Estudos Criminológicos y Penitenciários*, N.º6, Santiago do Chile, 2003, p. 9-36.

ideal de *multiculturalismo constitucional* em detrimento de um constitucionalismo monocultural. A propósito, Myrna Díaz, não deixa de defender um reconhecimento constitucional dos direitos dos povos originários como expressão do princípio democrático: governo das maiorias, com o devido respeito pelas minorias⁶⁰².

Como já deixámos assente, a relevância do reconhecimento constitucional do multiculturalismo torna-se essencial sobretudo naqueles casos em que há “ordens jurídicas” paralelas à oficial, o que poderá significar, por um lado, a aceitação do direito consuetudinário indígena como fonte de direito penal – na medida em que se incrimina certas condutas e para elas se estabelece uma pena –, mas também, por outro lado, admitir uma jurisdição especial sob responsabilidade das autoridades indígenas que deve actuar em coordenação com a jurisdição oficial, num determinado âmbito territorial⁶⁰³.

No caso do Chile em especial, em que não há um reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas, torna-se necessário articular institutos jurídicos na base de tratados internacionais para justificar as soluções penais que possam ir para além de um simples reconhecimento dos costumes indígenas, como meros pressupostos para consideração de circunstâncias atenuantes ou de exclusão da culpa, por outras palavras, um reconhecimento meramente periférico ou secundário da diversidade⁶⁰⁴.

§2. O direito penal indígena e o Convénio 169 da OIT

⁶⁰² VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación...”, p. 180.

⁶⁰³ Neste sentido veja-se BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena...*, p. 103-110; HURTADO POZO, J., “Derecho Penal y Diferencias culturales: el caso peruano”, in *Borja, E. (coordinador) Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant Monografías, Valência, 2006, p. 234-236. Em causa o caso particular do Peru. O autor refere (p. 234) que a Constituição Peruana prioriza a aplicação do direito consuetudinário das comunidades camponesa e nativas. O Direito consuetudinário é aplicável aos membros da comunidade e não aos estrangeiros, entendidos estes como não membros. Os estrangeiros ou são remetidos para as autoridades oficiais ou para as comunidades a que pertençam, a não ser que existam práticas intercomunais para a resolução das referidas questões. O membro da comunidade que delinquir fora da comunidade é submetido à jurisdição comum que terá em conta a sua condição pessoal, segundo as disposições especiais previstas no artigo 15.º do Código Penal do Peru. Caso o membro da comunidade se refugie na sua comunidade, esta está obrigada a entregá-lo às autoridades oficiais que, por seu lado, estão obrigadas a entregá-lo às autoridades comunais, para que o julguem. Segundo o artigo 149.º da Constituição peruana, a jurisdição das autoridades comunitárias é territorial e não pessoal como se pode também verificar no artigo 18.º do Código do Processo Penal do Peru, de Julho de 2004, que claramente estabelece que a jurisdição penal ordinária não é competente para conhecer “os factos puníveis nos casos previstos no artigo 149 da Constituição”, artigo este que prevê que as relações entre as duas jurisdições devem ser coordenadas.

⁶⁰⁴ CARMONA, C., “Derecho y Violencia: reescrituras en torno al pluralismo jurídico”, *Revista de Derecho*, Universidad austral de Chile, Vol. XXII N°2, diciembre 2009, pp. 9 a 26, pp. 14, *apud* VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación...”, p. 180.

Admitindo um verdadeiro pluralismo jurídico na América Latina é legítimo perguntar se existe efectivamente um direito penal indígena.

Emiliano Borja Jiménez sustenta que os povos originários da América latina têm um sistema normativo de resolução de conflitos autónomo e independente do sistema oficial que está em vigor⁶⁰⁵. Existe, pois, na variedade dos povos originários, um “conjunto normativo” que reprova e considera como muito graves uma série de comportamentos humanos similares aos que, no direito ocidental, se denominam “crimes”; e esse conjunto normativo associa aos referidos comportamentos anti-sociais determinadas consequências a que normalmente se denominam “penas”. O autor refere também que existe um certo processo formal para se determinar a culpabilidade ou a inocência de alguém, para se estabelecer a respectiva autoria e para se aplicar a correspondente sanção. Até porque são as autoridades nativas que estão encarregadas de julgar os suspeitos, e não os juizes de carreira associados ao Estado. Aquelas autoridades exercem *jurisdição própria* no âmbito territorial da comunidade e, de facto, têm poder para dirimir os conflitos e, sendo profundamente respeitados, as suas decisões são acatadas por todos.

Todavia, o “conjunto normativo” a que nos referimos não é escrito. Neste contexto, as regras de direito procedem do costume, da tradição, das práticas que em determinada comunidade todos conhecem. Por essa razão se estabelece uma grande diferença entre o direito de natureza indígena e o direito de natureza ocidental, sobretudo em matéria penal. Repare-se que nos sistemas oficiais da América do Sul, América Central ou Europa Continental, a principal fonte de criação dos crimes e das penas é a lei, instrumento normativo escrito, com origem num “Parlamento”. Ao passo que nos “sistemas indígenas”, em particular os originários da América Latina e de Africa, as regras jurídicas para a solução dos conflito de natureza penal procedem do costume, admitindo-se a vigência e a validade do direito consuetudinário.

Politicamente, procurou-se utilizar esse facto para se dizer que o sistema de justiça dos povos indígenas seria de classe inferior ou de segunda categoria face ao sistema de direito estatal. E aqui, refutando tal asserção, acompanhamos Borja Jiménez: não há

⁶⁰⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre Los Ordenamientos Sancionadores originarios de Latinoamerica”, in *Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Anuario de Derecho Penal*, 2006, p. 101-110.

direitos de primeira nem direitos de segunda, o que há são direitos cuja fonte é diferente, num caso a lei, no outro o costume.

O conjunto de instituições – crimes, penas, regras jurídicas consuetudinárias, procedimentos, autoridades, etc. – fazem parte integrante *de todo o sistema ou ordenamento jurídico* e isso permite afirmar que há sempre uma resposta regulada das diferentes instituições e que, em princípio, obedecem a uma lógica que é ou deve ser *conhecida por todos os membros da comunidade*. Significa também que a reacção social perante os comportamentos mais graves não corresponde nem à arbitrariedade nem ao desejo de vingança da vítima, mas a uma reacção da ordenação institucional prevista. Os mecanismos para a resolução de conflitos são jurídicos, no sentido de obrigatórios, dependentes de um terceiro, previsíveis e racionais. Se o “direito” existe significa que a convivência está sujeita a regras, o que, por assim dizer, lava a imagem que se pretende fazer valer do costume, negando-se veementemente que os “indígenas se submetem cegamente a um poder tradicional regido por uma total arbitrariedade”⁶⁰⁶.

A existência desses ordenamentos costumeiros deve-se, segundo Borja Jiménez, a várias razões. Desde logo ao afastamento do Estado que obrigou esses povos indígenas, de forma natural e espontânea, a formar uma solidariedade no sentido da actuação colectiva e autonomia do grupo. Assim, foram realizados determinados “serviços públicos”, com um esforço que transcendeu para outros âmbitos como a *recuperação da língua, das tradições e da cultura*. Sendo, contudo, compreensível que a modernidade e o desenvolvimento que foram sendo trazidos para a comunidade tenham influenciado, de modo geral, grande parte dos costumes e tradições que, na verdade, se foram perdendo também em virtude de conflitos internos, guerras civis, genocídios, entre outras circunstâncias infelizes.

É notório o esforço realizado no sentido da emancipação e recuperação dos costumes e das tradições. Neste sentido, é de grande realce, na América Latina, a aprovação do Convénio 169 da OIT “sobre os povos indígenas y tribais em países independentes”. O Convénio permitiu mobilizar muitos povos e etnias e reivindicou um espaço dentro do Estado em que se *reconhecesse a cultura, a tradição, a identidade como nação e, também, o direito de resolver os seus conflitos, conforme as suas normas e procedimentos, perante as suas próprias autoridades*. Esta vontade de emancipação levou a

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 103 -104.

que essas comunidades, em conjunto com determinados movimentos ideológicos no seu seio, se organizassem no sentido da recuperação do espírito do seu próprio ordenamento tradicional, nomeadamente mediante a criação de tribunais que passam a julgar os conflitos que ocorrem nas próprias comunidades, legitimados pelo referido Convénio 169 e pelas Constituições dos respectivos países⁶⁰⁷.

Uma outra razão que demonstra o reconhecimento dos sistemas penais indígenas na América Latina parte da realidade jurisprudencial. O Tribunal Constitucional da Colômbia é um exemplo vivo dessa realidade⁶⁰⁸. Por meio das suas decisões tem criado uma verdadeira “teoria científica” no domínio do direito indígena que constitui já uma verdadeira fonte de conhecimento. O TC em nenhum momento teve dúvidas acerca da existência de um autêntico direito penal indígena. Por interpretação conforme a Constituição, na Colômbia, qualquer pessoa que seja reconhecida na comunidade ou grupo indígena como autoridade pode exercer a função jurisdicional, resolver os conflitos mais graves de convivência e impor a correspondente sanção. O TC *até admite que no direito indígena se tipifiquem como crimes condutas que no ordenamento estatal não têm essa mesma qualificação*⁶⁰⁹. Na Sentença T-349/96, defendeu-se que a legalidade do processo, do crime e da pena adquirem o significado de procedimento, facto e sanção quando *seguem regras consuetudinárias estabelecidas em momento anterior à sua realização, de*

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 105 -106.

⁶⁰⁸ Cfr. sentenças do TC colombiano: C-139/96; T-349/96; T-254/94; T-496/96; C-139/96; T-523/97.

⁶⁰⁹ Cfr. Segundo Borja Jiménez, Emiliano, “Sobre Los Ordenamientos Sancionadores originários...”, p. 107, nota 4. Neste sentido, admitiu-se na tradição da etnia “embera-chami” diferentes tipos de homicídio: homicídio cometido por um pai contra um *jaibaná* (feiticeiro) por considerar que este foi o causador da morte de seu filho, sendo a pena a aplicação do cepo durante a noite, combinada com trabalho forçado durante o dia, em empresas da comunidade por um período de três anos; o homicídio cometido em estado de embriaguez é punido com cinco anos de trabalho forçado durante o dia e o cepo durante a noite; o homicídio do marido contra a mulher por quem esteja apaixonado é punido com seis anos de cepo combinado com trabalhos forçados, nas empresas da comunidade; o homicídio que um *jaibaná* (feiticeiro) comete contra alguém quando utiliza, indevidamente, os seus poderes sobre as forças da natureza, é de oito anos de cepo durante a noite e trabalhos forçados nas empresas da comunidade durante o dia. De notar que nestes casos, atende-se à circunstância agravante do estado particularmente indefeso da vítima. O tribunal julgou constitucionalmente admissíveis as penas de trabalhos forçados em favor da comunidade durante o dia e a aplicação do cepo durante a noite. O “cepo” é um artefacto concebido para sujeitar, reter ou imobilizar algo ou alguém, no caso de pessoas que tenham praticado crimes. O cepo pode ser destinado a diversos fins. Há cepo para tortura, para fins automobilísticos, etc. No contexto a que nos estamos a referir, sanções pela prática de condutas penalmente ilícitas, no sistema punitivo indígena na América Latina, o cepo é utilizado com o sentido “cepo para tortura”. Assim, diz-se que, “em épocas históricas passadas, empregava-se uma forma de cepo, pelo qual a vítima (o condenado) ficava imobilizada de pés e mãos. Quando se tratasse de castigo, o cepo, encontrava-se geralmente na praça do povo, para expor o réu, servir de escárnio e submetê-lo a todo o tipo de acções como a aplicação de açoites, insultos, etc. Em certas ocasiões chegava-se a urinar e defecar sobre o condenado ou até a atirar, sobre ele, comida podre.”.

modo que a consequência seja perfeitamente previsível para qualquer membro da comunidade. É, assim, reconhecida, de forma muito ampla, a capacidade dos povos indígenas para criar e aplicar as suas normas de natureza penal, desde que sejam respeitados os limites básicos, quais sejam: o respeito por “mínimos” no domínio dos direitos fundamentais, como a vida, a integridade física, proibição de tortura e de escravidão; a legalidade do procedimento, do crime e da pena, de acordo com *regras consuetudinárias estabelecidas em momento anterior*; e, também, a proporcionalidade entre crime e pena. No fundo, sempre que determinados requisitos pessoais e territoriais se vejam cumpridos, o indígena adquire o direito ao seu próprio foro, ou seja, torna-se titular da faculdade de ser julgado segundo as normas e procedimentos da sua comunidade e pelas correspondentes autoridades indígenas⁶¹⁰.

Parecem não restar dúvidas de que alguns povos originários da América Latina têm regras autônomas que estão destinadas a resolver conflitos de natureza penal, com procedimentos para determinar a verificação ou a ausência de responsabilidade de um suspeito, e com autoridades encarregadas de aplicar essas regras e dirigir os correspondentes processos. A suportar esta afirmação, prevê o Convênio 169 da OIT que os povos originários têm o direito de aplicar a sua justiça utilizando as suas próprias normas. Importa, contudo, referir que, não obstante essa previsão, o nível de desenvolvimento dos sistemas jurídicos em cada povo ou comunidade é notoriamente diferente.

De outro modo, considere-se que há nos ordenamentos jurídicos indígenas uma mistura de instituições originárias com instituições que procedem da época colonial. Que sirva de exemplo a aplicação do “fuate e do cepo”, oriunda do direito espanhol, anterior à independência. Em definitivo: “Não há sistemas jurídicos puros, todos são o resultado do espírito e de influências das culturas que exerceram o seu peso sobre a correspondente nação ao longo do desenvolvimento histórico”⁶¹¹.

Aqui chegados, podemos dizer que o sistema sancionador vigente nos ordenamentos indígenas da América Latina não é homogêneo. A heterogeneidade resulta precisamente da riqueza da diversidade cultural, e o direito, como mecanismo de regulação da coexistência dos grupos humanos integrantes de cada povo, também terá que assim ser.

⁶¹⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre Los Ordenamientos Sancionadores originários...”, p. 108.

⁶¹¹ *Idem.*

Deste modo, podemos falar em “direitos indígenas” e não apenas de um “direito indígena”, dado que *há tantos sistemas jurídicos quantas as comunidades com uma certa autonomia jurídica*⁶¹².

Por outro lado, as soluções que o direito penal substantivo estatal apresenta para os factos culturalmente condicionados orientam-se sobretudo para as causas de exclusão da culpa. Uma vez o agente é tratado como inimputável, outras é como se actuasse sem consciência da ilicitude⁶¹³.

Modolell González, começa por qualificar o indígena como sendo o descendente directo dos ocupantes originários do território americano no momento da chegada dos conquistadores europeus, ou seja, “indígenas” que não haviam sofrido uma mestiçagem importante e que mantiveram todos ou grande parte dos seus costumes ancestrais⁶¹⁴. Relativamente aos mesmos, a doutrina e a legislação penal latino-americana normalmente ou qualifica-os como inimputáveis e, por isso, penalmente isentos de culpa – tal como os doentes mentais ou os menores de idade (cfr. artigo 33º do CP da Colômbia⁶¹⁵) – ou, em virtude de pertencerem a uma cultura diferente, entendem que actuam com erro sobre a ilicitude (cfr. artigo 15.º do CP do Peru⁶¹⁶). Mas tudo depende de uma análise casuística.

⁶¹² *Ibidem*, p. 110

⁶¹³ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, “*Breves consideraciones sobre la posibilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (caso del indígena y costumbres de origen afroamericano, in Derecho Penal Y Pluralidad Cultural, ANUÁRIO de DERECHO PENAL, 2006, p. 273-274.* O autor sustenta-se no facto de na América Latina existirem culturas diferenciadas no sentido de sectores da população que comungam crenças e valores diferentes dos que são reflectidos nas leis dadas pelo Estado. No âmbito jurídico estão em vigor textos normativos alheios à realidade do continente que acabam por agravar o choque de culturas e levar a que relativamente a esses grupos se coloque o problema da coexistência de ordens normativas distintas. Daí a não adopção por parte dos referidos grupos das normas do ordenamento jurídico do Estado. A situação torna-se mais grave quando as normas em conflito têm natureza penal, porque é possível que os infractores sejam punidos de forma grave segundo o ordenamento interno do Estado. Embora as normas jurídicas sejam gerais e abstractas e, por isso, se dirijam de modo indiferenciado aos membros da colectividade, a verdade é que em determinadas situações elas regulam em razão de particularidades dos seus destinatários. É nesse contexto que na América Latina a circunstância da diferença cultural tem levado a que, no domínio penal, existam normas que eximem de responsabilidade aqueles membros de comunidades pertencentes a outras culturas, particularmente os indígenas, quando praticam factos tipificados como crime pela legislação do Estado.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 274.

⁶¹⁵ O referido artigo 33º estabelece: “Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares....”.

⁶¹⁶ Artigo 15º do Código Penal do Peru: “Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el caracter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, sera eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.”

Há sistemas jurídicos nos quais existe uma *única ordem jurídica a nível nacional* que, com maior ou menor ênfase, contempla o reconhecimento penal dos direitos dos povos indígenas; há também sistemas jurídicos mistos nos quais, para além da ordem jurídica nacional, existe uma *ordem jurídica diferenciada para indígenas* que vivem em comunidades autónomas.

Vamos então olhar de perto para os diferentes ordenamentos jurídicos na América Latina.

§3. México

A Constituição Federal Mexicana em 1992 reconheceu pela primeira vez a autodeterminação dos povos indígenas: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (cfr. artigo 2.º). Depois, ao longo do tempo, foi efectuando reformas no sentido de a efectivar⁶¹⁷. O reconhecimento decorreu do CP federal, das leis federais e dos próprios Códigos Penais dos diferentes Estados.

O CP Federal contém normas comuns para todos os habitantes do território mexicano. Não constam tipos de crime especialmente direccionados para a diversidade cultural, mas estão previstos na parte geral a inimizabilidade e o erro sobre a ilicitude. Por outro lado, há normas específicas que, para efeitos de determinação das penas e das medidas de segurança, obrigam a atender à qualidade do sujeito, aos usos e costumes dos povos da comunidade a que pertençam (artigos 51.º e 52.º CP Federal). De notar ainda que o artigo 195.º bis, II, do CP Federal, contempla uma norma especial que não permite o Ministério Público Federal iniciar acção penal no caso de posse de “peyote” (planta alucinogénica) ou de “hongos” (fungos alucinogénicos) sempre que se possa presumir que serão utilizados em cerimónias em conformidade com os usos e costumes indígenas. Há também normas direccionadas para o tráfico de pessoas, em que se prevê uma agravação

⁶¹⁷Cfr. ARAGÓN, O., “ Los Sistemas Jurídicos Indígenas Frente al Derecho Estatal en Mexico. Una Defensa del Pluralismo Jurídico”, in *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, XL (118), 2007, p 9-26 esp, p.11. *apud*, VILLEGAS, DÍAZ, Myrna, “ Entre la exculpación y la justificación” , p. 181

da pena quando o traficado seja um indígena e, ainda, normas relativas ao tratamento de menores indígenas infractores, aplicáveis no Distrito Federal e em toda a República.

A maioria dos CP Estatais também contém normas específicas, à semelhança do CP Federal, em relação tanto à determinação como à aplicação das penas e das medidas de segurança, atendendo aos costumes dos povos. De particular realce é a norma do artigo 3.º do CP de Veracruz que reconhece especial atenção aos usos e costumes indígenas no confronto com o *ius puniendi* do Estado, para além de, no artigo 15.º, prescrever uma discriminação positiva à aplicação da lei penal quando em causa estão indígenas.

Há finalmente a considerar a existência de leis ordinárias que tratam certas matérias específicas tomando em conta a qualidade de indígena. Por exemplo, no Distrito Federal Durango y Puebla a lei para menores adolescentes contém normas similares às do CP Federal; e em Jalisco y Chiapas há leis sobre a execução de penas que, para efeitos de aplicação, expressamente referem a qualidade de indígena⁶¹⁸.

§4. Guatemala

Na Guatemala, os trinta seis (36) anos de luta armada e a violência que se seguiu nos anos oitenta trouxe como consequência, entre outras, a obliteração de uma geração de líderes indígenas. Os acordos de paz de 1996, assinados entre o Governo e os Guerrilheiros, a maioria dos quais “Mayas”, garantiram os direitos dos indígenas, reformas sobre as terras e uma aproximação a políticas multiculturais, particularmente o “Acordo sobre a Identidade e Direitos dos Povos Indígenas”⁶¹⁹. Note-se que os indígenas representavam metade da população.

Antes mesmo de se realizarem esses acordos, o artigo 66.º da Constituição da Guatemala de 1985 estabelecia: “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran indígenas de ascendência maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.

⁶¹⁸ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación”, p. 181-182.

⁶¹⁹ SIEDER, R., FLORES, C., *Autoridad, autonomía y derecho indígena na Guatemala de posguerra*. F&G, Editores, Casa Comal, Universidad Autónoma de Morelos, Guatemala, 2011, p. 14-15 nota 1, *apud* VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación”, p. 183

A verdade é que ainda hoje a legislação relativa aos indígenas encontra-se dispersa e desordenada.

O CP da Guatemala não contém nenhuma disposição sobre causas de exclusão da culpa relacionadas com factos culturalmente condicionados. Contempla, no entanto, uma atenuação da responsabilidade para os casos “inferioridade psíquica” e para a “ignorância” (cfr. artigo 26.º).

Entretanto, o Decreto 57-2002 aditou o CP no sentido de sancionar a discriminação e as situações impeditivas do exercício dos direitos consuetudinários ou dos costumes dos indígenas. Estabeleceu, para isso, uma agravante da responsabilidade criminal. Solução que, por não ser suficiente, foi inclusivamente criticada pelas organizações indígenas e pelo Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos.

Quanto ao processo penal, Myrna Díaz refere que na Guatemala não existe qualquer lei procedimental da jurisdição indígena, não obstante ser reconhecido aos Mayas e a outras comunidades indígenas o direito e a autonomia municipal segundo o seu direito consuetudinário.

De todo o modo, as autoridades judiciais indígenas resolvem conflitos, inclusivamente de natureza penal, e aplicam sanções, no caso dos Mayas, com fundamento no próprio direito consuetudinário e considerando as decisões da Assembleia Comunitária. Com efeito, os indígenas recorrem aos “Conselhos de Anciãos”, aos “Alcaldías Indígenas” e aos “Comités comunitários”, que não são tribunais propriamente ditos mas que resolvem conflitos. As decisões proferidas por esses órgãos, em regra, vinculam apenas os próprios indígenas. As autoridades oficiais só se vinculam quando consideram que tais decisões não afectam os interesses principais do Estado, da justiça oficial ou dos possuidores de terras.

Além das referidas instituições tradicionais-indígenas, existem ainda outras operantes desde 1997 que têm como objectivo dirimir conflitos entre indígenas, instituições essas que estão integradas na estrutura oficial: são os “Julgados de Paz comunitários” previstos nos artigos 58.º, 101.º e 102.º da Lei dos Organismos Judiciais. Estes julgados integram três membros das comunidades e aplicam direito consuetudinário desde que não se afigure contrário à Constituição nem os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Em 2002 existiam 6 Julgados de Paz comunitários. Porém, essa implementação não significa um reconhecimento do direito indígena, uma vez que “a legislação nacional confere ao Tribunal de Paz Comunitário poderes para resolver os conflitos com base nos

usos e costumes, na equidade e nos princípios gerais do direito, quando isso seja possível e na possibilidade de decidir sem tomar em consideração o direito consuetudinário indígena”⁶²⁰.

§5. Colômbia

O artigo 7.º da Constituição Colombiana reconhece a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana, ao passo que o artigo 246.º reconhece o direito e a jurisdição dos indígenas colombianos.

Relativamente ao direito penal substantivo, o CP nacional contém algumas disposições que atendem à diversidade indígena. O artigo 33.º do CP é a disposição que pode ser destacada; sobre a inimputabilidade estabelece: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitude o de determinarse de acuerdo com esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidade sociocultural o estados similares”. Trata-se de uma norma que está no CP desde 1936 e que, num primeiro momento, considerou o indígena como inimputável em virtude de pertencer a uma comunidade autónoma, facto que lhe impediria de compreender a ilicitude da sua conduta. Mais tarde, essa impossibilidade de compreensão foi especificada pelo reconhecimento de uma cultura diferente, legitimando uma diversidade sociocultural⁶²¹.

Assim, o artigo 73.º do CP prevê medidas de segurança para os indígenas declarados inimputáveis em razão de diversidade cultural. A medida é fundamentalmente com vista à reintegração no respectivo meio cultural. Em consequência, o artigo 470.º do CPP da Colômbia estabelece, na execução das penas e das medidas de segurança, para os indígenas inimputáveis a coordenação dos juízes estatais com as autoridades indígenas das comunidades. E a Constituição, de facto, prevê jurisdições paralelas no domínio do processo penal.

Por um lado, o sistema jurídico nacional que integra a Constituição política e a legislação nacional, aplicando-se aos indígenas enquanto cidadãos colombianos, e a

⁶²⁰ Veja-se VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación”, p. 184

⁶²¹ BECERRA, C., “La Jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia; Entre le pluralismo jurídico y la autonomia relativa”. *El Otro Derecho*, nº35, 2006, p. 219 *apud* VILLEGAS, DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación”, p. 185.

legislação indígena nacional que tem sido assumida pelos povos indígenas andinos e comunidades indígenas, por virtude do processo de aculturação, embora muitas vezes distante dos costumes ancestrais e do controlo das suas autoridades⁶²². Por outro lado, consideram-se os sistemas jurídicos indígenas que são autónomos, com jurisdição reconhecida constitucionalmente, autoridades próprias, sistemas de controlo e órgãos decisórios. A este propósito o Tribunal Constitucional colombiano clarificou quais os limites da jurisdição indígena e que elementos integram o conceito “foro indígena”. Vejamos com pormenor.

A partir do artigo 246.º da Constituição Política, o Tribunal Constitucional clarificou que a referida norma integra quatro elementos que permitem compreender o conteúdo da jurisdição indígena, sendo eles: (i) a possibilidade de se reconhecerem as autoridades próprias dos povos indígenas; (ii) a competência dessas autoridades para estabelecer normas e procedimentos próprios; (iii) a sujeição das referidas jurisdições e normas à Constituição e à lei; (iv) e a competência do legislador para determinar a forma de coordenação da jurisdição indígena com o sistema judicial nacional⁶²³.

⁶²² CABEDO, V., *La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los Derechos Humanos*, Valência, 30 de Diciembre de 1998, *apud* VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación”, p. 185.

⁶²³ SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, “La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana”, XII Jornadas Lascasianas Internacionales, HJ-UNAM, México, 2002, p. 159. De notar que os dois primeiros elementos, a possibilidade de existirem autoridades próprias dos povos indígenas e essas serem competentes para estabelecer normas e procedimentos próprios, são a expressão da autonomia que é reconhecida às comunidades indígenas que se estende não apenas ao âmbito jurisdicional, mas também legislativo. Veja-se Constituição de 1991, artigos 246.º e 330.º. Os outros dois elementos constituem os mecanismos de integração dos ordenamentos jurídicos indígenas no contexto do ordenamento nacional (p. 160). Contudo, ao legislador ordinário (ao Congresso) competia elaborar a lei que estabeleceria a forma de coordenação entre a jurisdição especial indígena e a jurisdição ordinária, o que não ocorreu. Deste modo, acabou por ser o Tribunal Constitucional a clarificar, através de um Recurso de Amparo, os limites que as autoridades indígenas deveriam respeitar na aplicação de uma sanção a um dos seus membros e quais os elementos que deveriam integrar o conceito de foro indígena para que os indígenas fossem julgados pelas suas próprias autoridades, em conformidade com os seus usos e costumes (p. 161). Foram prolatadas várias decisões, no sistema colombiano, particularmente C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, através das quais o Tribunal Constitucional estabeleceu regras e resolveu problemas jurídicos relativos aos limites da jurisdição indígena e ao conceito de foro indígena no sistema jurídico colombiano. Assim, foram estabelecidas as seguintes regras: 1) Em virtude de não existir um mecanismo judicial de defesa contra a comunidade, que coloca os arguidos em situação de falta de defesa, cabe, nesses casos, direito ao “Recurso de Amparo”; 2) A autonomia política e jurídica reconhecida às comunidades indígenas deve ser exercida “dentro dos estritos parâmetros de conformidade com os seus usos e costumes, sempre e quando não sejam contrários à Constituição e à lei, de forma a assegurar-se a unidade nacional” Sentença T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 3) A interpretação deve ser feita no sentido de se garantir uma “maior conservação dos usos e costumes e uma maior autonomia”, p. 162; 4) Os direitos fundamentais constituem um limite material ao princípio da diversidade étnica e cultural e aos códigos de valores próprios das diversas comunidades indígenas que habitam o território nacional. Limite consagrado nos artigos 8.º e 9.º do Convénio 169 da OIT sobre os

Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes que foi ratificado na Colômbia pela Lei 21 de 199. A este propósito o nº2 do artigo 8º estabelece: “Os referidos povos têm o direito de conservar os seus costumes e instituições próprios sempre que estes não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que seja necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio”. O nº 1 estabelece: “ Na medida em que seja compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão respeitar-se os métodos a que os povos interessados tradicionalmente recorrem para repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.” (p. 162, nota 13, tradução nossa) ; 5) As leis imperativas prevalecem sobre os usos e costumes, sempre que protejam directamente um valor constitucional superior ao princípio da diversidade étnica e cultural; 6) Os usos e costumes das comunidades indígenas prevalecem sobre as normas legais dispositivas (leis civis) (p. 162-163). A partir destas regras o Tribunal Constitucional resolveu alguns dos problemas jurídicos que então se colocavam, sobretudo a natureza jurídica das decisões adoptadas pelas comunidades indígenas, enquanto verdadeiros actos judiciais pelos quais se aplicavam sanções pela prática de condutas contrárias às normas internas da comunidade e lesiva dos respectivos interesses. Por esta via segundo SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia, “ La jurisdicción indígena ante La Corte Constitucional”, en *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996, p. 341, *apud* SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, (cit), p. 163., o Tribunal Constitucional ao “estabelecer que qualquer juiz da República pode rever a constitucionalidade dos actos das autoridades das comunidades indígenas, integrou definitivamente a jurisdição especial no ordenamento nacional” (tradução nossa). O Tribunal pronunciou-se também sobre os limites da competência sancionadora das autoridades indígenas. Assim sustentou que as referidas autoridades não podem aplicar penas de desterro, de prisão perpétua ou de confisco de bens, porque violam o artigo 38.º da Constituição Política colombiana; nos julgamentos devem respeitar o direito fundamental ao processo justo, previsto no artigo 29.º da Constituição Política colombiana, pois este garante os princípios “da legalidade, da imparcialidade, do juiz competente, da publicidade, da presunção de inocência e da proporcionalidade, da conduta típica, da sanção típica, do direito à defesa e do contraditório”; devem ainda aquelas autoridades respeitar o previsto no n.º2 do artigo 5.º da Convenção Americana dos Direitos Humanos, segundo o qual “a pena não pode transcender a pessoa do delincente”, ou seja, a responsabilidade penal é pessoal (Tradução nossa). Embora tivesse colocado o acento na necessidade da actuação conforme a Constituição o Tribunal Constitucional, na Sentença T-349, de 1996, também foi entendido que nem todas as normas constitucionais e legais constituem um limite ao exercício das funções jurisdicionais das autoridades indígenas, pois o contrário seria pura retórica. Com efeito, o Tribunal Constitucional assinalou que “não é qualquer preceito constitucional ou legal que prevalece sobre a diversidade étnica e cultural, por quanto esta também tem carácter de princípio constitucional: para que uma limitação dessa diversidade fique constitucionalmente justificada, é necessário que se fundamente num princípio constitucional de valor superior da diversidade étnica e cultural...”. Entretanto, na Sentença C-139 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), o Tribunal Constitucional especificou ainda mais ao ter decidido nos seguintes termos: “As comunidades indígenas reclamam a protecção do seu direito colectivo de manter a sua singularidade cultural, direito que só pode ser limitado quando afecte um princípio constitucional ou um direito individual de algum dos membros da comunidade ou de uma pessoa alheia a esta, princípio ou direito que deve ser de maior hierarquia do que o direito colectivo à diversidade...” (Tradução nossa). Para efectivação desse limite, o Tribunal Constitucional socorreu-se do princípio da “maximização da autonomia das comunidades indígenas e consequente minimização das restrições ao indispensável para salvaguardar interesses de superior hierarquia”. O que significou que, no exercício das suas funções jurisdicionais, as referidas autoridades encontram-se submetidas a “mínimos aceitáveis” (aspas do autor), ou seja, “aquilo que verdadeiramente resulte intolerável por atentar contra os bens mais preciosos do homem”. Neste sentido, o Tribunal Constitucional manifestou-se do seguinte modo: “considerando que só com um alto grau de autonomia a sobrevivência cultural é possível, pode concluir-se como regra para o intérprete a maximização da autonomia das comunidades indígenas e, portanto, a minimização das restrições ao indispensável para salvaguardar interesses de superior hierarquia. Esta regra pressupõe que, ao ponderar sobre os interesses que, num caso concreto, se possam confrontar, com o da preservação da diversidade étnica da nação, só serão admitidas aquelas restrições à autonomia das comunidades que cumpram as seguintes condições: a) que se trate de uma medida que seja necessária para salvaguardar um interesse de superior hierarquia (como a segurança interna); b) que se trate de medida menos gravosa para a autonomia que é reconhecida às comunidades étnicas (Sentença T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz). O que Segundo o Tribunal

No que ao direito penal propriamente dito diz respeito, é de louvar a transposição do entendimento dos corolários do princípio da legalidade da intervenção penal para o direito consuetudinário, por forma a compatibilizá-lo com os tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário sobre os quais existe na Colômbia um “verdadeiro consenso intercultural”. Tendo, a este propósito, o Tribunal Constitucional referido que “as autoridades indígenas estão obrigadas necessariamente a actuar conforme sempre fizeram no passado, com fundamento nas tradições que servem de suporte à coesão social... não podem estender esse requerimento a ponto de tornar completamente estáticas as normas tradicionais e, dado que toda a cultura é essencialmente dinâmica, assim também o peso da tradição se tornará mais forte”⁶²⁴.

O fundamento legal deste sistema misto, encontra-se, de outra forma, no artigo 30.º do CPP que afasta da jurisdição penal ordinária as questões que sejam do conhecimento da jurisdição indígena. Assim, o artigo 12.º da Lei n.º 270 de 1996, estabelece: “Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen funciones jurisdiccionales unicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de Constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas...”.

Contudo, o sistema colombiano admite que os indígenas possam ser julgados pelo sistema nacional, o que é considerado, por alguns autores, como uma incongruência. Por

Constitucional, na referida Sentença T-349, cabe no “núcleo de direitos intangíveis é, o direito à vida, a proibição da escravatura e a proibição da tortura” pois sobre esses direitos existe um “verdadeiro consenso intercultural” pois “ são direitos que de conformidade com os tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário fazem parte do “ núcleo de direitos intangíveis” que “não podem ser suspensos nem sequer em situação de conflito armado.” A este propósito, GÓMEZ – ROBLEDO, Verduzco, Antonio, *Drechos Humanos em el Sistema Internacional*, Mexico, Porrúa, 2000, p.91, *apud* SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, “La Jurisdicción Especial Indígena...”, p. 165 e nota 30, Ressalva que “do exame dos tratados e da prática internacional, parece ficar fora de dúvida que existem pelo menos quatro direitos que em circunstância alguma podem ser derogados que são: a) O direito à vida inerente à pessoa humana ;b) o direito a não ser submetido a torturas nem penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes; c) o direito a não ser submetido à escravatura, nem a nenhum tipo de servidão; d) o direito a não ser condenado por actos ou omissões que no momento da sua prática não foram considerados crimes (segundo o direito nacional ou internacional). Estes quatro direitos são oponíveis a todos os Estados, por ser direito internacional consuetudinário, e ter estatuto de normas de *ius cogens*, no sentido de normas imperativas de direito internacional geral, aceitáveis e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário.” Aspas do autor, p. 165-166, tradução nossa.

⁶²⁴ SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, “La Jurisdicción Especial Indígena...”, p. 166.

outro lado, sempre que um não indígena comete um crime em território indígena que afecte um ou mais membros da comunidade, o Estado reclama-se competente e impede que a jurisdição da comunidade o julgue⁶²⁵.

O Tribunal Constitucional integrou no conceito “foro indígena” dois elementos: o elemento pessoal, segundo o qual e para efeitos de julgamento “o indivíduo deve ser julgado de acordo com as normas e pelas autoridades da sua própria comunidade”, e o elemento territorial pelo qual as autoridades indígenas podem julgar “as condutas que tenham sido praticadas dentro do seu território, de acordo com as suas próprias normas.”⁶²⁶.

Contudo, em virtude de os factos poderem ocorrer fora da comunidade e afectarem terceiros não membros da comunidade a que o agente pertence, surgem situações cuja resolução não fica satisfeita pela aplicação da regra geral sobre territorialidade. Por esta razão, o Tribunal Constitucional, indicou os critérios de interpretação que o juiz penal deve seguir, sendo eles: sempre que a conduta é apenas sancionada pelo ordenamento nacional, o juiz da causa, para poder estabelecer o foro competente, deve primeiro determinar se no momento da prática da infracção o agente entendia o carácter negativo da sua conduta⁶²⁷; se a conduta for sancionada por ambos os ordenamentos, o nacional e o da comunidade, o juiz penal deve tomar em consideração a *consciência étnica* do agente e o grau de isolamento da cultura a pertence, a fim de determinar “se é conveniente que o

⁶²⁵ LONDOÑO BERRÍO, Hernando León, “El fuero y la Jurisdicción Penal Especial Indígena en Colombia”, *en Derecho Penal e Pluralidad Cultural*, Anuário de Derecho Penal, Año 2006, p. 153- 210, p. 181.

⁶²⁶ Sentença do Tribunal Constitucional colombiano, T-496 de 1966, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Tradução nossa, *apud*, SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, “La Jurisdicción Especial Indígena...”, p. 173.

⁶²⁷ A este propósito na Sentença C-370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, o Tribunal Constitucional colombiano assinalava, *apud* SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, “La Jurisdicción Especial Indígena...”, p. 172-173 e nota 58: “...pela aplicação directa do princípio da igualdade e pelo próprio sentido da figura da inimputabilidade, nos casos em que um indígena ou um membro de uma minoria cultural tenha praticado uma conduta típica ilícita, o funcionário judicial deve começar por examinar se concorre alguma das causas de exclusão da responsabilidade previstas no código penal, e em particular se houve ou não um erro de proibição invencível. Por conseguinte, se se verificar um erro de proibição invencível, então todo o indivíduo que se encontre nessas circunstâncias deve ser absolvido, e não ser declarado inimputável pois ... seria contrário à igualdade e à própria finalidade da existência da figura da inimputabilidade por diversidade cultural se, nesses casos, o indígena ou o membro da minoria cultural fosse sujeito a uma medida de segurança, quando outra pessoa, nas mesmas circunstâncias, fosse absolvido... Deve então entender-se que a declaração de inimputabilidade e a eventual medida de segurança não podem ter um carácter sancionatório, nem de reabilitação ou correcção, mas nestes casos, de exclusiva finalidade de protecção e tutela de quem é culturalmente diferente. Por conseguinte, a constatação que judicialmente se faça de que uma pessoa é inimputável por diversidade sociocultural não deverá ter o sentido pejorativo de ser considerado incapaz, mas apenas de que o funcionário judicial constata que essa pessoa tem uma cosmovisão diferente, e por isso merece uma protecção especial, tal como ordena o artigo 8.º da Constituição Política.” (tradução nossa.).

indígena seja julgado e sancionado segundo o sistema jurídico nacional, ou se deve ser devolvido à sua comunidade para que seja julgado pelas suas próprias autoridades e segundo as suas normas de procedimento” (Sentença C-370 de 2002). Parece-nos uma solução sensata num sistema jurídico que deve servir de exemplo.

§6. Equador

No Equador, a Constituição de 2008 reconhece a diversidade cultural e as jurisdições indígenas. Consagra, inclusivamente, no n.º 7, alínea i), do artigo 76.º o princípio “*ne bis in idem*”. Assim, os casos decididos pela justiça indígena não podem ser objecto de novo julgamento ou decisão. A justiça indígena é consagrada com base nos direitos territoriais e pessoais e, com base no artigo 171.º, é tomada em consideração a participação da mulher indígena.

Em relação ao CP do Equador, não contém nenhuma disposição que reconheça especificidades do facto culturalmente condicionado. Está em discussão na Assembleia Nacional um Código Orgânico Integral Penal (COIP) que abona leis especiais em matéria de infracções cometidas nas comunidades indígenas. Por outro lado, o Artigo 1.º do COIP retira da competência da jurisdição indígena os adolescentes que cometam infracções dentro da comunidade, e submete-os à jurisdição da lei penal adolescente nacional.

O facto de o CP não conter normas específicas que contemplem a diversidade cultural é visto como uma lacuna, e alguns autores já defendem a necessidade de uma reforma penal que tenha em conta uma *visão multicultural*. Sugerem-se, nesse sentido, soluções como as do “erro de compreensão culturalmente condicionado”, para substituir a velha distinção entre erro de facto e erro de direito, prevista no CP do Equador.

No geral, é um facto que as comunidades locais reconhecem a jurisdição indígena e as autoridades indígenas julgam os conflitos penais que ocorrem na comunidade segundo o seu próprio direito consuetudinário⁶²⁸. No entanto, as dificuldades surgem quando os indígenas cometem crimes ou entram em conflitos fora do território da comunidade. Entende-se que para esses casos é competente a jurisdição nacional. De igual forma,

⁶²⁸ BORJA, E., *Introducción a los Fundamentos Del Derecho Penal Indígena...*; “ Sobre los Ordenamientos Sancionadores Originários de Latinoamerica”, passim. p. 101 - 151; ainda do mesmo autor “ Derecho Indígena Sancionador e Derechos Humanos” in GIRAUDO, L., (Ed.), 2008, p. 185- 213, *apud* VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación...”, p. 187.

levantam-se problemas quando um “mestiço” comete um crime na comunidade. Questão que tem sido objecto de grande debate legislativo, tendo-se chegado a sugerir que no caso dos mestiços se deveria permitir que o agente escolhesse a legislação pela qual pretendesse ser julgado. Isto porque, em algumas situações, e embora a pena da legislação tradicional-indígena determine castigos corporais, chega a ser menos gravosa do que a prevista na legislação nacional.

Por outro lado e mesmo que a Constituição não refira expressamente, a jurisdição indígena não tem competência para julgar determinados tipos de crimes: são os casos dos homicídios qualificados em série e dos crimes de narcotráfico⁶²⁹.

§7. Peru

A Constituição peruana⁶³⁰ reconhece no artigo 2.º, como direito fundamental das pessoas, o direito “a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”. Já no n.º 19 do artigo 2.º consagra-se “Todo peruano tiene derecho a usar su próprio idioma ante cualquier autoridade mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.” Reconhece-se, ainda, no artigo 89.º a qualidade de pessoa jurídica às comunidades e, no artigo 149.º, a legitimação da jurisdição indígena⁶³¹.

Em matéria penal, o artigo 15.º do CP peruano⁶³² perfilha o “erro de compreensão culturalmente condicionado”, nos seguintes termos: “El que por su cultura o costumbres comete um hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

⁶²⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación”, p. 187.

⁶³⁰ Que foi aprovada no dia 29 de Dezembro de 1993 e entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1994, sofreu várias alterações a última das quais em 9 de Março de 2015, não tendo modificado os artigos 2º, 89º e 149º que importam para a nossa análise.

⁶³¹ Artigo 149º “ Las autoridades de las comunidades campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

⁶³² Promulgado em 3 de Abril de 1991 e Publicado em 8 de Abril de 1991 pelo Decreto Legislativo nº635.

Embora o Código expressamente fale em “erro de compreensão culturalmente condicionado”, tal conceito não deixou de criar problemas de interpretação. Hurtado Pozo, por exemplo, defende que aquele artigo 15º prevê um erro de proibição semelhante ao previsto no artigo 14.º também do CP, na medida em que está em causa a “incapacidade” de a pessoa compreender o carácter ilícito da sua conduta e determinar-se de acordo com esse entendimento, por razões ligadas à sua cultura ou ao costume⁶³³.

Relativamente ao exercício da jurisdição, o artigo 149.º da Constituição Peruana prevê a faculdade de as comunidades e povos indígenas poderem aplicar direito consuetudinário e as normas de procedimento próprias desse direito, mas tendo como limites a Constituição e a lei ordinária.

De notar que no Peru é necessário fazer a distinção entre comunidades nativas e comunidades andinas, sendo que estas últimas estão mais integradas e assimiladas. Por essa razão, os conflitos mais graves, como os homicídios, são da competência da justiça estatal-oficial. As comunidades andinas regem-se pela Lei das Comunidades Campesinas (n.º 24656 de 13 de Abril de 1987) e respectivos regulamentos. O órgão máximo é a “Assembleia Comunal” e as autoridades com poder de decisão são os “Jueces de Paz”. À medida que se vão consolidando, estas comunidades andinas têm vindo a deixar de recorrer à justiça oficial e procurado resolver os conflitos com as autoridades comunais. A Assembleia comunal dirime os litígios mediante acordos entre as partes e recorre às leis e os regulamentos camponeses e ao Estatuto das comunidades camponesas sempre que seja necessário evitar alguma colisão com o direito estatal-oficial⁶³⁴.

§8. Bolívia

A Bolívia é o País da América Latina com maior percentagem de indígenas. Em 24 de Novembro de 2007 a Constituição Política reconheceu, no artigo 2.º: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco del

⁶³³ HURTADO POZO, J., “Derecho Penal y Diferencias culturales: el caso peruano”..., p. 59- 94, veja-se com mais precisão do mesmo autor “Art. 15 del Código penal peruano: Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?”, ponto I sobre a interpretação da doutrina, que pode ser encontrado em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuarioan_2003_15.pdf.

⁶³⁴ DA Lei n.º 24656, vejam-se Artigos 16.º, 17.º e 19.º, respectivamente.

Estado, que consiste en su derecho a la autonomía , al autogobierno, a su cultura, y al reconocimiento y consolidación de sus instituciones y entidades territoriales, conforme a esta Constitución”. Isto porque a “Bolivia es una sociedad pluricultural y multiétnica”, sendo também reconhecidos os direitos das nações e povos originários campestinos à luz do artigo 30.º: “Es nación y Pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comporta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española”.

Por outro lado e, nos termos do Artigo 199.º da Constituição Política da Bolívia, é legitimada a função jurisdiccional das nações e povos indígenas⁶³⁵, com competência para conhecer todo o tipo de relações jurídicas e factos que ofendam bens jurídicos e que sejam praticados por qualquer pessoa dentro do território indígena. As decisões são definitivas e de execução directa, não podendo a jurisdição ordinária fazer qualquer revisão⁶³⁶. Note-se ainda que no Artigo 201.º a Constituição Política da Bolívia obriga as autoridades públicas e privadas a acatar as decisões da jurisdição indígena, concedendo a essa jurisdição a faculdade de recorrer ao apoio do Estado para obrigar o cumprimento da suas decisões e comprometendo a fortalecer o sistema administrativo das referidas jurisdições⁶³⁷.

Não obstante esta consagração constitucional, o CP não contém nenhuma norma específica que reconheça essa diversidade cultural. O CP de 1972 tratava o indígena como inimputável e, em consequência, essa sua qualidade constituía uma causa de exclusão da culpa. Todavia, esta última norma foi revogada⁶³⁸: no CP permanecem agora os artigos

⁶³⁵ Artigo 199º “I. Las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios , valores culturales, normas y procedimientos propios. II La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”

⁶³⁶ Artigo 200º Constituição da Bolívia “ La jurisdicción indígena originario campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos que vulnerem bienes jurídicos realizados por cualquier persona dentro del ámbito territorial indígena originario campesino. La jurisdicción indígena originario campesina decidirá en forma definitiva, sus decisiones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria, y ejecutará sus resoluciones en forma directa”.

⁶³⁷ Artigo 201º “ I. Toda autoridad pública o particular acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina; II Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo del Estado; III El Estado promoverá y fortalecerá el sistema administrativo de la jurisdicción indígena originario campesina”.

⁶³⁸ Veja-se PAUL AMRY, R., “ Defensa Cultural y Pueblos Indígenas: propuesta para actualización del debate”, en Derecho Penal y Pluralidad Cultural, *Anuário de Derecho Penal*, Año 2006, , p. 88-89. Refere o autor que, cerca do ano de 1980, reformas constitucionais levaram ao reconhecimento da identidade cultural. O indigenismo que assentava numa visão antropológica evolucionista, orientava-se para a assimilação em matéria de cultura indígena. As reformas constitucionais romperam esse caminho e levaram ao reconhecimento do pluralismo cultural e, conseqüentemente, ao reconhecimento de um amplo catálogo de

17.º e 18.º, enquanto normas gerais sobre inimizabilidade, e o artigo 16.º, o erro de proibição e o erro sobre o tipo, com relevância para os factos condicionados culturalmente.

Numa outra perspectiva, contempla-se no n.º4 do artigo 40.º, como circunstância atenuante da responsabilidade penal geral, o facto de “el agente sea um indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”. A ignorância da lei parece referir-se a uma espécie de erro sobre a ilicitude, daí produzir efeitos de atenuação. Ora, não é muito compreensível – também segundo Myrna Díaz – porque o agente ao carecer de instrução e, por essa razão, ignorar a lei, parece agir ao abrigo de uma causa de desculpa que, de outro modo, deveria excluir a responsabilidade.

De qualquer forma, na Bolívia está em discussão um Anteprojecto de CP que procura fazer um reconhecimento expresso do pluralismo cultural e da justiça comunitária. Nos casos em que a conduta realizada conforme a justiça comunitária afecte Direitos Humanos ou resulte gravemente discriminatória, contempla-se reconhecer o “erro de compreensão culturalmente condicionado” – que estabelece que em cada caso se deve apreciar o “grau de vencibilidade”. O mesmo procedimento deverá ter lugar quanto ao erro culturalmente condicionado sobre o tipo ou do tipo⁶³⁹.

Numa perspectiva geral, Eugénio Raúl Zaffaroni⁶⁴⁰ refere que na justiça comunitária-indígena e no pluralismo cultural não é possível utilizar-se a experiência europeia porque os problemas que se colocam são diferentes. Razões históricas ligadas à

direitos de segunda geração e a uma visão antropológica de respeito pelas diferenças culturais. As reformas constitucionais de 1990 foram ainda mais longe e reconheceram, dentre outros, o direito à jurisdição própria. Este paradigma constitucional acabou por se reflectir no direito penal, uma vez que se mostrava contraditório reconhecer-se um direito a identidade cultural e continuar-se a penalizar condutas que reflectiam essa mesma identidade. A doutrina foi desenvolvendo e reavaliando as posições por forma a superar a contradição. Deste modo, o conceito de inimizabilidade sociocultural entrou em crise. Anteriormente, vigorava um conceito de imimizabilidade baseado no livre arbítrio, mas, como referiu Bustos Ramírez, este conceito era estigmatizante dado que diferenciava as pessoas, umas porque dispunham de livre arbítrio e outras por falta de capacidade, ficando relegadas para a categoria de seres humanos incompletos necessitados de tutela. Foi nesse contexto que alguns autores buscaram um novo conceito de inimizabilidade que ficou definido como “racionalidade distinta” ou “resultado de um processo e socialização” (aspas do autor), que não logrou impedir a queda da inimizabilidade sociocultural. Assim, em 1991 com a preparação do novo Código Penal peruano, essas propostas foram substituídas pelo “erro culturalmente condicionado”. O conceito de inimizabilidade indígena foi também derogado dos Códigos Penais da Bolívia e de Michoacán, tendo apenas subsistido na Colômbia, mais concretamente no Código Penal de 2000. À medida em que a importância da inimizabilidade sociocultural ia diminuindo, apareceu a proposta que melhor se adequou ao esquema pluralista, o “erro de compreensão culturalmente condicionado”.

⁶³⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación...”, p.189.

⁶⁴⁰ ZAFFARONI, E., R., “Consideraciones previas para la elaboración de um Código Penal para Bolivia”, en Parte General del Anteprojecto de Reforma al Código Penal de Bolivia. Según las Resoluciones adoptadas en Sante Cruz de la Sierra (2008) y Buenos Aires 2008-2009.

concepção de homem defendida pela Europa colonizadora relativamente aos povos colonizados, tanto na América Latina como em África, estão na base dessa impossibilidade. É um facto que a caracterização de homens biologicamente inferiores e, por isso, perigosos, selvagens, portadores de características correspondentes a seres não evoluídos, foi também utilizada na própria Europa para qualificar os indivíduos economicamente menos favorecidos, os pobres, sobretudo quando cometessem crimes⁶⁴¹. Mas, de qualquer forma, a lei penal era entendida como *um importante instrumento de controlo social* desses “seres inferiores” que, embora diferentes de país para país, tinham uma característica comum: eram perigosos e, por isso, deviam ser controlados.

Por outro lado, refere Zaffaroni que o reconhecimento da vigência territorial de dois sistemas jurídicos não é uma questão nova na América Latina. Esse reconhecimento dos direitos ou sistemas de resolução de conflitos, na história, nem sempre respeitou o princípio da territorialidade único. Fica assim claro que, com os primeiros colonizadores, os “povos primitivos” tiveram dois tipos de direitos em vigor no seu próprio território⁶⁴². É sabido que, muitas vezes, nos casos de coexistência de culturas, abandonou-se o reconhecimento da cultura indígena de forma forçada.

Note-se que os primeiros códigos penais da América Latina eram originários da América do Norte. Edward Livingston projectou para o Estado de Louisiana legislação penal, processual penal e penitenciária que, embora nunca tivesse sido aprovada nem em Louisiana, nem nos Estados Unidos da América, acabou por ser traduzida para castelhano e adoptada na Guatemala⁶⁴³ e na Nicarágua⁶⁴⁴. O texto do referido projecto previa que “a lei penal não [fosse] aplicada aos originários por factos cometidos entre eles nas reservas”.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 9 -10. É importante salientar que entendemos que essa concepção esteve ligada a razões de natureza política e económica da colonização.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 14, nota 20. Veja-se ainda, referido pelo mesmo autor, estudo histórico que precede “*al Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos Codices por la Real Academia Española*”, Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S. M. 1815, de la pluma de Manuel de Lardizábal y Uribe.

⁶⁴³ DAVID Vela, “Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston” en *Justicia Penal y Sociedad*, *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, año I, nº0, 1991, p. 41 e ss, *apud* ZAFFARONI, E., R., “Consideraciones previas...”, p. 14 e nota 24. Tradução nossa.

⁶⁴⁴ Veja-se em António A. de Medina y Ormaechea, *La legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899, *apud* ZAFFARONI, E., R., “Consideraciones previas...”, p. 15

Este código de Levingston acabou, na América Central, por se converter em bandeira liberal e vigorou ao mesmo tempo que o código espanhol de 1822⁶⁴⁵.

§9. Chile

Diferentemente dos países anteriormente referidos, a Constituição Política Chilena não reconheceu os povos indígenas. No Chile é a Lei nº. 19.253 de 1993, chamada “Lei Indígena”, que estabelece normas sobre a protecção, fomento e desenvolvimento dos indígenas e cria a Corporação Nacional de Desenvolvimento Indígena. Esta lei reconhece a existência de “etnias”, mas não de “povos originários”.

Apenas em 2009, depois de longos 17 anos de discussão no Congresso, foi aprovado o Convénio 169 da OIT. Da discussão resultou a aprovação de um projecto de reforma constitucional, em 2010, que todavia não teve a aceitação da maioria dos indígenas, nem das organizações que os apoiam, nem mesmo da doutrina. É um facto que se reconhecem direitos culturais, porém, não se reconhecem direitos de participação segundo as normas internacionais. O projecto refere que os direitos culturais serão exercidos “segundo estabelece a ordem jurídica nacional” que torna os direitos dos povos indígenas e os seus ordenamentos sancionadores dependentes do direito nacional, reduzindo as fontes do direito indígena apenas às leis nacionais e não às internacionais. Por essa via, também é retirado o regime especial de protecção que existe relativamente aos direitos sobre as águas aymaras e atacameñas (indígenas do Norte), ficando essas submetidas apenas ao regime jurídico geral.

Segundo Myrna Díaz, a falta de reconhecimento constitucional dos povos originários obrigou a que se fizesse uma interpretação da Constituição que permitisse encontrar soluções em matéria penal. Neste sentido, as disposições do Convénio 169 da OIT devem ser interpretadas nos termos do artigo 5.º da Constituição que confere estatuto especial aos tratados internacionais sobre direitos humanos, limitando a soberania nacional; e ao serem incorporados na ordem jurídica interna, derrogam todas as normas

⁶⁴⁵ Código Penal de Levingston con el discurso que precedió a la obra sobre los principios de su sistema, traducido del inglés por José Barrundia, impreso por orden del Gobierno superior del Estado, Guatemala, Imprensa de la Unión, Año de 1831 e ainda Exposé d’un système de legislation criminelle pour l’Etat de la Louisianne et pour les Etats – Unis d’Amérique, precede d’un preface par M. Charles Lucas et d’une notice historique par M. Mignet, Paris, 1872; ainda o Rapport sur le project d’un Code Pénal, fait a l’Assamblé Générale de l’Etat de la Louisianne, Paris, 1825.

que se mostrem incompatíveis. Desta forma, constitui-se um bloco constitucional de direitos que limita a actuação do poder público e obriga à promoção dos direitos humanos. Por outro lado, a aceitação das normas de direito internacional traz como consequência uma retracção das normas de direito interno relativas aos direitos humanos fundamentais⁶⁴⁶.

Resulta do exposto que, no Chile, o quadro é de um *monoculturalismo* que reconhece o costume nos seguintes termos: “O costume feito valer em juízo entre indígenas pertencentes a uma mesma etnia constituirá direito sempre que não seja incompatível com a Constituição Política da República. No domínio penal, será tomado em consideração quando poder servir como precedente para a aplicação de uma isenção ou atenuante da responsabilidade penal.”⁶⁴⁷.

Este reconhecimento do costume indígena como precedente, com reflexos na responsabilidade jurídico-penal não é senão – na opinião de Myrna Díaz – uma forma de “reduzir o valor do «próprio direito indígena» às «circunstâncias pessoais» de quem cometeu o facto punível.”⁶⁴⁸.

§10. Venezuela

⁶⁴⁶ Assim, VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación...”, p. 191. A corroborar esta afirmação MEZA-LOPEHANDRÍA GLAESSER, MATÍAS, “Territorio y Autonomia de los Pueblos Originarios en Chile...”, p. 58 - 93. O autor faz uma resenha sobre os caminhos pelos quais passou o reconhecimento dos Povos Indígenas, particularmente em relação ao sistema internacional dos direitos humanos, referindo o Convenio 169 da OIT que foi o primeiro instrumento a reconhecer os direitos colectivos dos povos indígenas e, em consequência, a prever a sua autodeterminação e autonomia. Assim, o direito a aplicar nos seus territórios é o seu direito consuetudinário “sempre que este não seja incompatível com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.” (cfr. nº1 do artigo 9º). Também se reconhece a jurisdição penal indígena “na medida em que isso seja compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. Ficam assim, por virtude do Convénio, “as autoridades e os tribunais que sejam chamados a pronunciar-se sobre questões penais, a ter em conta os costumes dos referidos povos nessa matéria” (artigo 9º, tradução nossa). Note-se que se trata, segundo o autor, de um reconhecimento limitado, uma vez que a aplicação do sistema jurídico indígena só é reconhecida se for compatível com o sistema jurídico nacional. Solução diferente da que foi adoptada no caso dos direitos fundamentais que constituem um verdadeiro limite à soberania estatal. No caso concreto do Chile só em 15 de Setembro de 2009 é que o Convénio foi recebido na ordem interna e resulta plenamente aplicável, não só por conter normas de direito internacional consuetudinário, mas também porque, através dele, as disposições da Declaração de Direitos dos Povos Indígenas (cfr. 35.º) fazem parte do *bloco constitucional* (itálicos do autor) dos direitos fundamentais que limitam o exercício da soberania no ordenamento jurídico chileno.

⁶⁴⁷ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación...”, p. 192. Itálicos da autora, tradução nossa.

⁶⁴⁸ *Idem*.

Colmenares Olívar, numa investigação sobre as relações entre o sistema de justiça penal formal e o direito consuetudinário “wayuu”, refere que o povo wayuu tem o seu próprio direito consuetudinário que é historicamente reconhecido e que faz parte do direito colectivo e da particular cultura⁶⁴⁹. Trata-se da “Lei wayuu” (“Guajira”) com uma concepção de justiça criminal que assenta nos seguintes princípios: deve haver a produção de um facto de natureza criminal (“pütchi”); esse facto deve causar um dano material sobre uma vítima (“asiruu”); desse dano material decorre a obrigação de indemnizar a vítima (“maünnaa”); a compensação deve ser feita por via pacífica sendo a resolução deixada a cargo de intermediários, designados “pütchipü’ü” ou “palabrerros guajiros” que pertencem a diferentes grupos ou clãs, a fim de evitar actos de vingança⁶⁵⁰.

O objecto do referido trabalho de investigação passava pela pesquisa no direito consuetudinário do povo wayuu de normas de resolução de conflitos que pudessem incidir positivamente sobre a justiça penal formal. Sendo certo que o sistema de justiça penal formal da Venezuela, até 1983, não continha normas específicas que contemplassem a resolução de conflitos no seio das comunidades e dos Povos Nativos. Isto significava que sempre que algum membro da comunidade praticasse um facto penalmente relevante, aplicavam-se-lhe as normas do sistema penal formal.

Sendo certo que as normas de resolução de conflitos do povo wayuu sempre existiram e são de tal modo essenciais que sem as mesmas perde-se a reivindicada identidade. E, diferentemente do designado direito positivo estatal, o direito consuetudinário opera naturalmente sem as instituições do Estado e encontra na cultura o seu fundamento social. Com efeito, no direito consuetudinário wayuu as regras são cumpridas voluntariamente, sem necessidade de tribunais ou prisões. Não há pena individual e a reparação do dano é apenas patrimonial, na mesma perspectiva e ideia de despenalização defendida pela “criminologia crítica”, em que a compensação funciona como forma e medida da restituição, e considerando a redução de mecanismos repressivos como *princípio minimalista* a adoptar⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ COLMENARES OLÍVAR, Ricardo “Sistema de Justicia Penal Formal y el Derecho Consuetudinario Wayuu”, Sección de Antropología Jurídica, Instituto de Filosofía del Derecho «Dr. J.M. Delgado Ocando» Frónesis: Vol.13, Nº 1, 2006, p. 57-69, .Trata-se de um Projecto Avançado de Investigação intitulado “Aporte Ideológico de la Cultura Wayuu al Derecho Penal Moderno”.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 57 - 58.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 62.

É importante ter em conta que o direito consuetudinário wayu desenvolve-se a níveis social, familiar e pessoal. Do ponto de vista da estrutura social, as acções são realizadas através da família (“tapushirúa”) uma vez que não existe um poder central nem instituições representativas para manter a ordem pública ou de segurança do grupo. É no seio da família que as normas se desenvolvem e vão sendo ensinadas aos diferentes membros, à medida que nascem, consolidando-se na consciência de cada um dos membros (a nível pessoal). Sempre que há uma transgressão às normas da comunidade, as sanções poderão passar, p. ex., por admoestações ou por indemnizações em espécie (gado, joias, etc.) ou em dinheiro.

Como já referido acima, os conflitos são intermediados por dignos representantes, os “Pütchipü’ü” que são conhecedores dos costumes e dos ritos e que aplicam o direito consuetudinário com juízos de equidade⁶⁵².

A coexistência do sistema de resolução de conflitos e do sistema de justiça formal gera um tipo de problema que, da perspectiva de Ricardo Colmenares, importa equacionar: a existência no sistema formal de tipos de conduta que não constituem crime no sistema consuetudinário wayuu; e a coexistência da dupla normatividade (direito consuetudinário e direito positivo formal) que gera para o wayuu uma dupla sanção, ou seja, a sanção que é aplicada pelo grupo étnico e a que é imposta pelo controlo punitivo do Estado, ao arrepio do princípio “*ne bis in idem*”.

Este estado de coisas levou a que fossem criados órgãos cuja função é o acompanhamento dos “assuntos indígenas” – a “Oficina Regional de Assuntos Indígenas” (ORAIZ) e a “Confederação de Indígenas da Venezuela” (CIV) que procuram resolver conflitos pela via pacífica. Facto que leva a admitir um reconhecimento implícito do direito consuetudinário wayuu e, em consequência, a admitir-se a vigência de um pluralismo jurídico.

Na verdade, o Governo da Venezuela ratificou o Convénio 107 da OIT e o Convénio 169 também da OIT, respectivamente, a 3 de Agosto de 1983 e a 22 de Maio de 2002, que permitiram uma mudança na perspectiva política e cultural e uma reorientação no sentido do reconhecimento do carácter *multiétnico, pluricultural e multilingue* do Estado Venezuelano.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 63

A Constituição da República Bolivariana de Venezuela⁶⁵³, no Capítulo VIII do Título III, relativo aos “direitos dos povos indígenas”, procede ao reconhecimento jurídico da realidade que é a diversidade cultural que os povos indígenas representam, tanto do ponto de vista legal como jurisdicional. Assim, perfilha “a existência dos povos indígenas, suas formas organização, culturas e línguas, assim como os seus costumes e direitos originários sobre as terras que, ancestral e tradicionalmente ocupam e são indispensáveis para garantir a sua continuidade biológica e sociocultural, que assentam nos seus referentes sagrados e históricos”⁶⁵⁴. Em consequência, refere ainda que os povos indígenas constituem parte da sociedade nacional e do povo que “se reconhece como único soberano e indivisível”, devendo o termo “povos” querer significar o “reconhecimento da identidade específica, das características sociais, culturais e económicas que lhe são próprias e que os diferenciam do resto da sociedade”, não devendo ser interpretado com o “sentido que lhe é dado no Direito internacional”⁶⁵⁵.

Neste sentido, a Exposição de motivos clarifica ainda: “A Constituição refere-se ao direito que têm os povos indígenas de continuar a praticar os seus sistema normativos internos para regular, sancionar e restaurar a paz social. Este direito à justiça é um mecanismo de protecção dos indígenas venezuelanos, que historicamente viveram numa sociedade que os excluiu e descriminou; neste caso não se trata de códigos ou leis escritas, mas de formas de justiça que têm permitido a estes povos regular-se internamente, enfrentar os conflitos e continuar a manter a coesão colectiva mediante a aplicação de um sistema normativo reparatório”⁶⁵⁶.

Trata-se do direito dos povos nativos e das suas comunidades a manter a sua cosmovisão do mundo, identidade étnica e cultural. Particularmente, a densificação do reconhecimento dos direitos dos Povos indígenas está bem assente na “Ley Orgánica de

⁶⁵³ Consultamos a versão inglesa. Trata-se da Constituição de 1999, revista em 2009, com tradução para a língua Inglesa da emenda aos artigos 160º, 162º, 174º, 192º e 230º, feita por Jefri J. Ruchti, publicada em 2012 por William S. Hein & Co., Inc. Pode ainda ser encontrado na Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela, AÑO CXXXVI – Mes V, Caracas, jueves 19 de febrero de 2009, N° 5.908 Extraordinario.

⁶⁵⁴ Gaceta Oficial nº5.908 Extraordinario, Emenda nº1 com data de 15 de Fevereiro de 2009, pp.6. tradução nossa.

⁶⁵⁵ Gaceta Oficial nº5.908 Extraordinario, citada, p. 6. Tradução nossa.

⁶⁵⁶ Gaceta Oficial nº5.908 Extraordinario, citada, pp. 6. Estes direitos vêm mais detalhadamente nos artigos 119º e 121º do texto da Constituição. Tradução nossa.

Pueblos y Comunidades Indígenas”⁶⁵⁷. Esta lei, no Título VII, dedica o Capítulo I à “Jurisdição Especial Indígena”, determinando que os povos e comunidades indígenas têm *o direito de solucionar de forma autónoma e em definitivo os conflitos entre os membros das respectivas comunidades que ocorram dentro do seu próprio habitat e terras, fazendo recurso ao seu próprio direito e aos seus procedimentos tradicionais através das suas autoridades legítimas*⁶⁵⁸. Desse modo, podem conhecer, investigar, decidir e executar as referidas decisões e alcançar acordos reparatórios que chegam à reparação do dano, como forma de solução dos conflitos para, assim, se alcançar e restabelecer a harmonia e paz sociais. Nos procedimentos participa o acusado, a vítima, as respectivas famílias e a própria comunidade. As decisões definitivas resultam em caso julgado de circunscrição nacional, pelo que, tanto o Estado, como as partes e os terceiros, estão obrigados a respeitar e a acatar as mesma. Estão sujeitos a esta jurisdição e, nesses termos, são considerados parte integrante, as pessoas indígenas que sejam membros da comunidade. Contudo, são também considerados integrantes as pessoas não indígenas que estejam ligadas à comunidade por vínculos familiares ou sempre que residam em território da comunidade (§ único do artigo 132.º).

Nos termos do artigo 133.º, as autoridades legítimas têm competência territorial quando os conflitos ocorrem dentro do respectivo habitat e terras dos povos e comunidades indígenas; têm ainda competência para conflitos que ocorram fora da sua área de jurisdição (extraterritorial), entre integrantes de povos e comunidades indígenas, desde que não revistam carácter penal e não afectem direitos de terceiros não indígenas. Nestes casos, a autoridade tradicional decide primeiro sobre a sua competência e, em caso negativo, reenvia o caso para a jurisdição ordinária.

Quanto à competência material, as autoridades tradicionais legítimas podem conhecer e decidir sobre qualquer conflito, com excepção dos crimes contra a segurança e integridade da Nação, crimes de corrupção, crimes contra o património público, crimes aduaneiros, tráfico ilícito de substâncias psicotrópicas e estupefacientes, tráfico ilícito de

⁶⁵⁷ Publicada na Gaceta Oficial nº 38.344 de 27 de Dezembro de 2005.

⁶⁵⁸ Entendendo-se como tal nos termos do nº8 do artigo 3º da referida Lei Orgânica, “ as pessoas ou instâncias que um ou vários povos ou comunidades indígenas designem ou estabeleçam de acordo com a sua organização social e política, para as funções que os referidos povos ou comunidades definam de acordo com os seus costumes e tradições”. Tradução nossa.

armas de fogo, crime organizado, crimes internacionais como genocídio, lesa humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

As autoridades legítimas têm ainda competência pessoal para intervir detendo preventivamente pessoas que, não sendo integrantes da comunidade indígena mas nela se encontrem, tenham cometido algum crime previsto na legislação ordinária. Nestes casos, o procedimento é a entrega à jurisdição ordinária nos termos estabelecidos no Código Orgânico Processual Penal.

Importante é referir ainda que o exercício da jurisdição especial indígena sofre as limitações decorrentes do previsto no artigo 130.º da “Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas”, quais sejam: as decisões não podem afectar os direitos humanos estabelecidos na Constituição, nos tratados, pactos e convenções internacionais subscritos e ratificados pela República da Venezuela, nem podem ser contrárias à própria Lei Orgânica.

Quanto ao direito penal substantivo do Estado, o Código Penal⁶⁵⁹ não contém normas que se dirijam especificamente à diversidade cultural dos povos nativos, à qualificação dos indígenas como inimputáveis ou ao “erro de compreensão culturalmente condicionado”.

No âmbito do direito penal adjectivo, a “Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas” estabelece no artigo 134.º como se processa a coordenação entre a jurisdição especial indígena e a jurisdição ordinária. Tratam-se de normas que se revelam importantes para a compreensão do sistema em vigor na República da Venezuela dado que se preconizam relações de coordenação e ajuda para a investigação, julgamento e execução das decisões.

Assim, as decisões tomadas pela jurisdição especial indígena podem ser objecto de revisão pela jurisdição ordinária, quando violem as limitações acima referidas. Em caso de conflito entre as duas jurisdições, o Tribunal Supremo de Justiça é o competente para decidir o conflito. E sempre que a Jurisdição ordinária receba casos cuja competência incumba à Jurisdição especial indígena, deve fazer o reenvio para a mesma. Para além do mais, cabe recurso de amparo contra decisões proferidas pela jurisdição especial indígena que ofendam direitos fundamentais, recurso para a “Sala Constitucional do Tribunal

⁶⁵⁹ Publicado na Gaceta Oficial N° 5768E de 13 de Abril de 2005.

Supremo de Justiça”. Esta julgará com fundamento em regras de equidade, mas garantido a *interpretação intercultural dos direitos*, tomando em conta o direito próprio dos povos e comunidades indígenas envolvidos.

O artigo 141.º prevê também o procedimento para o julgamento das questões que em processo penal envolvem indígenas. Sempre que o facto objecto de perseguição não seja qualificado como crime, ou melhor, sempre que o facto seja permitido na cultura indígena, o agente não será penalmente perseguido. É, contudo, necessário que tais factos sejam compatíveis com a Constituição, os tratados, pactos e convenções internacionais subscritos e ratificados pela República. Na aplicação de qualquer medida decisória no âmbito estatal, os juízes devem considerar as condições económicas, sociais e culturais dos indígenas e decidir conforme princípios de justiça e equidade, procurando sempre aplicar penas diferentes das que implicam a privação da liberdade e que visem a reinserção social no meio sociocultural do indígena. Por fim, em matéria de estabelecimentos prisionais, prevê-se a criação de estabelecimentos próprios e a afectação de pessoal administrativo com conhecimentos da respectiva cultura indígena.

6. Conclusões

É tempo de reunir algumas das ideias que foram surgindo no âmbito deste capítulo II, “Pluralismo Jurídico”, e retirar as devidas conclusões.

Numa perspectiva histórica, o problema de fundo terá começado no critério para a formação dos novos Estados: as fronteiras coloniais “contratualizadas” e não os povos que ocupavam determinados segmentos do território. Sendo assim, naturalmente, os valores cosmopolitas do direito estatal não terão encontrado suporte nos consensos valorativos das comunidades locais, precisamente devido à natureza etnocêntrica de muitos dos ditos valores. Subsistiu, então, um direito de natureza tradicional-indígena vigente e válido para determinadas comunidades circunscritas em território ancestral. Esta observação resulta num questionamento da “democracia representativa” porque se poderá entender que os mecanismos de recolha dos consensos sociais não se esgota na “democracia participativa” dos considerados “povos civilizados”. Para que as normas jurídicas sejam estáveis e estabilizadoras devem corresponder a consensos sociais alargados e adequados; logo, é necessário incorporar formas a partir das quais as comunidades indígenas (isoladas em

todos os sentidos) possam mostrar o seu acordo em relação às mesmas. É que, segundo uma perspectiva pragmática ou realista, diríamos que todas as instâncias “democratizadas” são ou podem ser definidoras do direito.

Para a concretização do Estado-de-Direito começa por ser importante uma forma de reconhecimento do direito tradicional-indígena na Constituição. É necessário admitir a coexistência, num mesmo território, de várias culturas, impondo uma perspectiva intercultural. É necessário fazer uma interpretação intercultural dos direitos, tomando em conta o direito próprio dos povos e comunidades indígenas envolvidos. Assim prevalece uma ideia de *multiculturalismo constitucional* em detrimento de um constitucionalismo monocultural. No limite, há tantos sistemas jurídicos quantas as comunidades com uma certa autonomia jurídica ou tantas pirâmides quantos os sistemas de direito⁶⁶⁰.

A Constituição terá que tirar partido do conhecimento do sistema social e a partir daí estimular a sua autotransformação. É a partir da observação empírica que verificamos quais das fontes do direito efectivamente vigoram e com que sentido vigoram no tecido social. O Estado terá que responder às fricções provocadas no seio do ambiente social e reestruturar-se de acordo com a sua vida interna. Ora, em muitos dos ordenamentos jurídicos estudados o direito costumeiro é observado sobretudo nos meios rurais, prevalecendo sobre o direito de fonte oficial, menos efectivado, resultando numa ordem jurídica autónoma que procura atender a necessidades particulares da vida local. Trata-se de uma justiça tradicional, comunitária, voluntária e colaborativa, com resultados abrangentes junto da respectiva comunidade. E não temos dúvidas que os destinatários das normas costumeiras consideram-nas mais adequadas ao seu modo de vida e ao seu relacionamento com as pessoas com quem partilham a mesma identidade cultural.

Terão sido estas razões para o aparecimento de instrumentos de inclusão social como o Convénio 169 da OIT sobre os “Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes”, que permitiu mobilizar muitos povos e etnias e reivindicou um espaço dentro do Estado em que se *reconhecesse a cultura, a tradição, a identidade como nação e, também, o direito de resolver os seus conflitos, conforme as suas normas e procedimentos, perante as suas próprias autoridades*. No caso particular do direito penal, ao abrigo do artigo 9.º, dispõe que os Estados signatários devem respeitar os métodos a que as

⁶⁶⁰ Esta não é uma conclusão fechada, poderemos chegar certamente a outras conclusões mais “moderadas”.

comunidades índias tradicionalmente recorrem para a repressão dos crimes cometidos pelos seus membros, desde que tais métodos sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Com esta perspectiva, o fim último a reivindicar poderá ser, dentro de determinados limites relacionados com direitos fundamentais de carácter universal, o reconhecimento do direito de solucionar de forma autónoma e em definitivo os conflitos de natureza penal entre os membros das respectivas comunidades que ocorram dentro do seu próprio habitat e terras, com recurso ao seu próprio direito e aos seus procedimentos tradicionais através das suas autoridades tradicionais legítimas.

Para tratar a questão do pluralismo jurídico no domínio penal, procurámos olhar para algumas soluções legais dos países que pertencem à mesma família jurídica de Angola, a família Romano-Germânica. Na verdade, não fizemos um estudo comparado, embora tivéssemos seguido os caminhos metodológicos da comparação, ou da microcomparação, já que pretendemos determinar o modo como um certo problema – no caso, o pluralismo jurídico – é resolvido nos ordenamentos jurídicos dos países que são mais próximos de Angola, considerando a CPLP, enquanto Comunidade Intergovernamental que promove a amizade e a cooperação entre Países que falam a Língua Portuguesa, e a América Latina, por virtude do fenómeno da colonização que, não obstante as diferenças, também teve que lidar com o direito tradicional então vigente nos territórios colonizados.

Delimitámos o objecto a comparar e procurámos enunciar as soluções legais no domínio jurídico-penal, procurando descobrir o direito vigente em cada um dos sistemas jurídicos. Nesse sentido, identificámos questões como a consagração ou reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico e a vigência de normas penais no âmbito do direito estatal que, expressamente, atendem ao pluralismo jurídico, tanto no direito penal substantivo como no direito penal adjectivo. Fundamentalmente, realçamos a legislação e alguma jurisprudência, bem como considerámos alguma doutrina. Ficaram presentes as semelhanças e as diferenças nos sistemas jurídicos em análise e, sobretudo, as principais soluções que o problema do pluralismo jurídico apresenta.

O que procurámos foi demonstrar que a convivência dos sistemas de direito, estatal-oficial e tradicional, é possível também no domínio penal.

O Estado Constitucional que defende e consagra a ideia de multiculturalismo, enquanto reconhecimento de uma pluralidade de culturas que coexistem dentro do mesmo Estado-Nação, seria ideal à ideia de tolerância. Porém, a história contradiz essa ideia. Nos Países da CPLP, a nota dominante foi o sistema de assimilação praticado pelo regime colonial português que, embora não tivesse tido o sucesso pretendido, logrou instalar-se e abalar os sistemas existentes que, no entanto, acabaram por sobreviver. A política de assimilação conheceu vários momentos e características tendo em conta as próprias particularidades do território⁶⁶¹.

Excepcionando Portugal, Cabo Verde e S. Tomé e Príncipe, onde a distinção entre direito oficial-estadual e direito tradicional não se coloca, em Moçambique, Timor Leste e Guiné-Bissau, as Constituições saídas das independências não consagraram, de forma expressa, o pluralismo jurídico. Atentemos às palavras de Dário Moura Vicente⁶⁶²: “Os novos Estados saídos dos processos de descolonização não encararam de início com especial favor o Direito Tradicional...A necessidade de assegurar a unidade nacional e a autoridade do Estado, não raro no contexto de guerras civis, bem como o propósito de consumir certas reformas sociais tidas como indispensáveis pelos novos poderes constituídos, levou-os a reservar ao costume um lugar subalterno relativamente ao Direito Oficial. Isso explica que nenhuma das constituições dos países africanos de língua oficial portuguesa fizesse originariamente qualquer referência ao Direito consuetudinário...”.

Como pudemos observar, a situação sofreu alterações dado que, nos últimos anos, se verificou um acréscimo no interesse pelas instituições do direito tradicional, a par de uma maior consciência da inviabilidade da sujeição das comunidades locais a padrões de conduta estranhos às mesmas. Considere-se, pois, o artigo 7.º da CRA em Angola, e o artigo 4.º da Constituição (revista) de 2004⁶⁶³ em Moçambique, que conduziram ao reconhecimento oficial do pluralismo jurídico. Ou na Guiné-Bissau, nos termos do n.º1 do artigo 17º da Constituição, com uma aproximação implícita a uma ideia multicultural. Ou até em Timor-Leste em que a consagração é expressa, consta do n.º 4 do artigo 2.º da Constituição de 2002, e reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros.

⁶⁶¹ Cfr. SILVA CUNHA, J.M. *O Sistema Português de Política Indígena...*, para o Brasil, p. 82 - 89 e, para África, p. 90 - 98.

⁶⁶² VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, I, 2014, pp. 385 e 396.

⁶⁶³ “ O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição”.

Já no Brasil foi na década de oitenta que o reconhecimento dos direitos das minorias étnicas tomou particular realce, dado que foi nessa altura que se assinou o Convénio 169 da OIT. Em época anterior, desde o Código Criminal do Império de 1830 até 1973 – momento em que a Lei n.º 6.001, de 19 de Dezembro, aprovou o Estatuto do Índio e veio regular as matérias penais –, o índio era submetido a um regime de *inimputabilidade*, porque considerado incapaz e, assim, submetido a um regime tutelar que apenas terminava quando se considerasse que se havia adaptado à civilização do País. Tratou-se, como vimos, de uma transposição do regime estabelecido no Código Civil de 1916 para o Código Penal. A Lei n.º 6.001 de 19 de Dezembro fez cessar o regime de inimputabilidade e chamou-se à atenção dos juízes, na aplicação das penas, para se atender ao grau de integração do índio, inclusivamente com recurso a regimes de atenuação. Foram também reconhecidas as instituições do índio para efeitos de aplicação de sanções penais aos membros da comunidade, desde que as referidas penas não fossem de morte, com natureza cruel ou infamante. Em relação ao direito estatal, diga-se, contudo, que não existe actualmente no Código Penal Brasileiro qualquer disposição que se assemelhe à do artigo 110.º do CP da Guiné-Bissau, ou seja, qualquer disposição que determine como circunstância atenuante modificativa o crime praticado por um índio condicionado pelos usos e costumes do grupo étnico pertencente. Não obstante, pode-se afirmar a vigência no Brasil de um pluralismo jurídico no domínio penal, embora não claramente expresso, por virtude do afastamento do *ius puniendi* estadual nas situações em que se reconhece autonomia às instituições tradicionais para aplicar penas, ou seja, quando estão em causa crimes praticados nas comunidades índias entre membros da comunidade.

Na verdade, em Moçambique e Timor-Leste também não consta nos respectivos Códigos Penais disposição semelhante à prevista no referido Artigo 110.º do CP da Guiné-Bissau. Embora, no caso de Moçambique, na circunstância 23ª do artigo 43º do CP, poderá caber o condicionamento cultural quando se atenua a culpabilidade do agente ou se diminui a gravidade do facto criminoso. Em Timor-Leste, o reflexo que a acção do “*suco*” tem, quando trata matérias de natureza penal, é o de levar a que as decisões tomadas, obtidas por reconciliação entre a vítima e o agente, constituam, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 55.º do CP, circunstância atenuante geral, ou quando a agente repara o dano ou diminui os respectivos efeitos, constituir, nos termos da alínea c) do Artigo 56.º do CP, circunstância atenuante extraordinária.

Um Estado Constitucional que defende e consagra a ideia de multiculturalismo, enquanto reconhecimento de uma pluralidade de culturas que coexistem dentro do mesmo Estado-Nação, poderia caracterizar a generalidade dos Estados subsaarianos na medida em que “resulta da interacção entre a herança africana e o legado colonial, entre os valores africanos e os valores europeus ou ocidentais, entre tradição e modernidade.... sendo o resultado dessa interacção a formação de um terceiro elemento que não é o somatório dos outros dois mas algo novo que comporta especificidade..”⁶⁶⁴.

Quanto aos países da América Latina dos quais recolhemos informação – México, Guatemala, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia, Chile e Venezuela –, em geral, contemplam nas Constituições o reconhecimento dos povos indígenas, entendidos, como os descendentes directos dos ocupantes originários do território americano no momento da chegada dos conquistadores europeus que, não tendo sofrido uma mestiçagem importante, mantiveram todos ou grande parte dos seus costumes ancestrais: a Constituição Mexicana de 1992 procedeu a esse reconhecimento (cfr. artigo 2.º); a Constituição da Guatemala de 1985 reconheceu a existência de grupos étnicos e defendeu o respeito pelas formas de vida, costumes, tradições e organização social dos povos indígenas (cfr. artigo 66.º); a Constituição da Colômbia reconheceu a diversidade étnica e cultural (cfr. artigo 7.º) e o direito à jurisdição dos indígenas colombianos (cfr. artigo 246.º); a Constituição do Equador de 2008, para além de perfilhar a diversidade cultural, reconheceu também as jurisdições indígenas, considerando que os casos decididos pela justiça indígena não podem ser objecto de novo julgamento ou decisão (cfr. artigo 76º, nº7 alínea i)); a Constituição do Peru reconheceu como direito fundamental o direito à identidade étnica e cultural (cfr. artigo 89.º), tendo em conta que as próprias comunidades são pessoas jurídicas e que a jurisdição indígena está legitimada (cfr. artigo 149.º); e a Bolívia, país da América Latina com a maior percentagem de indígenas, em 1994 consagrou na Constituição Política uma sociedade pluricultural e multiétnica com efectivação de direitos culturais dos povos indígenas que habitam o território (cfr. artigo 171.º).

Diferentemente dos países anteriormente referidos, a Constituição Política do Chile não reconheceu a autodeterminação dos povos indígenas. Foi a Lei nº 19253 de 1993,

⁶⁶⁴ Para o caso de Moçambique, cfr. GRAÇA, Pedro Borges, *A Construção da Nação em África...* 2005, p. 25.

chamada Lei Indígena, que acabou por reconhecer, não povos originários, mas diferentes etnias.

No caso da Venezuela, foi ratificado o Convénio 169 da OIT em 22 de Maio de 2002, o que permitiu uma mudança na perspectiva política e cultural que levou ao reconhecimento constitucional do carácter multiétnico e pluricultural do Estado. A Constituição de 1999 afirma na exposição de motivos o reconhecimento jurídico dos direitos do povos indígenas e, em consequência, dos seus sistemas normativos internos para regular, sancionar e restaurar a paz social (cfr, também, artigo 126.º). Mas a densificação desse reconhecimento acaba por passar pela “Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas”: legitima os direitos indígenas, os seus procedimentos e as autoridades que o aplicam, conferindo às decisões tomadas pelas instâncias efeito de caso julgado no âmbito nacional.

Quando em causa factos puníveis culturalmente concionados, as soluções encontradas no direito estatal dos países de referência orientam-se, por via de regra, para excluir a culpa ou para eximir a responsabilidade penal. Uma vez tratando-o como inimputável – p. ex., artigo 33.º do Código Penal da Colômbia –, outras qualificando o indígena como tendo actuado com “erro de compressão culturalmente condicionado” – p. ex., artigo 15º do Código Penal do Peru.

Em particular, o Código Penal Federal no México não contém normas especiais para a diversidade cultural e tanto a inimputabilidade como o erro sobre a ilicitude estão previstos com carácter geral. Por sua vez, o Código Penal da Guatemala atenua a responsabilidade nos casos em que alguém actua com “inferioridade psíquica” ou com “ignorância”, embora não faça qualquer referência expressa à qualidade de indígena do agente (cfr. artigo 26.º).

Na Colômbia, o Código Penal Nacional atende à diversidade cultural. Contém disposições sobre a inimputabilidade dos agentes que actuam em razão de diversidade social, cultural e, relativamente aos mesmos, estabelece medidas de segurança que, do ponto de vista de execução, devem ser coordenadas com as autoridades indígenas. (cfr. 33.º, 73.º, do CP e 470.º CPP). As jurisdições tradicional e estatal acabam por se afigurar paralelas, ou seja, aplica-se aos indígenas, enquanto cidadãos colombianos, tanto a legislação nacional como a legislação indígena (cfr. artigo 30º do CPP), ainda que se afaste a jurisdição penal ordinária das questões que sejam do conhecimento da jurisdição

indígena. Além do mais, o Tribunal Constitucional da Colômbia clarificou o conceito “foro indígena” e indicou aos juízes os critérios a seguir para a sua interpretação.

O Código Penal do Equador, por seu turno, não contém nenhuma disposição que reconheça especificidades pelo facto de se ser indígena. As autoridades estatais legitimam a jurisdição indígena e esta julga conflitos penais que ocorram na comunidade segundo o direito consuetudinário, sem, contudo, o reconhecimento de competência para julgar homicídios qualificados em série e crimes de narcotráfico.

O Peru é o país da América Latina que no âmbito do direito estatal expressamente prevê no artigo 15.º do Código Penal o “erro de compreensão culturalmente condicionado” que exclui a responsabilidade sempre que o agente não seja capaz de compreender o carácter ilícito da sua conduta. Quanto ao direito consuetudinário em matéria penal tem como limite a Constituição e a Lei, de acordo com o artigo 149.º da Constituição. Nos casos em que nas comunidades ocorram homicídios graves, distingue-se, para efeitos de julgamento, entre comunidades andinas e comunidades nativas, pois as primeiras estão mais integradas e os agentes ficam sujeitos à jurisdição oficial do Estado.

No Código Penal da Bolívia de 1972 a qualidade de indígena tinha como efeitos a inimputabilidade e, em consequência, originava a exclusão da culpa. Esta norma foi revogada também como resultado das consequentes reformas constitucionais, de 1980 e 1990, que acentuaram o direito à jurisdição própria dos indígenas. O novo CP adoptou em 1991 o “erro culturalmente condicionado”, porém a relevância deste erro, para efeitos de exclusão da culpa, depende do grau de vencibilidade.

O Chile, como já referido, não reconhece os direitos colectivos de povos indígenas. Esta posição tem reflexos ao nível do Direito Penal, visto que o costume só é tomado em consideração quando possa servir de precedente para a aplicação de uma exigente ou atenuante de responsabilidade criminal.

Do ponto de vista adjectivo, alguns sistemas contemplam uma única ordem jurídica em que, com maior ou menor ênfase, se reconhecem os direitos dos povos indígenas no domínio penal, noutros sistemas a ordem jurídica é mista, no sentido da existência de um ordenamento jurídico nacional e de um ordenamento jurídico diferenciado para os indígenas que vivam em comunidade.

Finalmente, não podemos deixar de sublinhar que a Colômbia e a Venezuela têm uma grande abertura à legitimação do direito penal indígena e da jurisdição indígena.

Na Colômbia permite-se que no direito indígena se tipifiquem como crimes condutas que no ordenamento estatal não têm essa mesma qualificação. Mais, existe um gênero de legalidade do direito costumeiro: seguem regras consuetudinárias estabelecidas em momento anterior à sua perpetração, de modo que a consequência seja perfeitamente previsível para qualquer membro da comunidade. Por outras palavras: *a legalidade do procedimento, do crime e da pena, está de acordo com regras consuetudinárias estabelecidas em momento anterior, conhecidas por todos os membros da comunidade.* É de louvar a transposição do entendimento dos corolários do princípio da legalidade da intervenção penal para o direito consuetudinário.

Na Venezuela, as autoridades tradicionais são tratadas como “autoridades legítimas” que podem conhecer e decidir sobre qualquer conflito, independentemente da matéria de que se trate, ficando-lhes apenas vedada a competência para o julgamento de alguns crimes considerados mais graves. A Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas assume especial importância, prevendo o caso julgado das decisões que, por fim, devem ser acatadas tanto pelo Estado como pelas partes e terceiros (cfr. artigo 132.º da referida Lei Orgânica). Estas considerações permitem-nos dizer que o sistema jurídico da Venezuela tolerou a convivência com povos culturalmente diferenciados, num contexto de pluralismo jurídico relativamente avançado.

Nesta aproximação, podemos observar que os Países da América Latina enunciados, por razões conjunturais, mostram um desenvolvimento consideravelmente avançado no domínio do reconhecimento da efetivação dos sistemas jurídicos tradicionais, em comparação com os Países da CPLP.

O reconhecimento de um direito indígena permitiu, como refere Myrna Villegas Díaz, a interrogação sobre a existência de um direito indígena e, em consequência, de um direito penal indígena. Uma resposta veio de Emiliano Borja Giménez que afirmou existir para os povos originários da América Latina um sistema normativo de resolução de conflitos autónomo e independente do sistema oficial que está em vigor; e explicou que *a variedade resulta da própria diversidade cultural que apresenta cosmovisões, folclores, rituais, línguas, costumes, tradições, formas de vida que variam de aldeia para aldeia, de comunidade para comunidade devendo, por isso, falar-se em “direitos indígenas” e não apenas num “direito indígena”, pois pode haver tantos sistemas jurídicos quantas as comunidades originárias diferenciadas, com certa autonomia jurídica.*

Existe, assim, na variedade dos povos originários, um conjunto de regras consuetudinárias que considera certos comportamentos humanos como graves e aos quais se associa uma determinada consequência. Porém, não se pode dizer que houve um reconhecimento pleno dessas regras consuetudinárias de natureza penal por parte do direito estatal-oficial nos mais diversos ordenamentos jurídicos que tomamos em conta. De uma forma ou de outra, estabeleceram-se limites legais ou constitucionais.

É ainda importante notar que dos sistemas observados, tanto nos Países da CPLP como nos da América Latina, nenhum contém uma disposição que se assemelhe à do artigo 7.º da Constituição de Angola de 2010, que, como vimos, coloca reconhece o costume em paridade com a lei para efeitos do elenco das fontes de direito. Questão que levanta problemas ao nível do direito penal face à coexistência entre direito penal estadual e direito penal tradicional, *maxime*, face à coexistência entre o costume de natureza penal e o princípio da legalidade da intervenção penal expresso no brocardo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

CAPÍTULO III

À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO

1. Ponto de partida

Angola, em virtude do contacto que manteve com a Europa, por via do fenómeno da colonização, vive ainda hoje o problema da vigência na sua ordem jurídica de dois sistemas jurídicos de Direito: o sistema de direito do Estado e o sistema de direito tradicional.

O sistema de direito tradicional é proveniente dos antepassados dos povos e comunidades nativas que ocupavam o território aquando da chegada da colonização. Ao longo da história acabou por ser influenciado com vista a “quase” desaparecer, tendo sobrevivido a séculos de desatenção, dado que as autoridades coloniais toleraram a sua existência sempre que não se verificassem interferências com o seu próprio domínio. Na verdade, de maneira silenciosa, foi-se desenvolvendo e conservando, já que constituía e ainda constitui a maneira de estar e de viver daqueles povos e comunidades tradicionais.

Representando uma percentagem significativa da população nacional da República de Angola, os povos nativos são obrigados a regular a sua vida com dois sistemas jurídicos de Direito cuja vigência ocorre de modo simultâneo e em paralelo (“interlegalidade”). Para determinadas questões é chamado o que denominamos “direito estadual-oficial”, para outras é chamado o “direito tradicional” ou costumeiro, que é a forma como as crenças e as práticas reiteradas se impõem.

Surge aqui um primeiro nível de dificuldade: se é verdade que a submissão aos dois sistemas jurídicos pode ser possível e até, em certos casos, desejável, mesmo em matéria penal, o mesmo já não se poderá dizer quando dessa aplicação resulta um conflito de soluções. Qual dos sistemas aplicar? Será que a aplicação de um significará necessariamente a exclusão do outro? Ou haverá uma forma de compatibilização?

Se ao nível de outros ramos de direito – pensemos no âmbito do direito civil, o direito da família, o direito das sucessões ou os direitos reais – as questões que se levantam podem não suscitar grandes dificuldades, tal já não acontece quando o assunto nos remete para o direito penal, ramo de direito que tem como princípio estruturante o princípio da legalidade da intervenção Penal, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que, no seu

desenvolvimento, conduz ao princípio da reserva de lei escrita. Ora, não ignoramos que o costume é oral, o que, desde logo, nos coloca perante um segundo nível de dificuldade. Como compatibilizar lei escrita com costume oral?

Acresce que, por via daquele princípio, o costume não se afigura fonte de direito penal incriminador, ou seja, não é legítimo para qualificar comportamentos como crime, estabelecer circunstâncias agravantes, reduzir o âmbito das causas de exclusão da culpa, estabelecer penas e medidas de segurança. Surge-nos, assim, um terceiro nível de dificuldade.

Contudo, o artigo 7.º da CRA, em vigor desde 2010, erigiu o costume a fonte imediata de direito e, nesse sentido, equiparou-o à lei. Então, como compatibilizar ou harmonizar o artigo 7.º da CRA com o princípio da legalidade da intervenção penal, previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 65.º também da CRA?

Será que o costume pode-se afigurar fonte de direito penal incriminador? Ou seja, qualificar comportamentos como crime, estabelecer penas e medidas de segurança, estabelecer circunstâncias agravantes ou até reduzir o âmbito das causas de exclusão da culpa?

São fundamentalmente estas algumas das questões que o caso “Kamutukuleno” nos suscitou.

2. O costume e o “poder tradicional”

§1. Reconhecimento declarativo ou constitutivo?

A propósito da caracterização do indígena e do respectivo regime jurídico aplicável, recordamos que em Angola as autoridades coloniais procuraram, a partir de meados do séc. XX, fazer um esforço no sentido de codificar os “usos e costumes indígenas”, embora sem o objectivo de partilhar o poder com as autoridades locais. Na verdade, pretenderam fazê-lo para implantar um modelo de “assimilação civilizacional” a partir do qual as autoridades tradicionais existentes poderiam ser enquadradas nas

estruturas administrativas coloniais portuguesas, com vista ao controlo efectivo das populações encontradas no território⁶⁶⁵.

Após a independência, os primeiros anos mostraram que o poder instituído não podia ficar alheio às situações de pluralismo jurídico existentes e, num primeiro momento, a atitude foi de rejeição e estranheza⁶⁶⁶. Ao referir-se aos países africanos de língua oficial portuguesa e às semelhanças que eles apresentam em relação à forma como romperam com o Estado colonial, Boaventura de Sousa Santos caracteriza esse primeiro momento da relação entre o direito costumeiro e o direito estadual como sendo de rejeição e salienta, particularmente, a posição da delegação de Angola na primeira reunião dos Ministros da Justiça dos referidos países, realizada em Luanda, no ano de 1979, nos seguintes termos: “Um segundo ponto também importante sobre o direito costumeiro é que o conhecimento que sobre ele se tenha não implica o seu automático reconhecimento, uma vez que este depende dos objectivos sociais e políticos do estado que frequentes vezes não coincide com os relativos ao direito costumeiro no período colonial”⁶⁶⁷.

No relatório da delegação angolana à referido reunião lemos que “a interconecção ou mesmo frequentes vezes a confusão, do costume como instituição judicial e a religião não é compatível com os princípios do materialismo dialéctico; o carácter metafísico do costume é um factor de obscurantismo que prejudica o progresso económico e social do

⁶⁶⁵FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência Normativa...*, p. 13; Veja-se também SILVA CUNHA, J., *O Sistema Português...*, p.135; cfr. ainda, “A Administração Pública em Angola” em AAVV, *Pluralismo e Legitimação - a Edificação Jurídica Pós-Colonial de Angola*, Almedina, 2003, p. 41.

⁶⁶⁶ Assim, FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência Normativa...*, p.13. veja-se também GUEDES, Armando Marques, *The State and Traditional Authorities in Angola. Mapping Issues*, p. 27 in GUEDES, Armando Marques e LOPES, Maria José, *State and Traditional Law in Angola and Mozambique*, Edições Almedina, SA, Janeiro , 2007

⁶⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, “From Customary Law to Popular Justice”, *Journal of African Law*, Vol. 28, No. ½ *The Construction and Transformation of African Customary Law*, 1984, p. 90-98, p.94, tradução nossa. Veja-se ainda no mesmo sentido RIBEIRO, Gonçalo Almeida, “Features of Legal Pluralism. Lessons From Angola and Mozambique” in *State and Traditional Law in Angola and Mozambique*, Edições Almedina, SA, 2007, p. 123, em que o autor refere trabalhos de campo realizados em Angola e Moçambique por Boaventura de Sousa Santos e por Marques Guedes que em pontos importantes coincidem nas observações. Segundo as mesmas, ambos os países englobam uma vasta e heterogénea ordem jurídica: normas comunitárias aplicadas por tribunais comunais, autoridades em campos de refugiados, religiões ou normas relativas a práticas, ordens normativas locais encabeçadas por chefes tradicionais, leis costumeiras não articuladas, etc. Ambos exibiam sistemas jurídicos oficiais a operar na base de modelos de retórica familiares ao pensamento jurídico ocidental central, assente no exclusivismo da lei do Estado, com uma grande influência da cultura jurídica portuguesa tanto dos escritos como das leis e com razões políticas que, em paralelo com a dimensão cultural e ancoradas na versão popular do socialismo, desenvolveu um ponto de vista de que as autoridades tradicionais “eram formas primitivas de associação política destinadas a desaparecer, ao longo do processo dialéctico de emancipação social, ou extensões indirectas do colonialismo dominante”. No fundo, foram, na opinião de Gonçalo Ribeiro, vistas como incompatíveis com a nova agenda. A única “lei” que era aceite era a aprovada pelas instituições oficiais do novo estado independente.

país.”. Acrescenta ainda Boaventura de Sousa Santos que se propôs que o costume, em vez de ser uma fonte primária de direito, só deveria chegar à categoria de lei “quando pudesse ser um factor determinante de progresso económico e social e, deveria ser rejeitado sempre que se mostrar desajustado dos princípios políticos que guiam o novo tipo de sociedade que estamos empenhados em criar”.

Mais tarde, a força da necessidade levou as autoridades do Estado a chamar as autoridades tradicionais para coabitar onde se necessitasse da sua presença efectiva: umas vezes como instrumento do poder, embora manipulando o seu funcionamento e legitimidade, outras integrando-as enquanto mecanismo local da burocracia estadual⁶⁶⁸. O momento seguinte foi de “vazio” em que se interrogava sobre a “legitimidade, representatividade, títulos, funções, território de jurisdição, autonomia, poder de decisão das referidas autoridades”⁶⁶⁹. Havia dúvidas sobre o tipo de relações a estabelecer e sobre uma coexistência jurídico-formal no seio da ordem jurídica instituída pelo Estado.

Pelo menos até ao ano de 2001, o “poder tradicional” das autoridades tradicionais não havia ainda sido objecto de reconhecimento constitucional e estadual, o que, do ponto de vista de autores como Carlos Feijó, se mostrava indispensável para o funcionalizar no plano jurídico-público e para o erguer como verdadeiro poder público⁶⁷⁰.

Contudo, a falta desse reconhecimento não impediu que a matéria tivesse sido objecto de tratamento. O entendimento, em termos gerais, era de que o poder político não se esgotava apenas nos órgãos de soberania e, com efeito, se manifestava também no poder local⁶⁷¹. Ora, em contexto angolano, o poder local engloba também o poder que é exercido pelas referidas autoridades tradicionais⁶⁷². Também Ngunu Tiny reafirma que, embora a Constituição de 1992 não dispusesse de forma explícita sobre a matéria, por via da

⁶⁶⁸ GUEDES, Armando Marques e LOPES, Maria José, *State and Traditional Law...* pp. 79-81 e 29-30.

⁶⁶⁹ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa...*, p. 14 e s.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 135, e a defender este mesmo ponto de vista, em FEIJÓ, Carlos Maria e PACA, Cremildo, *Direito Administrativo*, 3ª Edição, Aumentada, Mayamba Direito, Luanda, 2013, p. 234 - 235.

⁶⁷¹ FEIJÓ, Carlos Maria, *Direito Público Angolano, Contributos para a sua compreensão*, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, Cascais, 2001, pp. 134-135. Para Carlos Feijó, poder local é “poder político originário ou derivado, exercido nos termos da lei, ao nível das comunidades locais através de órgãos descentralizados, de instituições organizatórias tradicionais e de outras formas de participação democrática das populações visando a satisfação dos seus interesses próprios”. Veja-se ainda sobre poder local MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, 5ª Edição, Coimbra Editora, p. 276 para efeitos da distinção entre poder local e formas de Estado.

⁶⁷² FEIJÓ, Carlos Maria, *Direito Público Angolano*, p. 135, e a defender este mesmo ponto de vista, em FEIJÓ, Carlos Maria e PACA, Cremildo, *Direito Administrativo*, 2013, p. 235.

expressão “poderes locais”, com uma interpretação teleológica, se podia chegar a uma referência às autoridades tradicionais⁶⁷³.

Por outro lado, em momentos anteriores, nos termos do Decreto n.º2/86 de 27 de Dezembro e do Decreto Executivo 37/92 de 21 de Agosto, procedeu-se a um reconhecimento que tinha como limite a lei do Estado. Com efeito, a violação da lei por parte dessas autoridades tradicionais era sinónimo do fim do reconhecimento jurídico de qualquer tipo de poder.

Foi no quadro acima descrito que em 2010 a CRA procurou clarificar a questão. Já nos trabalhos Preparatórios da CRA, em 2007, discutiram-se as expressões “tradicional” e “lei consuetudinária”⁶⁷⁴. Na verdade, a inserção das expressões veio dar a ideia de um reconhecimento que antecede ao Estado, como princípio fundamental, faltando determinar a natureza do referido reconhecimento, se meramente *declarativo ou se constitutivo*.

Carlos Feijó procurou fazer luz sobre essa questão. Refere que a CRA inseriu o poder tradicional no poder local e definiu-o como a participação “no exercício do poder público de entidades territoriais diferentes da entidade territorial global Estado (...) mas também de outras entidades locais ou populacionais distintas do Estado, que não sejam necessariamente delimitadas em função de um território, às quais são confiados poderes para o desempenho da actividade administrativa no quadro de um certo núcleo populacional.”⁶⁷⁵.

O poder local que pode ser exercido pela entidade territorial Estado e por entidades “não-Estado”, a que se designa “autoridades tradicionais”, é autónomo e actua numa zona de interesses próprios, no sentido de essas entidades visarem a prossecução não do interesse geral ou nacional do Estado mas apenas dos *assuntos próprios daquelas populações que vivem na respectiva terra ancestral* e que representam “interesses culturais, históricos, políticos e sociais diferentes daqueles que constituem o conjunto do povo, o todo nacional”⁶⁷⁶. A autonomia que está determinada na CRA, particularmente no artigo 223.º, constitui princípio estruturante da organização política e jurídico-administrativa e é reconhecida nos termos dessa mesma disposição. Os interesses próprios e autónomos

⁶⁷³ TINY, Ngunu, “As Políticas de Acomodação – Questões Jurídicas e Constitucionais”, in *State and Traditional Law in Angola and Mozambique*, Edições Almedina, 2007, pp. 69-77 e 78.

⁶⁷⁴ TINY, Ngunu, “As Políticas de Acomodação...”, p. 70

⁶⁷⁵ FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência Normativa...*, p. 414

⁶⁷⁶ FEIJÓ, Carlos Maria e PACA, Cremildo, *Direito Administrativo*, p 236.

funcionam como limite à actividade do legislador ordinário, no sentido de não poder “beliscar”, por esvaziamento ou qualquer outro modo, o conteúdo essencial dessa autonomia⁶⁷⁷, que passa assim a constituir uma garantia e limite material de revisão constitucional nos termos da alínea k) do artigo 236.º da CRA⁶⁷⁸.

Fica para nós claro, acompanhando Carlos Feijó, que a CRA reconheceu a instituição do “poder tradicional”, o seu papel, as suas funções e o próprio modo de actuação do direito consuetudinário, nos termos do artigo 223.º, em duas diferentes dimensões: por um lado, num reconhecimento *declarativo*, pois o Estado confirma “retrospectivamente”, com efeito *ex tunc*, “as estruturas e características fundamentais de determinada realidade normativa, incluindo as respectivas legitimidades e fontes normativas, papel e funções constituídas no seio das respectivas comunidades”⁶⁷⁹, sendo o objecto do reconhecimento as comunidades tradicionais e respectivos costumes, que preexistem ao Estado⁶⁸⁰; por outro lado, num reconhecimento *constitutivo*, uma vez que é a partir desse acto da Constituição, para o futuro, que as entidades públicas devem respeitar o poder tradicional e suas instituições, o que constitui um dever constitucional imposto que, até aqui, não existia. Ou seja, cria-se uma relação jurídica *ex novo* que é oponível ao Estado e, daí, a ideia de que este reconhecimento é também constitutivo. Parece que esta perspectiva sobre o reconhecimento da instituição “autoridades tradicionais” em Angola veio pôr termo a alguma dúvida que, do nosso ponto de vista, ainda pairava na apreciação de alguns autores sobre a referida temática no contexto angolano.

⁶⁷⁷ *Ibidem* p. 415 - 416

⁶⁷⁸ Artigo 236º “ As alterações da Constituição têm de respeitar o seguinte: k) a autonomia local”.

⁶⁷⁹ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa*, p. 417.

⁶⁸⁰ TINY, Ngunu, “As Políticas de Acomodação..”, p. 71-72, trata a problemática do reconhecimento das autoridades tradicionais, a partir do problema da sua acomodação. Defende, para o efeito, dois modelos de acomodação que importa caracterizar: a) o monista que concebe as autoridades tradicionais como nível máximo do poder público, integradas no Estado e, por conseguinte, defensoras do interesse do Estado. As autoridades tradicionais serão, neste sentido, parte do poder local do estado, podendo ou não estar incorporadas, mas aplicando-se os princípios fundamentais específicos do poder local. Trata-se de um modelo pragmático em que o Estado usa essas autoridades para promoção dos seus próprios interesses. b) e o modelo dualista que concebe as autoridades tradicionais como representantes e líderes das suas próprias comunidades. Assim, o Estado apenas desenvolve a relação entre essas autoridades e o seu próprio poder. A este modelo Tiny chama “reconhecimento”, e nós acrescentamos em sentido próprio, porque enquanto que no primeiro modelo há reconhecimento mas a autoridade tradicional é incorporada no poder local do Estado, neste modelo as autoridades tradicionais não são parte do poder local estatal, ou seja, são reconhecidas como estruturas pré-existentes ao Estado e, por isso, devem existir em paralelo ao aparelho do Estado.

Gonçalo Ribeiro, por exemplo, reconhece, para efeitos de ajustamento das políticas do pluralismo jurídico, três hipóteses⁶⁸¹: i) o “não reconhecimento” da autoridade “estrangeira” – no caso, seriam as autoridades tradicionais e sua instituição –, tratando-a como subversiva, quer dizer, a política de não reconhecimento investe na negação do pluralismo através das leis ordinárias, embora a entidade “estrangeira” não reconhecida como legítima deva merecer relevância política explícita; ii) o “reconhecimento limitado” em que o sistema reconhece a autoridade “estrangeira” mediante certas condições, quais sejam, admitir uma certa jurisdição material ou territorial; iii) e o “reconhecimento total” – no sentido de completo –, enquanto reconhecimento sem condições, ou seja, num reconhecimento judicial ou na aplicação de costumes *contra legem* ou *praeter legem*.

Deste ponto de vista, a posição defendida por Carlos Feijó não se aproxima do designado “reconhecimento total”, dado que não admite costumes *contra legem* por virtude dos limites explícitos no artigo 7.º da CRA⁶⁸².

Também Ngunu Tiny fala em reconhecimento declarativo e reconhecimento constitutivo⁶⁸³. Porém, considera que o projecto de CRA não deu uma resposta clara sobre a natureza desse reconhecimento, sendo essa resposta importante pois dela depende o modelo de acomodação a reservar às autoridades tradicionais e à sua própria instituição.

A clarificação feita por Carlos Feijó pode levar-nos à conclusão sobre a opção feita pelo legislador constituinte angolano e, finalmente, à dissipação da dúvida sobre o posicionamento das autoridades tradicionais e sua instituição no contexto do ordenamento jurídico angolano. No fundo, por via dos artigos 7.º e 223.º, a CRA reafirma o princípio pluralista, no caso dispensando a intermediação da lei, ou seja, *não fazendo depender a validade do costume da lei ordinária*; por conseguinte, o legislador ordinário não pode restringir o costume para além dos limites previstos na própria CRA.

Os diferentes posicionamentos do “reconhecimento” são assim patentes: umas vezes num modelo dualista⁶⁸⁴, com a autonomia das autoridades tradicionais, outras vezes numa atitude de modelo monista, com a incorporação das autoridades tradicionais e a sua instituição no designado “poder local”.

⁶⁸¹ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, “Features of Legal Pluralism...”, p. 129- 134 -135.

⁶⁸² FEIJÓ, Carlos Maria *A Coexistência Normativa...*, p.395,

⁶⁸³ TINY, Ngunu, “As Políticas de Acomodação..”, p. 77

⁶⁸⁴ No passado, feito por via de uma lei ordinária, como aconteceu nos anos 80, em que o Estado reconhecia as entidades tradicionais como prévias ao próprio, veja-se a Lei nº7/81 de 4 de Setembro (Lei dos Órgãos locais do Estado).

Ngunu Tiny já havia defendido em Angola a vigência de um pluralismo que não qualificou como jurídico (no sentido de normativo) mas como de facto⁶⁸⁵. Do seu ponto de vista, o pluralismo não é uma ferramenta normativa mas sim *descritiva*, havendo a necessidade do recurso a certos meios para se determinar quando é que se está em presença de um pluralismo de facto ou quando é se está perante um pluralismo jurídico – tendo em conta que o próprio conceito pluralismo pode ter outros significados⁶⁸⁶. Assim, resumidamente, segundo Ngunu Tiny: no pluralismo não há sistemas jurídicos relacionados ou colocados em posição de hierarquia; o pluralismo tem como ideia central sistemas a *interagirem* num quadro relativamente coerente, dado que a coerência é característica dos sistemas jurídicos, pois eles procuram dar respostas coerentes às questões que lhes são colocadas, embora isso não signifique que, no seu seio, não ocorram tensões ou conflitos; em caso de conflito, o pluralismo tende mais para a *acomodação* do que para a exclusão; podemos falar num pluralismo “ligado” quando as ordens jurídicas estão relacionadas ou interligadas o que, quanto a nós, significa dizer que o direito estatal e o direito costumeiro formariam um pluralismo comum, ao passo que num pluralismo “desligado” as ordens ou fontes jurídicas se desenvolveriam e evoluiriam de modo relativamente autónomo; a compatibilidade com os valores democráticos e o reconhecimento das autoridades tradicionais não seria propriamente um “cheque em branco”, implicaria, antes de tudo, que as referidas autoridades tradicionais devessem cumprir e promover os valores fundamentais do Estado, como, por exemplo, os valores que estão associados à democracia e à dignidade da pessoa humana; os conflitos normativos e as pretensões das autoridades devem ser plausíveis, razoáveis e susceptíveis de ajustamentos mútuos, o que significa que o pluralismo não põem um fim a reclamações de autoridade; uma acção pode ser legal para um sistema jurídico mas ilegal para o outro, ou seja, no caso, as autoridades tradicionais na sua acção deverão também agir com respeito pela lei e pelos princípios fundamentais do Estado; podem, assim, ocorrer conflitos irreduzíveis no sentido de que tocam em valores fundamentais e profundos; e o pluralismo é um processo aberto que muda tendo em conta o tempo e o tipo de sociedade

⁶⁸⁵ TINY, Ngunu “As Políticas de Acomodação...”, p. 79 - 81.

⁶⁸⁶ Veja-se, RIBEIRO, Gonçalo Almeida, “Features of Legal Pluralism...”, pp. 116-121, para quem “pluralismo jurídico”, para além de significar mais que uma ordem jurídica coexistente, significa que também coexiste uma pluralidade de normas de reconhecimento, e ainda que um conjunto de pessoas submetida à autoridade de mais do que um sistema jurídico.

em que se desenvolve e, por isso, não é idóneo generalizar ou universalizar processos, sob pena de se esvaziar o conteúdo e o significado do conceito.

De qualquer modo, um pluralismo com uma previsão constitucional não pode deixar de ser *jurídico*. Este recorte aproxima-se do que António Hespanha aponta como traços para uma teoria pluralista do direito capaz de reexaminar o conceito e a função da Constituição⁶⁸⁷. É importante considerar o entendimento sobre o que é ou deverá ser uma Constituição global numa ordem jurídica plural, como conduzir a Constituição global num também sistema jurídico global, ou seja, o modo como os vários “sistemas jurídicos sectoriais” interactuam e como reagem às situações de conflito, resultantes precisamente da convivência.

São também previsíveis as dificuldades no controlo da constitucionalidade das normas num ambiente pluralista, sabendo que não basta a compatibilidade das normas positivas com a constituição do Estado, estando agora em causa as normas dos vários “sistemas de normas”, estaduais e não estaduais, no respeito por uma Constituição de direito plural. No fundo, o controlo da constitucionalidade será a resolução de conflitos entre jurisdições autónomas, a fim de verificar se cada uma respeitou as atribuições das outras com vista a fomentar a autonomia e a interacção mútua no sentido da estabilização dos vários direitos.

Há, por conseguinte, todo um longo caminho a percorrer, na construção do sistema pluralista, que deve ser entendido como um processo aberto que muda tendo em conta o tempo e o tipo de sociedade em que se desenvolve. Na verdade, a convivência dos sistemas jurídicos estadual e costumeiro é um facto e uma realidade⁶⁸⁸, no sentido de que a origem e a duração histórica do Direito e da justiça existe desde tempos imemoriais, sendo difícil de identificar, com precisão, o momento e os agentes da sua criação. As normas de reconhecimento dos artigos 7.º e 223.º da CRA indicam que se veio conformar a perspectiva pluralista vigente, cujas especificidades foram recortadas com bastante nitidez

⁶⁸⁷ Veja-se Parte II, Capítulo II, pontos 2 e 3.

⁶⁸⁸ Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (Orgs) *Conflito e Transformação Social – Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, 1º V., Edições Afrontamento, 2003, “O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico”, p. 61- 62. O autor distingue entre oficial/não oficial, formal/informal, tradicional/moderno, monocultural/multicultural. Mais na perspectiva política RIBEIRO, Gonçalo Almeida, “Features of Legal Pluralism...”, p. 124-126, define “tradicional” por oposição a “moderno”, como o olhar para trás e o olhar para frente, respectivamente, modos de justificação política.

por Boaventura de Sousa Santos⁶⁸⁹: *o pluralismo jurídico em Angola tem como primeira característica a enorme riqueza que reside no facto de, sociologicamente, vigorarem várias ordens jurídicas e sistemas de justiça. A outra característica é a complexidade que se manifesta numa “interpenetração e contaminação recíprocas” entre as diferentes formas de direito e de justiça. Formas que criam situações de “hibridação jurídica”, quer dizer, misturam “elementos de diferentes ordens jurídicas (por exemplo, direito oficial, direito costumeiro, e direito religioso)”, de tal modo que dessas misturas nascem novas entidades jurídicas, por assim dizer “entidades híbridas”, cuja presença revela-se sobretudo na resolução de litígios⁶⁹⁰. Mais: a percepção dos indivíduos e dos grupos sociais sobre o direito e a justiça reduz-se a formas de “interlegalidade”⁶⁹¹.*

§2. Para uma “acomodação mútua”

Reconhecendo a pluralidade de sistemas jurídicos em vigor em Angola, e admitindo a semelhança com outras experiências – particularmente as de Moçambique e Timor-Leste no que respeita à consagração constitucional expressa do referido reconhecimento –, importa verificar e tomar posição em relação ao modo como essa convivência poderá operar, para também darmos resposta às dificuldades que nos suscitou o caso “Kamutukuleno”.

Vimos que para autores como Ngunu Tiny a ideia de “pluralismo” não implica fatalmente que as instituições tradicionais se traduzam em sistemas constitucionais ou em “Constituições tradicionais”. Mas, da nossa parte, admitimos que há determinados princípios fundamentais, princípios constitucionais nucleares ao Estado-de-Direito, que devem ser respeitados pelas autoridades tradicionais. O que é diferente de afirmar que as autoridades tradicionais e o costume devem subordinar-se à lei ordinária. De resto, na

⁶⁸⁹ “Direito e Justiça num país libertado há pouco do colonialismo e ainda há menos da guerra civil, em transição democrática, em desenvolvimento, rico em petróleo (por alguns anos) e diamantes, pobre para a grande maioria dos cidadãos, cultural, étnica e regionalmente muito diverso”, em SANTOS, Boaventura de Sousa, e VAN-DÚNEM, José Octávio (Orgs), *Sociedade e Estado em Construção: Desafios do Direito e da Democracia em Angola*, Série Direito e Sociedade, Almedina, CES, 2012, p. 23-83, p. 49 e ss. O autor fez um estudo comparado das especificidades mais marcantes da pluralidade jurídica em Angola e Moçambique, numa perspectiva de comparação Sul/Sul, atendendo a factores históricos, sociais, económicos, políticos e culturais.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁹¹ *Idem*.

mesma linha de Ngunu Tiny, pensamos que o constitucionalismo poderá ter formas próprias de lidar com o conflito, postulando o ajustamento mútuo como forma de resolução e, por esta via, chegar a uma ideia de “acomodação mútua”.

Seguindo essa ideia, sempre que se estiver em presença de um conflito profundo, irreduzível, de determinado ou determinados valores e interesses relativamente a outros, cuja resolução significa que a protecção de um redundará no sacrifício do outro, é preciso acomodar os interesses dirigindo-se a solução, não para o lugar onde o conflito deva ser resolvido, mas para *o modo como o conflito deve ser superado*. Importa, por isso, apresentar princípios e processos normativos que tenham por finalidade auxiliar na gestão desses conflitos.

Segundo Ngunu Tiny, a *acomodação mútua* pressupõe um conjunto de valores que haveria de estar presente na fundamentação das decisões dos diferentes actores e instituições. Sendo um processo de fundamentação, a acomodação tem implícita a continuidade das práticas e está aberta a modos formais e informais de resolução de conflitos: nesta conjuntura, a maioria dos interesses deve ser tomada em consideração, o que significa que as autoridades tradicionais devem ter em conta os princípios fundamentais do Estado⁶⁹² e este, por sua vez, deve também tomar em consideração os valores e interesses defendidos pelas autoridades tradicionais. Uma decisão divergente deveria implicar uma justificação à luz do que Ngunu Tiny designou “dever de divergência informada”⁶⁹³.

Por um caminho diferente, mas também no sentido de uma “acomodação mútua” que converge numa teoria pluralista do direito, segue a proposta de António Hespanha⁶⁹⁴. A sua teoria afasta-se da ideia de “Constituição dirigente” – no sentido defendido pelas concepções estadualistas que colocam a Constituição do Estado no topo da pirâmide normativa – uma vez que, do ponto de vista teórico, seria de difícil defesa. Onde se situariam na pirâmide os direitos não estaduais? Também não defende a lógica segundo a qual cada um dos sistemas constituiria a sua própria pirâmide, havendo tantas pirâmides quantos os sistemas de direito. Em suma, sugere que a resolução dos conflitos resultantes

⁶⁹² Embora isso não signifique que, no caso concreto, as autoridades tradicionais devam vincular as suas decisões à lei ordinária do Estado.

⁶⁹³ TINY, Ngunu, “As Políticas de Acomodação...”, p. 83.

⁶⁹⁴ A que já nos referimos *supra*, Parte II, Capítulo II, ponto 2

da convivência entre os sistemas deverá passar pela *eleição de uma norma de resolução de conflitos sustentável, duradoura e, por isso, consensual e estabilizadora*.

Já o afirmámos: comparativamente ao direito não estadual, o direito constitucional estadual recolhe um consenso generalizado, resultante de uma origem que é mais regulada, mais igual, mais transparente, de “auscultação” da comunidade, e que o torna por isso mais capaz de responder às expectativas normativas. Sendo promotor de consenso e estabilidade, positivado, pode-se dizer que merece maior respeito e legitimidade. Ou seja, o respeito pela Constituição e pela lei, que se proclama no direito estadual, tem origem em *processos de legitimação que seguem as rotinas normativas estáveis e legitimidades*. Resulta também daqui que, por virtude dessa origem, a Constituição e a lei podem-se revelar em condições de enfraquecer qualquer “norma de conflitos” que atribua hegemonia ao direito não estadual e acabar, assim, por ceder face ao direito constitucional e infra-constitucional estadual.

O que se pretende salientar é a ideia de que nos Estados constitucionais e democráticos a Constituição do Estado expressa *formas avançadas de democracia entendida como participativa e representativa*, conferindo aos cidadãos a possibilidade de exprimirem a sua vontade sobre a origem do direito. Há, por conseguinte, uma ideia de *consensualidade* que acompanha o dirigismo da Constituição do Estado que acaba por ser um *elemento perturbador dos consensos normativos sectoriais*. Perturba o direito tradicional porque obriga a que os direitos não estaduais se abram a pontos de vista mais amplos, mais cosmopolitas, e se afastem ao que é natural às formas locais de regulação. Essas formas, por sua vez, vêm-se obrigadas a abrir-se para interesses mais gerais e, deste modo, a contrariar as formas tradicionais de regulação, olhando para novas experiências no sentido da sua renovação e colocando novos desafios, novas formas de estabilização que incluem inovações comportamentais. Acompanhamos em toda a extensão esta forma de ver as coisas que nos é explicada por António Hespanha.

No fundo, a teoria pluralista pode acrescentar a tudo isto *regras de consenso e de estabilização social* aos sistemas de direitos da comunidade, no seu conjunto, consagrando-as na Constituição de forma solene, regulada e reflectida. É também importante que tenhamos um entendimento sobre o que é a Constituição numa ordem jurídica plural. Esse entendimento permitir-nos-á compreender se deverão ou não existir tantas “Constituições”

quantos os sistemas jurídicos em presença, numa posição quanto à convivência dos sistemas.

Podemos adoptar um conceito amplo de “Constituição”, defendido pela teoria pluralista, *enquanto norma que a partir do interior estrutura e regula um universo relações, como um resultado de consensos, sustentada por elementos permanentes, vivenciados e reiterados que correspondam às expectativas gerais, previsíveis e estabilizadoras*⁶⁹⁵. Uma constituição que estabelece a acomodação de cada um dos sistemas no espaço da normação comunitária global, viabilizando assim a convivência multicultural. Contrariamente à “Constituição estadual”, enquanto norma suprema que conduz a um fechamento do sistema estadual pois impede que as normas jurídicas respondam perante sistemas como aqueles que partem do costume (ou da moral, ou da religião, etc.). É verdade também que este fenómeno de fechamento também ocorre com os sistemas normativos não estaduais que têm uma própria estrutura interna insensível a regulações vindas do exterior. No seu conjunto, tudo põe em perigo a subsistência do próprio contexto ou sistema social global.

Por isso fomos fazendo referência à “sobrevivência” dos sistemas, à “reestruturação” dos sistemas e do importante estímulo à autotransformação de todo o sistema social. A solução, quanto a nós, passará sempre *por ter em conta as particularidades da vida interna do país e o respeito pela Constituição*.

É o recurso a um conceito amplo de Constituição no sentido de se incluírem as práticas vividas pelas diferentes instâncias que dizem e que aplicam o direito, numa unidade que agora há-de ser designada global, na medida em que acomoda cada um dos sistemas no espaço da normação comunitária global, fazendo, assim, operar a convivência multicultural⁶⁹⁶. Não há, por esta via, a necessidade de cada sistema perder a sua autonomia. A convivência e a acomodação deverá operar ao nível constitucional desde que presentes mecanismos de respeito pela constitucionalidade e controlo de constitucionalidade. Todavia, esta forma de operar não pode representar ou significar – como também defende António Hespanha – o regresso à recolocação do sistema estadual na posição de Direito nacionalizador, promotor do “justo meio”. Como afirma Ngunu

⁶⁹⁵ Por todos, HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, 2013

⁶⁹⁶ Cfr. TINY, Ngunu, “As Políticas de Acomodação...”, pp. 83 e ss.

Tiny: não é encontrar o lugar onde a convivência deve operar, é *encontrar o modo como a convivência deve operar para uma “acomodação mútua”*.

3. Os limites ao costume e ao “poder tradicional”

§1. Considerações gerais

Aceitando que o pluralismo jurídico ou que a pluralidade de ordens jurídicas⁶⁹⁷ no âmbito do ordenamento angolano opera tanto numa dimensão declarativa como numa dimensão constitutiva, por via do disposto nos artigo 7.º e 223.º da CRA, reconhecemos o estatuto e o papel das instituições do poder tradicional, no seio de organizações político-comunitárias tradicionais, para reger determinadas comunidades de acordo com os valores e normas consuetudinárias próprias.

Mas, na verdade, há ainda um problema de “interlegalidade” – que se expressa no modo como os cidadãos e os grupos sociais se reorganizam consoante as situações e os contextos – que leva essas formas de viver a ser reguladas tanto pelo direito estatal-oficial como pelo direito consuetudinário, e segundo complexas combinações entre as diferentes ordens jurídicas.

Um contexto desta natureza, com um campo jurídico tão vasto e diversificado, reclama, para além do conceito de “Constituição”, um conceito de “Direito” amplo e flexível que consiga abarcar toda a dinâmica social e jurídica. Sendo assim, a concepção de direito liberal na qual se equaciona a Nação, o Estado e o Direito, desenvolvida pelo positivismo do séculos XIX e XX, não parece responder a essas exigências precisamente por se apresentar bastante restritivo na medida em que apenas reconhece um único espaço-tempo do direito, o nacional, quando do ponto de vista sociológico o “espaço-tempo” do direito deverá afigurar-se mais complexo, com três dimensões: *o local, o nacional e o*

⁶⁹⁷ Cfr. ARAÚJO, Raúl Carlos Vasques, *O Presidente da República...*, 2009, p. 157 quando ao caracterizar o pluralismo jurídico africano, utiliza a expressão, mas acaba por defender que prefere conceito “pluralidade de ordens jurídicas” defendido por Boaventura de Sousa Santos, já que o referido conceito é preferível porque tem conotação menos normativa e, por isso, menos susceptível de conduzir a erros. No mesmo sentido e em “A Mudança após a independência – rupturas e continuidades no campo político, legal e administrativo de Angola, em SANTOS, Boaventura de Sousa, VAN-DÚNEM, José Octávio, in *Sociedade e Estado em Construção...* p. 172-173.

global, considerando que cada um tem a sua própria normatividade e racionalidade jurídica, decorrendo daqui, naturalmente, relações tensas e de conflito⁶⁹⁸.

A admissão e o reconhecimento de um “direito tradicional” ou de um “direito penal tradicional-indígena” leva-nos para a *tensão entre a diversidade cultural e étnica e a consagração de direitos fundamentais*, uma vez que os povos das comunidades que se regem pelo direito tradicional têm uma (muito) própria mundividência da sua forma de existência enquanto indivíduos e membros de grupos sociais. Somos tentados a pensar que muitos desses costumes praticados pelas comunidades tradicionais, quando vistos isoladamente, levam à conclusão de que *são incompatíveis com a vigência de direitos humanos consagrados nos tratados internacionais, recebidos e também previstos nos termos da CRA*.

Seria sempre importante encontrar soluções razoáveis de convivência partindo de diferentes postulados. Primeiro, considerando a preexistência destas culturas tradicionais face ao que foi trazido pela colonização com a seu modelo social. Depois, defendendo a universalidade dos direitos humanos como um conjunto de previsões objectivas que qualquer ser humano – na qualidade de ser espiritual e moral, sujeito e agente da sua própria existência – necessita de ver reconhecido, garantidos e tutelados pelo poder público. Ainda, reconhecer que ao poder público incumbe também preservar os direitos colectivos dos grupos de cidadãos-humanos do território que servem de suporte à própria idiossincrasia envolvida nas tradições, costumes, religião, e na correspondente visão do mundo e forma de existência vital⁶⁹⁹. No fundo, seria possível encontrar um mínimo de consenso para a vigência dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em diferentes culturas e tradições, mesmo que a partir de diferentes interpretações.

Conduto, a resposta não pode deixar de atender a duas considerações. Os direitos humanos devem ser encarados como deveres de obrigação à semelhança dos outros direitos; e as garantias individuais deverão ser interpretadas dentro de uma perspectiva mais colectiva e social, numa dimensão supra-individual, distinta daquela que opera na cultura ocidental. Ou seja, um mínimo de consenso sobre a vigência universal de certos direitos humanos e a aceitação de uma diferente interpretação dos direitos humanos que

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 38.

⁶⁹⁹ Neste sentido, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho...*, p. 32

*siga a óptica cultural de referência*⁷⁰⁰, no caso, africana. O que significa procurar *uma forma de consenso entre as “cosmovisões” ocidental, estatal-oficial e tradicional-indígena*⁷⁰¹.

Não podemos deixar de voltar a fazer uma referência à Corte Constitucional da Colômbia que se tem pronunciado estabelecendo, nas culturas indígenas, limites à tolerância das condutas susceptíveis de afectar direitos fundamentais universalmente reconhecidos, afirmando também (na Sentença T-523/97) que “uma primeira solução para esse tipo de conflitos seria estabelecer um diálogo intercultural que seja capaz de traçar standards mínimos necessários para a convivência entre as diferentes culturas, sem que isso implique a renúncia aos pressupostos essenciais que marcam a identidade de cada uma”.

Neste contexto, como se determinaria esse elenco mínimo reconhecido a todo o ser humano, independentemente do sistema normativo e cultural? Qualquer consenso intercultural pressupõe, segundo a Corte Constitucional da Colômbia, o respeito pelo *princípio da autodeterminação* e pela *autonomia da pessoa ou do livre desenvolvimento da personalidade*. A partir daqui deriva um conjunto de direitos que são reconhecidos com carácter universal, como sejam o direito a vida, à integridade física, a liberdade de expressão, e à segurança. Associam-se ainda deveres que a cultura tradicional-indígena impõe aos seus membros, como são os deveres genéricos de cooperação, solidariedade e trabalhos comunitários⁷⁰². Num sentido próximo, a Corte Constitucional da Colômbia (na Sentença T-523/97) clarificou os limites do proibido nos seguintes termos: “Portanto, e nestes termos, os limites mínimos que em matéria de direitos humanos devem as autoridades indígenas respeitar no exercício das suas funções jurisdicionais, porque corresponde ao consenso intercultural sobre o que «verdadeiramente é intolerante por

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 33

⁷⁰¹ Ideia de SANTOS Boaventura de Sousa, “Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos “ *in Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, Junho de 1997, pp. 11-32, 19-22. Boaventura de Sousa Santos interroga-se acerca dos direitos humanos como uma invariável cultural, parte significativa da cultura global, pois eles *não são* universais na sua aplicação e estão consensualmente identificados quatro (4) regimes internacionais: o Europeu, o Inter-americano, o Africano e o Asiático. Esta diversidade tem haver com o facto de as culturas tenderem a considerar como mais abrangentes os seus próprios valores máximos, embora só a cultura ocidental procure formulá-los como universais. Daí que a questão da universalidade dos direitos humanos acabe por trair essa ideia pelo modo como é colocada. O próprio conceito “direitos humanos” assenta em pressupostos que são tipicamente ocidentais. Por isso é necessário que se promova um diálogo intercultural sobre a questão dignidade humana que leve a uma concepção de direitos humanos que se organize como uma constelação de sentidos locais.

⁷⁰² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho...*, p. 34

atentar contra os bens mais preciosos do homem», quer dizer o direito à vida, a proibição da escravatura, a proibição da tortura e por expressa exigência constitucional a legalidade no procedimento, nos delitos e nas penas (entendendo-se por isso que todo o julgamento deverá ser feito conforme «as normas e os procedimentos» da comunidade indígena, atendendo-se à especificidade da organização social e política de que se trate, assim como os caracteres do seu ordenamento jurídico). Estas medidas justificam-se porque são «necessárias para proteger interesses de superior hierarquia e são as menores restrições imagináveis à luz do texto constitucional»⁷⁰³.

Sendo assim, na linha do que actualmente se designa “pluralismo constitucional”, em que se procura conjugar a ideia de pluralismo com a ordem constitucional, as instituições do poder tradicional e respectivas autoridades devem respeitar determinados *princípios constitucionais nucleares e estruturantes*⁷⁰³. O que, no caso de Angola, significa que o reconhecimento do direito costumeiro de natureza penal deverá então contar com os limites explícitos da própria Constituição e da dignidade da pessoa humana.

§2. A não contrariedade com a Constituição

Angola afirma-se como um Estado Constitucional de Direito e um dos seus elementos caracterizadores é a subordinação dos poderes públicos à “Lei fundamental”⁷⁰⁴

⁷⁰⁵

⁷⁰³ Cfr. TINY, Ngunu, “As Políticas de Acomodação...”, p. 81.

⁷⁰⁴ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, 2003, pp. 247-248 e 1147; GOUVEIA, Jorge de Bacelar, *Direito Constitucional de Angola*, p. 171 e 559; veja-se, ainda SILVA, Celso de Albuquerque, *Interpretação Constitucional Operativa*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p.41-42.; ENTERRIA, Eduardo Garcia de, *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*, Cuarta Edición, Civitas, Thomson Reuters 2006, p. 101, a propósito do princípio de interpretação de todo o ordenamento conforme a Constituição.

⁷⁰⁵ Embora esta forma de ver as coisas – “Lei fundamental” – não seja hoje defendida de forma tão linear. Pelo interesse que nos suscitou pareceu-nos importante trazer o ponto de vista de HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico...*, p. 159 e ss, 164 e 165. O autor parte da perspectiva do realismo jurídico e segue a teoria de Hart que defende a abordagem dos problemas jurídicos mais no sentido da realidade do direito e não tanto no da metafísica e abstracção. Segundo Hart é necessário fazer-se a distinção entre vigência e validade, sob pena de valer como direito tudo o que estiver ou for estando estabelecido como concepção conservadora e acomodada da ordem social com que ninguém estará de acordo. Parte-se, neste sentido, da ideia de que nem todas as normas vigentes vigoram como direito ou como normas jurídicas válidas e, por isso, é necessário procurar, encontrar uma norma sobre a validade das normas, ou seja, uma norma que estabeleça os critérios a que deve obedecer o reconhecimento das normas jurídicas pelas instâncias jurisdicionais. A análise do direito deve ser feita a partir de dois planos: “ (i) das normas que as instâncias jurisdicionais reconhecem ser direito e, como tal, aplicam à regulação dos comportamentos

Devido ao carácter e função normativa supra-ordenadora, a Constituição angolana, no seu artigo 6.º, esclarece de modo meramente declarativo a sua supremacia normativa. É o modelo de Estado-de-Direito que, com vista também a controlar as intromissões desproporcionadas ou desrazoáveis da intervenção estatal na esfera de liberdades dos indivíduos, oferece uma protecção a essas “liberdades”. Assim, quando se afirma a não contrariedade com a Constituição, está-se a oferecer uma garantia, uma certa tutela avançada com vista à defesa do indivíduo perante o Estado. E pretende-se defender não só uma ideia de ausência de conflito mas também uma ideia de conformidade⁷⁰⁶.

Na verdade, segundo Konrad Hesse, a essência da norma constitucional reside na sua vigência, ou seja, na capacidade para concretizar uma determinada situação por ela regulada⁷⁰⁷. Essa pretensão de eficácia só é concretizável se levar em conta as condições históricas, económicas, sociais, técnicas ou naturais da sua realização, que se encontram numa relação de interdependência, de modo a criar regras próprias que não podem deixar

(normas primárias) e (ii) das normas (implícitas) de acordo com as quais essas normas primárias são reconhecidas como direito (normas secundárias ou de reconhecimento). Estas últimas, por sua vez, são: (i) normas sobre normas: (ii) observáveis no plano dos comportamentos externos às instâncias jurisdicionais; (iii) que constituem o fundamento de validade das normas primárias, p. 165. As normas de reconhecimento não se confundem, no seu conjunto, com a Constituição, elas descrevem como é que o direito é reconhecido, inclusive a própria constituição formal. Enquanto se defendeu uma visão estadualista do direito, o primado da constituição impunha-se a todos os aplicadores do direito, porque a constituição continha normas de elevada hierarquia do direito oficial, sendo este todo o direito que se devia considerar e obedecer porque, a Constituição prescreve qual é o direito que deve ser reconhecido e todo o aplicador do direito oficial deve obedecer à constituição, naquilo que ela prescreve quanto ao modo de constituição do direito e relativamente aos princípios fundamentais que o direito oficial obedece.

Por outro lado, a partir de uma visão pluralista em que, em dada comunidade, outros direitos de fonte não estatal são reconhecidos por entidades socialmente competentes para tal, direitos considerados válidos pelas normas de reconhecimento, a Constituição passa a ser “dirigente” ou a ter o primado apenas no âmbito oficial e não nos restantes, cuja origem e legitimidade não são o Estado.

Todavia, a Constituição nos modernos Estados constitucionais tem uma determinada “autoridade social”. É só dar conta do seu desenvolvimento em Tribunais Constitucionais ou em Tribunais Supremos. As suas normas influenciam as decisões das instâncias de definição do direito de modo a não aceitarem as normas que a contrariem. Acontece, porém, que certa norma, estadual ou não, pode ser reconhecida apesar da sua contrariedade à Constituição, como também pode acontecer que certa norma não estadual e, por isso, não sujeita ao primado da Constituição, também não seja reconhecida na ordem local, precisamente por contrariar determinados direitos que constam na Constituição.

Contudo, a conformidade com a constituição é um importante factor de promoção do consenso, pela solenidade e reflexividade do processo constituinte como pelo impacto simbólico que o texto constitucional hoje tem. Por isso, ao estabelecer o processo formal de criação do direito tal como alguns dos requisitos quanto ao conteúdo – o respeito pelo princípio do direito democrático e o respeito pelos direitos fundamentais – verifica-se que os requisitos constitucionais de validade do direito são tomados em muita consideração pelas instâncias que dizem o direito e, essas instâncias, não se limitarão a reconhecer a Constituição como direito, mas também a reservar-lhe um estatuto de supremacia em relação às demais normas.

⁷⁰⁶ Assim, FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa*, p. 397- 398.

⁷⁰⁷ HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição* (*Die normative kraft der Verfassung*), Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio António Fabris, Editor, Porto Alegre, 1991, p. 14 – 15

de ser consideradas. Mas essa pretensão de eficácia depende também de um substrato espiritual, isto é, “as concepções sociais concretas e os alicerces axiológicos que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”⁷⁰⁸.

Por isso, o reconhecimento do costume no artigo 7.º e a instituição das autoridades tradicionais no artigo 223.º significam um passo significativo nesse caminho do reconhecimento das condições históricas e sociais da realidade angolana. Desde que não haja uma relação negativa entre a CRA e o costume, incluindo neste último os actos praticados pelas autoridades tradicionais no exercício do seu poder, haverá uma relação válida e eficaz com força normativa. Daí afirmar-se que a Constituição angolana optou por uma perspectiva pluralista: ao aceitar e reconhecer o costume como fonte de direito, admite que na ordem jurídica angolana possam vigorar, para além do sistema jurídico estadual que se rege principalmente por via da lei, outros sistemas de direito como o direito tradicional-indígena. Com efeito, o artigo 7.º colocou em posição de paridade o costume e a lei⁷⁰⁹, embora se reconheça que poderá haver conflitos cuja resolução reclamará a adopção de um critério jurídico de solução. De todo o modo, é a própria Constituição que impõe a paridade, “respeitando o que são os campos de reserva da lei e as matérias em que a lei se limita a desenvolver, regular ou regulamentar, ou seja, a concretizar a Constituição.”^{710 711}. Como diria Carlos Feijó, numa palavra, “Ser diferente não é ofensivo; a diferença é legítima, a ofensa à Constituição é ilegítima”⁷¹².

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 15. Dado que a constituição não é apenas a expressão de *um ser*, mas também de um *dever ser*, ela significa mais do que o simples reflexo das formas sociais e políticas como condições fácticas da sua vigência. Graças a essa pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformar a realidade política e social. E, por essa via, ela adquire força normativa desde que consiga realizar essa pretensão de eficácia.

⁷⁰⁹ Cfr. BURITY DA SILVA, Carlos, “A Necessidade de Revisão do Código Civil...”, p. 11; BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola...* p. 497-498.

⁷¹⁰ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa*, p. 401. Esta perspectiva vai no sentido defendido por HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico...*, p. 112 quando refere a influência que ainda hoje a lei tem, não obstante a crise que a teoria do direito e da norma jurídica está a viver. Com efeito, segundo aquele autor, hoje tomando em conta o carácter pluralista das ordens jurídicas actuais, em consequência da crise do “legalismo”, a importância da lei está mais “matizada”. Porém, continua a ser um indicador de consensos comunitários, aqueles que estão na base do reconhecimento das normas jurídicas pelas instâncias jurisdicionais.

⁷¹¹ Sem nos esquecermos das considerações feitas a propósito da constituição global e do sistema jurídico global de uma ordem jurídica plural, bem como do controlo da constitucionalidade no contexto pluralista, dado que a finalidade é conseguir um mínimo de coexistência exigível entre os sistemas de direito estatal e de direito tradicional.

⁷¹² *Ibidem*, p. 417- 418.

Se esta é a leitura, quer dizer, se o costume não pode ser limitado por lei e se a sua aplicação não pode contrariar a Constituição, significa que há uma obrigação de conformação com a Constituição mas não de conformação com a lei. Parece-nos pois que desconformidade com a lei não significa necessariamente contrariedade, pois, se assim fosse, não se manteria o mínimo de coexistência exigível e caminharíamos para uma assimilação da estrutura do sistema consuetudinário com o sistema estadual legal. A autonomia reivindica “um espaço próprio em que se admite a diferença e a prossecução de um modo de produção normativo-institucional próprio, mas que, sem soberania, não pode ser reconhecido quando *injustificadamente* contraria aqueles que, dentro da comunidade política global, são considerados os valores, princípios e normas nucleares concretizados na Constituição enquanto norma suprema dessa comunidade, ou valor axiológico supremo da dignidade da pessoa humana”⁷¹³.

Deste modo, sempre que o ordenamento tradicional-indígena respeitar os mínimos no quadro do reconhecimento e da tutela dos direitos fundamentais humanos, *devem ser tomadas em consideração e legitimadas as normas consuetudinárias em vigor próprias da tradição e dos costumes dos povos indígenas*. Nestes termos, à luz do direito angolano, assevera-se viabilidade ao direito penal tradicional-indígena sempre que se respeitarem os postulados que presidem à CRA: o respeito à vida, à integridade física, à proibição da pena de morte, à proibição da escravatura e de tratamentos degradantes, às garantias do processo criminal, entre outros direitos, liberdades e garantias previstos.

A partir deste limites indubitáveis, podemos caminhar para a não inconstitucionalidade dos crimes e das penas determinados exclusivamente pelo direito costumeiro, ao abrigo do artigo 7.º da CRA, no âmbito de uma específica organização social e política, em território ancestral. Neste sentido, o costume poderá qualificar condutas como crime, condutas que são do conhecimento dos membros da comunidade precisamente por via de *uma divulgação que se faz oralmente de geração para geração*. Ou seja, há certas normas, não escritas, que *vigoram na comunidade por se afigurarem tão límpidas e tão determinadas na consciência dos seus membros que transmitem um sentimento de obrigatoriedade jurídica*; mais límpidas do que outras que constam nas leis escritas e nas codificações, entendidas como normas alheias aos sentimentos de justiça

⁷¹³ *Ibidem*, p. 419.

locais. Quanto às penas a aplicar pelo direito penal tradicional-indígena, sobretudo aquelas com uma conotação mais grave, são do conhecimento da comunidade por serem aplicadas na presença e com a participação de todos os seus membros, ficando assim *cristalizadas na consciência colectiva e, desta forma, também transmitidas de geração para geração*. Sendo assim, estamos perante *procedimentos, crimes e penas conformes com regras consuetudinárias estabelecidas em momento anterior, conhecidas e consensuais para todos os membros de determinada comunidade*.

Uma norma constitucional com a natureza do artigo 7.º da CRA⁷¹⁴, que admite o costume como fonte imediata de direito, equiparável à lei, é susceptível de fundamentar a responsabilidade penal a partir da especificidade e da compleição do ordenamento jurídico tradicional-indígena, numa óptica consensual de respeito pelos direitos humanos fundamentais, *máxime* a dignidade da pessoa humana. E com estes limites constitucionais fica salvaguardado um mínimo de segurança jurídica para os membros da comunidade e um máximo de controlo das arbitrariedades por parte das autoridades tradicionais encarregadas dos julgamentos das condutas consideradas criminosas. O princípio da legalidade da intervenção penal não estará, por esta via, preterido ou desrespeitado na sua qualidade de núcleo essencial e princípio estruturante do Estado-de-Direito. Bem pelo contrário, poderá dizer-se enriquecido porque adaptado a uma realidade ou a um contexto próprio no qual “o pluralismo é expressão e fonte, simultaneamente, de uma sociedade aberta, heterogénea de interesses e tolerante às diferenças, encontrando no dissenso, enquanto manifestação de uma cultura de reconhecimento e valorização da diversidade e do contraditório, a sua essência”⁷¹⁵. Voltaremos a olhar para o princípio da legalidade da intervenção penal neste contexto (*infra*, ponto 5, §1 e §2).

§3. Dignidade da pessoa humana

O outro limite relevante – pese embora se possa considerar que cabe no limite mais geral da Constituição – é a dignidade da pessoa humana que, pelas suas particularidades, parece-nos importante considerar.

⁷¹⁴ Norma constitucional estranha, p.ex., aos sistemas jurídicos da América Latina.

⁷¹⁵ OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português, Identidade Constitucional*, V. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 58,

Este princípio que faz da pessoa humana o fundamento e o fim da sociedade e do Estado angolano, serve de inspiração para o sistema dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, na sua qualidade de norma ordenadora, conferindo ao sistema unidade de sentido e concordância práticas. É nesse sentido que se garantem as condições para o desenvolvimento da personalidade do ser humano, quer como membro da colectividade, quer como membro da sua própria comunidade, seja esta simples ou complexa. Só a *dignidade da pessoa humana* entendida como fonte ética dos direitos – sejam políticos, sociais, económicos ou culturais, liberdades e garantias individuais – pode conferir unidade e valor axiológico ao sistema⁷¹⁶. É também este princípio que acolhe a ideia de que ao Estado está vedada a interferência indigna na condição de cada pessoa, podendo o sujeito recorrer aos tribunais, inclusivamente ao Tribunal Constitucional, para assegurar a fiscalização da actuação do Estado para com os direitos mais nucleares da pessoa humana⁷¹⁷.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana assume-se como um pilar no qual o Direito assenta e, neste sentido, o reconhecimento do costume significa também que este princípio está presente. Trata-se de um entendimento que faz todo o sentido na perspectiva pluralista, pois aqui é elevado a princípio legitimador por respeito ao “projecto de vida próprio das minorias, o reconhecimento e a mútua tolerância da diferença de valores e de modos de conceber e de viver o direito”⁷¹⁸. Embora, do nosso ponto de vista, e no contexto angolano, possamos considerar que a minoria é aquela que, por virtude da “assimilação da cultura colonial”, “domina” e “impõe” o direito estatal-oficial; e não aquela que vive em situação de interlegalidade, regendo-se pelo quer pelo direito tradicional-indígena, quer pelo direito “oficial” do Estado.

Ressalvado este ponto de vista, justifica-se a discussão em volta de uma ordem jurídica plural, pois o valor de cada pessoa vê-se reflectido e reclama a incorporação e a integração em sistemas autónomos que vigoram nas várias comunidades do território angolano, procurando um equilíbrio nas necessidades básicas da pessoa humana. O

⁷¹⁶ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa*, p. 402-403; CANOTILHO, Gomes J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* 2003, p. 225-226; CANOTILHO, Gomes José Joaquim e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, p. 199-200; GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Cosntitucional*, V. II, 3ª Edição, 2009, p. 798 -809.

⁷¹⁷ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa*, p. 408.

⁷¹⁸ *Idem*.

reconhecimento desta ordem plural visa abarcar todas as dimensões em que se revela a existência do *ser pessoa humana*⁷¹⁹: merece que a vida seja protegida para que tenha uma existência condigna; merece que não seja utilizada como meio, mas assumindo-se como “fim em si mesmo”, como sujeito e autor da história e nunca como seu objecto; com direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade e beneficiando do reconhecimento de todos os demais direitos de personalidade; sendo protegida do arbítrio, das actuações violadoras da proporcionalidade e da imparcialidade e de todas as formas de discriminação infundada; podendo fazer recurso de mecanismos de autotutela, de resistência contra actos jurídicos injustos; enfim, que lhe seja reconhecida um mínimo de dignidade.

Os actos ou efeitos que violem a dignidade da pessoa humana deixam de ter substrato legal, perdem a tutela do próprio Estado e, por assim dizer, perdem o consentimento da Constituição. Então, se tanto a Constituição como o Estado estão vinculados ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, deve-se, por maioria de razão, considerar que o princípio vincula todos os entes públicos estaduais ou infra-estaduais, quer directamente através da Constituição, quer indirectamente pela “força irradiadora” do próprio princípio⁷²⁰.

A doutrina, de um modo geral, aceita a força vinculativa do princípio e, no caso de Angola, está mesmo constitucionalmente expressa em quatro importantes referências textuais da CRA: artigo 1.º, segunda parte; artigo 7.º; artigo 223º, n.º2; e alínea a) do artigo 236.º⁷²¹.

O problema levanta-se quando, em concreto, se procura definir a dignidade humana para efeitos de uma *interpretação da ordem jurídica plural*, ou seja, questiona-se como se concretiza a dignidade da pessoa humana na ordem jurídica plural. Possivelmente será como *critério de resolução de conflitos* que o princípio melhor poderá exercer a sua função. Daí que seja necessário encontrar alicerces que permitam uma interpretação também plural do princípio, sob pena de se enveredar por uma perspectiva monista ou

⁷¹⁹ Seguimos as proposições de OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Reimpressão, Almedina, 2003, p. 412 e ss, constitui o cerne da ideia de Direito justo.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 409. No sentido dessa vinculação e a propósito da Constituição da República Portuguesa, cfr. CANOTILHO, Gomes José Joaquim/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, p. 199.

⁷²¹ Cfr. o nosso, “Os problemas penais do sul...”, *RPCC*, ano 23, n.º4, p. 520-522.

estatista que julgue “como contrária à dignidade humana toda e qualquer manifestação que não partilhe os valores supostamente gerais alegadamente considerados à luz de uma leitura moderna em contraposição com os usos, práticas e costumes tradicionais”⁷²².

No âmbito desta interpretação, Paulo Otero identifica uma normatividade de génese informal na Constituição, dado que hoje as constituições escritas já não conseguem excluir a emergência de uma *normatividade constitucional “não oficial”* que, na verdade, pode gerar um conflito e transformar a Constituição “numa mera folha de papel”⁷²³. A *normatividade informal* é “produto directo da vivência social integrativa ou subversiva das normas oficiais que não deixa de comportar uma componente democrática pelo facto da sua informalidade”; e traduz um “espírito comum” de reconfiguração, não havendo, por conseguinte, qualquer usurpação de funções soberanas do Estado, uma vez que a soberania reside no povo (cfr. artigo 3.º CRA). No fundo, negar à colectividade a expressão informal de uma vontade geradora de Direito, conferindo apenas à lei o monopólio ou o exclusivo na definição de um Direito, será negar o próprio princípio democrático.

Para efeitos de uma perspectiva plural, a dignidade da pessoa humana deverá ser densificada, procurando-se um equilíbrio harmónico entre as comunidades tradicionais e a comunidade nacional no seu todo. Deste modo, a dignidade da pessoa humana é também a dignidade da pessoa do indígena ou a dignidade das pessoas que numa determinada comunidade respeitam valores e costumes dos seus antepassados, *numa dignidade distinta daquela pessoa que se rege por valores do tipo ocidental de acordo com o direito estadual*. Ou seja, a dignidade da pessoa humana terá também que encontrar um equilíbrio nas necessidades culturais da pessoa humana.

4. Para uma interpretação do artigo 7.º (“costume”) da CRA

§1. Considerações gerais

Neste ponto do nosso estudo não podemos deixar de olhar com mais cuidado para o artigo 7.º da CRA de modo a sustentar algumas das posições relacionadas com o princípio

⁷²² OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública...* p. 410.

⁷²³ *Ibidem*, p. 433-434. Aspas do autor.

da legalidade penal que temos defendido como sendo mais adequadas à realidade do ordenamento jurídico angolano.

Repare-se que o legislador constituinte não fez incidir directamente no direito penal os efeitos deste novo posicionamento do costume. Limitou-se, no âmbito constitucional, como já repetimos, a equipará-lo à lei, quer dizer, colocou-o na mesma posição hierárquica desta. No domínio do direito penal, tanto substantivo como adjectivo, a CRA manteve inalterado o posicionamento da Lei Constitucional de 1992 (Lei n.º 23/92 de 16 de Setembro) quanto às garantias do direito e do processo criminal, ou seja, com a prescrição do princípio *nullum crimen sine lege* no n.º2 do artigo 65.º, do princípio *nulla poena sine lege* no n.º 3 do mesmo artigo 65.º, e do princípio *nulla poena sine iudicio* no n.º1 do artigo 67.º.

A consagração destas garantias de direito penal suscitaram-nos dúvidas principalmente na compatibilização com o direito consuetudinário de natureza penal e com o respectivo artigo 7.º da CRA. As dúvidas partiram da seguinte pergunta: teria o legislador constituinte a intenção de conservar o princípio da legalidade da intervenção penal, mantendo assim o monopólio da lei ou, pelo menos, como a fonte de direito penal por excelência?

Mas também suscitaram dúvidas pelo facto de a CRA no n.º2 do artigo 223.º – artigo que incide sobre o reconhecimento das instituições do poder tradicional – obrigar as entidades públicas e privadas a respeitar os valores e normas consuetudinárias observados no seio das referidas organizações políticas comunitárias tradicionais, desde que esses valores e normas não conflituem com a Constituição ou com a dignidade da pessoa humana, indiciando uma eventual autonomia para determinar e reger um direito penal de natureza costumeira no âmbito de uma determinada comunidade tradicional.

Uma qualquer posição deve partir da compreensão dogmática de que o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito angolano⁷²⁴ é um sistema jurídico normativo,

⁷²⁴ Fazemos esta nota para salientar que em Angola, na nossa perspectiva, está em construção um “Estado-de-Direito”. Na verdade seguindo a caracterização feita por CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios* – Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 311-314, o Estado de Direito pode ser visto, como o entendeu Max Weber, como um “Tipo Ideal” de Estado. Um Estado constituído pelo Direito, cuja actividade se rege pelo Direito. Uma ideia que é, em parte, visível na experiência dos Estado. O Estado de Direito é uma ideia e, neste sentido, ele não pode ser “sonhado” pelos juristas como o “Estado perfeito”. Deve ser visto no seu sentido próprio, ou seja, um Estado que não obedece apenas às formas da lei e da Constituição, mas também aos princípios do Direito, porque é um Estado que está vinculado não só às normas, mas também aos princípios que ali desenvolvem plenamente

aberto, de regras e princípios^{725 726}. Neste pressuposto, procuremos estabelecer a relação entre as normas do artigo 7.º e a dos n.ºs 2 e 3 do artigo 65.º, da CRA. O que pretendemos é fazer uma leitura do artigo 7.º a fim de o qualificarmos no contexto da tipologia da estrutura normativa da CRA, para depois o “confrontarmos” com os n.ºs 2 e 3 do artigo 65º que exprimem o princípio da legalidade penal. O principal objectivo é averiguarmos a compatibilidade entre os dois e a sua consequente “convivência” no sistema normativo e de direito angolano.

Trata-se, por conseguinte, de uma questão com que a jurisprudência angolana se irá defrontar.

§2. A distinção entre princípios e regras

Parece-nos importante começar por clarificar se a norma do artigo 7.º é uma regra ou se, ao invés, é um princípio do direito angolano. O resultado poderá ter consequências

toda a sua força normativa (cfr. p. 312). É um Estado cuja ideia primeira, é a ideia de Direito sendo, a partir desse núcleo ideal que ele desenvolve os princípios que traçam o seu caminho ou a direcção que pretende seguir. O Estado de Direito é, em primeira linha dominado pelos princípios mais universais do Direito, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade e a segurança jurídica (cfr. p. 314), que na Constituição angolana constam do artigo 1.º.

⁷²⁵ Veja-se GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, 2003, pp. 1159: “*sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, traduzida na disponibilidade e «capacidade de aprendizagem» das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da «verdade» e da «justiça»; *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*.” Itálicos do autor. Confronte-se ainda MACHADO, Jónatas E. M., COSTA, Paulo Nogueira da, HILÁRIO, Esteves Carlos, *Direito Constitucional Angolano...* p. 73, sobre a Constituição enquanto sistema aberto de valores, princípios e regras.

⁷²⁶ Há autores como Gomes Canotilho que se afastam da distinção tradicional entre normas e princípios e, em substituição, adoptam um super-conceito de “norma” que abarca regras e princípios, enquanto duas espécies de normas, sendo a distinção a fazer-se entre duas espécies de normas, tarefa muito complexa. Segundo o autor, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1160 e ss, e tomando o conceito amplo de norma, vários são os critérios da distinção; a) *grau de abstracção* segundo o qual os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado, enquanto as regras têm uma abstracção relativamente reduzida; b) *grau de determinabilidade* quanto à aplicação ao caso concreto: porque os princípios são vagos e indeterminados necessitam de mediação concretizadora do legislador ou do juiz. As regras são de aplicação directa; c) *carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes de direito, os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico ou ainda com uma importância estruturante no sistema jurídico (veja-se o princípio do Estado de Direito); d) *proximidade da ideia de direito*: os princípios são «standards» juridicamente vinculantes e radicam ou em exigências de justiça ou na «ideia de direito»; as regras podem ser vinculativas, mas têm conteúdo meramente funcional; e) *natureza normogenética*: os princípios são normas que estão na base das regras jurídicas, ou seja, constituem a *ratio* de regras jurídicas e, por isso, desempenham uma função fundamentante na génese da norma.

nas fontes de direito penal. Desta questão depende também a forma de resolução dos conflitos que, naturalmente, ocorrerão da sua aplicação aos casos concretos pelos tribunais angolanos.

Na verdade, a localização sistemática do artigo 7.º na CRA, entre os Princípios Fundamentais (“Título I”) que caracterizam o Estado angolano e as suas opções constitucionais básicas, poderia levar-nos a concluir que estamos em presença de um princípio constitucional. Mas não é um dado suficiente para qualificarmos a norma do artigo 7.º como princípio. Embora tenhamos admitido que este artigo cabe no conceito mais geral de norma, interessa, contudo, fazer aqui uma clarificação. A leitura do artigo 7.º exige também de nós um raciocínio em sentido jurídico, o que significa ter uma correcta compreensão do problema dos princípios no direito. É necessário adoptar uma visão integrada, no sentido proposto por António Cortês⁷²⁷, que permita ultrapassar, em certa medida, as normas oficialmente estabelecidas. Façamos uma reflexão sobre o método do autor.

A distinção entre regras e princípios tem vantagens⁷²⁸. Desde logo ajuda a clarificar o processo de aplicação do direito, porque proporciona uma simplificação da linguagem. Dizer-se que estamos perante *um princípio* é dizer que estamos em face de um parâmetro ético-jurídico cuja aplicação reclama uma mediação dogmática e jurisprudencial, embora possua uma “força irradiante” que lhe permite ser aplicado a âmbitos diversos daquele que, em concreto, se está a tratar. Quando nos referimos *à regra*, estamos a falar de um âmbito de aplicação relativamente delimitado que só pode ser aplicado seguindo-se os cânones tradicionais da interpretação.

As regras estão mais directamente referidas aos casos e a sua relação com os mesmos é mais clara; os princípios não tipificam os pressupostos nem as consequências da sua aplicação, o que permitem é uma ampla justificação racional, ética ou axiológica, porque estão abertos a uma multiplicidade de novas situações e, por isso, podem resolver o caso com maior justiça e correcção do que o faria a regra quando aplicada⁷²⁹.

A distinção tem ainda uma segunda função clarificadora que é, segundo António Cortês, mais significativa do que a primeira: “caracteriza a atitude metodológica do jurista

⁷²⁷ CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios*...p. 26

⁷²⁸ Seguiremos, *Ibidem*, pp. 128 e ss.

⁷²⁹ CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios*..., p.132.

e a compreensão global que tenha do sistema jurídico”⁷³⁰. É no quadro desta função clarificadora que Kathleen Sullivan – embora caracterizando a postura dos Juizes do Tribunal Supremo Americano, mas enfatizando a postura do jurista perante o sistema jurídico – distingue entre “Juizes de parâmetros” (*Justices of Standards*) e “Juizes de Regras” (*Justices of Rules*), conforme apliquem apenas regras de forma mais estrita, ou princípios e políticas (*principles and policies*)⁷³¹. Para Kathleen Sullivan, a escolha entre “regras” e “parâmetros” é jurisprudencial e depende das concepções acerca do papel do poder judicial. As regras reflectem o espírito racionalista positivista dos fazedores de códigos, já os parâmetros revelam o espírito pragmático dos juizes da *common law*. Os Juizes de regras reagem com cepticismo às elaborações fundamentadas e suspeitam que o recurso a parâmetros torne o tribunal incapaz de converter em direito matérias preferenciais e valores subjectivos; já os Juizes de parâmetros são cépticos acerca da capacidade das regras para limitar as escolhas de valores e acreditam que, num regime de parâmetros, o costume e as trocas de opinião podem, de forma adequada, conformar as decisões judiciais.

Este ponto de vista apenas para dizer que a distinção entre regras e princípios é algo que tem haver com uma postura metodológica, ou seja, com dois grandes modelos de sistemas jurídicos: modelo de regras e modelo de princípios. Uma postura que se afasta propriamente das categorias de normas. Talvez por esta razão, Gomes Canotilho assumia uma postura mais pragmática no sentido da admissão de uma distinção entre normas⁷³² – embora reconheça que a perspectiva teórico-jurídica do “*sistema constitucional*” de *tendência “principlista”* seja particularmente importante.

Com efeito, segundo Gomes Canotilho⁷³³, a perspectiva dos princípios permite a solução de determinados problemas metódicos, como por exemplo, resolver a colisão de direitos fundamentais, como também permite “*respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema*”; respiração que se obtém pelo facto de os princípios serem detentores de uma “textura aberta” e legitimidade que tem a sua origem na ideia de que os princípios

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 132-133.

⁷³¹ SULLIVANN, Kathleen, “Foreword: The Justices of Rules and Standards” in *Harvard Law Review*, Volume 106, November, 1992, Number 1, p. 27.

⁷³² Veja-se ainda sobre a polémica entre constitucionalismo e legalismo a propósito da distinção entre princípios e regras, PUY MUÑOZ, Francisco (Coordinador), LÓPEZ MORENO, Ángeles (Coordinadora), *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 147- 148.

⁷³³ Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, 2003, p. 1163. Assis e itálicos do autor.

consagram valores como liberdade, democracia, dignidade que fundamentam a ordem jurídica, para além de disporem de capacidade deontológica de justificação. No fundo, os princípios estão referidos a valores, programas, funções e pessoas, ou seja, com uma “referência sociológica que demonstra o seu enraizamento”. E os instrumentos processuais e os procedimentos adequados permitem que através dos princípios a “mensagem normativa da constituição seja concretizada, densificada e realizada na prática política, administrativa e judicial”.

Estas referências remetem-nos para as “teorias principalistas”⁷³⁴. António Cortês refere-se a algumas dessas teorias e à dificuldade que apresentam em fazer distinções lineares. Embora se afirme que os princípios se aplicam em função do seu peso relativo e exigem uma optimização, a verdade é que são aplicados segundo uma lógica “de tudo ou nada”, o que quer dizer que não há meio termo: ou uma conduta é contrária a um princípio – como o da igualdade – ou não é. Diferente do que entende, por exemplo, Gomes Canotilho, referindo-se a Dworking, para defender uma tal lógica apenas para as regras⁷³⁵. As regras gerais não podem ser tomadas como resposta automática a casos singulares. A regra capta a finalidade de forma incompleta, pode produzir erros de inclusão seja por excesso ou por defeito, e a sua aplicação pode exigir a ponderação de razões contrárias.

Gomes Canotilho, ao seguir a discussão relativa à distinção a fazer entre princípios e regras, começa por clarificar a necessidade de se esclarecerem duas questões, a saber: que função os princípios desempenham no sistema constitucional, se uma função retórica-argumentativa ou se uma função de norma de conduta; e se existe entre princípios e regras um denominador comum, sendo ambos da mesma família, com uma diferença apenas de grau – quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo e conteúdo valorativa – ou, ao invés, com uma diferença de valoração qualitativa⁷³⁶.

Em resposta à primeira questão distingue entre *princípios hermenêuticos* e *princípios jurídicos*. Os primeiros a desempenharem uma função argumentativa que possibilita, por exemplo, encontrar a *ratio legis* de uma disposição, ou revelar normas que

⁷³⁴ Alguns autores de referência como MacKORMIC consideram haver uma diferença entre dois tipos de norma; já DWORKIN, Ronald faz uma justaposição e não vê os princípios como um tipo de norma, mas como um tipo de parâmetro normativo. Também enquanto defensor de um ponto de vista principalista, ALEXY, Robert. Tudo por via de CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*p.128-129

⁷³⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* p. 1161.

⁷³⁶ *Idem*.

não estejam expressas em nenhum enunciado legislativo, permitindo assim que os juristas, particularmente os juizes, desenvolvam e façam a integração e a complementação do direito, ou seja uma analogia *juris*⁷³⁷. Porém, é na segunda questão, tendo em conta a qualidade jurídica, que Gomes Canotilho desenvolve o seu ponto de vista. Fá-lo enquanto verdadeiras *normas* e considera os princípios como *qualitativamente distintos* das demais categorias de normas, nomeadamente das *regras jurídicas*. Assim, para uma caracterização dos princípios: “a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; b) a convivência dos princípios é conflitual; c) os princípios coexistem; d) ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem à «lógica de tudo ou nada»), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; e) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação. E de harmonização, pois eles contêm apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» (*prima facie*), devem ser realizados; f) suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia)”⁷³⁸.

A distinção linear entre regras e princípios torna-se ainda mais difícil, segundo António Cortês, porque o *qualificar-se determinada disposição legal ou mesmo constitucional como “regra” ou como “princípio” é mais resultado de uma interpretação do que algo que provenha do estabelecido na proposição normativa*. Só depois de interpretadas, tanto a disposição legal como a constitucional, se pode concluir se terão sido aplicadas segundo o esquema lógico-deductivo das regras ou se, pelo contrário, se seguiu uma ponderação complexa das circunstâncias, fins ou interesses contrapostos⁷³⁹.

Por estas razões, e em face das dificuldades, António Cortês propõe que a distinção seja de carácter aproximativo e gradual, a valer apenas tendencialmente, ou seja, “seria uma questão de intensidade, de grau de tipicidade dos pressupostos e de proximidade às exigências éticas ou axiológicas do Direito”. Reconhece que o sistema jurídico é constituído por princípios e regras e que são unidades em progressão dotadas de complexidade. Parte, assim, do pressuposto de que só um entendimento segundo o qual são os princípios que conferem às regras e aos procedimentos o respectivo alcance e

⁷³⁷ *Idem*. Itálicos nossos.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 1161 e s. Aspas e itálicos do autor.

⁷³⁹ CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*, p. 131.

sentido pode conferir unidade ao sistema⁷⁴⁰. Deste ponto de vista, faz a caracterização dos princípios e estabelece a distinção relativamente às normas. Assim, os princípios do direito são os parâmetros normativos e as referências ideais que justificam, ou permitem justificar, preceitos normativos, decisões dos tribunais ou mesmo o próprio sistema jurídico. Têm, por conseguinte, segundo o autor, as seguintes características: as ideias constituintes da experiência; a ausência de pressupostos tipificados; valor racional ético e axiológico; conteúdo deontológico; e carácter irradiante e força expansiva⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 221

⁷⁴¹ Atentemos a cada uma destas características com mais pormenor. Em primeiro lugar, os princípios que constituem o direito são ideias constituintes da experiência e constituídas nessa mesma experiência, o que permite concluir que, por exemplo, são princípios do direito as ideias de “dignidade humana”, “igualdade”, “proporcionalidade” ou outras mais abrangentes como “ideia de justiça” ou “Estado de Direito”. Essas ideias aplicam-se a diferentes domínios e são de tal modo amplas que se podem multiplicar em inúmeras outras dando lugar a outros princípios. Estas ideias são avessas a formulações linguísticas precisas, embora possam ser explicitadas por proposições que, por sua vez, também não têm um conteúdo definido, embora possam apresentar-se sob a forma linguística. Vejam-se proposições como *ne bis in idem* ou *agere in fraudem nemo potest*. Contudo, ainda que encontrem apoio expresso tanto no texto legal como constitucional, o texto não esgota o enunciado do princípio, uma vez que “a força irradiante da ideia projecta-se para além da proposição da sua aplicação”. Pense-se no “Estado de Direito” e “Dignidade da pessoa humana” que atingem e remetem para o núcleo essencial da ideia de Direito, porque afirmam os dois mais altos ideais do Direito: “o ideal de dignidade humana que coloca o Homem como prioridade ética, no domínio do Direito e a submissão de todos os poderes do Estado, não só à lei, mas também ao Direito.” (cfr. CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*, p. 224-225).

Em segundo lugar, Os princípios do Direito podem ter características comuns e distinguem-se em função da medida ou do grau com que for possível identificar as referidas características. Porém, qualquer tipologia que se pretenda não será uma categoria estanque e sem ligação, pois o resultado será sempre uma análise que valerá apenas de modo tendencial. Neste sentido, entenda-se que os princípios do Direito não são normas mais ou menos indeterminadas, como alguma doutrina pretendeu defender. São parâmetros pelo menos no seu ideal, são directivas de acção no sentido defendido por Larenz (cfr. KARL LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, do Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Vierte, ergänzte Auflage 1979: Springer Verlag, Berlin – Heidelberg, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 466.) que, referindo-se ao princípio do Estado de Direito, diz serem “uma *ideia directiva* que serve de base a todos os subprincípios (submissão da Administração à lei, a vinculação do legislador a certos direitos fundamentais, a independência do juiz, a proibição da retroactividade da lei), e lhes indica a direcção”. Os princípios enquanto directivas direccionam o pensamento sem determinar por si mesmos os casos a que se aplicam e as consequências que produzem: “não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ideia jurídica geral pela qual se orienta a concretização ulterior como um fio condutor (Ibidem, p. 467).

Em terceiro lugar, Os princípios caracterizam-se pela sua intensidade ético-jurídica, são experiências que têm um especial valor racional, ético ou axiológico falando-se neste sentido em princípios axiológico-normativos e ético-jurídicos, aqueles que fazem parte de um específico património que uma vez revelado fica verdadeiramente adquirido para sempre, no âmbito de uma mesma intencionalidade culturalmente fundamental. Aquele conjunto de princípios normativo-jurídicos fundamentais “que se vão subtraindo à imediata dialéctica histórica – transcendendo o plano da «existência» jurídico-positiva em que os direitos positivos se manifestam e se sucedem uns aos outros -, e isto porque se trata de princípios que, ao serem uma vez intencionalmente assumidos, se compreendem como determinações da própria intenção axiológica constitutiva do direito enquanto tal” (cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta, volume 1.º*, p. 241-286, p. 274.). Fala-se ainda neste sentido em princípios ético-deontológicos, ligando os princípios de forma directa ou indirecta aos problemas da filosofia prática (cfr. GOMES CANOTILHO, “Entre a Sabedoria e a Aprendizagem”, in *ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*,

VI: Filosofia, Teoria e Metodologia, Organizadores: Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, José de Faria Costa, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora 2008, p. 375 – 387, p. 379). Pelo seu valor, os princípios têm por finalidade justificar o direito, daí que tenham valor positivo, no dizer de MacCormick, chamar “princípio” a uma norma é dizer não só que ela é relativamente geral, mas que tem valor positivo que é um valor ético axiológico e também racional (cfr. MacCormick, op. cit., p. 228, apud CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*, p. 228. Aspas do autor).

Em quarto lugar, Os princípios são portadores de um excesso de conteúdo deontológico face às demais normas escritas. Veja-se, por exemplo, a disposição sobre o Estado de Direito que traz consigo uma especial importância que não lhe advém apenas da sua localização sistemática ou da sua letra, mas do carácter fundamental dos demais princípios que, por seu intermédio, podem actuar. Neste sentido, a importância dos princípios deriva de poderem ser vistos “em si mesmos, como parâmetros de justiça, como tendo uma imediata relação com a pretensão de justiça ou de correcção ou dever, válidos no Direito, independentemente da autoridade extrínseca que os textos legislativos lhes confirmam” (*Ibidem*, p. 229.). É a realçar esta ideia de pretensão de justiça que trazemos Ronald Dworkin (tradução nossa). Antes de mais consideramos importante trazer uma nota do tradutor do texto a que nos estamos a referir. O tradutor, em nota a p.63 refere “la palabra inglesa *rule* presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: *norma* cuando, por el contexto, tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta (se habla así de “normas” morales o jurídicas), y *regla* cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad (“reglas” de un juego o deporte, “reglas” técnicas, etc.) Sin embargo, se ha respectado la terminología acuñada en casos como el de la “regla de reconocimiento” de Hart.” Em continuação, Dworkin, utiliza o termo “princípio”, em sentido genérico para referir “ todo o conjunto de *standards* que não são normas”. Utiliza também a distinção entre “princípios” e “ directrizes políticas”, mas também entre “ directrizes” e “ directrizes políticas”. As primeiras, seriam o tipo de *standard* que propõe um objectivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria num determinado domínio, seja económico, político ou social da comunidade (aspas do autor). Chama “princípio” a um “ *standard* que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação económica, política ou social que se considere desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Considera que a distinção a fazer entre princípios e normas é lógica, pois “ ambos os conjuntos de *standards* apontam para decisões particulares relativas a obrigações (deveres) jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem no carácter da orientação que dão. As normas aplicam-se sob a forma de dilema, ou seja, se os factos que a norma estipula estão dados, então ou ela é válida e a resposta que ela dá deve ser aceite, ou não é e, neste caso, a norma não traz nada para a decisão do caso., p., 75; os princípios não operam deste modo, nem mesmo, na opinião de Dworkin, os que se assemelham a normas. Não estabelecem consequências jurídicas que sejam, automaticamente seguidas quando as condições previstas estejam satisfeitas. Dá o exemplo do princípio segundo o qual “ a ninguém é lícito aproveitar-se do seu próprio acto ilícito”, refere que este princípio não pretende estabelecer as condições que tornem necessária a sua aplicação. Pretende enunciar uma razão que se dirija numa certa direcção, mas não exige uma decisão, em particular., p. 76. Ainda referindo-se a este princípio e para clarificar que não está, sujeito à lógica do “ tudo ou nada” (aspas nossas), Dworkin refere que, outros princípios, ou mesmo directivas pode haver, que apontem para outra direcção, mas tudo quanto pode acontecer é o princípio não prevalecer naquele caso concreto, mas poder ser aplicado quando tais considerações contrárias não existam ou não tenham o mesmo peso. Neste sentido, quando se diz que se trata de um princípio, significa que os funcionários, sejam juizes, sejam da administração, na decisão de casos concretos, devem tê-lo em conta, como critério que os determine a inclinarem-se numa ou noutra direcção., p. 76-77. Ainda a estabelecer a distinção entre princípios e normas, Dworkin salienta que os princípios têm peso e importância, dimensão que as normas não têm. Ressalva que, tal peso não é conseguido através de uma medição exacta, o que se deve fazer, em caso de conflito entre princípios é avaliar o seu peso relativo, sendo sempre controverso concluir-se sobre se determinado princípio ou directriz é mais importante do que outra. Contudo, é exactamente nesse momento que entra em consideração o peso que o princípio tem. As normas não têm essa dimensão embora se possa dizer que do ponto de vista funcional umas podem ser mais ou menos importantes do que outras porque desempenham um papel mais relevante na regulação de comportamentos. Porém, dentro do sistema não se poderá dizer que determinada norma seja mais importante do que outra de tal modo que quando entrem em conflito, uma substitua outra em virtude do seu maior peso., p. 78. Veja-se ainda CASTANHEIRA NEVES, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, V.I, Coimbra Editora, 2003, p. 213-215. Salientando que o Direito não deve ser compreendido e

Feita a caracterização dos princípios, interessa enunciar, ainda que em breves traços, o que, segundo a postura metodológica, caracteriza *as regras*, por contraposição aos princípios. Assim, seguindo ainda António Cortês: quando se refere a “regra” está-se a falar de uma norma, com âmbito de aplicação relativamente delimitado, cuja aplicação só pode ser feita seguindo-se os cânones tradicionais da interpretação; estão mais directamente referidas aos casos e a sua relação com eles é mais clara; aplicam-se sob a forma de dilema, ou seja, numa lógica de “ tudo ou nada”; não têm uma dimensão de importância e peso; e não têm força expansiva e irradiante.

Gomes Canotilho, por seu turno, caracteriza as regras nos seguintes termos: “a) as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida...; b) a convivência das regras é antinómica; c) as regras antinómicas excluem-se; d) as regras não deixam espaço para uma qualquer outra solução, pois se uma regra *vale*, (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos; e) as regras contêm fixações normativas definitivas sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias; f) as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)”⁷⁴².

Olhando agora para a Constituição Angolana de 2010, autores como Jónatas Machado qualificam o sistema constitucional angolano como um sistema aberto de valores, princípios e regras. Defendem também um conceito amplo de normas em que tanto os princípios como as regras são normas jurídicas, embora com características

visto apenas como «sistema de regulamentação » mas também como «sistema axiológico» devendo ambos os entendimentos verem-se em simultâneo ou como complementos. De realçar que o poder normativo dos princípios – veja-se, por exemplo, a “dignidade da pessoa humana” ou o princípio da “ culpa” – não resulta só de terem expressão no texto constitucional, mas do facto de possuírem carácter ético-jurídico fundamental (cfr. BRITO, José de Sousa e “ Razão Democrática e Direito”, in *Ética e o Futuro da Democracia*, Lisboa, SPF, 1998, p. 149, *apud* CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*, p. 149).

Em quinto lugar, e por último, os princípios caracterizam-se pela sua natureza justificadora e especial importância ético-jurídica. Por um lado, o seu poder normativo é acrescido e por isso tendem a prevalecer. Por outro lado, só prevalecem depois que tudo ponderado, pois implicam, aquando da sua aplicação, um particular ónus de argumentação, em virtude de não definirem com rigor os pressupostos nem as consequências da sua aplicação. Contudo, são dotados de uma força normativa expansiva que se mostra justificada pela sua fundamentação racional, ética ou axiológica. São parâmetros de validade prática, ética ou axiológica das soluções de direito e, por essa razão, são aplicados independentemente das dificuldades de definição dogmática. Devido à sua universalidade são também grandes as dificuldades para a sua aplicação e daí a sua capacidade expansiva e força irradiante, dado que projectam as normas para além delas próprias e até à sua aplicação analógica. A sua justificação racional, ética e axiológica implica o alargamento do seu campo de incidência e, assim, estende-se até aos designados princípios de garantia, como o princípio da Legalidade da Intervenção Penal (cfr. CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*, p. 232).

⁷⁴² CANOTILHO, Gomes J.J., *Direito Constitucional...*, p. 1161-1162.

distintas⁷⁴³. A caracterização feita dos princípios e das regras, e respectiva distinção, é feita no sentido defendido por Gomes Canotilho⁷⁴⁴ e Robert Alexy⁷⁴⁵.

Quanto à tipologia dos princípios, os princípios consagrados na CRA são desdobrados em: i) *princípios jurídicos fundamentais*, aqueles que são acolhidos de forma expressa ou tácita na Constituição, que se impõem aos agentes encarregados da criação, interpretação e aplicação do Direito que informam e limitam os seus actos. (cfr. p. ex., artigos 119.º e 268.º); ii) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, os que expressam as opções políticas fundamentais do legislador constituinte e que representam o “cerne da política de uma constituição política”, veja-se o princípio do Estado de Direito (artigo 2.º), o princípio democrático (artigo 2.º), o princípio republicano (artigo 1.º), o princípio do Estado social (artigo 76.º e ss.) e o princípio da separação de poderes (n.º2, artigo 2.º, n.º3 do artigo 105.º, alínea j) do artigo 236.º); iii) *princípios garantia* que consistem em garantias para os cidadãos com especial relevo para a protecção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, pense-se no *nullum crimen sine lege* (n.º2, artigo 65.º), na *nulla poena sine lege* (n.º3, artigo 65.º), no *non bis in idem*, (n.º5, artigo 65.º) e no *in dubio pro reo*, (n.º2, artigo 67.º); vi) *princípios constitucionais impositivos*, os que se apresentam aos órgãos do Estado como directivas de actuação para certos fins ou realizarem determinadas tarefas, consideradas prioritárias pelo legislador constituinte, veja-se, entre outros, o princípio da independência nacional, (alínea a) do artigo 21.º), o princípio da promoção da erradicação da pobreza (alínea e) do artigo 21.º), promoção da igualdade de género (alínea k) do artigo 21.º), o princípio da redistribuição da riqueza (alínea a) do artigo 90.º), e o princípio da promoção da justiça social⁷⁴⁶.

Quanto à tipologia das regras e embora se esteja a fazer uma aproximação, distinguem-se comumente na CRA entre: i) *regras de direitos fundamentais* as que consagram, garantem ou definem o regime dos direitos fundamentais dos cidadãos (cfr. artigo 27.º); ii) *regras orgânicas*, as relativas à instituição de certos órgãos quanto ao respectivo estatuto, pense-se no Presidente da República (artigo 108.º e ss), na Assembleia

⁷⁴³ MACHADO, Jónatas E. M., COSTA, Paulo Nogueira da, HILÁRIO, Esteves Carlos, *Direito Constitucional Angolano...*, p 73-74

⁷⁴⁴ CANOTILHO, Gomes J.J., *Direito Constitucional...*, p. 1160-1161

⁷⁴⁵ ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Julia Rivers (trad), Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 45 e ss.

⁷⁴⁶ Seguimos MACHADO, Jónatas E. M., COSTA, Paulo Nogueira da, HILÁRIO, Esteves Carlos *Direito Constitucional Angolano*, p. 74-76.

Nacional (artigo 141.º e ss.) e no Tribunal Constitucional (artigo 180.º); iii) *regras de competência*, as que, como o nome diz, definem as atribuições e competências dos órgãos constitucionais, como sejam as competências quanto ao Presidente da República (artigos 119º a 123º), quanto à Assembleia Nacional (artigos 160.º a 165.º), quanto ao Tribunal Constitucional (n.º2 do artigo 180.º), sendo as competências dos restantes Tribunais Superiores, Tribunal Supremo e Tribunal de Contas, deferidas para as respectivas leis (n.º5 do artigo 181.º e n.º 3 do artigo 182.º); iv) *regras de procedimento* as que prescrevem a forma como os órgãos constitucionais são eleitos, nomeados ou destituídos, como são formados os actos legislativos ou como é garantida ou revista a Constituição; v) *regras definidoras de garantias institucionais*, aquelas cujo objectivo é a protecção de certas instituições, a quem o legislador constituinte considerou serem dignas de especial atenção como, por exemplo, *a família* (artigo 35.º); vi) *regras constitucionais impositivas*, ou seja, “normas programáticas definidoras de fins e tarefas do Estado, tal como sucede com alguns princípios, mas no caso das regras com um maior grau de determinação”⁷⁴⁷.

Relativamente à tipologia das regras, parece-nos importante salientar que neste domínio é particularmente difícil estabelecer-se a distinção uma vez que para além destas regras definidoras de fins e tarefas, existem “regras constitucionais impositivas em sentido restrito” que aparecem estreitamente ligadas aos direitos económicos sociais e culturais que constituem verdadeiras imposições de “carácter permanente e concreto” e “que exigem do Estado uma actuação positiva, materialmente definida”⁷⁴⁸. Mesmo quando não sejam directamente aplicadas, por insuficiente densificação, o desrespeito a estas regras, pelos órgãos do Estado, configura uma inconstitucionalidade por omissão (cfr. n.º 1 e 2 do artigo 77º, n.º1, artigo 79.º, n.º 3 e 4 do artigo 80.º, todos da CRA)⁷⁴⁹.

§3. O artigo 7.º (“costume”) da CRA como uma regra

Feita a caracterização dos princípios e das regras, e a correspondente distinção, é tempo de retirarmos as devidas ilações. Recordemos o teor literal do artigo 7.º da CRA: “É

⁷⁴⁷ *Idem.*

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p.76-77.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 77.

reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição, nem atente contra a dignidade da pessoa humana”.

Podemos começar por adiantar que, não obstante a sua localização sistemática entre os primeiros artigos da Constituição na parte dedicada aos princípios fundamentais, aqueles que “fornecem directivas materiais de interpretação das normas constitucionais.... vinculam o legislador no momento legiferante” e que vinculam de forma positiva e negativa a conformação legislativa⁷⁵⁰, *somos da opinião que estamos perante uma regra e não perante um princípio.*

Começamos por verificar que a norma do artigo 7.º da CRA não tem as características acima expostas de princípio hermenêutico nem de princípio jurídico. Trata-se, por conseguinte, de uma “regra de reconhecimento” no sentido que já havia sido defendido por Hart⁷⁵¹. Com efeito, e neste sentido, o artigo 7.º da CRA *será a norma ou*

⁷⁵⁰ CANOTILHO, Gomes J.J., *Direito Constitucional...*, p. 1166.

⁷⁵¹ HART, Herbert L.A., *O Conceito de Direito*, 6ª Edição, Com um Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, Tradução de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 111-114. Com efeito, Hart parte de uma “teoria da soberania” e, através dela, busca os fundamentos do sistema jurídico. Estes consistiriam na situação em que a maioria de um grupo social obedecia habitualmente à ordens baseadas em ameaças de pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem, elas próprias, habitualmente a ninguém. Segundo esta teoria é esta obediência habitual a ordens baseadas em ameaças que constitui condição necessária e suficiente para a existência do direito. Porém, Hart, embora considere que a referida teoria não consegue explicar certos aspectos a que chama “verdades” (aspas nossas) sobre o sistema jurídico moderno interno, ela contém, contudo, algumas “verdades” acerca de determinados aspectos do direito. Todavia, em seu entender, tais “verdades” só podem ser claramente apresentadas e correctamente avaliadas nos termos de uma situação social mais complexa em que uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para identificação das regras primárias de obrigação” (p.111). Será, por conseguinte, a esta situação em que a “regra secundária de reconhecimento” identifica a regra primária de obrigação que Hart designa fundamento de um sistema jurídico. Portanto, e segundo Hart, onde quer que essa regra de reconhecimento seja aceite, os cidadãos particulares, bem como as autoridades, passam a dispôr de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os referidos critérios podem revestir várias formas como um texto dotado de autoridade, o acto legislativo, *a prática consuetudinária*, as declarações de pessoas determinadas, as decisões judiciais anteriores proferidas num caso concreto (p. 111). Num sistema jurídico simples, como em outros tempos em que o “monarca absoluto Rex” é o direito, é ele próprio o monarca que determina sem limites o direito, o “único critério para identificar o direito é uma simples referência do facto da promulgação por Rex” (p. 112). Todavia, ainda segundo Hart, já nos sistemas jurídicos modernos em que as “fontes” de direito são muitas e variadas, a regra de reconhecimento é mais complexa. Os critérios para identificar o direito são múltiplos e incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa, precedentes judiciais; procura-se uma forma de resolução dos conflitos que possam ocorrer pela ordenação dos critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas – embora neste particular Hart se esteja a referir concretamente ao sistema Inglês. E Hart acrescenta que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico na vida quotidiana só muito raramente é formulada de forma expressa. A sua existência, manifesta-se na maneira como as regras concretas são identificadas tanto pelos tribunais como pelos particulares, sendo dessa forma que eles manifestam a sua concordância, aceitação à regra como regra de orientação., p. 113. E, a essa aceitação está associado um vocabulário característico como, “o direito dispõe que...”. Trata-se da manifestação de um ponto de vista interno, uma afirmação interna de quem aceita a regra de reconhecimento e sem declarar esse facto da

regra de reconhecimento através da qual serão identificadas as regras que constam da prática consuetudinária e que as pessoas obedecem e cumprem na convicção de que são obrigatórias, segundo decorre da noção de costume⁷⁵². De resto, não só Hart refere que essa regra de reconhecimento pode não revestir forma expressa⁷⁵³, como pode não seguir rigorosamente a estrutura das demais regras, ou seja, com previsão e estatuição, porque essa estrutura não é totalmente explícita, ou porque a consequência não está de forma directa nela contida, ou ainda, porque lhe falta um dos elementos⁷⁵⁴.

Com efeito, ao olharmos para o teor literal da norma do artigo 7.º da CRA, podemos admitir que “a validade e a força jurídica do costume” pretende comunicar uma regra ou *norma de reconhecimento de uma fonte de direito que se encontra delimitada em função da Constituição e da dignidade da pessoa humana*.

De resto, o reconhecimento de uma fonte de direito não tem nenhuma relação directa a caracterização que fizemos dos princípios, e daí se sustentar que a norma do artigo 7.º da CRA é uma regra e não um princípio. Veja-se ainda que Carlos Feijó, embora não o tenha feito na perspectiva metodológica, expressamente reconhece que a Constituição angolana de 2010 “procede ao reconhecimento expresso da fonte do Direito das comunidades tradicionais – o costume ...”⁷⁵⁵, isto é, veio reafirmar o nosso posicionamento de que a norma do artigo 7.º é uma *regra de reconhecimento* de uma fonte de direito que está “inserida” no Título I dos “Princípios Fundamentais”, uma inserção que, como já referido, não a converte num princípio jurídico e muito menos num princípio fundamental.

Numa palavra: o artigo 7.º da CRA pretende apontar para as fontes do direito angolano e diz-nos que o costume – tal como a lei e demais fontes de direito – se deve

aceitação, aplica a regra de reconhecimento quando reconhece qualquer regra concreta do sistema como válida (p. 114).

⁷⁵² Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta...* p. 116.

⁷⁵³ HART, Herbert, *O Conceito de Direito...*, p. 113

⁷⁵⁴ MARQUES, Mário Reis, *Introdução ao Direito*, V. I, 2ª Edição, Reimpressão, Almedina, Setembro 2012, p. 364-365; e SANTOS JUSTO, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª Edição, Coimbra Editora, Julho 2012, p. 141.

⁷⁵⁵ FEIJÓ, Carlos Maria, *Coexistência Normativa...* p. 391. Também, MACHADO, Jónatas E. M, COSTA Paulo Nogueira, HILÁRIO, Esteves Carlos, *Direito Constitucional Angolano...* p. 382-383, embora não directamente, mas conferindo à norma do artigo 7º da CRA a “função” (aspas nossas) de reconhecer o *costume* como fonte de direito, o que nos permite reafirmar que aquela norma é uma norma de reconhecimento.

mover nos quadros da Constituição, conforme os artigos 6.^o⁷⁵⁶ e 226^{oo}⁷⁵⁷ da CRA, respectivamente.

Sendo esse o entendimento, podemos acrescentar que o artigo 7.^o da CRA *é uma norma-regra sobre as fontes do direito que permite determinar o valor constitucional do costume relativamente às demais fontes de direito, particularmente a lei*. Em relação a esta questão consideremos de novo as palavras de Bacelar Gouveia: “o costume não precisa de pedir licença à lei para se afirmar como tal ou, numa versão mais radical, que no momento em que fosse reconhecido pela lei, ele próprio perderia a sua autonomia conceptual e deixaria de ser um genuíno costume”⁷⁵⁸.

Assim, estamos em condições de olhar para a compatibilização entre esta norma-regra do artigo 7.^o e a norma que concretiza constitucionalmente o princípio da legalidade da intervenção penal nos termos do n.ºs 2 e 3 do artigo 65.^o da CRA.

5. Para uma interpretação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 65.^o (“aplicação da lei criminal”) da CRA

§1. O princípio da legalidade da intervenção penal e a sua dimensão constitucional

Teria o legislador constituinte pretendido manter em relação às fontes do direito penal o regime “clássico” que determina a lei (prévia, escrita, estrita e certa) como única fonte? À primeira vista, se atentarmos exclusivamente ao disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 65.^o da CRA, parece que sim.

⁷⁵⁶ Artigo 6.^o “ 1. A Constituição é a Lei Suprema da República de Angola. 2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade, devendo respeitar e fazer respeitar as leis. 3. As leis, os tratados e os demais actos do Estado, dos órgãos do poder local e dos entes públicos em geral só são válidos se forem conformes à Constituição.”

⁷⁵⁷ Artigo 226.^o “ 1. A validade das leis e dos demais actos do Estado, da administração pública e do poder local depende da sua conformidade com a Constituição. 2. São inconstitucionais as leis e os actos que violem os princípios e normas consagrados na presente Constituição”.

⁷⁵⁸ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Macau...* p. 92

O princípio da legalidade penal é um dos princípios que “integra o núcleo da consciência jurídica geral”⁷⁵⁹, fazendo parte, segundo Castanheira Neves, do conjunto de *princípios normativo-jurídicos fundamentais* que transcendem o plano da “existência” jurídico-positiva em que os direitos positivos se manifestam e sucedem uns aos outros e que são assumidos e passam a ser compreendidos como *determinações da própria intenção axiológica constitutiva do Direito enquanto tal*⁷⁶⁰.

Dentre esses princípios importa ainda referir no domínio do direito penal, para além do princípio da legalidade, a imputação subjectiva com respeito pelo princípio da culpa e as exigências normativas decorrentes dos universalmente reconhecidos “direitos do homem”. Precisamente, enquanto definitivamente adquiridos, os *direitos e liberdades fundamentais*, criação do “homem ocidental”, adquiriram uma intenção vinculante universal que também faz parte do espírito da CRA, como comprovam as próprias previsões constitucionais.

A partir do momento que os *princípios fundamentais* que Castanheira Neves nos fala sejam assumidos no sentido normativo da sua formulação explícita, são definitivamente reconhecidos e adquiridos para efeitos da determinação do próprio sentido de direito, uma vez que a “intencionalidade normativa fundamental do jurídico” só pode ser compreendida a partir da revelação e assunção desses princípios⁷⁶¹. E, sempre que se verifique a sua preterição formal ou o seu abandono, manifesta-se um sentimento de regressão da situação humana que dá origem a protestos no sentido de serem de novo recuperados como válidos, *por não terem sido renunciados*. A partir daqui se pode compreender a censura dirigida ao não cumprimento do princípio *nullum crime, nulla poena sine lege*⁷⁶².

Admitimos que o princípio da legalidade penal possa integrar aquele conjunto de princípios jurídicos fundamentais que constituem “parte do património axiológico-normativo e jurídico” que se vai “subtraindo à imediata dialéctica histórica”⁷⁶³. É um

⁷⁵⁹ CORTÊS, António, “O Controlo da Constitucionalidade do Princípio da Tipicidade Penal - Uma Análise Jurisprudencial”, in *35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol II, Coimbra Editora, 1ª Edição, Janeiro 2012, pp. 83-110, p. 83.

⁷⁶⁰ Nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, *Digesta, volume 1.º*, p. 209.

⁷⁶¹ *Ibidem*, p. 210

⁷⁶² *Ibidem*, p. 211

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 274

princípio basilar do Estado-de-Direito⁷⁶⁴ que não só corresponde às exigências formais de limitação do poder, mas também às exigências materiais⁷⁶⁵, particularmente quanto à liberdade e à segurança das pessoas, compreendendo-se, por esta via, a sua “carga axiológica”⁷⁶⁶. Trata-se, como já referido, de um princípio-garantia a que se atribui a densidade de uma autêntica norma jurídica e uma força determinante positiva e negativa⁷⁶⁷. Por isso também designado “princípio em forma de norma jurídica”⁷⁶⁸, cujo conteúdo de sentido faz referência, para além do formulado em forma de norma jurídica, a um princípio fundamental, no caso, ao princípio do Estado-de-Direito⁷⁶⁹.

Pela função que desempenha, esta garantia vale como imperativo constitucional e, por isso, limita o legislador, o poder dos tribunais ao julgarem e também o poder das entidades encarregadas da investigação e da produção da acusação relativa ao crime: “Na verdade, a existência de um quadro textual bem definido acerca dos pressupostos da responsabilidade criminal contem a actuação das entidades que compõem o sistema penal dentro dum círculo de actuação delimitado”⁷⁷⁰.

Por outro lado, é comumente aceite que o Direito está para além da lei, e que a tarefa dos operadores jurídicos não é apenas a de aplicar a lei, mas também realizar o Direito – incluindo-se aqui a “livre” criação jurisprudencial do direito, válida também para o direito penal. Mas isso não significa que a lei tenha perdido o seu significado garantístico

⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 353 e ss.

⁷⁶⁵ Sobre a dupla dimensão – formal e material – do Estado de Direito AMARAL, M. Lúcia, *A Forma da República - uma introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 2005, p. 152 e ss. Para a autora e embora pretenda uma distinção apenas para efeitos de clarificação, o Estado de direito, significa que “ o poder do Estado só pode ser exercido com fundamento na Constituição, e em leis que formal e materialmente sejam conformes com ela [constituição], e com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança”, p. 152-153. Inclui nesta definição dois tipos de elementos a saber: elementos formais e elementos materiais. Quanto aos primeiros, estão contidos na expressão “ o poder do Estado só pode ser exercido com fundamento na Constituição , e em leis que formal e materialmente sejam conformes com ela”. Temos aqui incluídos a Separação de poderes, a constitucionalidade das leis, a legalidade da administração e a independência do poder judicial. Relativamente aos segundos, resultam na expressão Estado de direito de, “o direito ao qual se submetem todos os poderes do Estado não é hoje um direito qualquer, ou dotado de um qualquer conteúdo. É antes um direito que prossegue certos fins: a garantia da dignidade da pessoa humana , a liberdade, a justiça e a segurança”, p. 153.

⁷⁶⁶ CORTÊS, António, “ O Controlo da Constitucionalidade...”, p. 84.

⁷⁶⁷ CANOTILHO, Gomes J.J., *Direito Constitucional...*, p. 1167.

⁷⁶⁸ KARL LARENZ, op. cit. p. 471. Segundo Larenz, por regra, os princípios têm o carácter de ideias jurídicas directivas das quais não se pode imediatamente retirar decisões para um caso concreto, mas apenas por concretização da lei ou por via jurisprudencial dos tribunais. Mas, existem princípios que condensados numa regra imediatamente aplicável não só são *ratio legis* como eles próprios são lei. É a estes últimos que Larenz qualifica de “ princípios em forma de norma jurídica”. Tradução nossa.

⁷⁶⁹ *Idem*, p. 472.

⁷⁷⁰ CORTÊS, António, “ O Controlo da Constitucionalidade...”, p. 84.

no âmbito a que o princípio da legalidade penal se refere. Antes pelo contrário, “é precisamente por a lei ter limites ...”⁷⁷¹, limites que podem ser jurídicos, funcionais e normativos⁷⁷², “que o princípio da legalidade se torna imperioso como forma de garantia do Direito penal”⁷⁷³.

Resulta, assim, para efeitos da dimensão do princípio da legalidade da intervenção penal, que não está tanto em causa reconhecer-se a lei como a única fonte de direito penal, mas *a garantia de que o princípio confere limites à intervenção penal com vista a salvaguardar os direitos liberdades e garantias das pessoas e a própria dignidade da pessoa humana*. Deverá ser esta a característica que lhe dá a sua carga axiológico-normativa⁷⁷⁴ e não o modo como o princípio é aplicado. É isto que o qualifica como um princípio valorativo e estruturante do Estado-de-direito.

Ora, o costume é agora uma fonte imediata de direito angolano e o direito consuetudinário só poderá ser exercido e aplicado se tiver em conta, de igual forma, o respeito pelos direitos liberdades e garantias constitucionais e o princípio da dignidade da pessoa humana. E note-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe que se considere a experiência real das pessoas que vivem a sua própria realidade histórico cultural, considerando sobretudo a responsabilidade pelos interesses vitais que se expressam nos direitos fundamentais⁷⁷⁵. Nesta ordem de ideias, é certo o costume está delimitado não só pelo princípio da dignidade da pessoa humana mas por todos os outros princípios fundamentais do direito que daí derivam. Nesse caso, *inclui-se sempre o princípio da legalidade da intervenção penal e os seus fins, nomeadamente a segurança das pessoas*. Deste modo, se no Estado-de-Direito a actuação dos poderes públicos deve ser sempre “antevisível, calculável e mensurável” – uma vez que as pessoas não devem ser surpreendidas, podendo saber com o que contam⁷⁷⁶ – nada exclui que os poderes tradicionais, instituídos nos termos dos artigos 223.º e ss. da CRA, possam ou devam

⁷⁷¹ *Idem*.

⁷⁷² CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, volume 1.º, p. 74 -75.

⁷⁷³ *Idem*, p. 85. Itálico do autor.

⁷⁷⁴ Veja-se para efeitos do ordenamento jurídico angolano, a admissão como Direito interno angolano por força do Artigo 13º da CRA, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de que a República de Angola é parte desde 1 de Dezembro de 1976, e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, ratificada em 2 de Março de 1990 e depositada em 9 de Outubro de 1990.

⁷⁷⁵ CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...* p. 260-261

⁷⁷⁶ AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República...* p. 178. A distinguir entre garantia objectiva e subjectiva de segurança jurídica, veja-se ainda NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais...*, p. 262 e ss.

também ser exercidos em atenção às referidas limitações e podendo ser “antevisíveis, calculáveis e mensuráveis”.

O que estamos a pretender dizer é que, na nossa perspectiva, é possível a coexistência ou a convivência do direito consuetudinário com os fins do princípio da legalidade da intervenção penal.

Com efeito, os limites que a CRA estabelece relevam tanto para o costume como para a lei, pois ambos devem mover-se nos quadros da Constituição e devem respeitar a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, e considerando os limites referidos, podemos admitir que por via da regra-norma constitucional do costume podem ser qualificados certos comportamentos como crime e determinadas as respectivas consequências jurídicas. Para esse efeito, importará sair do paradigma da “lei” como fonte de direito por excelência e, no âmbito do direito penal, dar lugar a um novo paradigma de *pluralismo institucional de fontes normativas*⁷⁷⁷.

§2. Lei penal escrita e reserva de lei

Quando nos colocamos no domínio do direito penal, ramo de direito que tem como princípio estruturante o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, também denominado princípio da legalidade da intervenção penal, torna-se difícil falar em direito consuetudinário particularmente se atendermos ao princípio da reserva de lei e de lei escrita, importantes requisitos para a formulação clássica do princípio. Pergunta-se, então, como compatibilizar o costume com estas exigências?

É devido à natureza garantística do princípio da legalidade⁷⁷⁸ que o próprio tem sido incluído nas Constituições e Códigos Penais dos Estados modernos. Em sentido mais amplo, Castanheira Neves⁷⁷⁹ reconhece no princípio não apenas uma função negativa de garantia, mas um sentido normativamente material e positivo com a *manifestação da justiça material*, uma justiça em sentido jurídico do direito penal, expressão da juridicidade do sistema criminal que encontrará razão última no valor dignidade da pessoa humana. Logo, a norma jurídica que oferece essa garantia deve obedecer a certos requisitos, já os

⁷⁷⁷ Cfr. CORTÊS, António, “Para uma metodologia Jurídica Integral”, p. 45.

⁷⁷⁸ Cfr. §1, ponto 2 da Introdução

⁷⁷⁹ NEVES, António Castanheira, “Princípio da Legalidade Criminal”, in *Digesta, volume 1.º*, p. 354.

conhecemos, deve ser prévia, escrita, stricta e determinada. Interessa-nos, de momento, o requisito “lei escrita” e o âmbito da reserva de lei.

A exigência de “lei escrita” leva à exclusão do costume no âmbito das fonte dos crimes e das penas, por virtude de se afigurar oral. No entanto, a relevância da oralidade – tivemos já a oportunidade de referir e de sublinhar – nas sociedades multiculturais desempenha um papel determinante na construção das mesmas, não devendo, por essa razão, ser colocado em papel secundário, mesmo estando em causa o direito penal. Falamos de sociedades multiculturais como é o caso da sociedade angolana em que a construção da identidade nacional resulta da harmonização dos vários centros culturais existentes no território, com vista à construção de um centro político único partilhado por todos⁷⁸⁰. Podemos também dizer com Raúl Araújo que em “África estamos perante países em que os Estados são, na sua maioria, plurinacionais e pluriculturais; daí a sua complexidade e conflitualidade permanente no processo edificativo do tecido estadual e nacional”⁷⁸¹. Nós acrescentamos: e daí os sérios reflexos ao nível do tecido jurídico.

Autores como Jónatas Machado reforçam a nossa posição quando relembram que a Constituição angolana não é ímpar ao reconhecer o *costume* como fonte de direito, também adoptada em outros Estados africanos, merecendo uma cuidada avaliação face a *certas tendências para se ocidentalizar a doutrina constitucional angolana*⁷⁸².

Por outro lado, retomando a referência à *reserva de lei*, reconhecemos que, de facto, no sistema jurídico estadual ocupa uma importante posição no âmbito do *princípio da separação de poderes*, garantindo que as competências do poder legislativo não se confundam com as competência do poder executivo.

No fundo, a reserva de lei, por um lado, e a lei escrita, por outro, traduzem-se numa importante questão de segurança jurídica para os cidadãos.

⁷⁸⁰ Veja-se CALEY, Cornélio “Identidade Nacional : Uma Perspectiva Histórica”, in *Democracia e Identidades Nacionais, Cadernos de Estudos Sociais*, nº 00, 2004, p. 25. O autor faz esta consideração a propósito da questão da Construção do Estado-Nação em África. Refere que, embora essa construção não tivesse sido uniforme em todo o Continente, a verdade é que esse processo seguiu duas vias: a primeira que tendeu a unir pela força os vários grupos étnico-culturais do mesmo território a um centro político-cultural comum, protagonizado pela “ etnia nuclear” e, a segunda, que consideramos ter sido o caso de Angola, pela forma acima descrita.

⁷⁸¹ ARAÚJO, Raúl Carlos Vasques, *O Presidente da República...* p. 155

⁷⁸² MACHADO, Jónatas, E. M., COSTA, Paulo Nogueira da, HILÁRIO, Esteves Carlos, *Direito Cosntitucional Angolano...*, p. 382.

Desde logo está presente o âmbito material da incriminação e da punição, ou seja, os respectivos pressupostos positivos e negativos estão definidos e determinados, o que significa excluir todo o direito que possa dizer-se constituído *in malem partem*⁷⁸³. Por esta razão, o sentido funcional da reserva de lei assenta na ideia de Estado de Direito e visa o controlo do exercício ilegítimo do *ius puniendi* estadual; daí que se imponha ao poder do Estado uma “regra de competência”, quer dizer, definir as condições formais do exercício e demarcar os limites normativos do direito de punir do Estado⁷⁸⁴. Por conseguinte, a reserva de lei está necessariamente relacionada com o plano das fontes.

Nos termos da alínea e) do artigo 164.º da CRA compete à Assembleia Nacional legislar com reserva absoluta sobre “definição dos crimes, penas e medidas de segurança, bem como das bases do processo criminal”. Trata-se da reserva de lei da Assembleia Nacional e é resultado do princípio da separação de poderes, pois num Estado de direito democrático não poderiam confluir “para o mesmo órgão do Estado os poderes de legislar sobre a matéria penal e de conduzir a actividade repressiva do Estado”⁷⁸⁵. No fundo, o que se pretende é clarificar que matérias a Constituição expressamente reserva a cada um dos órgãos criadores de actos legislativos, ou seja, “que órgão é constitucionalmente competente para legislar sobre certa matéria”⁷⁸⁶.

No caso de Angola, actualmente, e nos termos da Constituição, *o órgão competente para legislar sobre matéria penal é única e exclusivamente a Assembleia Nacional*.

No que diz respeito ao requisito lei escrita, que actualmente vem associado à reserva de lei, teve o seu significado originário no facto de, em momento anterior, nos primórdios do Estado-de-Direito, apenas se exigir “que a definição dos crimes e das penas constasse de diploma legislativo escrito, independentemente do órgão de soberania que o aprovasse”⁷⁸⁷. Tal exigência visou excluir o costume e a figura dos “crimes naturais” das fontes do direito penal. Relembre-se que no “*Ancien Régime*” tanto o apelo ao costume como aos “crimes naturais” tinham sido fonte de “grande insegurança jurídica e de graves arbitrariedades judiciais”⁷⁸⁸.

⁷⁸³ NEVES, António Castanheira, *Digesta, volume I.*, p. 352.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 353.

⁷⁸⁵ Assim, COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...* p. 126.

⁷⁸⁶ VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei, A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Teses, Porto, 1ª Reimpressão, 1996, p. 32

⁷⁸⁷ TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal...* p. 157.

⁷⁸⁸ *Idem*.

A exigência de lei escrita ou, com mais rigor, o corolário que afirma a exclusividade da lei, afasta outras fontes de direito da fundamentação da incriminação e da punição; *afasta, particularmente, os direitos consuetudinários e a jurisprudência*. Esta exigência teve origem na ideia de legalidade oriunda do iluminismo: só a lei podia ser fonte político-jurídica de incriminação e punição. Uma ideia que manteve-se até ao positivismo legalista e que tornou-se o horizonte do pensamento jurídico geral tendo-se radicalizado no pensamento jurídico criminal⁷⁸⁹.

Hoje devemos entender as coisas por referência ao contexto cultural, ideológico-político e até geográfico. O legalismo positivista foi superado, tanto na sua concepção de direito como nas inferências normativas e metodológicas, e isso terá atingido de alguma forma o direito penal, embora assim não se entenda no contexto europeu-continental.

Hassemer, por exemplo, salientou a importância da forma escrita das fontes de direito pela possibilidade, por um lado, de poderem ser lidas por quem quer que seja e, por outro lado, de se afigurarem um pressuposto necessário para o discurso geral sobre os limites da liberdade, mas não como condição suficiente⁷⁹⁰. Hassemer sustenta que “a invocação de fundamentos jurídicos consuetudinários seria em direito penal como remeter a mão para uma *black box*, caixa mágica, em que ninguém, salvo o mágico, sabe muito bem o que está lá dentro”.

Mas, na verdade, Castanheira Neves olha para este entendimento de Hassemer com as ressalvas e diferenciações que se impõem. Lembra que para o legalismo iluminista “a lei não devia ser apenas o imediato fundamento da incriminação, mas oferecer exclusivamente em si, isto é, no *corpus* jurídico do seu texto, a normatividade incriminante”⁷⁹¹. Um pensamento que era defendido não só para o direito penal mas para todo o sistema legal, porque as inferências do positivismo legalista e os seus cânones estritamente exegéticos assim o exigiam: “o direito era a lei e o normativo jurídico identificava-se com o exegético conteúdo da lei”⁷⁹².

Hoje, é sabido, esta posição é indefensável. Desde logo porque invocar a lei como fundamento jurídico da decisão não significa que o sentido normativo da decisão seja

⁷⁸⁹ NEVES, António Castanheira, *Digesta, volume 1.º*, p. 355-356.

⁷⁹⁰ HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, p. 248, apud NEVES, António Castanheira, *Digesta, volume 1.º*, p. 356

⁷⁹¹ NEVES, António Castanheira, *Digesta, volume 1.º*, 357.

⁷⁹² *Idem*.

inteiramente deduzido apenas do conteúdo da lei, pois, do ponto de vista metodológico, a fundamentação e a dedução não se identificam. De resto – continuando nas lições de Castanheira Neves – a lei só pode ser fundamento normativo, num processo metodológico decisório concreto, através da reconstrução do sentido normativo capaz de assumir *uma normatividade* que vai para além do que o contexto legal expresso pode oferecer. Ora, o conteúdo jurídico-normativo do direito penal é também o resultado de uma reelaboração jurisprudencial, doutrinal e de sentido do direito positivo. É nesta “elaboração normativa reconstrutiva” que o direito penal encontra a sua última determinação e, ademais, a objectivação do seu conteúdo jurídico verdadeiramente vigente. E isto é assim no dizer de Castanheira Neves, para todo o direito penal, independentemente de ser *in malem* ou *in bonam partem*, uma vez que se procura atingir a *normatividade jurídica que a plena explicitação do sistema penal exige e que a sua concreta realização normativa não dispensa*⁷⁹³. São dados como exemplos desse processo de reelaboração, os critérios de determinação da ilicitude (incluindo o sentido e os limites das causas de justificação), da culpa (com o seu sentido, fundamentos específicos e critérios dos seus problemas particulares), e ainda a determinação hermenêutico-normativa dos tipos especiais de incriminação.

Repare-se que toda esta elaboração não seria possível sem que fossem convocados fundamentos normativos *translegais e critérios jurídicos “extratextuais”*, daí que a objectivação do direito penal vigente se apresente também translegal e, por aqui, se deva concluir pela possibilidade de existir de um direito penal de constituição extralegal que tanto se pode desenvolver *intra* como *praeter legem*.

É verdade que muitas dúvidas podemos ter ao admitir um direito penal translegal ou extralegal com natureza consuetudinária. Mas poderá afigurar-se de natureza consuetudinária jurisprudencial porque de origem judicial, contribuindo também para um determinado conteúdo dogmático-doutrinal; assim, a partir deste raciocínio, com esta mudança de pensamento, para além da juridicidade de origem extralegal com efeitos de exclusão ou de atenuação da responsabilidade criminal, participa também no direito penal vigente “uma normatividade extralegal de origem jurisprudencial e de objectivação

⁷⁹³ NEVES, António Castanheira, “ Fontes de Direito Contributo para a Revisão do seu Problema”, *in Digesta*, volume 2º, Coimbra Editora, 1995, p. 65 e ss.

dogmático-institucional, que releva decisivamente na determinação e definitiva constituição normativas da própria juridicidade incriminadora e punitiva”⁷⁹⁴.

A referência à origem jurisprudencial remete-nos também para o instituto dos “Assentos”, cuja doutrina é susceptível de se converter em “doutrina com força obrigatória geral” (Artigo 2º do CC)⁷⁹⁵, considerando ainda que os assentos adquirem uma índole e valor jurídico de fonte formal que está para além da natureza materialmente legislativa.

Não podemos deixar de considerar a discordância de alguns autores, como Eduardo Correia e Figueiredo Dias⁷⁹⁶, que defendem que os assentos têm, por exigência do princípio “*nullum crimen sine lege*”, apenas uma função de mera interpretação que exclui uma função integradora. Com efeito, a propósito das fontes do direito penal, Eduardo Correia refere-se aos assentos em matéria criminal e questiona se os inovadores, e não apenas interpretativos, podem ser fonte de direito criminal: acaba por admitir que, relativamente ao preenchimento de lacunas, não podem admitir-se assentos com natureza inovadora ou criadora, sobretudo em matéria de incriminação.

Mas tenhamos em conta que no ordenamento jurídico angolano é admissível que a doutrina dos assentos com força obrigatória geral se afigure uma fonte (mediata) do direito por força do artigo 2º do CC, ainda em vigor.

Natureza inovadora ou criadora em matéria de incriminação poderá ter a *normatividade jurídica extralegal* do costume. É de salientar, contudo, que Castanheira Neves no âmbito do sistema jurídico português afasta o costume enquanto fonte de fundamentação e punição em direito penal, por virtude da importância da reserva de lei e da própria índole normativo-jurídica do direito penal. Entende por isso que o costume, neste ramo do direito, releva mais de um ponto de vista normativo-social do que dogmático, com verdadeiras repercussões em termos de política jurídico-criminal, sobretudo para efeitos de descriminalização⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ NEVES, António Castanheira, *Digesta, volume I.*, p. 358 – 360.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 360. Entendimento ainda vigente em Angola por virtude do Código Civil de 1966

⁷⁹⁶ EDUARDO Correia, *Direito Criminal* (com a Colaboração de Figueiredo Dias) V. I, p 132. Veja-se também no sentido da defesa da distinção metodológica no domínio penal entre interpretação da lei e aplicação analógica, COSTA ANDRADE, “ O Princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*» e a analogia no campo das causas de justificação”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3924 e 3925, Ano 134º, Coimbra 1 de Julho e 1 de Agosto de 2001, p. 72-139, p. 72.

⁷⁹⁷ NEVES, António Castanheira, *Digesta, volume I.*, p. 359-361.

Mas a nossa postura poderá ser outra face ao sistema jurídico angolano por força da regra-norma de reconhecimento do artigo 7.º da CRA. Note-se que da CRA resulta “a supremacia das normas constitucionais face às normas consuetudinárias, mas não a supremacia da lei face ao costume”, não estando, por conseguinte, excluída a admissibilidade do costume *contra-legem*⁷⁹⁸. Pergunta-se, pois, se é um ponto de vista válido também para o domínio penal a partir do qual há reserva de lei por virtude da competência absoluta que decorre da já referida alínea e) do artigo 164º da CRA. Resta também considerar a segurança jurídica, enquanto garantia que decorre da ideia de lei escrita, pois sustenta-se que esta é uma forma de garantir a segurança das pessoas.

António Cortês assinala na experiência jurídica de matriz europeia o reconhecimento de algumas ideias ou princípios jurídicos fundamentais que podem ser considerados dados adquiridos da ciência e da cultura jurídica actuais, e que podem, por isso, ser designados como os princípios mais universais do Direito⁷⁹⁹. Seriam eles: a dignidade da pessoa humana, o controlo crítico do poder, a igualdade, a proporcionalidade, a compensação de danos, a exclusão de benefícios ou desvantagens injustificadas e a segurança em face da contingência. De momento, importa a focagem na *segurança em face da contingência*.

O Direito constitui-se em nome do Homem e, por assim ser, tem que oferecer alguma segurança dado que esta é uma “necessidade antropológica fundamental”⁸⁰⁰ para além de um valor imanente à própria ideia de Direito⁸⁰¹. Ademais, o Direito deve cumprir uma função social de redução da complexidade e da contingência na estabilização de expectativas⁸⁰². Tradicionalmente reconhece-se duas dimensões ao princípio da segurança jurídica: segurança do direito, que se traduz na certeza jurídica; e segurança através do direito, o que significa segurança efectiva⁸⁰³. Por seu turno, António Cortês⁸⁰⁴ distingue

⁷⁹⁸ MACHADO, Jónatas E. M, COSTA Paulo Nogueira, HILÁRIO, Esteves Carlos , *Direito Constitucional Angolano*. p. 383.

⁷⁹⁹ CORTÊS, António Ulisses, *Jurisprudência dos Princípios...* p. 256-257.

⁸⁰⁰ HENKEL, Heinrich, *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Grundlagem Rechts. München, 1977, p. 437, *apud*, CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*, p. 274.

⁸⁰¹ CANARIS , Claus-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl., Berlin, 1983, p. 125, *apud* , CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...* p. 274.

⁸⁰² LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 5. Aufl., Frankfurt, am Main , 1996., p. 509, *apud* CORTÊS, António, CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...* p. 275.

⁸⁰³ CASTANHEIRA NEVES, António, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais* , Coimbra, 1983, p. 35, nota 80.

⁸⁰⁴ CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios...*, p. 275 – 277.

três tipos de segurança, a saber: segurança através das normas, segurança da congruência da actuação dos sujeitos jurídicos e, ainda, segurança efectiva dos bens e interesses das pessoas e comunidades. Olhemos com mais atenção para cada uma das noções.

Em primeiro lugar pensemos na *segurança através das normas*. A função de estabilização de expectativas reclama normatividade e alguma indiferença em face das contingências futuras. Neste sentido, os comportamentos devem ser definidos pelo Direito com o maior rigor possível por forma a gerar confiança e diminuir “os custos inerentes à incerteza”, incluindo os relativos à liberdade. Daí que as normas jurídicas devam ser claras para que tornem previsível a sua aplicação. A segurança alcança-se por via de normas rígidas, por exemplo, quando em causa prazos ou formalidades, normas de segurança ou garantia. Não basta, por conseguinte, que as expectativas sejam estabilizadas através de valores directivos: em algumas áreas é ainda necessário definir ou tipificar, com alguma precisão, os comportamentos de modo a estabilizar as expectativas: “Num quadro de absoluta contingência, sem quaisquer expectativas estabilizadas, a acção teria implicado um risco incalculável que se traduziria numa generalizada anomia social e numa supressão da liberdade. A segurança é pois uma exigência da própria liberdade universalizada”⁸⁰⁵. Basta pensar aqui na exigência de lei escrita no âmbito da legalidade penal.

Em segundo lugar, discute-se *a segurança através da congruência da actuação dos sujeitos jurídicos*. O Direito não é apenas constituído por normas prévias fixas, mas também por decisões de conteúdo indeterminado. Por isso, a certeza jurídica é ainda, em certo grau, uma certeza flexível e não pode depender apenas da existência de normas garantísticas; reclama princípios amplos para a protecção da confiança e estabilização das expectativas, ou seja, congruência de actuação prática tanto dos poderes públicos como dos sujeitos jurídicos⁸⁰⁶. É, sem dúvida, um factor determinante para o direito penal.

Em terceiro lugar, *a segurança através da protecção efectiva de bens e interesses das pessoas e comunidades*. O Direito contém um imperativo de “justiça protectiva”, de protecção efectiva dos direitos das pessoas, especialmente os que são designados direitos humanos e fundamentais. E como o Direito aspira a uma ordem de paz e protecção deve dar essa tutela aos bens, quer sejam pessoais ou públicos.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 276.

⁸⁰⁶ *Idem*.

Aqui chegados, damos conta que a segurança tem sempre um objecto, o que significa atribuir-lhe um carácter instrumental. Os seus princípios e regras valem em vista dos bens e liberdades que, em concreto, estiverem em causa, mas também consideram as “exigências de justiça que se exprimem na exclusão de benefícios e desvantagens ilegítimos e na primazia dos direitos humanos e ou fundamentais”; sendo exactamente em nome de razões de dignidade das pessoas e de justiça material que “a liberdade pessoal tem sempre um especial valor mesmo perante as exigências do poder punitivo”⁸⁰⁷.

As considerações que tecemos permitem à luz das doutrinas expostas justificar a relevância do requisito lei escrita e, em consequência, o afastamento do costume de fonte do direito penal incriminador e punitivo.

Conduto, se bem vemos as coisas, o costume pode não cumprir a segurança desejável através das normas consuetudinárias, mas tem capacidade para cumprir a segurança através da congruência da actuação dos sujeitos jurídicos e a segurança através da protecção efetiva de bens e interesses das pessoas e comunidades. E não podemos deixar de salientar o seguinte: de algum modo, no contexto do ordenamento jurídico angolano, no âmbito de uma determinada comunidade tradicional com a sua própria autoridade, podemos admitir perfeitamente adequado o conceito de *direito penal translegal com natureza consuetudinária que tem origem nas decisões que respeitam as práticas reiteradas e tradicionais aceites pela maioria da própria comunidade tradicional*. Neste contexto, podemos negar à legislação ordinária do Estado o carácter de única fonte do direito penal constitutivo e legitimar a tradição e o costume de natureza penal em território ancestral. Sublinha-se, nesse caso, *a normatividade jurídica extralegal do costume em matéria penal*.

É certo que uma tal posição contraria o referido postulado que considera apenas como fonte do direito penal a lei emanada do legislador, ou seja, aquele que, à luz da Constituição, é o titular do poder legislativo. Mas, no contexto do sistema jurídico angolano, é o legislador constituinte que por via do Artigo 7.º da CRA equiparou o costume à lei e abriu a possibilidade de o costume ser também fonte imediata de direito angolano.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 277.

6. Costume versus princípio da legalidade da intervenção penal

§1. Considerações gerais

Vale a pena densificar o confronto que temos vindo a fazer entre o princípio da legalidade da intervenção penal e o costume.

Os Códigos Penais, a doutrina e a jurisprudência apresentam o moderno direito penal assente em princípios fundamentais cujo reconhecimento é hoje comumente aceite. Por exemplo, os princípios da legalidade e da culpabilidade constituem nucleares fundamentos do sistema jurídico-punitivo. Assim, tanto o Código Penal Português de 1886 em vigor em Angola (por força do artigo 239.º da CRA⁸⁰⁸), como o Projecto de Novo Código Penal ainda em discussão no Órgão Legislativo Nacional⁸⁰⁹, acolheram esses princípios na sua regulação, e são genericamente admitidos na ordem jurídica angolana sem contestação.

A vigência desses princípios, particularmente o da legalidade da intervenção penal – objecto do nosso estudo – parece, à primeira vista, universal, especialmente se nos referirmos a sociedades desenvolvidas, mais ou menos homogêneas, que aceitam a maioria dos valores inerentes ao Estado de Direito democrático. Referimo-nos a sociedades ou países como aqueles que integram a União Europeia, em sistemas políticos com uma estrutura democrática bastante consolidada, economias em franco desenvolvimento, e modos de vida dos seus cidadãos que cada vez mais se convergem⁸¹⁰.

Embora não possamos ignorar que essa homogeneidade tem vindo a ser perturbada pelos fluxos migratórios de pessoas com diferentes culturas, religiões e etnias, transmovendo regras jurídicas, concepções do mundo (mundivisões) e modos de desenvolvimento comunitário diferentes. Com uma conotação menos positiva, têm sido

⁸⁰⁸ Artigo 5º do Código Penal de 1886 (*Nullum crimen sine lege*): “Nenhum facto, quer consista em acção ou em omissão, pode julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o qualifique como tal.”

⁸⁰⁹ “Projecto de Novo Código Penal da República de Angola” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto*, nº8, Dezembro de 2007. O presente Projecto sofreu já algumas alterações resultantes do trabalho realizado pela Comissão de Reforma da Justiça e do Direito. Artigo 1º 1. (Princípio da legalidade) 1. Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática. 2. Só pode ser aplicada medida de segurança a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior à sua verificação. 3. Não é permitido o recurso à analogia nem à interpretação extensiva para qualificar um facto como crime, para definir um estado de perigosidade ou para determinar a pena ou a medida de segurança que lhes correspondem.

⁸¹⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a Los Fundamentos ...*, p. 23

fonte de desordem quando comprometem alguns dos princípios considerados sedimentados nos sistemas jurídicos e quando pressionam ou constroem determinadas regras fundamentais do respectivo ordenamento jurídico. Ainda assim, mesmo com estas manifestações de heterogeneidade, a verdade é que nessas sociedades não se discute nem se põe em causa a vigência de princípios como os da legalidade e da culpabilidade nos sistemas jurídico-punitivos⁸¹¹. Mas também é sabido que alguns autores⁸¹² falam de uma “crise da lei”, em geral, e da “crise do princípio da legalidade” em particular. Com efeito, o princípio da legalidade com os seus corolários tem sido comprimido por uma polaridade que Naucke denominou de *cláusulas gerais*, caracterizadas por⁸¹³: i) *indeterminação*, que torna impossível saber da sua finalidade; ii) *generalização*, que impede o conhecimento do âmbito regulado; iii) e *vaguidade*, fenómeno que não tem necessariamente que ser imputado apenas ao legislador.

Retomando o nosso ponto de vista, em sociedades estruturalmente heterogêneas – como as africanas e latino-americanas, cujo modo de vida assenta, desde há séculos, na diversidade cultural, não obstante a presença colonial – assiste-se, muitas vezes, a uma *dificuldade de aceitação ou de rejeição dos valores que enformam o ordenamento jurídico estadual*. Para além deste importante aspecto acresce o facto de o Estado, pelas mais variadas razões, *não exercer a sua influência em todas as vastas áreas do território nacional*, nos domínios da saúde, educação, economia, entre outros, mas sobretudo, para o que nos interessa, no domínio da *administração da justiça penal*. São estas algumas das razões que explicam a permanência de diferentes sistemas jurídicos *materialmente em vigor* nos diferentes espaços comunitários do que se designa “território nacional”, como se de diferentes espaços territoriais estivéssemos a falar.

Os “sistemas jurídicos tradicionais” ou “ordenamentos jurídicos tradicionais” existem e o que se passou no caso “Kamutukuleno” é, como já referimos, exemplo dessa realidade. Contrariamente ao que ocorreu (ou tem estado a ocorrer) na América Latina em que houve necessidade de organizar um movimento de emancipação indígena, pelo qual “o nativo deixa de se considerar a si mesmo como um sujeito marginalizado que vive num

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 24

⁸¹² Veja-se SARRABAYROUSE, Eugenio C. “La crisis de la legalidad, La Teoría de la Legislación y el Principio *In dubio Pro Reo*: Una propuesta de Integración, in *Derecho Penal & Criminología*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.31-54, p. 43.

⁸¹³ NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, p.1, *apud* Eugenio C. Sarrabayrouse, “La Crises de la Legalidad...” , p. 43, nota 37.

estado social, económico e político «natural» para adquirir consciência da sua própria dignidade, do seu valor como pessoa, da estima pela sua cultura, língua, tradições, costumes e direito autóctone,⁸¹⁴ em Angola, após os momentos de indefinição e dúvida, consagrou-se o costume, como fonte de direito imediata, por via da CRA, “inspirando-se nas melhores lições da tradição africana – substrato fundamental da cultura e da identidade angolanas... invocando a memória dos antepassados... apelando à sabedoria das lições da... história comum, das ...raízes seculares e das culturas que enriquecem a unidade...”⁸¹⁵.

Porém, esta consagração, no que ao direito penal diz respeito, merece uma densificação teórica. É nesse sentido que nos socorremos da experiência da América Latina, pela própria semelhança, para descobrir características comuns e procurar admitir que o direito penal tradicional-indígena é viável e que também pode respeitar as finalidades do princípio da legalidade, com diferenças, é certo, sobretudo por estar em causa uma legalidade que está para além da fórmula legal escrita. Mas trata-se de uma forma de ver as coisas que entende viável para fundamentar a responsabilidade criminal a partir do costume.

O direito penal que denominamos “tradicional” é a forma como a população do Kuito Kuanavale – por nós entrevistada – designa a sua prática e as respectivas regras de conduta. Tradição que é conhecida e respeitada por todos os membros da comunidade, independentemente da idade⁸¹⁶. É evidente que esse direito tem as suas próprias especificidades e que, relativamente ao sistema normativo estadual, apresenta diferenças substanciais logo à partida em relação às consequências do crime. Por isso tem ficado claro que *não estamos a tratar de um direito penal que opera no âmbito do direito penal estadual, embora com o mesmo se possa harmonizar*.

Para além disso, é importante também ter presente que a diversidade étnica e de culturas é muito ampla de uma comunidade tradicional para outra, considerando que nessa diversidade é possível encontrar aspectos comuns e relevantes de confluência. Seja como for, parece ser o momento de confrontar o “direito penal tradicional” com o “direito penal estadual”.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 82

⁸¹⁵ Preâmbulo da Constituição da República de Angola de 5 de Fevereiro de 2010, a CRA.

⁸¹⁶ Ver o nosso “Os problemas Penais do Sul e o Pluralismo Cultural”, *RPCC*, Ano 23, nº4, Outubro – dezembro, 2013, p. 499.

§2. Diferenças e semelhanças

a) *O carácter consuetudinário*

A nota dominante do “direito penal tradicional” é o seu carácter consuetudinário ou costumeiro, o que significa que as tradições e as regras de convivência não são escritas, são escassas e transmitem-se de forma oral: criam um acervo espiritual que se transmite de geração para geração, isto é, entram em vigor através das práticas ancestrais e das práticas sociais e reiteradas.

De outra forma, a transmissão do “direito penal estadual”, por virtude da assimilação cultural romano-germânica oriunda do período colonial, é fundamentalmente escrita, residindo aqui uma primeira e essencial diferença.

Porém, *esta diferença*, do ponto de vista que temos vindo a defender, *não prejudica ou afasta as finalidades do princípio da legalidade criminal* – os limites à intervenção penal com vista a salvaguardar os direitos liberdades e garantias das pessoas e a própria dignidade da pessoa humana – *no âmbito do direito penal tradicional*.

b) *A segurança jurídica*

Uma das manifestações básicas do princípio da legalidade é a exigência de que toda a qualificação de uma conduta como crime e a respectiva consequência jurídica venham taxativamente previstas numa norma escrita que seja anterior à prática da referida conduta e que essa norma seja dimanada de um órgão democrático denominado “Assembleia da República”, “Assembleia Nacional” ou “Parlamento”⁸¹⁷. É a partir daqui

⁸¹⁷ Não será demais fazer novamente uma retrospectiva para assinalar com BARBOSA, Mafalda Miranda e RODRIGUES, João Pedro, “Da (in) Competência do Tribunal Constitucional para apreciar eventuais violações do Princípio da Legalidade Criminal: Breve Reposicionamento Crítico em Sede Metodológica”. *In ARS IVDICANDI*, Estudos em Homenagem ao prof. Doutor António Castanheira Neves, V. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra Editora, 2008, pp. 83-123, esta nota característica do Princípio. Os autores recordam que o princípio da legalidade pela formulação que ainda hoje apresenta, está em consonância com o pensamento jurídico de oitocentos, em que se defendiam para além do ideário da “estrita separação de poderes”, ligado a uma ideia de controlar o *ius puniendi* estadual e a uma ideia de defesa da certeza na aplicação da lei incriminadora, acrescia a alteração das finalidades das penas que, de retributivas, passaram para preventivas de intimidação. Nesse contexto histórico, ao juiz não podia caber mais do que a aplicação lógico-dedutiva dos tipos legais de crime aos casos concretos, porque a definição das condutas criminalmente típicas e ilícitas cabia ao poder legislativo que era quem tinha a legitimidade

que é vedada ao costume ou a qualquer outro instrumento normativo (ainda que escrito), a qualificação de condutas como crime e a determinação das respectivas penas e medidas de segurança que não tenha origem num processo democrático-parlamentar. Ora, este tipo de exigência é compreensível e compatível e perfeitamente justificado em sociedades ocidentalizadas, nas quais vigoram razões de segurança jurídica, legitimidade democrática e igualdade (formal) de todos os cidadãos. Mas temos dúvidas que esta manifestação do princípio da legalidade penal possa ser exigida em comunidades e acervos de território ancestral em que a população se organiza sob a forma tribal, cuja comunicação dos pensamentos, das ideias, das regras, da religião, da cultura e do próprio direito é essencial e principalmente feita de forma oral⁸¹⁸. Neste contexto, as normas penais são criadas pelo costume que desde tempos imemoriais foi qualificando as condutas proibidas – que o direito penal estadual classifica como tipos de ilícito criminal –, estabelecendo as sanções e os mecanismos de repressão desses mesmos comportamentos considerados reprováveis.

Nesta ordem de ideias, o princípio da legalidade da intervenção penal não deve ser pensado a partir dos pressupostos de uma sociedade ocidentalizada, mas *a partir dos pressupostos de uma sociedade tribal ou indígena onde não prevalecem ou não existem regras ou princípios escritos nem, tão-pouco, um órgão parlamentar com os contornos democrático-ocidentais*. Com esta perspectiva não podemos pretender que o facto ilícito esteja previsto numa norma escrita anterior à sua prática⁸¹⁹. O que se pode exigir – quanto a nós, em qualquer sistema normativo – é que em matéria de condutas proibidas se mostre absolutamente necessário o respeito a dignidade humana, como estrutura lógico-objectiva e valor fundamental de todo o ordenamento, e a Constituição, como lei fundamental que contém direitos, liberdades e garantias inabdicáveis. De outro modo, dever-se-á tomar em

democrática para o fazer. Daí decorriam os diferentes corolários do princípio: i) lei *scripta* afirmando-se que a lei tinha a exclusividade enquanto fonte de incriminação; ii) lei *praevia* excluindo-se toda e qualquer retroactividade da lei; iii) lei certa, ou seja, determinada na sua prescrição e conteúdo, afirmando-se como critério de decisão; iv) e lei *stricta*, com a proibição de toda e qualquer analogia (p. 107). No que a esta última característica diz respeito e, segundo o estado evolutivo do pensamento metodológico naquele momento histórico, a lei tinha que ser certa e determinada no seu conteúdo para facilitar a posterior subsunção, num exercício lógico. Por isso que ficava afastada toda e qualquer possibilidade de aplicação analógica das normas penais incriminadoras e facilmente se executava o postulado pois todo o direito ficava reduzido à lei e, admitindo-se de modo não problemático que o direito se realizava formalmente pela subsunção do caso à norma entendida como a premissa maior, bastava que a norma fosse interpretada de modo exegético para que se alcançasse o resultado pretendido e ficava assim excluída toda e qualquer analogia. Deste modo, se apenas ao legislador competia a definição dos comportamentos penalmente relevantes toda a incriminação que fosse para além da norma legalmente imposta devia ser proibida (p. 108).

⁸¹⁸ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a Los Fundamentos...*, p. 118-119.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 119

consideração que “o direito é um produto criado por pessoas humanas, para resolver problemas próprios de pessoas humanas, por isso, toda a instituição deve considerar e respeitar as características essenciais que definem esse ser humano”⁸²⁰. É uma das notas específicas que caracteriza o ser humano e que o diferencia dos demais seres vivos é, precisamente, “o poder ordenar a sua própria existência e a do grupo a que pertence prevendo as suas necessidades futuras e planificando a sua própria vida com base nessa previsão mental antecipada”. O que significa que qualquer que seja o sistema em que consideremos o indivíduo enquanto pessoa humana, só se pode aplicar uma consequência jurídica quando esse indivíduo possa *prever que tal consequência lhe será aplicada se actuar de determinada maneira*⁸²¹. Subjacente está uma ideia de segurança jurídica para o cidadão-pessoa-indivíduo.

No sistema estadual, a segurança jurídica consegue-se também por meio da publicidade das leis: leis escritas. As sociedades ocidentalizadas, numerosas, com milhões de pessoas, dão a conhecer aos destinatários, aos seus cidadãos, as sanções a cominar aos comportamentos proibidos através de leis escritas. Bem se vê nesse tipo de sociedade que o fundamento essencial do princípio da legalidade pode muito bem ser a segurança jurídica. Todavia, também já o dissemos, uma tal visão pode ser contrariada por outras fontes de direito penal⁸²². Hoje o princípio da legalidade da intervenção penal não se

⁸²⁰ *Idem* (tradução nossa)

⁸²¹ *Ibidem.*, p. 120

⁸²² BACIGALUPO, Henrique, “Sobre la Justicia y La Seguridad en el Derecho Penal”, in *Derecho Penal & Criminología*, Marcila Pons, Madrid, 2012, p. 59, que salienta uma análise da evolução do direito penal no séc. XX e leva-nos à comprovação de que o princípio da legalidade foi estabelecido na base daquelas quatro exigências, lei prévia, lei escrita, lei estrita e, mais tarde, lei certa, foi consideravelmente mexido pelos acontecimentos históricos do Sec. XX que tiveram grande repercussão na consciência pública. Desde logo, a europeização do princípio por virtude do *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Públicas* de Roma 1950; a sua internacionalização por virtude da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 10 de Dezembro de 1948; o *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* de Nova York 1966 e a consequente regionalização na *Convenção Americana dos Direitos Humanos* Costa Rica 1969; *Carta Árabe de Direitos Humanos* 1994; *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*, (que Angola aderiu pela Resolução nº1/91 de 19 de Janeiro, publicada no D.R. nº 3 da 1ª Série). Estes instrumentos introduziram importantes modificações no alcance do princípio da legalidade e afectaram os seus fundamentos tradicionais, particularmente na ideia de segurança jurídica. Por exemplo, a CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem) introduziu no artigo 7.1, junto do Direito nacional – o Direito Internacional e no artigo 7.2 «os princípios gerais do Direito reconhecidos pelas nações civilizadas» como fonte de Direito Penal. Também no mesmo sentido o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de Nova York de 1966; a Carta dos Direitos Fundamentais da UE de 7 de Dezembro de 2000 artigo 49.º e o Tratado Constitucional Europeu artigo II-109, 1 ratificaram a linha da Convenção uma vez que, não só admitem como fonte do Direito penal a lei do Estado, como também o Direito Internacional sem especificar se esse Direito Internacional se refere só ao que vem nos Tratados em que os Estados Membros da UE são parte ou se também a princípios, inclusive não escritos, que sejam geralmente aceites. A Convenção

traduz inteiramente numa ideia de segurança jurídica: para efeitos de direito internacional podem ser aceites princípios não escritos em matéria penal desde que se afigurem de aceitação geral, nomeadamente considerando o *direito consuetudinário internacional* que implica o respeito pelos povos e indivíduos indígenas. Nesse caso, porque razão não poderá o costume, aceite de maneira geral por uma determinada comunidade, não confrontante com a Constituição ou com a dignidade da pessoa humana, também constituir fonte primária de direito penal?

Nas sociedades tradicionais-indígenas, a garantia da segurança jurídica do sistema punitivo não se processa através da publicidade de leis emanadas de um parlamento. Antes de mais é importante notar que as comunidades tradicionais são constituídas por grupos relativamente pequenos (na percentagem da população total), em que os membros se conhecem e se ligam por laços de parentesco, família e vizinhança, imperando um forte controlo social. Falamos de sociedades estruturalmente pouco complexas, com regras de convivência relativamente simples e conhecidas por todos. Não é muito frequente a prática de condutas que podem ser consideradas graves (ao nível do crime) para a comunidade, mas aquelas que debandam do quotidiano da vida comum são reprovadas e, em consequência, punidas. E porque punidas perante toda comunidade, por vezes de forma severa, com rituais próprios, *ficam gravadas na consciência colectiva e passam de geração para geração*. Por esta via, cada membro da comunidade fica a conhecer o âmbito do proibido e as consequências da prática das respectivas condutas reprováveis. Desta forma, com o *direito consuetudinário prévio à prática do facto*, não é desadequado afirmar que a segurança jurídica, enquanto fundamento da legalidade, cumpre-se. Mais ainda. Já o dissemos, cumpre-se a *segurança através da congruência da actuação das autoridades tradicionais e a segurança através da protecção efetiva de bens e interesses das pessoas e da própria comunidade tradicional*.

Americana dos Direitos Humanos refere-se no artigo 9.º a “Direito aplicável” deixando margem para que se faça uma interpretação e se pergunte a que direito se estará a referir. A internacionalização do princípio da legalidade deu lugar a uma ampliação das fontes do Direito penal quando também introduziu as fontes do Direito internacional que são muito mais amplas. Isto relativizou o significado da legalidade do ponto de vista da segurança jurídica e, em consequência, o requisito da lei escrita e da lei certa. Mesmo a nível do Direito penal Interno assiste-se hoje a um aumento do valor justiça relativamente ao da segurança jurídica e da liberdade que se revela sobretudo quando se fazem certas interpretações do princípio da legalidade na jurisprudência, certas vezes fora do âmbito da criminalidade estatal e contra os direitos fundamentais.

Um outro fundamento em causa, a legitimidade democrática ou reserva de lei, também poderá estar justificado: os factos mais graves são julgados por toda a comunidade tradicional e as consequências *são aceites pela maioria*, de modo a se poder dizer, de alguma forma, que a justiça emanou do povo ⁸²³.

c) Previsibilidade do comportamento punível

Determinante a este propósito afigurou-se ser uma decisão (Sentença T-349/96) da Corte Constitucional da Colômbia que, para efeitos do direito penal indígena, demarcou a sua posição acerca da legalidade dos crimes e das penas. Naturalmente, a legalidade implica uma norma preexistente à actuação delictiva que determine o comportamento reprovável e a consequência jurídica. Mas repare-se: o artigo 246.º da Constituição Colombiana ⁸²⁴ estabelece que o julgamento deve fazer-se conforme as “normas e procedimentos” da comunidade indígena, o que significa e pressupõe a existência dessas normas e procedimentos com anterioridade ao julgamento das condutas. Salienta pois a Corte Constitucional Colombiana que essa exigência não deverá ir para além do necessário para assegurar a previsibilidade da actuação das autoridades, posto que, de outro modo, o requisito levaria a um completo desconhecimento das formas próprias dos costumes e dos rituais indígenas de julgamento, precisamente o que se pretende preservar. Salienta-se ainda que, para se determinar a previsibilidade, deve-se consultar a especificidade da organização social e política da comunidade que esteja em causa, bem como a natureza do respectivo ordenamento jurídico.

Um outro ponto destacado prende-se com o seguinte entendimento: *a redução do princípio da legalidade a uma exigência de previsibilidade não pode implicar a abertura do caminho para a absoluta arbitrariedade*. Com efeito, as autoridades tradicionais-indígenas estão obrigadas a actuar conforme fizeram no passado, uma vez agindo com fundamento nas tradições, a fim de se assegurar a coesão social. Por outro lado, este requisito também não pode ser estendido ao ponto de tornar as normas tradicionais completamente estáticas.

⁸²³ Neste sentido, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a Los Fundamentos...*, p. 122.

⁸²⁴ Constituição Colombiana, Artigo 246º “ Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Assim, o equilíbrio a encontrar, já que a cultura é dinâmica e o peso da tradição muito forte, pode passar por um limite que “não exige que as práticas e procedimentos devam ser levados a cabo da mesma maneira que como o faziam os antepassados, porque o direito das comunidades indígenas, como qualquer sistema jurídico, pode ser dinâmico... o que se requer é o cumprimento daquelas acuações que o acusado possa prever e que se aproximem das práticas tradicionais que sirvam de suporte à coesão social”⁸²⁵. Sublinha-se aqui a ideia de que o direito consuetudinário *também evolui com o tempo* e, naturalmente, com uma tal evidência, podem aparecer novas condutas susceptíveis de ser dignas de proibição e novas formas de punibilidade. Assim como podem surgir outros procedimentos para julgar os responsáveis pelos factos antissociais mais graves e, com isso, ser admissível e recuperarem-se formas de punição que tanto podem ser originárias da própria tradição como provenientes de outras culturas jurídicas.

Para ilustrar uma vez mais com o inquérito que fizemos à comunidade do Kuito Kuanavale: hoje a comunidade considera que as pessoas que praticam “Kamutukuleno” ou feitiçaria *não devem ser sujeitas a pena de morte*, o que denota uma certa “evolução”. Até há bem pouco tempo não era assim. É por todos sabido que antigamente, antes até da chegada dos colonos, as pessoas acusadas de feitiçaria eram amarradas, queimadas e lançadas ao rio. Na verdade, os colonos já haviam proibido essas práticas, colocando os acusados de feitiçaria a trabalhar como forma de punibilidade. Tanto é que no Kuito Kuanavale⁸²⁶ foi realizado um desvio do rio Kuito – que se chama “*Kuito wa vinganga*” e que significa “Kuito dos feiticeiros” – como resultado do trabalho dos condenados por feitiçaria. Isto para dizer que também é possível haver ou considerar uma “evolução” por imposição de outra cultura, no caso, a cultura “portuguesa-colonial”.

Se nos voltarmos para o conhecimento da norma pelos membros das comunidades tradicionais africanas, está em causa, como já referido, o facto de serem comunidades em que o grau de integração social é muito alto e, nessa medida, os atentados graves à convivência da colectividade são necessariamente escassos. Por conseguinte, o direito consuetudinário vigente em terras ancestrais é bastante diferente do direito da sociedade europeia-ocidentalizada no qual a norma escrita e a taxatividade são indispensáveis para

⁸²⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a Los Fundamentos...*, p. 152 e nota 177. Tradução nossa.

⁸²⁶ O Kuito e o Kuanavale são dois rios. A confluência deles é que deu o nome ao Município.

que seja possível sustentar que todos os cidadãos têm um mínimo de certeza relativamente à actuação das autoridades do Estado.

Vendo assim as coisas, também podemos admitir preenchido o requisito “costume prévio” no âmbito do “direito penal tradicional”.

d) proibição de analogia

Não é estranha a discussão na doutrina do direito penal moderno ocidental sobre se deve ou não existir uma distinção conceptual entre interpretação e analogia em matéria de cumprimento do princípio da legalidade criminal. Na verdade, os penalistas mantêm-se fiéis ao entendimento clássico do modo de realização do direito penal, não obstante aceitarem a superação do positivismo⁸²⁷ e defenderem uma estreita distinção entre interpretação e aplicação analógica da lei: sendo a primeira “o exercício hermenêutico de determinação do sentido e alcance da lei a aplicar” e a segunda “pelo contrário, configurando já uma criação de direito ou de normas e, como tal, o exercício de uma tarefa que em direito penal cabe exclusivamente ao legislador”⁸²⁸. Foi com esta distinção que determinaram as fronteiras da interpretação jurídica, defendendo “o significado literal possível” no sentido de que “... já não pode reivindicar-se de *interpretação* uma qualquer solução jurídica, por mais indicada axiológica e teleologicamente, que já não encontre apoio no texto da lei. E, em vez disso, transcenda o limite do *possível significado verbal* da lei. Toda a interpretação começa e acaba nas palavras, o meio privilegiado de comunicação entre o legislador penal e o cidadão”⁸²⁹. Nesse sentido, por um lado, um critério que se impõe ao juiz⁸³⁰. Por outro lado, pretende-se dizer – à luz do princípio da legalidade, particularmente da *proibição da analogia* – que a criação de direito ou de normas penais

⁸²⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda e RODRIGUES, João Pedro, “Da (in) Competência do Tribunal Constitucional...” p. 112. A sustentar que, em virtude da mudança da sociedade, e com ela das exigências dirigidas ao Estado, seus poderes e à lei, o direito penal tem que acompanhar os restantes ramos do direito com relação à actividade de interpretação e aplicação das suas normas e, em consequência, aceitar como prova de vitalidade que “o juiz deixou de ser a boca que apenas pronuncia as palavras da lei para ter a seu cargo uma actividade decisória de efectiva realização do Direito” devendo-se, nesse sentido, “aceitar a evolução do próprio princípio da legalidade”, FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta ...*, 2005, p. 712.

⁸²⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da, “O princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*»...”, *RLJ*, p. 72.

⁸²⁹ *Ibidem*, p. 72 e 73 aspas e itálicos do autor.

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 74.

cabe exclusivamente ao legislador. Ou seja, é um poder que está vedado ao juiz, sobretudo aquando do processo de fundamentação de responsabilidade criminal ⁸³¹.

Com significativa diferença, um determinado pensamento metodológico considerava que o “princípio constitucional da legalidade não pode valer como proibição da analogia” ⁸³². Isto relacionando com a *superção do pensamento metodológico positivista*. Ora, não só o sentido de qualquer comunicação – e o texto é comunicação – fica dependente do intérprete, num determinado contexto histórico, como as expressões linguísticas num texto jurídico estão dependentes de uma subsunção num caso concreto. Assim – conclui-se – a norma, em abstracto, “nada comunica”, sendo para esse efeito necessário que ela seja confrontada com o caso concreto para a podermos interpretar. Neste sentido, é aceite que o objecto da interpretação é a norma-problema e não a norma-texto. Olha-se para a norma não já como um simples enunciado linguístico, mas como *uma norma com uma intencionalidade problemática a ser interpretada no confronto com um problema concreto, com um raciocínio particular*: a interpretação como uma analogia. Ensina esta metodologia do direito que poderá deixar de fazer sentido falar numa interpretação extensiva ou restritiva, enquanto resultados interpretativos “impossíveis” de serem alcançados, e passará a fazer sentido falar numa extensão teleológica ou redução teleológica, ou seja, o eixo matricial interpretativo já não tem como *prius* a letra ou o espírito da norma mas, decisivamente, o caso concreto ⁸³³. No fundo, afirma-se que toda a interpretação é afinal baseada em ponderações de cariz analógico, pois a concreta

⁸³¹ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta* ..., p. 713. Aceita que hoje se tenha abandonado definitivamente a perspectiva de uma função judicial estática, instrumentalmente neutra perante as soluções legislativas consagradas e que garantiam a irresponsabilidade do juiz, para se “enveredar progressivamente por uma outra ideia da sua função, de realização ou criação do direito, impondo novas formas de estruturação e de responsabilização da magistratura”. Porém, oferece reservas quanto à possibilidade de os juízes realizarem uma efectiva actividade criadora de direito. Pois, considera que tal acarreta profundas consequências ao nível do sistema de fontes do direito. Neste sentido defende que a actividade judicial “passa a andar perto de uma actividade criadora co-determinante da solução jurídica”. Pois “a aceitação da decisão judicial a este nível como criadora da «regra» implicaria a perda completa da distinção entre definição de sentido e verdadeira criação do direito.” E acrescenta que o juiz se encontra “sempre vinculado a um parâmetro decisório cujo funcionamento depende por seu turno do preenchimento do tipo em sentido formal”.

⁸³² COSTA ANDRADE, Manuel da, “O princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*»...”, *RLJ*, p. 74., *itálicos do autor*.

⁸³³ Por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Digesta, volume 2.º*, pp. 337 e ss.;

realização do direito traduz-se num esquema metódico que não é mais do que a concreta racionalidade jurídica ⁸³⁴.

Mas, afastada a viabilidade metodológica de um pensamento positivista, não significa, na verdade, que esteja afastada a proibição de analogia em direito penal.

Trouxemos este debate à discussão para afirmar que pode haver dúvidas quanto ao corolário *lei stricta* ou, melhor dizendo, que não é claro que o princípio constitucional da legalidade penal tenha uma correspondência perfeita com a proibição da analogia. Na verdade, “nem toda a convocação da analogia viola, ou sequer olvida, o princípio da legalidade criminal... há uma dimensão da analogia que jamais pode ser arredada do discurso do decidente.”. De resto, dificilmente se poderá ficar preso “a uma interpretação do tipo exegético numa época em que os tipos legais de crime comportam conceitos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas gerais”⁸³⁵.

A característica essencial do direito penal tradicional, afigurar-se *não escrito*, afasta-nos evidentemente da interpretação de um texto. Mas pode-se admitir a *resolução de casos por semelhança*: nos sistemas tradicionais-indígenas, a reacção social perante os crimes mais graves passa por uma ordenação costumeira que está prevista para resolver com soluções similares casos similares, de forma análoga e racional. Os mecanismos são “jurídicos”, no sentido de haver um sentimento de obrigatoriedade jurídica, dependentes de um terceiro (a autoridade tradicional) e minimamente previsíveis. Resulta daqui um direito que, de facto, existe, proporcionando uma convivência que não está isenta de conflitos, é verdade, mas com regras consuetudinárias que *também são interpretadas no confronto com um problema concreto*, com raciocínios que aspiram à paz social. A característica “não escrita” deste direito não diminui a sua natureza e as suas finalidades, e não se reconduz a uma classe inferior relativamente ao sistema de direito estatal escrito. Na verdade, já afirmámos, não há direitos de primeira, com normas escritas, e direitos de segunda, consuetudinários. Há direitos que emanam de fontes diferentes, num caso da lei e noutros casos do costume.

⁸³⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda e RODRIGUES, João Pedro, “Da (in) Competência do Tribunal Constitucional...”, p. 109-110. Veja-se para mais desenvolvimentos CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, volume 2.º, pp. 337 e ss.; PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito...* pp. 809 e ss.

⁸³⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda e RODRIGUES, João Pedro, “Da (in) Competência do Tribunal Constitucional...”, p. 113.

e) Legalidade do comportamento

Não procedemos a um levantamento detalhado dos comportamentos puníveis no sistema penal tradicional do Kuito Kuanavale mas podemos, contudo, assegurar que as ofensas à integridade física, o furto e o roubo são factos que a comunidade não tolera encarregando-se do respectivo julgamento. A maior inquietação para esta comunidade tradicional tem haver com o homicídio considerado causado por “*Kamutukuleno*” ou “feitiçaria”⁸³⁶, equiparável à morte causada por arma de fogo, machado, catana ou azagaia. Esta é uma causa de crime desconhecida no âmbito do direito penal estadual angolano e que os ordenamentos jurídicos ocidentais também não conhecem⁸³⁷. De facto, não poderiam conhecer porque os sistemas de direito penal que vigoram estrutura-se na base de um axioma fundamental segundo o qual “o direito penal de uma sociedade secularizada e plural – isto é: não vergada ao peso de transcendentais e fechadas mundivisões religiosas, metafísicas, moralistas ou ideológicas – só está legitimado a intervir para proteger bens fundamentais da pessoa ou da própria comunidade.”⁸³⁸. Ora, não é exactamente essa a concepção que vigora nas comunidades tradicionais. Por isso, corroboramos a opinião de Borja Jiménez quanto à natureza e fundamento deste tipo de crime: tem muito haver com a *concepção do mundo que é defendida pelas populações indígenas*. Do mesmo modo, está relacionado com a mundivisão das comunidades

⁸³⁶ Embora, nem sempre as práticas de feitiçaria resultem na morte das vítimas, sendo a morte o resultado mais grave.

⁸³⁷ Informação mais detalhada sobre os tipos de crime previstos nos ordenamentos de algumas das etnias na Colúmbia, pode ser encontrada em PERAFÁN SIMMONDS, C.C., *Sistemas Jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, Bogotá, Colcultura, 1995, p. 61 e ss; 139 e ss; 176 e ss e 251 e ss., respectivamente, *apud*, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho...*, pp. 21, 22, 23. A América Latina tem mais dois tipos que são o adultério e a ociosidade. Do ponto de vista antropológico, em muitas comunidades indígenas daquele Continente, predomina o casamento ou a união monogâmica. Por isso, a infidelidade sexual de um dos cônjuges ou companheiro da união (quer se trate do homem ou da mulher) é um facto que é gravemente sancionado, porque não respeita apenas ao cônjuge, mas afecta também a honra dos parentes e do clã e, em consequência, resulta numa grande falta de respeito pela comunidade. Assim, perturba a paz e o equilíbrio social que é uma das finalidades que se persegue. Também, a ociosidade que poderia ser uma questão de opção pessoal, em alguns sistemas indígenas da América Latina, é crime sancionado com uma pena embora possa não ser muito dura. Com efeito, essas comunidades sobrevivem da sua própria organização social. Desenvolvem actividades gratuitas com a participação que cada membro coloca em favor de todo o grupo. Trata-se de uma actividade absolutamente necessária para se desenvolver a convivência em condições mínimas de dignidade. São grupos pequenos que para desenvolverem projectos colectivos, necessitam de distribuir o esforço por poucas pessoas. Ora, a inactividade de alguma pode acarretar prejuízo para o conjunto. Por isso, a não participação representa um desprezo pelos interesses gerais e daí a sanção.

⁸³⁸ COSTA ANDRADE, “ Constituição e Direito Penal”, in *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico, Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, em colaboração com a Procuradoria Geral da República, 1997, p. 198 -208, p. 201.

tradicionais em Angola, particularmente as do Kuito Kuanavale, na Província do Kuando Kubango, e as do Kuimba, na Província do Zaire. Essas populações vivem arreigadas a uma *interpretação mágica da realidade*, uma explicação fortemente simbólica da vida, em que o ritual e o respeito por forças sobrenaturais desempenham um importante papel. Como referimos na descrição introdutória que fizemos do fenómeno “*Kamutukuleno*”, o “feiticeiro” é a pessoa que melhor conhece o cosmos espiritual, é a pessoa que rege as crenças dos membros da comunidade e que está autorizado a estabelecer o contacto com as forças sobrenaturais, ou é a pessoa que sabe como manter o equilíbrio entre a realidade quotidiana e a realidade espiritual. Esta é uma realidade que *não carece nem de base racional nem de comprovação material-científica, porque é uma realidade que se materializa na consciência dos povos das comunidades tradicionais, numa crença em instâncias transcendentais*⁸³⁹. E o exemplo que trouxemos, segundo o qual as pessoas que já faleceram estão a circular pela comunidade, explica bem o quanto essas crenças afectam o quotidiano dessas pessoas e o quanto regem a sua vida.

Borja Jiménez destaca que em certas tribos da Amazónia o feiticeiro não pode utilizar os seus poderes contra um membro da sua própria comunidade⁸⁴⁰. Se assim proceder, comete um crime e é punido com a sanção mais grave: a morte. Encontramos aqui uma explicação que pode servir de paralelo para a compreensão do que ocorreu no fenómeno “*Kamutukuleno*”: as oito (8) pessoas que foram executadas eram responsáveis comunitários (“sobas”) e, enquanto feiticeiros, foram condenados pela comunidade porque segundo as mesmas utilizaram práticas de feitiçaria contra membros da sua própria comunidade.

Mas nada do que fica dito – mesmo que considerado irracional à luz do padrão europeu-ocidental – pode significar que nestas comunidades não existam “bens jurídicos” considerados fundamentais que servem de referente às incriminações dos comportamentos. Os interesses individuais e colectivos existem e são tutelados para a sobrevivência da comunidade: assim se justifica a punição das práticas de feitiçaria que violem esses mesmos “bens jurídicos”.

f) Legalidade da pena

⁸³⁹ Neste sentido, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho...*, p. 23-24.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, p. 24.

À semelhança do que dissemos acerca da legalidade dos comportamentos no direito penal tradicional, também podemos dizer acerca da legalidade da pena. Relembramos que são sistemas que se estruturam na base de uma forte coesão de grupo, daí que a *manutenção da paz social* seja uma das funções que dirige a vida da colectividade, chegando-se a colocar os interesses colectivos em prioridade em relação aos individuais. Basta lembrar que na designação da “Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”, os “Povos”, enquanto ente colectivo, grupo como tal, prevalecem aos “indivíduos”, enquanto pessoas singulares. Deste ponto de vista, entende-se determinado tipo de conduta que da perspectiva das sociedades ocidentalizadas se considera estritamente do foro privado, como p. ex. “a ociosidade”, como um desajuste social, uma perda de equilíbrio em relação ao grupo no seu todo ou, em última análise, uma ruptura com a paz social.

Segundo Bénitez Naranjo⁸⁴¹, o crime nessas sociedades tradicionais é um acontecimento que redundava num desequilíbrio das formas sociais e dos processos que cimentam a sociedade afectada, razão pela qual a responsabilidade recai sobre o grupo (o clã ou a linhagem) daquele que provocou o desequilíbrio, *numa autêntica responsabilidade penal colectiva*. E isto explica-se porque em determinadas sociedades – os berberes do Norte de África, por exemplo – aquele que causa o dano não é quem o repara. Podemos pôr as coisas desta forma: enquanto que nas sociedades ocidentalizadas predomina a “justiça penal”, nestas sociedades tradicionais o que predomina é a “justiça restaurativa”. Por conseguinte, o valor “paz social” e a necessidade de se manter íntegra a coesão do grupo explicam o tipo de sanção que se aplica. Por outro lado, a prevenção especial constitui a finalidade por excelência da imposição da pena aos infractores⁸⁴². Ou seja, por via de regra, as penas obedecem à ideia de reintegração do condenado na sua comunidade, pois pretende-se que o infractor reconheça e admita o erro perante as autoridades indígenas e que fique em paz consigo mesmo e com a comunidade. Pelo que, em princípio, rejeitam-se as penas que representem uma desnaturalização do indivíduo,

⁸⁴¹ BENÍTEZ NARANJO, H. N, *Tratamiento Juridicopenal del Indígena Colombiano . ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá, 1988, p. 157 *apud* BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho...* p. 133, nota 148.

⁸⁴² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “ Derecho Indígena, sistema penal y derechos humanos”, *in*, *Nuevo Foro Penal* N° 73- Julio –diciembre, Universidad EAFIT, Colombia, 2009, p. 33.

que o afastem do seu meio natural, o meio onde cada um desenvolve a sua singular existência⁸⁴³.

Também na comunidade do Kuito Kuanavale a finalidade da pena é a reintegração do condenado na comunidade. No caso particular do crime de “Kamutukuleno” ou “feitiçaria”, hoje em dia a sanção consiste em apresentar o “feitiço” (p. ex., um objecto), “descumprir” o feitiço, e pagar a multa à família da vítima; caso o condenado não aceite “descumprir” o feitiço, a pena redundará (não na pena de morte mas) na expulsão da comunidade, sanção que não admite apelação, isto é, uma vez expulso o condenado jamais pode regressar àquela comunidade⁸⁴⁴.

Em jeito de paralelismo, também nos sistemas sancionatórios tradicionais da América Latina *a pena de expulsão é a mais severa*. É imposta quando nenhuma outra se considere eficaz. E é vista como uma pena tão dura que a sua aplicação pressupõe a “morte social do sujeito”, a sua exclusão do povo: para um indígena que viveu toda a vida no mesmo lugar e durante gerações, *o desterro significa a ruptura total com toda a existência anterior e a negação do futuro, apagando-se a sua própria essência*. Com esta pena, não há possibilidade de reabilitação do sujeito e reintegração na comunidade⁸⁴⁵.

Regressando ao caso particular no “Kuito Kuanavale”, aqui também vigora a ideia de ressocialização do condenado em situações em que se aceita “descumprir o feitiço”. Por outro lado, caso a pena se traduza na expulsão da comunidade, trata-se de uma *sanção pessoal* que não se transmite à família do condenado. Esta pode permanecer e organizar a sua vida sem receio de represálias, tanto da parte da comunidade como dos familiares das vítimas. Mas, à semelhança do que se referiu a propósito da responsabilidade do grupo, em nome do equilíbrio da comunidade – tal qual como nos sistemas tradicionais Latino-americanos – *também a família é chamada a responder solidariamente com o condenado no montante da multa à família da vítima sempre que o condenado não tenha proventos suficientes para o fazer*. Ou seja, uma autêntica responsabilidade penal solidária.

Algumas opiniões dirão que a pena de expulsão da comunidade atenta contra a dignidade da pessoa humana. Com efeito, tomando em consideração a rigidez desse tipo de pena – uma vez que representa a restrição à liberdade de circulação e a ruptura total

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 18.

⁸⁴⁴ Cfr. o nosso “Os Problemas Penais do Sul e o Pluralismo Cultural”, *RPCC*, p. 526.

⁸⁴⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Derecho Indígena, sistema penal...”, p. 20.

com a existência anterior, representa a negação do seu futuro, representa a sua morte, não física, mas social – parece haver aqui uma compressão da dignidade, porventura violadora da Constituição.

Seguindo Jorge Reis Novais⁸⁴⁶, a adopção do princípio da dignidade da pessoa humana como critério para apurar eventuais inconstitucionalidades pressupõe, por um lado, a associação e a invocação da lesão de um direito fundamental particular, ou seja, a violação do conteúdo essencial de um direito dessa natureza – como os direitos de personalidade, a esfera da intimidade pessoal, a protecção de dados pessoais, as discriminações arbitrárias. Por outro lado, pressupõe também a violação de outros princípios do Estado de Direito, quais sejam, a igualdade, a proibição do excesso ou a protecção da confiança. Todavia, não basta que algum destes princípios seja preterido para que se conclua, sem mais, pela afectação da dignidade da pessoa humana. Poderá somente ocorrer quando “por acção do Estado, o “ homem em concreto, [fosse] degradado à *condição de objecto*, de mero meio, de medida substituível”⁸⁴⁷. Mesmo assim, a “fórmula do objecto” que traduz o critério interpretativo que pode indiciar quando é que a dignidade da pessoa humana está a ser ofendida, precisa de ser ajustada em face das circunstâncias de integração comunitária das pessoas, dado que as necessidades de convivência social e da acomodação dos diferentes valores e interesses são susceptíveis de reclamar que o indivíduo possa ser objecto de imposições provenientes do interesse geral⁸⁴⁸. Não duvidamos: é importante ter em conta que essas imposições não devem ser desiguais, arbitrárias, excessivas, desproporcionais ou desrazoáveis, por forma a não esvaziar o núcleo mínimo de possibilidades de uma vida digna⁸⁴⁹. Todavia, se o sentido essencial da dignidade se centra no facto de a pessoa não dever ser tratada como mero objecto, então, como consequência lógica, há-de caber também à pessoa humana a capacidade de dar sentido à sua dignidade, ou seja, a própria deve poder cuidar da sua autodeterminação, do livre desenvolvimento da personalidade e da livre eleição e adopção de planos e formas de vida⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, pp. 57 e 62-63.

⁸⁴⁷ AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República...* p. 167

⁸⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 57.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 58

⁸⁵⁰ *Idem*.

Não obstante o que fica dito, é importante que a análise desta questão relacionada com a pena tradicional de expulsão da comunidade deva ser feita a partir de um ponto de vista de uma ordem jurídica plural em que a interpretação poderá culminar no sentido de *não se julgar* “como contrária à dignidade da pessoa humana toda e qualquer manifestação que não partilhe os valores supostamente gerais alegadamente considerados à luz de uma leitura moderna em contraposição com os usos, práticas e costumes tradicionais”⁸⁵¹. Lembre-se a ideia de *normatividade “não oficial” ou informal*: é um produto directo da vivência social integrativa das normas “oficiais” e traduz o “espírito comum” de reconfiguração da normatividade formal que não deixa de ser democrática porque emana do povo e, nesse sentido, afasta qualquer entendimento de usurpação de funções soberanas do Estado.

A densificação da dignidade da pessoa humana, para efeitos da perspectiva plural, há-de ser encontrada no equilíbrio harmónico entre as comunidades tradicionais e a comunidade nacional no seu todo, reconhecendo-se o poder das autoridades tradicionais e suas estruturas para aplicar a referida pena de expulsão de um determinado “território ancestral”⁸⁵².

Significa que, embora com uma conotação grave, enquanto último escalão das penas aplicáveis àquele tipo de conduta, e por se tratar de uma pena que afecta particularmente o direito de circulação (previsto no artigo 46º da CRA⁸⁵³), essa pena pode ser interpretada como ofensiva à dignidade da pessoa humana. Porém, há-de poder e dever ser interpretada no quadro de uma ordem jurídica plural em que se fará o devido ajustamento para que a “fórmula do objecto” seja derogada, tendo em conta que a convivência social e a acomodação dos diferentes valores e interesses permitem que o indivíduo possa ser sujeito dessa *imposição proveniente do interesse geral da comunidade tradicional à qual pertencem os direitos colectivos de posse, gestão, uso e fruição de determinada terra ancestral de acordo com o respectivo direito consuetudinário*⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa...*, p. 670.

⁸⁵² Cfr. glossário “terra ancestral”.

⁸⁵³ Artigo 46º “ Qualquer cidadão que reside legalmente em Angola pode livremente fixar residência, movimentar-se e permanecer em qualquer parte do território nacional, excepto nos casos previstos na Constituição e quando a lei determine restrições, nomeadamente ao acesso e permanência, para protecção do ambiente ou de interesses nacionais vitais..”.

⁸⁵⁴ Cfr. glossário “comunidade tradicional”.

Reiteramos: é importante não esquecer que estas sociedades organizam-se na base do interesse colectivo, do grupo, da sua integridade e coesão, prevalecente sobre o interesse individual⁸⁵⁵.

Podemos assegurar que a escala de penas na comunidade do Kuito Kuanavale inclui a admoestação, a multa e a expulsão da comunidade. É interessante dar conta que o sistema *não tem estabelecimentos prisionais e por isso não há pena de prisão*. Isto significa, quanto a nós, um avanço civilizacional que não está ao alcance de qualquer tipo de comunidade. De notar contudo que a pena de morte – não aplicada desde o tempo da chegada dos colonizadores – foi, nas circunstâncias descritas do “Kamutukuleno”, aplicada. Do inquérito que fizemos comprovou-se que actualmente a pena de morte já não se pratica, mesmo no caso de homicídios considerados causados por “feitiçaria”. Mas não significa que haja uma solução evidente para estes casos. E não deixa de ser curioso que as entidades administrativas do Estado e polícia local recusam-se no mais das vezes a intervir alegando que se trata de questões da inteira competência da comunidade, ou seja, das autoridades tradicionais. Ora, nesse caso, a comunidade, procura encontrar formas consensuais de punição capazes de afastar a feitiçaria, sobretudo quando dela resulta a morte. Em último caso, chega-se a sugerir que a denúncia do facto ao Estado possa constituir prova bastante para a condenação e consequente execução da pena nos estabelecimentos prisionais estatais.

Também não se pode dizer que as ofensas corporais ou a tortura se classifiquem como penas, mas, no âmbito do direito adjectivo em que se inserem, são utilizadas como meio de obtenção de prova para os casos de acusação por feitiçaria⁸⁵⁶. Nesse caso, não podemos deixar de levantar objecções a uma tal prática contrária à Constituição – principalmente considerando a proibição de tortura e de tratamentos degradantes (artigo 60.º da CRA) – e atentatória contra a dignidade da pessoa humana.

7. Possíveis caminhos para a resolução de conflitos

⁸⁵⁵ É ainda como nota que trazemos para ilustrar a referência feita por BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *idem*, p. 30., o que na etnia colombiana “de los paez” se pratica para que a pena de expulsão da comunidade seja aplicada. São necessários, para o efeito, os seguintes requisitos: que essa pena seja a aplicável à conduta; que o acusado seja reincidente; que tenha sido devidamente advertido e que a Assembleia Geral da Comunidade o aprove.

⁸⁵⁶ Veja-se o nosso “Os Problemas Penais do Sul e o Pluralismo Cultural”, *RPCC*, p. 496, onde se transcreve o relato de uma das vítimas.

§único. Coexistência entre os sistemas oficial-estadual e tradicional-indígena

Admitindo a possibilidade de convivência dos sistemas jurídicos estadual e tradicional-indígena, dado que os diferentes sistemas têm títulos de legitimidade e lógicas de regulação diferentes, antevemos a suscetibilidade de advirem conflitos quando se pretenda regular a mesma situação. Assim, poderemos admitir possíveis conflitos (positivos) de normas, de procedimentos e de índole institucional, todos reclamando uma solução.

Uma das possíveis formas de concretização da convivência entre sistemas jurídicas pode ser vista ao nível normativo: teríamos uma *norma de reconhecimento* tida como uma “norma de conflitos” e ou como uma “cláusula de ordem pública”.

Segundo Hinz, o reconhecimento pode ser definido a partir de dois pressupostos⁸⁵⁷: um positivo, constituindo o pressuposto do reconhecimento e da eficácia, no caso, das prescrições da autoridade tradicional no momento em que determina a actuação normativa do costume e das instâncias consuetudinárias; e outro negativo, quando se impõe o limite à atendibilidade do direito consuetudinário. Nesta perspectiva, está em causa um mecanismo de reconhecimento que funciona como norma de resolução de conflitos e como cláusula de ordem pública, permitindo, com efeito, o acolhimento do direito consuetudinário e suas instituições, procedimentos e normas, com a sua identidade e campo de aplicação próprio.

Relembre-se que a propósito da fundação da União Europeia, neste mesmo sentido, sustentou-se que os ordenamentos jurídicos em convivência deveriam, por um lado, respeitar a identidade e a reivindicação normativa dos outros ordenamentos jurídicos e, por outro lado, que essa afirmação da identidade de cada um dos ordenamentos não deveria desafiar a *identidade normativa* dos outros nem a concepção pluralista do próprio

⁸⁵⁷ Cfr. HINZ, M. O., “ «Traditional», of Traditional Government: Traditional versus Democracy –based Legitimacy”, in D’Engel – Bronner- Kolff, F.M., Hinz, M.O. e Sindano, J.L. (Edts), *Traditional Authority and Democracy in Southern Africa (Proceedings from the workshop, Traditional Authorities in the Nineties – Democratic Aspects of Traditional Government in Southern Africa 15-16 November 1995, Windhoek)* Center for Applied Social Sciences University of Namibia, New Namibia Books, 1998 p. 1-13, *apud*, FEIJÓ, Carlos Maria , *A Coexistência Normativa...*, p. 139-140.

ordenamento jurídico europeu⁸⁵⁸. Reconhece-o também Catherine Richmond quando simplesmente nos diz que cada ordenamento deve manter o seu modo de actuar e de pensar sobre as normas e situações jurídicas, não tendo que ser forçados a abandonar o seu ponto de vista⁸⁵⁹.

Já Carlos Feijó clarifica: como mecanismo de resolução de conflitos, a norma de reconhecimento teria como objectivo trazer estabilidade para a situação de “indeterminação jurídica” resultante da coexistência entre sistemas – uma vez que a sua função seria a de “determinar as condições de convívio que não provoquem conflitos de alta intensidade”⁸⁶⁰ –, e não poderia prescindir de definir, de modo razoável e adequado, os limites do reconhecimento, para evitar que no futuro surjam situações que possam levar a conflitos intoleráveis⁸⁶¹.

Porém, quando a finalidade que se pretende da norma de reconhecimento seja a de tornar inaplicável o preceito consuetudinário que não mereça a tutela jurídica do Estado porque se mostra contrário à Constituição ou à dignidade da pessoa humana, o mecanismo pode adoptar “a veste de cláusula de ordem pública” no sentido do previsto no artigo 22.º do Código Civil⁸⁶², ou seja, actuar como uma autêntica cláusula de salvaguarda dos princípios e normas fundamentais da ordem jurídica. Tudo se passaria – segundo a proposta de Carlos Feijó – como se se estivesse a adoptar uma protecção contra a aplicação de uma norma estrangeira que fosse competente em matéria de regras de conflitos, para resolver o caso concreto. Quando o aplicador chama a cláusula de ordem pública⁸⁶³, o que se pretende é afastar a aplicação da norma estrangeira competente que,

⁸⁵⁸ MADURO, Miguel Poiares, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, 1ª Edição, 2006, p. 41.

⁸⁵⁹ CATHERINE RICHMOND, “Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law”, in, *Law and Philosophy*, Volume 16, No. 4 July 1997, pp. 377-420, p. 417.

⁸⁶⁰ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa...*, p. 140.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 141.

⁸⁶² Artigo 22º Código Civil Português de 1966 (ainda em vigor em Angola por força do artigo 239º da CRA (Ordem pública) “1. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflito, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da Ordem Pública Internacional do Estado angolano. 2. São aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno angolano”.

⁸⁶³ Que segundo PIRES, Florbela de Almeida, *Conflitos de Leis, Comentário aos artigos 14º a 65º do Código Civil*, Coimbra Editora, 2009, p. 42 -43, pode ser caracterizada a partir dos seguintes atributos principais: *nacional*, característica que resulta da sua fonte que, há-de ser, na maior parte dos casos, interna; *excepcional* que salienta o carácter de cláusula de salvaguarda; *vaga*, dado que o seu conteúdo depende das configurações do caso concreto e varia no tempo. A vaguidade tem haver com a relatividade e com o carácter concreto e com a atualidade; *relativa* porque é vaga, variável no tempo e no espaço e no seu conteúdo; *concreta* porque se forma em cada momento a partir da configuração do caso; *actual* na medida em que a

embora não se considere inválida, é apenas *não aplicada*. Uma aplicação que se refere a casos concretos, não funcionando, por isso, de forma apriorística.

Quando se invoca a “ordem pública” o que se pretende é determinar a incompatibilidade da norma em causa com o conjunto de normas e princípios ético-jurídicos mais nucleares que enformam o ordenamento jurídico estadual⁸⁶⁴.

Em caso de conflito no qual se invoca uma cláusula de ordem pública, a norma de direito costumeiro é afastada e o aplicador deve socorrer-se de outra regra mais apropriada dentro do sistema de normas aplicáveis. No fundo, se a norma de reconhecimento funciona como cláusula de ordem pública a eficácia jurídica do direito consuetudinário cessa. São os casos em que se ultrapassaram os limites próprios da Constituição ou da dignidade da pessoa humana, tornando inadmissível os efeitos pretendidos no caso concreto. Mas repare-se: o instituto consuetudinário não aplicável a determinado caso continuaria existente e válido⁸⁶⁵.

Quanto à resolução de conflitos de procedimento, nos limites e fronteiras que as autoridades estaduais e tradicionais devem respeitar, lembramos a via e a forma de operar da *acomodação mútua*, proposta por Ngunu Tiny. O que se procura é um processo de “arbitragem de valores”, em função do caso concreto, com respeito pela racionalidade própria de cada um dos sistemas num diálogo, e que não apela somente para os interesses de uma das ordens, a ordem do Estado – por dispor de um aparelho burocrático que, em última instância, pode fazer prevalecer os seus valores – e a ordem tradicional⁸⁶⁶. Dado que o processo não é apriorístico, o critério de resolução será encontrado em função do caso concreto. Por isso, Carlos Feijó, na linha de Ngunu Tiny, denomina o processo de “pluralismo adjectivo”: mais do que encontrar a solução, preocupa-nos a forma “como” encontrar essa solução, o que pressupõe conhecimento e colaboração recíprocos entre as ordens⁸⁶⁷. Afastamo-nos assim de um conceito “monista” ou de um conceito “pluralista sem acomodação” no qual, em caso de conflito, as instituições de cada uma das ordens coexistentes resolve, tendencialmente, de acordo com o interesse próprio da mesma. Pelo contrário, *no sistema de acomodação o caminho é o diálogo*. Neste sentido, a norma

sua determinação, apreciação e aplicação se efectuam aquando da resolução da questão, ou seja, sempre no presente.

⁸⁶⁴ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa...* p. 142.

⁸⁶⁵ FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa...* p. 144.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 145.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, p. 146.

contraditória que não seja aplicada não se torna necessariamente inválida, sobrevive e pode ser aplicada num outro caso em que as razões do diálogo não a afastem⁸⁶⁸.

No que diz respeito à resolução dos conflitos por via institucional, os mecanismos institucionais visam assegurar a acomodação por via da “interpretação multicultural”, tanto dos casos concreto como do próprio Direito, para que se garanta o respeito mútuo e o efectivo funcionamento das regras de procedimento. O exemplo que pode ser trazido à colação é o dos já referidos Convênios 107 de 1957 da OIT, relativo à “Protecção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais nos Países Independentes”, que visou exprimir as políticas de protecção e integração das sociedades nacionais do indigenismo. Mas sobretudo o Convênio 169 de 1989 da OIT que reformulou o Convênio 107 e que veio reconhecer a legitimidade à aspiração dos povos indígenas assumirem o controlo das suas próprias instituições, formas de vida e desenvolvimento económico, mantendo e fortalecendo a identidade, língua e religião. É deste modo que o artigo 8.º do Convênio 169 sugere a criação de mecanismos para a resolução recíproca de conflitos.

Na verdade, Raquel Fajardo⁸⁶⁹, na linha ideológica desse artigo 8.º, e também do artigo 6.º que prevê a consulta aos povos indígenas, propõe a criação de Tribunais mistos que integrem Juizes estaduais e autoridades indígenas-comunitárias equitativamente representadas para, com base em regras de equidade, quando se trate de matérias que envolvam os direitos humanos, resolverem os eventuais conflitos que surjam tendo em conta o direito estadual e o direito tradicional-indígena⁸⁷⁰. Um outro mecanismo institucional sugerido por Raquel Fajardo tem por base a *coordenação*. As várias Constituições dos Países da América Latina que reconhecem o pluralismo jurídico e cultural defendem a necessidade de uma lei que coordene as relações entre a jurisdição especial indígena e a jurisdição estadual. Trata-se de uma coordenação que se exercerá em sentido horizontal, o que significa que não se trata de um “exercício vertical” por parte das

⁸⁶⁸ *Ibidem*, p. 147.

⁸⁶⁹ FAJARDO, Raquel Yrigoyen, “ Pluralismo Jurídico, Derecho Indígena y Jurisdicción Especial en los Países Andinos”, in *El Derecho*, nº30, ISLA, Bogotá D. C, Colombia, 2004, p. 171-191., p. 189.

⁸⁷⁰ KYMLICKA, Will, *Ciudadania Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p.232-233, *apud* FAJARDO, Raquel Yrigoyen, “ Pluralismo Jurídico, Derecho Indígena...”, p. 189.

instituições estatais com uma qualquer forma de controlo ou de revisão das instituições ou entidades indígenas⁸⁷¹.

Com efeito, procura-se uma *colaboração harmónica*, em condições democráticas que incluam: o estabelecimento de regras que permitam resolver conflitos de competência e estabelecer mecanismos de cooperação e auxílio mútuo; uma lei capaz de estabelecer, dentro da lógica democrática e do diálogo intercultural, os procedimentos para os possíveis conflitos da jurisdição indígena com os direitos fundamentais; e a regulação com mecanismos de coordenação directa entre a jurisdição indígena e os entes públicos como a Polícia, Ministério Público e Governos Locais⁸⁷².

Aqui chegados, e depois de referida a experiência de outros países e sistemas jurídicos, podemos caminhar para a possibilidade de uma “convivência pacífica” entre o direito estadual e o direito tradicional-indígena tomando-se em consideração a criação das condições que permitam a convivência, entre as quais “a existência real e jurídica, a identificação real, a legitimidade, o conhecimento recíproco, o reconhecimento mútuo, o respeito mútuo a «união de facto», a vida salutar dos entes e o diálogo inclusivo”⁸⁷³. Condições que permitam encurtar as diferenças entre os entes e evitar as imposições pela força, gerando os mecanismos e formas jurídicas que permitam viabilizar uma “convivência”⁸⁷⁴.

Convivência que também é possível no domínio do direito penal, como ficou exemplificado com a experiência dos países da América Latina, onde se assiste, por vezes, à presença de uma única ordem jurídica, na qual, com maior ou menor ênfase, se reconhecem os direitos dos povos indígenas; e, outras vezes, à presença de um sistema jurídico misto, nacional e diferenciado para os indígenas, que (tal como na Colômbia) se unifica para efeitos de se determinar quem pune a conduta. O Tribunal pode verificar se no momento da prática da infracção o agente entendeu o carácter negativo da sua conduta e, depois, poderá ter em conta o grau de isolamento cultural do agente, para determinar se deve ser julgado e condenado pelo sistema estadual-oficial ou se deverá devolvê-lo para o

⁸⁷¹ *Idem.*

⁸⁷² *Ibidem*, p. 190.

⁸⁷³ FEIJÓ, Carlos Maria *A Coexistência Normativa...*, p. 150.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 150 – 151.

sistema indígena-tradicional que o julgará e condenará segundo as regras e os procedimentos indígenas-tradicionais⁸⁷⁵.

No modelo que provém da Venezuela a competência das autoridades tradicionais é afastada para o julgamento de determinados tipos de crime como são os crimes contra a segurança do Estado e a Integridade territorial da Nação, corrupção, crime contra o património público, crimes aduaneiros, tráfico de estupefacientes, tráfico ilícito de armas de fogo, crime organizado, crimes internacionais (como o genocídio, lesa humanidade, de guerra ou de agressão), podendo os demais tipos legais ser julgados por aquelas autoridades tradicionais. As respectivas decisões resultam em caso julgado a ser acatado tanto pelo Estado como pelas partes e terceiros, nos termos do Artigo 132.º da Lei Orgânica dos Povos e Comunidades Indígenas de Dezembro de 2005.

Parece-nos, pois, poder haver um caminho que nos conduzirá à ideia da possibilidade de coexistência entre os sistemas de direito penal oficial-estadual e o tradicional-indígena e, nos termos já expostos, uma compatibilidade entre as finalidades do princípio da legalidade penal o “direito penal tradicional”, no respeito pela Constituição e pela dignidade da pessoa humana.

8. Conclusões

O tema que estamos a tratar respeita ao sistema jurídico angolano e, aqui, o legislador constituinte angolano de 2010 ultrapassou a polémica doutrinal e consagrou definitivamente o costume fonte de direito angolano, colocando-o no mesmo nível que a lei. Solução que por um lado veio resolver um problema mas que acabou por criar um outro, porque com esse posicionamento reconheceu a natureza pluralista do sistema jurídico angolano e, assim, “derrogou” o corolário lei escrita e abriu a possibilidade de se interpretar o costume como fonte do direito penal no confronto com o princípio da legalidade da intervenção penal. Este posicionamento do costume no sistema jurídico-constitucional angolano obrigou-nos também a uma mudança de paradigma no sentido de um “Direito” que admita formas diferentes de expressão daquelas que emanam do direito estadual. Procurámos, por isso, uma perspectiva pluralista do direito.

⁸⁷⁵ Sentença T- 496/96 da Corte Constitucional da Colômbia

As sociedades africanas são estruturalmente heterogêneas porque o modo de vida assenta, desde há séculos, numa diversidade cultural. Por esta razão há dificuldades em serem aceites os valores que enformam o ordenamento jurídico estadual do tipo ocidental. Acresce que o Estado, pelas mais variadas razões, não exerce a sua influência em todas as vastas áreas do território nacional, nos mais variados domínios, incluindo na administração da justiça penal. É uma importante razão que explica a existência de diferentes sistemas jurídicos *materialmente em vigor* nos diferentes espaços comunitários do que se designa “território nacional”, como se de diferentes espaços territoriais estivéssemos a falar. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: *o pluralismo jurídico em Angola tem como primeira característica a enorme riqueza que reside no facto de, sociologicamente, vigorarem várias ordens jurídicas e sistemas de justiça.*

Ora, as “autoridades tradicionais” visam precisamente a prossecução não do interesse geral ou nacional do Estado mas apenas dos assuntos próprios daquelas populações que vivem em determinadas terras ancestrais. Consciente da situação, o legislador constituinte angolano reconheceu e determinou a autonomia do “poder tradicional” constituído de acordo com o direito consuetudinário, nos termos do artigo 223.º da CRA, resultando num princípio estruturante da organização política e jurídico-administrativa. Por um lado, trata-se de um reconhecimento declarativo e constitutivo que traduz uma relação jurídica *ex novo* oponível ao Estado. Por outro lado, não se aproxima do designado “reconhecimento total” dado que têm que ser respeitados os limites próprios da Constituição e da dignidade da pessoa humana. O que é certo é que, também por via do artigo 7.º da CRA, a validade do costume não depende da lei ordinária; por conseguinte, o legislador ordinário não pode restringir o direito consuetudinário.

De alguma forma, foram tidas em conta as particularidades da vida interna do país, num afastamento das tendências para se ocidentalizar a Constituição angolana. O direito consuetudinário pode-se caracterizar como sendo uma *normatividade informal* que não deixa de comportar uma componente democrática porque emana do povo e, nesse sentido, afasta qualquer entendimento de usurpação de funções soberanas do Estado.

É então necessário procurar uma “acomodação mútua” entre o direito oficial-estadual e o direito tradicional. Isto porque a “interlegalidade” leva a que as maneiras de viver possam ser reguladas tanto pelo direito estatal-oficial como pelo direito consuetudinário, e segundo complexas combinações entre as diferentes ordens jurídicas. O

que se aspira no fundo é *encontrar uma forma de consenso entre as “cosmovisões” ocidental, estatal-oficial e tradicional-indígena.*

No âmbito do direito penal várias dificuldades foram surgindo para uma “acomodação mútua” entre o costume e o princípio da legalidade da intervenção penal. Interpretamos o artigo 7.º da CRA como uma norma ou regra de reconhecimento através da qual serão identificadas as regras que constam da prática consuetudinária e que as pessoas obedecem e cumprem na convicção de que são obrigatórias. E há um conjunto de regras que identificámos de natureza penal dando conteúdo a um conceito de *direito penal translegal com natureza consuetudinária que tem origem nas decisões que respeitam as práticas reiteradas e ancestrais aceites pela maioria da própria comunidade tradicional.* Em causa está a normatividade jurídica extralegal do costume em matéria penal, num conjunto de regras que se pode denominar “direito penal tradicional”.

Em causa não está um direito penal que opera no âmbito do direito penal estadual, embora com o mesmo se possa harmonizar. Esta harmonização poderá passar pelo cumprimento das finalidades do princípio da legalidade da intervenção penal: salvaguardar os direitos liberdades e garantias das pessoas e a própria dignidade da pessoa humana. Significa que o reconhecimento do direito costumeiro de natureza penal deverá sempre contar com os limites explícitos da própria Constituição e da dignidade da pessoa humana, aliás como também consta nos artigos 7.º e 223.º da CRA.

O direito penal tradicional-indígena será sempre viável se se respeitarem os postulados que presidem à CRA: o respeito à vida, à integridade física, à proibição da pena de morte, à proibição da escravatura e de tratamentos degradantes, às garantias do processo criminal, entre outros direitos, liberdades e garantias previstos. E o respeito pela dignidade da pessoa humana deverá considerar a dignidade da pessoa do indígena ou a dignidade das pessoas que numa determinada comunidade respeitam valores e costumes dos seus antepassados, *numa dignidade distinta daquela pessoa que se rege por valores do tipo ocidental.*

Nestes termos, o costume poderá qualificar condutas como crime, condutas que são do conhecimento dos membros da comunidade precisamente por via de uma divulgação que se faz oralmente de geração para geração. Ou seja, há certas normas não escritas que vigoram na comunidade por se afigurarem tão límpidas e tão determinadas na consciência dos seus membros que transmitem um sentimento de obrigatoriedade jurídica. É certo que

o costume pode não cumprir a segurança jurídica que a lei escrita cumpre, mas tem capacidade para cumprir a segurança através da congruência da actuação das autoridades tradicionais e a segurança através da protecção efetiva de bens e interesses das pessoas e da própria comunidade tradicional. A legitimidade democrática também poderá estar justificada visto que os factos são julgados por toda a comunidade tradicional e as consequências são aceites pela maioria, de modo a se poder dizer, de alguma forma, que a justiça emanou do povo. E nos sistemas tradicionais-indígenas a reacção social perante os crimes responde a uma ordenação costumeira que está prevista para resolver com soluções similares casos similares, de forma análoga e racional, isto é, cumpre-se uma determinada previsibilidade e as regras consuetudinárias também são interpretadas no confronto com um problema concreto. No dizer da Corte Constitucional da Colômbia (Sentença T-523/97): “... este limite não exige que as práticas e os procedimentos devam ser levados a cabo da mesma maneira como o faziam os antepassados, porque o direito das comunidades indígenas, como qualquer sistema jurídico, pode ser dinâmico. O que se requer é o cumprimento daquelas actuações que o acusado possa prever e que se aproximem das práticas tradicionais que sirvam de suporte à coesão social ».

Quanto às penas a aplicar pelo direito penal tradicional-indígena, sobretudo aquelas com uma conotação mais grave, são do conhecimento da comunidade por serem aplicadas na presença e com a participação de todos os seus membros, ficando assim cristalizadas na consciência colectiva e, desta forma, também transmitidas de geração para geração. E também cumprem as finalidades de prevenção geral e especial: obedecem à ideia de reintegração do condenado na sua comunidade, pois pretende-se que o infractor reconheça e admita o erro perante toda a comunidade e que fique em paz consigo mesmo e com o próprio grupo, numa autêntica justiça restaurativa. É possível falar em penas de multa, em responsabilidade solidária caso o condenado não tenha proventos suficientes, em responsabilidade colectiva, e em pena de expulsão como sendo a consequência mais severa. É interessante dar conta que o “sistema tradicional” não tem estabelecimentos prisionais e por isso não há pena de prisão.

Nesta conjuntura, defendemos estar perante procedimentos, crimes e penas conformes com regras consuetudinárias estabelecidas em momento anterior, conhecidas e consensuais para todos os membros de determinada comunidade em território ancestral.

O pluralismo jurídico é um facto e, actualmente, manifesta-se como modelo de direito que leva a repensar as clássicas formas da sua identificação. Hoje fala-se numa crise da democracia representativa porque se entende que os mecanismos de recolha dos consensos sociais não obedecem apenas às formas previstas na Constituição. Eles podem ser encontrados por outras formas, até porque a centralidade da lei como única fonte de direito está posta em causa. O direito vinculante não é apenas o aprovado pelo poder político do Estado: é também de origem não estadual e proveniente da jurisprudência. Também é exemplo o “direito consuetudinário internacional” como fonte de nível internacional que, por virtude do mecanismo de recepção internacional, faz parte da ordem jurídica interna do Estado, prevalece sobre a lei e, em certos casos, pode servir de parâmetro de interpretação e integração da própria Constituição. É neste quadro que o costume entra, não só com uma simples vigência sociológica ou psicológica mais ou menos generalizada, mas enquanto específica normatividade do direito, com o seu específico sistema de fontes e com a sua “fundamentante e constitutiva validade intencional”.

A mudança de paradigma, mostra-se ainda necessária para justificar a viabilidade do próprio “sistema penal tradicional”, as suas normas, instituições e procedimentos. Falamos de um direito penal que denominamos “tradicional” – porque também assim denominado pelos membros da comunidade do Kuito Kuanavale que utilizam o a palavra “tradição” – conhecido e respeitado por todos os membros da respectiva comunidade independentemente da idade, criador de um acervo espiritual que se transmite de geração para geração.

Por isso, o princípio da legalidade penal não pode ser examinado a partir dos mesmos pressupostos de uma “sociedade ocidentalizada” mas a partir de uma “sociedade tribal” onde não há lei escrita nem parlamento. Estas “tribos” têm a sua própria forma de legitimidade, exercida por via de uma democracia directa, ou seja, para as grandes questões, a comunidade, no seu todo, é chamada a decidir: os factos mais graves são julgados por toda a comunidade numa Assembleia (“*Mundango Ya Mbunga*”) podendo dizer-se que a justiça emana do povo.

O que se pode exigir, como se exige de qualquer sistema normativo, é que o direito seja criado para resolver problemas no respeito pelas características que definem o particular ser humano. Assim, o ser indígena pode ordenar a sua própria existência e a do

grupo a que pertence, pode prever as suas necessidades futuras e planificar a vida a partir do direito consuetudinário. O respeito pela dignidade da pessoa humana é um valor absoluto que todo o ordenamento jurídico não pode dispensar.

O respeito pela dignidade da pessoa humana terá que considerar que as comunidades onde vigora o direito penal tradicional são arreigadas a uma interpretação mágica da realidade, uma explicação fortemente simbólica da vida em que o ritual e o respeito por forças sobrenaturais desempenha um importante papel. Os membros da comunidade depositam uma grande crença em instâncias transcendentais. E isso não significa que não existam ali bens jurídicos considerados fundamentais que sirvam de referentes teleológico-materiais da incriminação. Os bens jurídicos existem e são tutelados para sobrevivência da comunidade. Daí a punição de práticas de “feitiçaria” que violam os referidos bens jurídicos identificados pelo grupo. É importante apreciar esta questão a partir de um ponto de vista de uma ordem jurídica plural em que não se julgue “como contrária à dignidade da pessoa humana toda e qualquer manifestação que não partilhe os valores supostamente gerais alegadamente considerados à luz de uma leitura moderna em contraposição com os usos, práticas e costumes tradicionais”. A densificação do princípio da dignidade da pessoa humana para efeitos da perspectiva plural há-de ser encontrada no equilíbrio harmónico entre as comunidades tradicionais e a comunidade nacional no seu todo, reconhecendo-se o poder das autoridades tradicionais e suas estruturas para aplicar consequências jurídicas a determinados comportamentos.

A admissibilidade e o reconhecimento de um direito tradicional e de um direito penal tradicional suscita uma tensão entre diversidade cultural e étnica e a consagração dos direitos fundamentais enquanto direitos humanos, uma vez que os povos das comunidades tradicionais têm uma visão muito própria do mundo e da sua forma de existência enquanto indivíduos e membros de grupos sociais. É certo que alguns dos costumes, quando apreciados isoladamente, podem levar à conclusão de que são incompatíveis com a vigência, nessas comunidades, de direitos fundamentais previstos na Constituição e vigentes através de tratados internacionais. Por isso é necessário buscarem-se soluções que conduzam a uma convivência razoável, a um mínimo de consenso, para a vigência de direitos e liberdades fundamentais em todo o território angolano, o que quer dizer, encontrar um consenso entre o que é de natureza ocidental, de natureza estadual e de natureza tradicional.

Esse consenso seria encontrado num elenco mínimo de direitos a serem reconhecidos a todo o ser humano independentemente do sistema normativo e cultural de que se tratasse. O sistema de convivência teria que conceber o homem como ente moral e partir do pressuposto de que qualquer consenso intercultural pressupõe o respeito pelo princípio da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade. A partir daqui derivam um conjunto de direitos que são reconhecidos com carácter universal, quais sejam, o direito à vida, à integridade física, a liberdade de expressão, de associação e à segurança. Estes, por sua vez, seriam associados com a aceitação que os deveres da cultura tradicional impõem aos seus membros, os deveres de genuínos de cooperação, solidariedade e trabalho comunitário. Uma vez mais o recurso à Corte Constitucional da Colômbia permite precisar o que pretendemos transmitir (sentença T -523/97): “ ... nestes termos os limites mínimos que em matéria de direitos devem as autoridades indígenas respeitar no exercício das suas funções jurisdicionais, porque corresponde ao consenso intercultural sobre o que « verdadeiramente é intolerante por atentar contra os bens mais preciosos do homem» quer dizer o direito à vida, a proibição da escravatura, a proibição da tortura e por exigência constitucional a legalidade no procedimento nos delitos e nas penas (entendendo-se por isso que todo o julgamento deverá ser feito conforme «as normas e os procedimentos» da comunidade indígena, atendendo-se a especificidade da organização social e política de que se trate, assim como os caracteres do seu ordenamento jurídico). Estas medidas justificam-se porque são «necessárias para proteger interesses de superior hierarquia e são as menores restrições imagináveis à luz do texto Constitucional»”.

Significa que respeitados estes mínimos pelas autoridades tradicionais, as normas em vigor próprias da tradição e dos costumes dos povos das comunidades tradicionais devem ser tomadas em consideração e o direito penal tradicional torna-se viável porque respeita os limites constitucionais previstos.

Assim, defendemos a convivência da norma do artigo 7.º da CRA com as dos nºs 2 e 3 do artigo 65.º também da CRA, e interpretamos o costume como fonte imediata de direito penal, podendo fundamentar crimes e penas na óptica das especificidades e características do ordenamento jurídico tradicional, dentro do mínimo de respeito pelos direitos fundamentais.

Nestes termos, o princípio da legalidade da intervenção penal, não podendo ficar filiado apenas nos quadros estritos do momento histórico do seu surgimento, adapta-se a um contexto em que o pluralismo é expressão de uma sociedade de interesses heterogêneos, cuja essência se encontra no dissenso e na valorização da diversidade e do contraditório. Toda a convivência é geradora de conflitos. Daí ser importante encontrar os caminhos e os mecanismos possíveis para a sua resolução. Desenvolver-se-ão conflitos ao nível das normas, dos procedimentos e ainda de natureza institucional.

Uma das possíveis formas de concretização da convivência entre os sistemas de direito estadual e tradicional, que eventualmente também se estenderá ao direito penal, será, ao nível normativo, colocar a norma de reconhecimento a funcionar também como norma de conflitos e cláusula de ordem pública. No fundo, o que se pretende é sinalizar que, quando a norma de reconhecimento funcionar também como cláusula de ordem pública, a eficácia jurídica do institucionalismo tradicional pode cessar, porque quer a Constituição quer a dignidade da pessoa humana tornam inadmissível a tutela e os efeitos pretendidos pelas autoridades tradicionais ou pelo costume no caso concreto. Esse mecanismo, porém, não afecta a existência da instituição ou instituto tradicional que continua válido e eficaz para operar em outro caso.

Quanto aos procedimentos, num processo de “ pluralismo adjectivo”, deve-se procurar o “como” encontrar uma solução: o caminho é o do diálogo e não o de resolver de acordo com o interesse unilateral de uma das ordens jurídicas.

Relembramos por exemplo a Guiné Bissau que remete para o direito tradicional a solução material de muitos casos, o que permite aproximar as soluções apresentadas nos diplomas escritos de regras que os destinatários consideram mais adequadas ao seu modo de vida relacionamento com as pessoas com quem partilham a mesma identidade cultural. Ou seja, uma solução poderá passar por remeter competência ao direito tradicional-indígena para determinar a incriminação de determinadas condutas, sempre que enquadradas no modo de vida e na identidade cultural da comunidade tradicional.

A criação de um sistema jurídico como o da Colômbia, em que no domínio penal se unificam as ordens jurídicas para efeitos de apreciação da competência dos tribunais em razão da matéria (identificar se a conduta é apenas punida pela ordem jurídica estadual, ou se pela tradicional ou por ambas) e para determinar a qualidade do agente (verificar se o agente entendeu o carácter ilícito da sua conduta e, num segundo momento, ter em conta o

grau de isolamento cultural do agente para decidir se deve ser julgado e condenado pelo sistema estadual ou se, deve ser devolvido para a comunidade tradicional para ser julgado e condenado segundo as regras e procedimentos comunitários), poderá ser uma solução muito satisfatória para o ordenamento jurídico angolano.

Outra via seria o estabelecimento de competências em razão do tipo de crime, como sucede por exemplo na Venezuela em que a competência das autoridades tradicionais é afastada quando está em causa determinada conduta lesiva de bens jurídicos protegidos pela ordem estatal.

Começamos por reafirmar a necessidade e oportunidade do estudo que realizamos porque o fenómeno que aqui tomou o nome de “Kamutukuleno” ocorre um pouco por todo o país embora apresente denominações diferentes. Os costumes fazem parte da maneira de estar e regular a vida de muitos dos cidadãos angolanos que vivem fora dos grandes centros urbanos, locais onde muitas vezes a administração do Estado, com todo o seu aparelho, incluindo o da justiça, não chega, resolvendo-se os problemas pela via do direito tradicional-costumeiro. Este modo de estar e regular a vida, em muitas situações, como a que descrevemos no “*Kamutukuleno*”, acaba por chocar com direitos fundamentais previstos na Constituição. Coloca-se assim a necessidade de se encontrar o caminho para a convivência dos dois sistemas, sabendo-se que a imposição de um sobre o outro redundará em ineficácia daquele que se pretender impor. Por isso saudamos o primeiro passo do legislador constituinte angolano de 2010 quando veio conceder ao costume o estatuto de fonte primária de direito angolano.

PROPOSIÇÕES FINAIS

Chegou o momento de sintetizar o nosso estudo retomando as questões principais agregadoras, ordenando melhor os aspectos determinantes:

1.

1.1. Na Idade Antiga, particularmente no âmbito do sistema penal romano, existiam, de facto, comportamentos que eram considerados criminosos mas não necessitavam de constar de nenhuma fórmula legal escrita, bastava uma associação à moralidade ou à “natureza humana”. O mesmo se pode dizer acerca das consequências jurídicas do crime que não estavam previstas em nenhuma lei penal escrita. Assim, o exercício da jurisdição penal não estava sujeito a nenhuma lei e tinha liberdade quase absoluta para determinar os factos puníveis ou graduar as penas.

1.2. Na Idade Média, o costume era a principal fonte de direito. Assistiu-se também à contenda entre “direito penal privado” e “direito penal público”: o direito de vingança opõe-se ao superior direito do Estado que tem a pretensão de agrupar as diferentes comunidades. Reconhecia-se aos tribunais uma grande latitude tanto para qualificar os crimes como para escolher e aplicar as penas.

1.3. Pela natureza do Estado absolutista, o exercício do poder repressivo não podia admitir grandes limitações, muito menos a favor dos súbditos, sobretudo se isso representasse a negação da autoridade. Desse modo, o exercício do direito de punir consolidou-se definitivamente como atributo do poder público.

1.4. O princípio da legalidade da intervenção penal surge com o “Iluminismo”, assumindo-se como princípio fundamental para prevenir o risco de arbitrariedade da intervenção estatal. Procurou-se uma lei penal susceptível de ser aplicada por órgão diverso daquele que a produzisse, por um lado, e uma lei penal exaustiva na enumeração e descrição do facto criminal e nas respectivas consequências jurídicas, por outro lado. E passa a ter relevância constitucional sobretudo por influência da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 26 de Agosto de 1789.

2.

2.1. Portugal só consolidou os fundamentos do constitucionalismo liberal a partir do séc. XIX e ao longo da história constitucional o princípio da legalidade da intervenção penal esteve presente de forma mais ou menos expressa.

2.2. Um dos problemas discutidos partiu da eventual aplicação desse princípio em território angolano, na altura província ultramarina, considerando que os “nativos” ou “indígenas” não se confundiam com os “cidadãos ultramarinos”.

2.3. Os primeiros textos constitucionais foram assumindo uma posição marcadamente *assimilacionista* na medida em que as províncias ou “domínios” ultramarinos ficavam sujeitos à mesma lei e ao mesmo modo de legislar da metrópole. Mas, na verdade, os primeiros textos constitucionais não se aplicavam às populações nativas de Angola porque a aplicação da Constituição aos mesmos, significaria, desde logo, reconhecer-lhes o estatuto de igual.

2.4. O direito penal nas colónias tinha importantes funções de controlo social: uma acção de orientação para com os indígenas, com vista a atingir todos os fins do Estado colonizador; uma influência estreitamente ligada à moral; e um catálogo de crimes que tipificasse os comportamentos. Aplicava-se o Código Penal Português de 1852, com as alterações introduzidas pelo Código Penal Português de 1886, adaptado à idiossincrasia da sociedade portuguesa.

2.5. Mais tarde, a organização do direito penal aplicável aos indígenas em território angolano passou a estar regulada no “Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique” de 1926, mas, na prática, temos dúvidas que o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” fosse aplicado aos indígenas. Sabe-se que os tribunais para os indígenas eram constituídos por juízes portugueses e por autoridades administrativas coloniais com poder de voto deliberativo na decisão, ficando para os indígenas um mero papel consultivo com uma função informativa.

2.6. Mas não significa que os indígenas não administrassem, em casos pontuais, a sua própria justiça penal através dos costumes; muito embora dentro de estreitos limites e no âmbito de uma ampla discricionariedade de decisão por parte das autoridades portuguesas que não admitiam que os costumes fossem incompatíveis com a moral, com os ditames de humanidade ou com o livre exercício da soberania portuguesa.

3.

3.1. A independência de Angola e a ainda breve história constitucional angolana não significaram o fim dos costumes da população nativa angolana.

3.2. Numa perspectiva histórica, o problema de fundo terá começado no critério para a formação dos novos Estados: as fronteiras coloniais “contratualizadas” e não os povos que ocupavam determinados segmentos do território.

3.3. No âmbito do sistema jurídico estatal angolano, conclui-se a vigência do princípio da legalidade da intervenção penal, expresso no brocardo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, do ano de 1975 até aos nossos dias, quer enquanto “República Popular”, quer enquanto “Estado de Direito Democrático”.

3.4. Os sistemas costumeiros dos grupos que constituem a maioria da população nos espaços mais ou menos remotos do território ancestral angolano, com tradições que perduraram ou “sobreviveram” ao período colonial, não podem ser ignorados no contexto do Continente Africano.

3.5. O desafio passa por encontrar caminhos que facilitem a convivência entre os sistemas costumeiros consolidados e o sistema jurídico subordinado ao Estado que tem como garantia constitucional o princípio da legalidade penal.

4.

4.1. O ordenamento jurídico-constitucional angolano, por virtude da consagração do costume como fonte imediata do direito, nos termos do artigo 7.º da CRA, assume uma posição realista que não ignora o que efectivamente vigora na realidade da vida angolana. Este “reconhecimento” que a CRA fez do costume veio introduzir uma profunda alteração na tipologia das fontes do direito angolano: com esta opção o costume passou a ter a mesma dignidade jurídica da lei e a ser um meio idóneo de criação do direito.

4.2. Uma “teoria pluralista das fontes do direito” é apoiada nos princípios da escola do realismo jurídico que não se baseia apenas no direito de fonte estadual (“*law in the books*”) mas também no direito que se pratica (“*law in action*”), ou seja, num quadro de pluralismo jurídico que admite a existência de um direito fora do direito do Estado, isto é, um direito de fonte não estatal. É evidente que o costume está mais ligado à comunidade do que à vontade do poder estadual, razão pela qual se fala numa fonte real em contraposição à fonte formal.

4.3. É por todos sabido que em Angola existem costumes que podem fundamentar a incriminação ou afastar a norma legal do Estado que pune determinado comportamento: o que significa a vigência (mas não necessariamente a validade) do costume de natureza penal de fonte não estatal. Em território ancestral angolano não se pode negar que existe um direito penal fora do direito penal do Estado.

4.4. O costume de natureza penal em Angola pode caracterizar-se como sendo “direito não-positivo genuíno” que tem conceitos e significado próprios e que estabelece as suas próprias normas, ou seja, um direito penal que não deriva da lei e que tem uma força vinculativa própria.

4.5. Enquanto o costume vigorar sem uma intervenção estatal, podemos, no limite, falar numa aprovação tácita do próprio Estado-legislador: isto porque poderá estar em causa direito consuetudinário genuíno *preater legem*, isto é, respeitador da Constituição e da dignidade da pessoa humana.

5.

5.1. Os valores cosmopolitas do direito estatal não terão encontrado suporte nos consensos valorativos das comunidades locais, precisamente devido à natureza etnocêntrica de muitos dos ditos valores: subsistiu, então, um direito de natureza tradicional-indígena vigente para determinadas comunidades circunscritas em território ancestral angolano.

5.2. O direito costumeiro é observado sobretudo nos meios rurais, prevalecendo sobre o direito de fonte oficial, resultando numa ordem jurídica autónoma que procura atender a necessidades particulares da vida local, com vista a uma justiça tradicional, comunitária, voluntária e colaborativa, com resultados abrangentes e culturalmente aceitáveis junto da respectiva comunidade. Trata-se de um direito absolutamente autónomo, com as suas normas e procedimentos, e que, na verdade, não está ali para preencher lacunas deixadas pela lei, quer dizer, o costume naquelas comunidades é a própria “lei”. Para além do mais, os destinatários consideram o costume e as tradições mais adequadas ao seu modo de vida e ao seu relacionamento com as pessoas com quem partilham a mesma identidade cultural.

5.3. A Constituição terá que tirar partido do conhecimento do sistema social e a partir daí estimular a sua autotransformação: ao encontro de um *multiculturalismo constitucional* em detrimento de um constitucionalismo monocultural.

5.4. Reivindica-se um espaço dentro do Estado em que se reconhecesse a cultura, a tradição, a identidade e, também, o direito de resolver os conflitos, conforme as suas normas e procedimentos, perante as suas próprias autoridades. Por outras palavras: o reconhecimento de um sistema normativo de resolução de conflitos autónomo e independente do sistema oficial-estadual (ainda que numa lógica de diálogo e cooperação). É contraditório reconhecer um direito à identidade cultural e continuar a ignorar o direito que reflecte essa mesma identidade.

6.

6.1. Interpretamos o artigo 7.º da CRA como uma norma ou regra de reconhecimento através da qual serão identificadas as regras que constam da prática consuetudinária e que as pessoas obedecem e cumprem na convicção de que são obrigatórias. Enquanto fonte imediata de direito, a vigência e a validade do costume não depende da lei ordinária e, por conseguinte, o legislador ordinário não pode restringir por via da lei o direito consuetudinário.

6.2. O legislador constituinte angolano reconheceu e determinou a autonomia do “poder tradicional” constituído de acordo com o direito consuetudinário nos termos do artigo 223.º da CRA. Por um lado, trata-se de um reconhecimento declarativo e constitutivo que traduz uma relação jurídica *ex novo* oponível ao Estado. Por outro lado, não se aproxima do designado “reconhecimento total” dado que têm que ser respeitados os limites próprios da Constituição e da dignidade da pessoa humana.

6.3. O direito consuetudinário pode-se caracterizar como sendo uma normatividade informal que não deixa de comportar uma componente democrática porque emana do povo e, nesse sentido, afasta qualquer entendimento de usurpação de funções soberanas do Estado. Até porque o Estado, pelas mais variadas razões, não exerce a sua influência em todas as vastas áreas do território angolano, nos mais variados domínios, inclusivamente no domínio da administração da justiça penal.

6.4. Há um conjunto de regras consuetudinárias que identificámos de natureza penal dando conteúdo a um conceito de direito penal translegal com natureza

consuetudinária que tem origem nas decisões que respeitam as práticas reiteradas e tradicionais aceites pela maioria da própria comunidade tradicional em território ancestral. Em causa está a normatividade jurídica extralegal do costume em matéria penal, num conjunto de regras que denominamos “direito penal tradicional”.

6.5. O princípio da legalidade da intervenção penal não deve ser pensado a partir dos pressupostos de numa sociedade ocidentalizada, mas a partir dos pressupostos de uma sociedade tribal ou indígena cujas regras ou princípios não são escritos nem tão-pouco dependentes de um órgão parlamentar com os contornos democrático-ocidentais.

6.6. O “direito penal tradicional” poderá respeitar as finalidades do princípio da legalidade da intervenção penal caso salvguarde os direitos liberdades e garantias das pessoas e a própria dignidade da pessoa humana. Significa que o reconhecimento do direito costumeiro de natureza penal deverá sempre contar com os limites explícitos da própria Constituição e da dignidade da pessoa humana, como aliás consta nos artigos 7.º e 223.º da CRA.

6.7. As condutas não permitidas pelo direito penal tradicional-indígena são do conhecimento de todos os membros da comunidade precisamente por via de uma divulgação que se faz oralmente de geração para geração.

6.8. As penas a aplicar pelo direito penal tradicional-indígena, sobretudo aquelas com uma conotação mais grave, são do conhecimento da comunidade por serem aplicadas na presença e com a participação de todos os seus membros, ficando assim cristalizadas na consciência colectiva e, desta forma, também transmitidas de geração para geração. As finalidades de prevenção geral e especial são cumpridas e é possível falar em penas de multa, em responsabilidade solidária, em responsabilidade colectiva, e em pena de expulsão como sendo a consequência mais severa. O “sistema tradicional” não tem estabelecimentos prisionais e por isso não há pena de prisão.

6.9. A reacção aos crimes está prevista para os resolver com soluções similares casos similares, de forma análoga e racional, isto é, cumpre-se uma determinada previsibilidade e as regras consuetudinárias também são interpretadas no confronto com um problema concreto. Os factos são julgados por toda a comunidade tradicional e as consequências são aceites pela maioria, de modo a se poder dizer, de alguma forma, que a justiça emanou do povo.

6.10. Há uma certa segurança jurídica através da congruência da actuação das

autoridades tradicionais e através da segurança através da protecção efetiva de bens e interesses das pessoas e da própria comunidade tradicional.

6.11. Nesta conjuntura, estamos perante procedimentos, crimes e penas conformes com regras consuetudinárias estabelecidas em momento anterior, conhecidas e consensuais para todos os membros de determinada comunidade, numa específica organização social e política em território ancestral angolano.

7.

7.1. De qualquer forma, é necessário procurar uma “acomodação mútua” entre as “cosmovisões” ocidental, estatal-oficial e tradicional-indígena: são necessárias soluções de diálogo e de cooperação que evitem resolver os conflitos de acordo com interesses unilaterais. Uma decisão divergente deveria implicar uma justificação à luz de um “dever de divergência informada”.

7.2. Uma solução poderá passar por remeter competência ao direito tradicional-indígena para determinar a responsabilidade penal dos crimes e das penas, em território ancestral, sempre que enquadradas no modo de vida e na identidade cultural da própria comunidade tradicional. Outra solução poderá passar por estabelecer um conjunto de tipos de crimes que não podem ser enquadrados e julgados no âmbito do direito penal tradicional-indígena.

7.3. O poder judicial estadual também poderá fazer parte da solução: num primeiro momento verificar se o agente entendeu o carácter (ilícito) negativo da sua conduta e, num segundo momento, ter em conta o grau de isolamento cultural do agente para decidir se deve ser julgado e condenado pelo sistema estadual ou se, pelo contrário, deve ser devolvido para a comunidade tradicional e julgado segundo as regras e procedimentos tradicionais.

GLOSSÁRIO

autoridade tradicional: entidades que personificam e exercem o poder no seio da respectiva comunidade tradicional;

comunidade tradicional: agregado humano que, nos meios rurais partilham laços comuns de ancestralidade, pertença e direitos colectivos de posse, gestão, uso e fruição de uma determinada terra ancestral de acordo com o respectivo direito consuetudinário

costume: as práticas reiteradas e geralmente aceites por uma comunidade tradicional como geradora de normas jurídicas;

direito consuetudinário: o conjunto de costumes, usos e tradições que regem as relações sociais, económicas e políticas da comunidade tradicional;

Kamutukuleno: palavra originária da República da Zâmbia que traduz um fenómeno de magia a partir do qual se consegue ver pessoas já falecidas a trabalhar na lavra. No Município do Kuito Kwanavale, em Angola, o mesmo fenómeno chama-se “*Vuhole*” e há também zonas onde é designado “Mayombola”.

Muhuca: Magia.

Mundango ya Mbunga: Assembleia da Comunidade

órgão do poder tradicional: os órgãos representativos das comunidades tradicionais que exercem o poder político e autoridade de acordo com o direito consuetudinário

Sobas: Autoridades tradicionais

Tabanca: Aldeia

tradição: conjunto de práticas ancestrais que servem de conduta comunitária , cuja violação implica sanção moral dos membros de uma comunidade tradicional;

terra ancestral: espaço geográfico ancestral e histórico-cultural das comunidades tradicionais correspondentes aos antigos reinos anteriores ao Estado Angolano em que habita uma comunidade tradicional e que lhe foi transmitido por via geracional;

terrenos rurais comunitários: parcela de uma terra ancestral com o significado e os usos que lhe são atribuídos pela Lei nº 9/04 de 9 de Novembro.

usos: conjunto de práticas reiteradas que servem de conduta comunitária, cuja violação implica sanção moral dos membros de uma comunidade tradicional

Wanga: Feitiço.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AAVV, *Pluralismo e Legitimação - a Edificação Jurídica Pós-Colonial de Angola*, Almedina, 2003
- ADÉRITO Correia e BORNITO de Sousa, *Angola-História Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1996,
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Julia Rivers (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2002
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, 3ª Ed., (reimpressão) Almedina, Coimbra, 2000
- ALMEIDA, Pedro Ramos de, *História do Colonialismo Português em África*, cronologia século XX, Imprensa Universitária, nº5, Editorial Estampa, 1979
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito*, V. I, com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, Coimbra: Almedina, 2004
- AMARAL, M. Lúcia, *A Forma da República - uma introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 2005
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto , “Garantia Judicial dos Direitos Humanos”, in Revista do Ministério Público, Ano 20 , nº78, 1999
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Nona Edizione Riveduta e Aggiornata Fino al Giugno 1982, a cura di Luigi Conti, Milano, Dott A. Giuffré Editore, 1982,
- ANTONIO PERTILE, *Storia del Diritto Italiano – dalla Caduta Dell’Imperio Romano alla Codificazione*, Seconda Edizione, Riveduta e Migliorata, Vol. V. Storia Del Diritto Penale, Torino, 1892
- ARAÚJO, Raúl Carlos Vasques, *O Presidente da República no Sistema Político de Angola*, Casa das Ideias, Divisão Editorial, 2009
- ASCENSAÇÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Refundida, Almedina, Março 2005
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Angola*, Parte Geral , Parte Especial, Editor Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2014
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Direito Constitucional de Macau*, IDILP, Lisboa, 2012

- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, volume I, Almedina, 2005
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 3ª Edição, 2009
- BACIGALUPO, Henrique, “ Sobre la Justicia y La Seguridad en el Derecho Penal”, in *DERECHO Penal & Criminologia*, Marcila Pons, Madrid, 2012
- BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 13ª reimpressão, 2002
- BARBOSA, Mafalda Miranda e RODRIGUES, João Pedro, “Da (in) Competência do Tribunal Constitucional para apreciar eventuais violações do Princípio da Legalidade Criminal: Breve Reposicionamento Crítico em Sede Metodológica”. In *ARS IUDICANDI*, Estudos em Homenagem ao prof. Doutor António Castanheira Neves, V. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra Editora, 2008
- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 1º Volume, 2ª Edição revista e actualizada, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1985
- BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANNI, Luciano Pettoello, *Diritto Penale, Parte Generale*, Dodicesima Edizione Riveduta e Integrata, Padova, Cedam – Casa Editrice Dott- Antonio Milani, 1986
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General Del Derecho*, Editorial Debate, 1991
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “ Derecho Indígena, sistema penal y derechos humanos”, in, *Nuevo Foro Penal* N° 73- Julio –diciembre, Universidad EAFIT, Colombia, 2009
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre Los Ordenamientos Sancionadores originarios de Latinoamérica”, in *Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Anuario de Derecho Penal*, 2006
- BRITO, José de Sousa e, “A lei penal na Constituição”, *Estudos Sobre a Constituição*, V.II, Coordenação de Jorge Miranda, Livraria Petrony, 1978
- BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2002

- BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus, *O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006
- BURITY DA SILVA, CARLOS, “A Necessidade de Revisão do Código Civil Angolano- princípios estruturantes e eixos fundamentais da Reforma”, in *Revista de Direito de Língua Portuguesa*, Ano I, nº2, Junho – Dezembro, Edição do IDILP- Instituto de Língua Portuguesa e da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013
- CABRAL DE MONCADA, L., *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra Editora, 1995
- CAEIRO, Pedro, *Fundamento Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010
- CALEY, Cornélio “Identidade Nacional : Uma Perspectiva Histórica”, in *Democracia e Identidades Nacionais, Cadernos de Estudos Sociais*, nº 00, 2004
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Almedina , 2000,
- CANOTILHO, J.J. Gomes, “ Teoria da legislação e teoria da legislação penal. Contributo para uma teoria da legislação.”, in *Boletim da Faculdade de Direito. Estudos em Homenagem Eduardo Correia*, I., 1988
- CANOTILHO, Gomes José Joaquim/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007,
- CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Versión española de Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1982
- CARRARA, Francisco, « Programme du Cours de Droit Criminel », Fait a L’Université de Pise, Parte Générale, Traduction faite a Pise sous les yeux de L’Auteur par PAUL, Baret, Paris: Libraire-Éditeur, 1876
- CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta – Volume 1.º Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra Editora, 1995

- CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta – Volume 2.º Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra Editora, 1995
- CASTANHEIRA NEVES, António, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983
- CATHERINE RICHMOND, “ Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law”, *in, Law and Philosophy*, Volume 16, No. 4, 1997
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel “ Da Eficácia do Costume em Direito Penal”, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano II, 1934
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4ª Ed., Editorial Verbo, 1992
- CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de José de Faria Costa, Lisboa, 1998
- CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Traducción de la 2ª Ed. Alemana y notas por Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1999
- COBO del ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª Edición corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valência, 1999
- COLMENARES OLÍVAR, Ricardo “Sistema de Justicia Penal Formal y el Derecho Consuetudinario Wayuu”, Sección de Antropología Jurídica, Instituto de Filosofía del Derecho «Dr. J.M. Delgado Ocando» Frónesis: Vol.13, Nº 1, 2006
- CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios – Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010
- CORTÊS, António, “ O Controlo da Constitucionalidade do Princípio da Tipicidade Penal - Uma Análise Jurisprudencial”, *in 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol II, Coimbra Editora, 2012

- CORTÊS, António, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”, in *Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Separata Volume Especial 2013
- CORTEZ, António Francisco Adão, *As Origens do Fenómeno Kamutukuleni e o Direito Costumeyro Ancestral Angolense Aplicável*, Coleção, Estudos e Documentos, Instituto Piaget, Lisboa, 2005
- COSTA ANDRADE, “Constituição e Direito Penal”, in *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico, Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, em colaboração com a Procuradoria Geral da República, 1997
- COSTA ANDRADE, “O Princípio constitucional «*nullum crimen sine lege*» e a analogia no campo das causas de justificação”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3924 e 3925, Ano 134º, Coimbra 1 de Julho e 1 de Agosto de 2001
- COSTA, Emilio, *Crimini e Pene da Romolo a Giustiniano*, Bolongna, 1921
- COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Introdução, Coimbra Editora, 2007
- CURI, Melissa Volpato, “O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico”, Espaço Ameríndio, Porto Alegre, Volume 6, nº2, Julho/Dezembro 2012
- DIAS, Augusto Silva, “Faz Sentido punir o ritual do *fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, in *RPCC*, ano 16, nº2. Abril –Junho 2006, p. 206
- DIAS, Augusto Silva, “*Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural: O Chamado Infanticídio Ritual na Guiné –Bissau*”, Conferência proferida no Instituto Max Planck de Freiburg em 17 de Abril de 1996
- DIAS, Augusto Silva, “Faz Sentido punir o ritual do *fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, in *RPCC*, ano 16, nº2. Abril –Junho 2006, p. 206
- DOMINGOS, Antónia Manuel Miguelito, *Crianças Vítimas de Práticas de Feitiçaria*, Dissertação de Mestrado, defendida na Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2009

- ENTERRIA, Eduardo Garcia de, *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*, Cuarta Edición, Civitas, Thomson Reuters 2006
- EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, V. I., Reimpressão, com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, Almedina, Janeiro 2007
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen, “Pluralismo Jurídico, Derecho Indígena y Jurisdicción Especial en los Países Andinos”, in *El Derecho*, nº30, ISLA, Bogotá D. C, Colombia, 2004
- FARIA, Maria Paula B. Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Teses, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005
- FARIA, Maria Paula Leite Ribeiro de, “O Costume e o Direito Penal no Século XXI”, in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Almedina, 2014
- FAVRE, Christian, PELLET, Marc, STAUDMANN, Patrick, *Code Pénal Annoté*, Deuxième édition, Editions Bis, & Ter Lausanne, 2004
- FEIJÓ, Carlos Maria, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica plural Angolana*, Almedina, 2012
- FEIJÓ, Carlos Maria, *Direito Público Angolano, Contributos para a sua compreensão*, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, Cascais, 2001
- FEIJÓ, Carlos Maria e PACA, Cremildo, *Direito Administrativo*, 3ª Edição, Aumentada, Mayamba Direito, Luanda, 2013
- FEIJÓ, Juliana Holder da Câmara Silva e SILVA, Maria dos Remédios Fontes, “Dignidade Indígena, Multiculturalismo e a Nova Hermenêutica Constitucional”, *Revista da Defensoria Pública da União*, nº 44, Brasília, Março-Abril, 2012
- FEUERBACH, Anselm V., *Tratado de Derecho penal*, Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugénio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, 2007
- FILHO, Carlos Frederico Marés de Sousa, “O Direito Envergonhado (O direito e os Índios no Brasil)”, in *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Volume 15, doctrina, Janeiro-Juno, 1992
- FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, V Primo, Introduzione e Parte Prima, Seconda Edizione, Milano, 1947

- FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 8ª Ed., corregida y actualizada, al cuidado de Luigi Conti, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1988
- FRIAS CABALLERO, Jorge, CODINO, Diego, CODINO, Rodrigo, *Teoría del Delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993
- GARRAUD R., *Traité Theorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Tome Premier, Troisième Édition, Recueil Sirvey, Paris, 1913
- GRAÇA, Pedro Borges, *A Construção da Nação em África* (Ambivalência Cultural de Moçambique), Almedina, 2005
- Grande Dicionário Enciclopédico Verbo, V.II, Lisboa/ São Paulo: Editorial Verbo, 1997
- Grande Dicionário Enciclopédico Verbo, V.III, Lisboa/ São Paulo: Editorial Verbo, 1997
- GUEDES, Armando Marques/LOPES, Maria José, *State and Traditional Law in Angola and Mozambique*, Edições Almedina, SA, Janeiro , 2007
- GUENHA, João André Ubisse, “O Pluralismo Jurídico na Constituição Moçambicana”, Relatório do Seminário de Teoria do Direito do Curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da `Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, 2009
- GUNTHER Teubner, “Fregmented Foundations – Societal Constitutionalism beyond the Nation State”, em Petra Dobner und Martin Lounhlin (orgs.) *The Twilgt of Constitucional Law: Denise or Transmutation?*, 2009
- HART, Herbert L.A., *O Conceito de Direito*, 6ª Edição, Com um Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, Tradução de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011
- HESPANHA, António Manuel, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, S. Paulo: Annablume, 2013
- HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição* (*Die normative kraft der Verfassung*), Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio António Fabris, Editor, Porto Alegre, 1991

- HURTADO POZO, J., “Derecho Penal y Diferencias culturales: el caso peruano”, in *Borja, E. (coordinador) Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant Monografías, Valência, 2006
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Fundamentos y Teoría de la imputación, Traducción: Joaquim Cuello Contreras, Jose Luis Serrano , Gonzalez de Murillo (Universidad de Extremadura), 2ª edición , corregida, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1997
- JERÓNIMO, Patrícia, “Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um Equilíbrio” in *Estudos em Homenagem ao Sr. Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011,
- JESCHECK, Hans- Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*” 4ª Edición, completamente corregida y ampliada, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993
- JIMÉNEZ de ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Filosofía y Ley penal, Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1959
- JIMÉNEZ de ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, concepto del Derecho Penal y de la Criminología , Historia Y Legislación Penal Comparada”, Buenos Aires: Editorial Losadas S.A., 1953
- JOHN LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1941
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2007
- JÚNIOR, Custódio Vique Jossia “ Pluralismo Jurídico: O Palimpsesto Político e Jurídico em Moçambique e Direito de Pasárgada no Brasil”, in *Cadernos do Programa de Pós –Graduação em Direito*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Volume VIII, nº2 ano 2013
- LEVY, Jacob T., “The models of incorporating indigenous Law”, in *Citizenship in diverse Societies*, Part VI, The Rights of Indigenous Peoples, Oxford University Press, 2005
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando León, “El fuero y la Jurisdicción Penal Especial Indígena en Colombia”, en *Derecho Penal e Pluralidad Cultural*, Anuário de Derecho Penal, Año 2006,

- LUIS C. CABRAL, *Ubicación Histórica Del Principio ‘Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege’*, Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1958
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte General I*”, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996,
- MACHADO, Jónatas E. M, COSTA Paulo Nogueira, HILÁRIO, Esteves Carlos , *Direito Constitucional Angolano, 2ª Ed. , Coimbra Editora, 2013*
- MADURO, Miguel Poiães, *A Constituição Plural , Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, 1ª Edição, 2006
- MAGGIORE, Giuseppe, *Principi di Diritto Penale*, Volume I: Parte General, 2ª Edizione Riveduta e Ampliata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937-
- MARCAGGI V., *Les Origines de la Déclaration des Droits de L’Homme de 1789*, Deuxième Édition, Paris, Fontemoing et C. ie, É diteurs, 1912
- MARCELO CAETANO, *História do Direito Português SEC. XII – Séc. XVI*, seguida de Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no Séc. XVI, 4ª Edição, Verbo, 2000
- MARQUES, Mário Reis, *Introdução ao Direito*, V. I, 2ª Edição, Reimpressão, Almedina, Setembro 201
- MARTUCCI, Alberto, *L’analogia nel Diritto Penale*, in *La Giustizia Penale* , Vol . XLIII (III della 5ª Serie) Roma , 1937
- MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal, Parte General, Teoría general del derecho penal y estructura del echo punible*, Traducción de la 7ª edición alemana, por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, actualizada por HEINZ ZIPF, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994
- MENDES, Nuno Canas, *A multidimensionalidade da construção identitária em Timor-Leste*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005
- MENDONÇA, Luís Correia, “ Reformar contra os dias antigos (Sete anos de reforma legislativa em Cabo Verde)”, *Revista do Ministério Público*, nº16, 4º Trimestre de 1983
- MENESES, Maria Paula G. “O ‘indígena’ Africano e o Colono ‘Europeu’: A Construção da Diferença por Processos Legais”, *Centro de Estudos Sociais, E-cadernos CES 7*, 2010.

- MEZA-LOPEHANDRÍA GLAESSER, MATÍAS , “ Territorio y Autonomia de los Pueblos Originarios en Chile, Una Mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento”, Santiago do Chile, 2009
- MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de la 2ª Edición Alemana (1933) e notas de Derecho Español por Jose Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª Edición, Barcelona, 1998
- MIRANDA, Jorge, *As constituições Portuguesas de 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 5ª Edição, Livraria Petrony, 2004
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Contituição e Inconstitucionalidade, 3ª Ed., Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1996
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, 5ª Edição, Coimbra Editora
- MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, “ *Breves consideraciones sobre la posibilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (caso del indígena y costumbres de origen afroamericano, in Derecho Penal Y Pluralidad Cultural, ANUÁRIO de DERECHO PENAL*, 2006,
- MOMMSEN, Teodor, *El Derecho Penal Romano*, Traducción del Aleman por P. Dorado, Primera Parte, Madrid, La España Moderna, Fomento 7, 1907
- MONTE, Mário Ferreira, “ Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa”, *Multiculturalismo e Direito Penal*, Almedina, 2014
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2012
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I,Édition établie par Laurant Versini, Gallimard, 1995
- MOURA VICENTE , Dario, *Direito Comparado*”, volume I, 3ª Edição, Almedina, Janeiro 2014
- MOURA VICENTE, Dário, “O Lugar dos Sistemas Jurídicos Lusófonos entre as Famílias Jurídicas”, in, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martin de Albuquerque*, Coimbra, 2010
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004
- NUNES, Osório António Carlos, “ Justiça Punitiva e Restaurativa em Timor Leste”, in *Justitia*, São Paulo, 65 (199), Julho/Dezembro, 2008,
- OLIVEIRA, Fernando José, *Glossário de Latim para Juristas*, 10ª Edição, Luanda: Editorial Nzila, 2008
- OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português, Identidade Constitucional*, V. I, Coimbra: Almedina, 2010
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Reimpressão, Almedina, 2003
- PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, 5ª Edizione, Giuffré Editore, 1999
- PAUL AMRY, R., “ Defesa Cultural y Pueblos Indígenas: propuesta para actualización del debate”, en Derecho Penal y Pluralidad Cultural, *Anuário de Derecho Penal*, Año 2006
- PIRES, Florbela de Almeida, *Conflitos de Leis, Comentário aos artigos 14º a 65º do Código Civil*, Coimbra Editora, 2009
- PUY MUÑOZ, Francisco (Coordinador), LÓPEZ MORENO, Ángeles (Coordinadora), *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid: Editorial Colex, 1999
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal- Parte General*, Acorde com el Nuevo Código Penal de 1995, com la colaboración de PRATS MORALES, Fermín e PRATS CANUT, Miguel, Barcelona: Cedecs Editorial, 1997
- REBELO SE SOUSA, Marcelo./ GALVÃO, Sofia, *Introdução ao estudo do Direito*, Lex, 2000
- Relatório Final do Projecto de Recolha e Codificação do Direito Consuetudinário Vigente na República da Guiné-Bissau, Bissau, 2011
- RITTLER, Theodor, in Innsbruck (Austria), “Gesetztes und nicht- gesetztes Strafrecht”, in *ZStW* 49, 1929
- ROBERT v. HIPPEL, *Manuale di Diritto Penali* (Lehrbuch des Strafrechts), Tradução Italiana do Juiz Roberto Vozzi, Prefácio do Professor Arturo Rocco, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1936

- RODRIGUEZ DEVASSA, Jose Maria, SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español*, Parte General, 18ª edición, revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995, p. 172
- SANGO, André de Oliveira João, “A Relação entre o Direito Costumeiro e o Direito Estatal, e entre as Autoridades Tradicionais e o Estado”, in *The Shade of New Leaves, Governance in Traditional Authority, a Southern African Perspective*, a Publication of the Center for Applied Social Sciences (CASS), Faculty of Law, University of Namibia, LIT VERLAG BERLIN, 2006
- SANTANA, Selma Pereira de, “ Grantismo Penal à Brasileira”, in *Direito Penal , Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais* , Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld, Coimbra Editora, 1ª Edição, Julho de 2013, p. 657-684
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “ From Customary Law to Popular Justice”, *Journal of African Law*, Vol. 28, No. ½ The Construction and Transformation of African Customary Law., 1984
- SANTOS, Boaventura de Sousa/ TRINDADE, João Carlos (Orgs), *Conflito e Transformação Social – Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, 1º V., Porto: Edições Afrontamento, 2003,
- SANTOS, Boaventura de Sousa/ VAN-DÚNEM, José Octávio (Orgs), *Sociedade e Estado em Construção: Desafios do Direito e da Democracia em Angola*, Série Direito e Sociedade, Almedina, CES, 2012
- SANTOS JUSTO, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª Edição, Coimbra Editora, Julho 2012
- SARRABAYROUSE, Eugenio C. “ La crisis de la legalidad, La Teoria de la Legislación y el Principio *In dubio Pro Reo*: Una propuesta de Integración, in *Derecho Penal & Criminologia*, Marcial Pons, Madrid, 2012
- SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, segunda Reimpresión, Tomo I, Buenos Aires, 1953
- SEBASTIÃO, Luzia Bebiania de Almeida, “Os Problemas Penais do Sul e o Pluralismo Cultural”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º4, outubro-dezembro, 2013
- SEIBERT, Gerhard, “Crioulização em Cabo Verde e São Tomé e Príncipe: divergências históricas e identitárias”, *Afro-Ásia*, 2014

- SERMET LAURENT, « Oser la double nature du droit : science normative, science humaine », in *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2004
- SILVA, Celso de Albuquerque, *Interpretação Constitucional Operativa*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001,
- SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império – a Cidadania no Ultramar Português*, Almedina, 2009
- SILVA CUNHA, J. M. Da, *O Sistema Português de Política Indígena – Subsídios para o seu Estudo*, Coimbra Editora, Limitada, 1953
- SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, Verbo, 1997
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, *História do Direito Português, Fontes de Direito*, 4ª Ed., Revista e Actualizada, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006,
- SIMIÃO, Daniel Schroeter, *Sensibilidade Jurídica e Diversidade Cultural; dilemas timorenses em perspectiva comparada*, in SILVA, KELLY; SOUZA LUCIO (orgs.) ITA , *maun alin: o livro do irmão mais novo*, Lisboa, Edições Colibri, 2011
- SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, “La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana”, XII Jornadas Lascasianas Internacionales, HJ-UNAM, México, 2002
- STRATENWERTH, Güter, *Derecho Penal, Parte General, I, El Hecho Punible*, Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, EDERSA , Editoriales de Derecho Reunidas, 1976
- TAIPA DE CARVALHO, Américo, “Direito à Diferença Étnico-cultural, Liberdade de Consciência e Direito Penal”, in *Direito e Justiça*, Vol. XVI, Tomo I, 2002
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008,
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª edição revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- VABRES, Donnedieu de, *Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparé*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1944
- VARELA, Odair Bartolomeu, “A Extinção dos «Tribunais Populares» em Cabo Verde Perante o Processo de Globalização Hegemónica do Direito: A Reinvenção

Contra-Hegemónica é Mito ou Realidade?”, VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2004

- VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei, A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Teses, Porto, 1ª Reimpressão, 1996
- VIEIRA CURA, “O costume como fonte de direito em Portugal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1999
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 3ª Edição, Coimbra, 2004
- VILLEGAS DIÁZ, Myrna “Entre la exculpación y la justificación, apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, *Revista de Direito (Valdivia)* V. XXV – nº 2 , Dezembro , 2012
- VON LISZT, Franz, “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo I, Traducido de La 18ª Edición Alemana por Quintiliano Saldaña, 4ª Ed., Madrid: Editorial Reus S.A., 1999
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Eranjeros, Traducido de la 20ª Edición Alemana, por Luis Jimenez de Asua y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, Cuarta Edición, Madrid: Editorial Reus S. A., 1999
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Aleman*, Parte General/ 11ª Edición, 4ª Edición Castellana, Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Juridica de Chile, 1997
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Novena Reimpresión, Ediar, Sociedade Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1999
- ZAFFARONI, E. R., “Consideraciones previas para la elaboración de um Código Penal para Bolivia”, en Parte General del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia. Según las Resoluciones adoptadas en Sante Cruz de la Sierra (2008) y Buenos Aires 2008-2009
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl e NILO BAPTISTA, ALAGIA, Alejandro, SKOLAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro*, Primeiro Volume, Teoria Geral do Direito Penal, Editora Revan, 4ª Edição, 2003

- ZAFFARONI, Eugénio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*”, 4ª Edição revista, Editora Revista dos Tribunais, 2002