

OS DESAFIOS DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL COSTUMEIRO À LUZ DA ORDEM JURÍDICA ESTADUAL. ¹

Laurindo João²

“[...] Nem todo direito é escrito e que ao lado do direito estadual escrito, existe um Direito estadual não escrito, costumeiro ou consuetudinário”.

= Marcelo Rebelo de Sousa =

RESUMO

O costume é um comportamento ou prática que se repete no tempo, um hábito duradouro, praticado espontaneamente, com a convicção de obrigatoriedade. Nas comunidades tradicionais, o direito costumeiro tem primazia sobre o direito Estadual, já que este é visto com estranheza no seio das populações, por ser alheio ao seu quotidiano, assim, como forma de reduzir tensões, a coabitação do Direito Costumeiro com o Estadual é o que se aconselha. Com a democratização da sociedade angolana, e uma vez admitida a validade das fontes de direito, há realidades em que mesmo nas zonas urbanas, já se opta pelo costume.

Pela integração do costume na ordem constitucional, deve este ser considerado como uma fonte privilegiada do Direito, não por ser a mais frequente, mas porque exprime directamente a ordem da sociedade, sem necessitar da mediação de nenhum oráculo.

A relevância do presente estudo, assenta na ideia de perceber o tratamento jurídico que o Direito Penal Angolano dá as Autoridades Tradicionais nos dias atuais, pois são elas o aplicador das normas costumeiras. Pretende-se aqui estudar a possibilidade de uma codificação das normas penais costumeiras, partindo do pressuposto de que a falta da institucionalização de normas costumeiras cria uma entorse no sistema jurídico, pois, que o poder Tradicional, através das autoridades tradicionais, governa os cidadãos e os

¹ Artigo para o Blogue Jurídico da **JuLaw – Justice & Law** (www.julaw.co.ao)

² Estudante de Direito Penal do Instituto Superior Politécnico Católico do Huambo; Email: laurindojoao2692@hotmail.com, Telemóvel: 934502390 – 997921994.

territórios na base do direito costumeiro, em caso de conflitos exige – se uma instituição vocacionada para dirimir conflitos, mormente de natureza oculta.

Palavras-chaves: Costume. Constitucional. Penal. Autoridade tradicional.

ABSTRACT

The habit is a behavior or practice that he/she repeats in the time, a durable habit, practiced spontaneously, with the compulsory nature conviction. In the traditional communities, the usual right has primacy on the State right, since this is seen with strangeness in the breast of the populations, for being strange to his/her everyday one, like this, as form of reducing tensions, the cohabitation of the Usual Right with the State is what seeks advice. With the democratization of the Angolan society, and once admitted the validity of the right sources, there are realities in that even in the urban areas, already she opt for the habit.

For the integration of the habit in the constitutional order, it owes this being considered as a privileged source of the Right, not for being the most frequent, but because it expresses the order of the society directly, without needing of the mediation of any oracle.

2

The relevance of the present study, seats in the idea of noticing the juridical treatment that the Angolan Penal Right gives the Traditional Authorities in the current days, because they are them the applicator of the usual norms. It is intended here to study the possibility of a code of the usual penal norms, leaving of the presupposition that the lack of the creation of usual norms creates a sprain in the juridical system, because, that the Traditional power, through the traditional authorities, governs the citizens and the territories in the base of the usual right, in case of conflicts it demands - if an institution with competence to settle conflicts, especially of nature it hides.

KeyWords: Habit. Constitutional. Penal. Traditional authority.

OBJETIVO: O artigo em apreço, tem como âmag, a reflexão política, científica, e jurídica, do direito penal consuetudinário. A sua relevância, parte de pretensão de uma legislação para a salvaguarda eficaz e eficiente dos direitos e garantias das sociedades rurais, onde o direito positivo é sempre ignorado.

1. Introdução

O Conceito de Direito positivo em Angola, ganhou outro corpo, por força do reconhecimento constitucional do costume nos termos do artigo 7º da CRA que estabelece o seguinte:

*“É reconhecida validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”.*³

A constitucionalização do costume nos termos do artigo 7º da CRA, tem sido objecto de discussão pois aquele é visto em prismas diferentes da realidade ocidental. Para a realidade angolana, nos termos do seu reconhecimento constitucional, o costume passa a integrar o direito positivo.

Hoje ao falarmos de Direito positivo em Angola, devemos ter em conta duas dimensões do Direito: A primeira dimensão, é aquela em que o direito se apresenta de forma escrita, que se traduz no direito estadual ou na própria lei. A segunda dimensão, é aquela em que o direito, não se apresenta de forma escrita, mas sim por intermédio de costumes ou tradições, que nos remete ao direito consuetudinário.

A consagração constitucional do costume veio engrandecer a ordem jurídica angolana ao seu mais alto patamar, pois segundo Korand Hesse, “[...] a constituição é a ordem fundamental jurídica da colectividade. Ela determina os princípios directivos, segundo os quais deve formar – se a unidade política e tarefas estatais a serem exercidas.”⁴ A consagração constitucional do costume e do poder tradicional, revela um prenúncio para a concretização de um estado democrático de Direito tal como o preceituado no artigo 2º da Constituição da República de Angola.

A realidade angolana veio dar a conhecer formas de direito e padrões da vida jurídica totalmente diferentes nas sociedades ditas civilizadas: direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação às restantes actividades sociais, mecanismos de

³ Artº 7º - CRA

⁴ Korand HESSE, **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Tradução, Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 37.

resolução dos litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação activa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes por meio de um discurso jurídico retórico, na mesma sociedade, de uma pluralidade de direitos convivendo e interagindo de diferentes formas. Angola é um país com pluralismo jurídico muito acentuado a partir da constitucionalização do costume. Neste país coexistem diferentes normas consuetudinárias, entre si e com o direito estadual. O direito estadual nem sempre é o mais importante no seio das comunidades, principalmente no concernente à resolução de litígios.

Entretanto, Vladimir Brito ensina que “ [...] o direito não é uma criação dos Estados, mas [...] é um produto de vida social”.⁵ Claramente, na idade Média, no ocidente o costume voltou a ser a fonte mais importante do direito e depois coexistiu com a lei e deixou de ser, mas não desapareceu. Neste sentido, na realidade angolana, fazer desaparecer o costume, seria negar a sua própria identidade, pelo facto de o costume constituir o substrato do homem bantu. De facto, ao abrigo do artigo 7º da CRA, o Estado reconhece o direito costumeiro, desde que não contrarie a Constituição e a dignidade da pessoa humana; logo A. Santos Justo ensina: “ A importância do costume como fonte de direito varia ao longo da história. Nas sociedades primitivas, constitui a única fonte. Depois, quando a lei surgiu, coexistiram durante muito tempo e finalmente, o legislador não resistiu a tentação de o limitar e recusar”.⁶ É caso da realidade angolana após a criação do Estado em que o poder político instituído na altura fez tudo para acabar com o Costume e nem se podia falar de Poder Tradicional por se considerarem retrogradadas aquelas figuras, nem o momento era o mais propício para uma partilha do poder ou, quando muito, a sua concorrência com o poder político Estadual.

4

1.1. O Direito Costumeiro

O Direito Costumeiro é entendido como aquele conjunto de normas e preceitos que emergem da vontade dos antepassados, e tem como função dirimir os conflitos da vida em comunidade. É o direito que deflui do costume e reina durante milhares de anos. Destarte, Freitas do Amaral define o costume como “*a prática habitualmente seguida, desde os tempos imemoriais, por todo o povo, por parte dele, ou por determinadas instituições, ao adotar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos*”

⁵ Vladimir BRITO, **Direito Internacional Público**, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 115

⁶ A. Santos JUSTO, **Introdução ao Estudo de Direito**, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 12

*ou permitidos pelo Direito*⁷. Assim, o costume em Angola e na maior parte dos países africanos está presente no *modus vivendi das* populações e deve ser visto e adotado dentro da ordem jurídica vigente em cada país. Está, pois, assim, diferenciado do Direito Positivo já que este último se fundamenta na existência de uma autoridade política constituída, o Estado, enquanto o Direito Costumeiro é vigente e opera independentemente desta autoridade.

Neste sentido, o estudo do Direito costumeiro deve situar-se na perspectiva de compreensão do Direito, respeitando o dinamismo social e os fenómenos histórico-culturais. Além de se reputar a um conjunto de normas imutáveis e inalteradas desde tempos imemoriais, atualmente compreende-se que este Direito costumeiro contempla também diversos aspetos que vão desde elementos culturais do período pré-colonial até referências contemporâneas que foram incorporadas dinamicamente nas comunidades rurais.⁸ Um aspeto digno de realce no direito costumeiro é a sua característica de oralidade. Tratasse de um direito não escrito e, por isso, é substancialmente diferente do direito positivo até mesmo na forma de resolução de litígios. O costume é, assim, enquadrado como um dos tipos de acção social, diferindo desta forma dos usos e da própria convenção. Segundo Max Weber, o costume, na sua aceção primária, significará uma regra não externamente garantida, a que o agente de facto se atém livremente, quer apenas de modo inconsiderado, quer por comodidade, ou quaisquer outros motivos, e cuja observância possível pode, em virtude de tais motivos, esperar de outros indivíduos que pertencem ao mesmo círculo⁹. Acresce que a estabilidade do simples costume baseia-se essencialmente no facto de que quem por ele não orienta a sua acção age de modo desajustado, e deve, por essa razão, aceitar de antemão pequenas e grandes incomodidades e inconvenientes enquanto a acção da maioria pertencente ao seu meio ambiente contar com a subsistência do costume e a ele se ajustar.¹⁰ Naturalmente, este costume tem uma evolução fluida, quer para convenção, quer para o direito. Ora, a evolução para convenção, no entender de Weber, já comporta uma validade externamente garantida pela probabilidade de que, no interior de um determinado círculo de homens,

⁷ AMARAL, Diogo Freitas do, **Manual de Introdução ao Direito**, Vol., Coimbra: Almedina, 2004, p.373.

⁸ CURI, Melissa Volpato. **O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico**. Espaço Ameríndio. Porto Alegre, v. 6, n.2, p.230-247, jul./dez.2012. Disponível em [http://seer.ufrgs.br/article >download](http://seer.ufrgs.br/article/download). Acesso em 4.10.17

⁹ WEBER, Max, **Conceitos Sociológicos Fundamentais**, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2015, pp.52-53.

¹⁰ *Ibidem*, p.54.

um desvio na conduta virá esbarrar numa reprovação geral e praticamente sensível. A convenção, por conter já um carácter coercivo, é, assim, uma classe mais elevada do que o simples costume.

O carácter coercivo desta classe de costume encontra o seu fundamento sobretudo nas próprias relações sociais na medida em que quem depende do apoio no seu círculo de amigos faz por isso bem em submeter-se às suas normas, e o mesmo se dirá do indivíduo que transgredir, deverá contar com as consequências da sua conduta. Portanto, a fonte do poder coercivo de todas as normas sociais e do Direito decorre dentro da ação da Ética, além da observância externa de preceitos, dos costumes, da religião, da honra, do decoro, do bom - tom, da moda.

1.2. Requisitos do Costume

Para que haja costume como fonte de direito, é fundamental a presença de dois elementos característicos: o *corpus* e o *animus*. Além destes dois elementos, alguns autores apresentam um terceiro que é a duração.

6

O *corpus*, consuetudo (elemento objectivo), caracteriza-se pela prática reiterada, a prática habitualmente seguida; já o *animus* (elemento subjectivo) é a convicção, por parte de quem adota um costume, de que esta prática reiterada lhe seja imposta, ou permitida pelo direito¹¹. Trata-se da *opinio juris vel necessitatis* da tradição romana, traduzindo-se assim num elemento essencial do facto consuetudinário, pois os actos constitutivos têm de ser praticados com a convicção de que devem sê-lo.

Quanto ao terceiro elemento, a *duração*, em que se exige um período de tempo mínimo necessário para a conversão de determinada prática em costume como fonte de direito, à semelhança da Lei da Boa Razão de 1769, promulgada, em Portugal, pelo Marquês de Pombal, a qual exigia 100 anos para que o costume fosse considerado como fonte de direito; ora, se regressarmos à noção trazida por Freitas do Amaral, constata-se que, na opinião deste autor, para que o costume se eleve como fonte de direito, o mesmo tem de durar desde tempos imemoriais. Ou seja, desta forma, os homens vivos em determinado momento já não conseguem recordar-se quando teve início a prática

¹¹ Idem, p.373.

habitual¹². Daí que a duração enquanto período de tempo mínimo necessário para que o costume se torne fonte de direito não nos pareça um elemento essencial.

É fundamental fazer notar aqui, no que respeita ao caso angolano, um aspeto típico do costume. Trata-se do seu aspeto espiritual e mágico - religioso que está ligado ao temor da sanção divina e do poder dos seus ancestrais, entidades em cuja existência a população rural crê bastante, e daí o acatamento pleno do seu poder influenciador. Este é o elemento essencial que conduz à obrigatoriedade das normas costumeiras nas comunidades político-tradicionais do país.

São apresentadas na doutrina, algumas espécies de costume. Assim temos costumes internacionais, constitucionais, administrativos, civis, penais, entre outros. Já no que tange ao âmbito territorial, podem existir costumes internacionais, nacionais, regionais, locais e institucionais. No quadro da sua relação com a lei, são designados os costumes *secundum legem*, quando estão conforme a lei; os costumes *praeter legem*, que dispõem sobre matérias não reguladas por lei, servindo, neste caso, como método de integração de lacunas; e os costumes *contra legem* que se caracterizam por práticas consuetudinárias opostas ao estipulado na lei¹³. Importa observar, sem desprimor por esta categorização lógico-descritiva e doutrinária do costume em relação à lei, que a mesma, parece-nos, tende mais para uma perspetiva positivista do Direito (sobretudo, legalista). É que não podemos perder de vista o carácter de oralidade da fonte consuetudinária, que, ainda assim, não deixa de possuir os seus traços de juridicidade, bem como a posição equiparada do costume em relação à lei, que viria a ser consagrada pela Constituição. Logo, teríamos, como Carlos Feijó entendeu classificar, os costumes *secundum juris* e os costumes *contra juris*, ou seja, pela natureza das coisas não se poderia considerar um costume *praeter juris*.¹⁴

7

1.3. Fundamentos da obrigatoriedade do Costume

A questão da obrigatoriedade do costume está relacionada como a sua legitimidade, isto é, como gera a sua aceitação no seio da comunidade, tornando-se mesmo de cumprimento obrigatório pelos membros desta. Inocêncio Galvão Telles refere três tipos

¹² AMARAL, Diogo Freitas do, op. cit., p.373.

¹³ Ibidem, p.376.

¹⁴ FEIJÓ, Carlos, **A Coexistência Normativa entre o Estado e Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana**, Coimbra: Almedina, 2012, p.75.

de construção dos fundamentos dessa obrigatoriedade do costume ao nível doutrinário. A primeira construção é a que vê a obrigatoriedade do costume pelo facto de o mesmo ter proveniência no aspecto volitivo do legislador; aqui o costume só tem validade jurídica porque é obra do legislador, o Direito seria criado por duas vias, a direta pela lei e a indireta pelo costume; a segunda construção encara a obrigatoriedade do costume pelo facto do Estado o autorizar, isto é, ainda que se verifiquem os seus requisitos essenciais, é o Estado que lhe dá o cunho de juridicidade; a última construção encara a obrigatoriedade do costume, a sua legitimidade, por ser um produto da consciência social, por ser um elemento do foro psicológico dos membros que compõem a comunidade, sendo esta uma construção definidora influenciada pela Escola Histórica do Direito, que tem em SAVIGNY o seu principal precursor, na qual se defende a ideia de que a origem primeira do Direito está no povo.¹⁵

Quanto a nós, não nos parece restar dúvidas sobre a excelência e justeza da terceira construção. Como referimos anteriormente, no caso angolano, o costume nasce e forja a sua legitimidade no seio das comunidades, como modo de organização social que respeita questões divinas e o temor aos ancestrais, tendo em conta aspetos mágico-religiosos reinantes nessas comunidades. Desta forma, o seu acatamento não depende da vontade de quaisquer legisladores, e tão-pouco o Estado para positivar tais práticas. O nosso acolhimento dessa terceira construção definidora decorre do facto de ela ter como bandeira que a origem Direito reside no povo.

8

2. O Costume como fonte de Direito Penal em Angola

Antes de nos debruçarmos sobre costume como fonte da ciência jurídico - penal, importa assinalar, ainda que de forma brevíssima, que a questão da admissibilidade do costume como fonte de direito considera – se uma *vexata quaestio* ao nível internacional, muito por conta da sua ausência em textos de várias Constituições e na legislação ordinária de alguns países, de entre os quais Portugal é um exemplo paradigmático. Contudo, o princípio da legalidade, que se impôs a partir dos estudos de Beccaria fez recuar a importância do costume, que deixou mesmo de poder considerar – se fonte formal

¹⁵ TELLES, Inocência Galvão, **Introdução ao Estudo do Direito**, Vol., 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp.120-126.

indirecta do direito penal.¹⁶ A sua importância está reduzida, hoje, à função de, em certos casos integrar ou determinar o sentido e o conteúdo correcto dos conceitos que preenchem a previsão de facto dos preceitos penais incriminadores. Limita – se, pois, o costume a interpretar o direito e não criá – lo. Os costumes, entretanto, podem fornecer material ao legislador como fonte sociológica, na medida em que sejam a expressão fiel de uma determinada consciência jurídica portadora de valores positivos.

Assim, são apresentadas duas teorias para enquadrar o fundamento jurídico do costume. A *Teoria Estatista* considera o costume juridicamente vinculativo só por vontade do Estado. Já a *Teoria Pluralista* considera o costume juridicamente vinculativo na medida em que é prezado pelo desígnio do povo. A nossa opção pela segunda teoria é bastante clara pela razão de o costume nascer autenticamente no meio da comunidade, e, por conseguinte, não necessitar de um *facere ou non facere* do Estado. Ademais, o regime jurídico - constitucional vigente em Angola, está direccionado no sentido de a soberania residir no povo, tendo, portanto, o costume como fonte de Direito o seu fundamento jurídico na *voluntas populi*.

No caso concreto de Angola, esta nação está inserida numa pluralidade jurídica e como tal não tem sido ainda pacífica a convivência entre direito positivo e direito costumeiro.¹⁷

Entretanto, mesmo no direito costumeiro, a resolução de conflitos não é uniforme, porque existem tantas ordens costumeiras quantos espaços e entidades sociocultural, o que permite concluir que o próprio direito costumeiro é em si mesmo uma pluralidade.¹⁸ Por conseguinte, no direito costumeiro a resolução de conflitos culmina com a sanção correspondente ao tipo de infração cometida. As sanções podem ter natureza económica, psicológica, sobrenatural ou autoimposta. Continuam a existir também, dentro das comunidades tradicionais, sanções corporais, de entre as quais realçamos o açoitamento com bastão e bofetadas a que o infrator é submetido. Tais castigos configuram práticas contrárias ao Estado democrático de direito, mas possuem ainda assim a sua legitimidade

¹⁶ O Costume é regido pela lei não escrita, e o direito penal, só considera crime aquilo que está escrito. Em obediência a este Princípio «**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**» ignora – se o costume como fonte formal indirecta do Direito Penal.

¹⁷ Mais adiante, abordaremos a questão da dicotomia entre a ordem legal e a ordem extralegal.

¹⁸ GUERRA, José Morais, **Em Defesa do Direito Consuetudinário Angolano**, in OLIVEIRA, Ana Maria de, (Coord.) 1º Encontro sobre a Autoridade Tradicional em Angola, Ministério da Administração do Território, Luanda: Editorial Nzila, Lda., 2003, pp.156-157.

no meio local; já as sanções económicas tendem a ser mais suaves, traduzem-se apenas no pagamento de bens, normalmente alimentícios.

Em situação de morte de alguém, as acções para resolução do caso têm por base aspetos endógenos do direito ancestral, segundo o qual a morte só pode ter duas causas, a direta ou indireta; as causas diretas provêm de Deus e as causas indiretas são provenientes da acção do homem. Nessas comunidades, crê-se morte direta aquela que é motivada por catástrofes da Natureza ou por acidente fortuito; quanto à morte indireta, é a resultante de causas como feitiço, assassinato e envenenamento.¹⁹ Assim, a primeira não origina acção punitiva, já na morte indireta a punição é movida pela família do *de cuius*. Ora, um conflito deste tipo é resolvido sob a jurisdição do Soba (Autoridade Tradicional) que, na sua ombala, lugar onde se situa o seu centro político - jurisdicional, procura, de acordo as normas consuetudinárias, dar um veredicto sobre a contenda, contando com o auxílio dos seus colaboradores diretos.

2.1. O Direito Penal Estadual.

10

Atendendo que o Direito Penal é o mais contundente e incisivo de entre todos os ramos de Direito em virtude de estatuir a sanção penal que coarta a liberdade do homem, um dos valores fundamentais do ser humano faz com que os doutrinadores penais, acautelando a defesa do indivíduo, na sua maioria não aceitem a aplicação do Direito Costumeiro no âmbito do Direito Penal Positivo.

Nas sociedades modernas encontramos aqui e ali indiscutíveis realidades inseridas no mundo globalizado que nos levam a reflectir sobre os problemas inerentes ao seu acompanhamento no âmbito do Direito Penal. A complexidade e tecnicidade que são característica deste ramo de Direito exigem dos juristas um maior cuidado e ponderação nos problemas actuais do mundo globalizado. A lei não deve dar margem de dúvidas. O ordenamento jurídico, para ser eficaz e acautelar as necessidades do indivíduo, deve permitir a compreensão e fácil entendimento da sua regulamentação. Somente assim poderá cumprir a sua função pedagógica, incentivando e motivando o comportamento humano no sentido de alcance da estabilidade social²⁰. Assim sendo, o Direito Penal, para

¹⁹ MILHEIROS, Mário, **Mensário Administrativo**, Publicação de Assuntos de Interesse Colonial, n.º 17, Luanda: Edição da Direção dos Serviços de Administração Civil, 1949, pp.18.

²⁰ CORTEZ, António Francisco Adão (Chicoadão) **Direito Costumeiro e Poder Tradicional dos Povos de Angola**, Mayamba Editora, 2ª Edição, Luanda, 2015, pp. 151.

garantir a sua eficácia, deve com as suas duas características essenciais, que são: Legalidade e mínima intervenção do Estado no Direito Penal, afinar as suas concepções tendo em vista as realidades políticas, económicas e socio – culturais.

A Intervenção legal significa que o Direito Penal consagrado na sociedade deve ser amparado pelo princípio da Legalidade, sendo este o único meio de evitar que o poder punitivo seja exercido arbitrariamente e ilegitimamente. Desta forma, para ser legal, a intervenção deve ser limitada ao Direito Positivo (concepção positivista), entendendo – se Direito Positivo como a consagração das normas jurídicas num substrato documental.

A evolução da espécie humana com o desenvolvimento das sociedades leva à necessidade da certeza e segurança jurídica através das leis positivas. É assim que o Estado exerce todo o seu *Ius Imperium* no estabelecimento da organização e desenvolvimento da sociedade.

2.2. Similitudes e dissimilitudes entre o Direito Penal costumeiro e o Direito Penal Estadual

11

Sem sombra de dúvidas, também aqui encontramos similitudes entre as duas vertentes do Direito. O Direito Positivo tem como fundamento a *Lex Certa* pois só assim conseguirá identificar as pessoas que pretende visar. Por sua vez, o Direito Costumeiro utiliza a certeza perspectivada por uma generalidade de pessoas localizadas num determinado espaço geográfico em prol da convicção de obrigatoriedade.

Para melhor compreensão oferece – nos oportuno dizer que a grande diferença entre as duas vertentes em questão, ou seja, Direito Positivo por um lado, e Direito Costumeiro por outro, no âmbito do Direito Penal, reside na sua aplicabilidade territorial, ou seja, quando falamos em Direito Positivo temos em vista todas as normas positivadas num dado ordenamento jurídico. No âmbito do Direito Penal, tendo em conta similitudes e dissimilitudes entre Direito Positivo e Direito Costumeiro, a escolha varia de acordo com as concepções jurídicas.

3. Codificação do Direito Costumeiro, sua necessidade na ordem Jurídica Nacional

Em Angola, o Direito Consuetudinário ainda não está codificado, mas a sua aplicação é necessária para melhor facilitar a compreensão do artigo 348º, nº 1 e 2²¹, do C.C por parte dos tribunais, e não só. De contrário, redundaria a perda da sua grande vantagem, que diz respeito a função social como conjunto de normas que emergem da base social comum e ao mesmo tempo funciona como resposta aos diferentes problemas que a esse nível as comunidades tradicionais enfrentam, definindo assim a sua dinâmica, hierarquização e desenvolvimento. Durante o período colonial, já se pensava em codificar o Costume em todas as Províncias Ultramarinas, no intuito de facilitar a acção administrativa e judiciária entre as populações nativas, pois a codificação traria muitas vantagens, tal como refere J.M. da Silva Cunha: “Ela não pode ser uma só para cada colónia, por serem eles diferentes em grade parte, conforme as regiões, a raça, a tribo, as influências e contacto com os europeus e outras circunstancias. Haverá, por isso, tantas codificações quantas forem precisas em cada colónia.”²² Se, quanto ao tempo colonial, o Autor que acabamos de citar avançou com tais ideias, hoje, com as independências dos territórios ultramarinos e com a abertura do País à democracia, há razões bastantes para se codificar o costume, no sentido de se atender à realidade normativa das comunidades tradicionais. Desta forma, “ a esta luz se compreende o disposto no artigo 348º do código Civil Português, que incumbe aos tribunais de procurar officiosamente, obter o conhecimento do direito consuetudinário invocado por uma das partes em juízo ou com base no qual tenham de decidir, ainda que nenhuma das partes o tenha invocado por uma das partes em juízo ou com base no qual tenham de decidir, ainda que nenhuma das partes o tenha invocado ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição”.²³ O ponto vigente em Angola é que nos termos do artigo 7º da CRA, não existe nenhuma hierarquia entre o Costume e a Lei, pois, “entre lei e costume, este pode prevalecer àquela quando for contrário”.

12

A codificação do costume é um imperativo, pois permite um conhecimento mais aprofundado das matérias e a sua aplicação mais segura. O mosaico cultural angolano

²¹ “1 – Aquele que invocar direito Consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, officiosamente, obter o respectivo conhecimento.
2 – O reconhecimento officioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no Direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência o conteúdo ou não haja deduzido oposição.

²² J.M. da Silva CUNHA, **O Sistema Português de Política Indígena (Subsídios para o seu estudo)**, Coimbra Editora, Limitada, 1953, pp.142

²³ Dário Moura VICENTE, **Direito Comparado, Introdução e Parte Geral**, Vol. I, Edições Almedina, S.A, Coimbra, 2008, pp.171

constitui uma riqueza, já que, a partir da cultura, podemos agrupar as várias etnias e assim determinar os costumes que vigoram dentro de uma comunidade; logo, os vários costumes, sem uma codificação, podem criar uma série de dificuldades ao aplicador da norma. Hodiernamente, o tribunal judicial tem se deparado com várias situações relativamente às quais dificilmente encontram uma solução aceite, já que o direito legislado não pode prever tais realidades. Essas deficiências podem ser resolvidas com a codificação das normas costumeiras, tendo – se em conta a realidade de cada grupo étnico, sendo estes a base do costume nos termos em que estão reconhecidos constitucionalmente. Deste modo, a questão que se coloca é: como é que se deve aferir o costume contra legem no ordenamento jurídico angolano quando estivermos perante uma realidade costumeira que conflitue com a lei, principalmente nas comunidades lá onde o poder tradicional tem sua acção activa? Aqui “o direito, enquanto campo de lutas epistémicas, acontece também em Angola, onde múltiplos sistemas jurídicos estão a interagir e a produzir novas e híbridas formas de regulação social.”²⁴

Entendemos que as sociedades africanas, poderiam encontrar um meio – termo entre duas realidades. A inobservância e ou o desprezo do Direito Costumeiro tem levado, nalguns países, sobretudo africanos da parte negra do nosso Continente a um desequilíbrio social pautado por preocupações de âmbito do Direito em geral.

13

Conclusão

À guisa de conclusão, somos peremptórios em afirmar que a constitucionalização do costume, trouxe para o ordenamento jurídico angolano um novo conceito de direito positivo. A consagração constitucional do costume e do poder tradicional, revela um prenúncio para a concretização de um Estado democrático de direito.

O Costume, constitui um princípio e direito fundamental, logo, deve ser estudado é o seu ponto de partida razão do reconhecimento do poder tradicional como instituição a lidar com a respectiva norma.

As normas costumeiras estão intrinsecamente ligadas com instituições tradicionais ou poder tradicional razão da simultaneidade do reconhecimento constitucional. A

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa e José Octávio Serra VAN – DÚNEM, **Sociedade e Estado em Construção: Desafios do Direito e da Democracia em Angola**, Edições Almedina, SA. Coimbra, 2012, pp. 322.

etnicidade constitui o estribo do costume, logo vigora em Angola uma multiplicidade de normas costumeiras, o que justifica a sua pluralidade. Entretanto, o reconhecimento do costume na ordem jurídica nacional não pode pôr em causa os direitos fundamentais já conquistadas.

O reconhecimento do costume e as respectivas instituições, obriga – nos a proceder um estudo panorâmico da política indígena, a razão da dualidade de estatutos. As matérias ligadas as autoridades tradicionais ou as instituições encontram consagração constitucional na maior parte dos Estados pós – colonias mais concretamente em África e América do Sul destacando – se da Bolívia e do Zimbabué que no nosso ponto de vista poderia ser fonte de inspiração para os demais estados Africanos.

O ponto vigente em Angola é que nos termos do artigo 7º da CRA, não existe nenhuma hierarquia entre o costume e a lei Pelo facto da consagração do costume. A codificação do costume é um imperativo, pois permite um conhecimento mais aprofundado das matérias e a sua aplicação mais segura. A codificação das normas costumeiras deve constituir um imperativo no intuito da sua aplicabilidade nos tribunais judiciais por um lado, e por outro, dado o fenómeno ligado cujos tribunais estaduais desconhecem, uma jurisdição não estadual seria ideal.

14

Luanda, Setembro de 2020

Laurindo João

Bibliografia

AMARAL, Diogo Freitas do. *Manual de Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2004.

BRITO, vladimir. *Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra, 2014.

CORTEZ, António Francisco Adão (Chicoadão). *Direito Costumeiro e Poder Tradicional dos Povos de Angola*. Luanda: Mayamba, 2015.

CUNHA, J.M. da Silva. *O sistema Português de Política Indígena (Subsídios para o seu Estudo)*. Coimbra : Coimbra, 1953.

CURI, Melissa Volpato. “O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico.” *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico*, 6 de Dezembro de 2012: 230 - 247.

- FEIJÓ, Carlos. *A Coexistência Normativa entre o Estado e Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GUERRA, José Morais, e Ana Maria de OLIVEIRA. “Em defesa do Direito Consuetudinário Angolano.” *1º Encontro sobre Autoridade Tradicional, Ministério da Administração do Território*. Luanda: Editorial Nzila, Lda, 2003. 156 - 157.
- HESSE, Korand. *Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- JUSTO, A. Santos. *Introdução ao Estudo de Direito*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- MILHEIROS, Mário. “Mensário Administrativo.” *Publicação de Assuntos de Interesse Colonial N° 17*, 1949: 18.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, e José Octávio Serra VAN-DÚNEM. *Sociedade e Estado em Construção: Desafios do Direito e da Democracia em Angola*. Coimbra: Almedina, 2012.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao Estudo do Direito*. 1ª. Vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1999.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, Introdução e arte Geral*. Coimbra: Almedina, 2008.
- WEBBER, Max. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Lisboa: Edições 70, 2015.