



Direito Penal e Direito Costumeiro

em Angola

Luzia Bebiana de Almeida Sebastião

Angolana, casada, natural de Luanda. É mestre (2002) e doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, possui pós graduação em: Direitos Humanos (1991), pela Faculdade de Direito da Universidade de Lund, Reino da Suécia; Procurement and Contract Management Administration, pelo International Law Institute of Washington DC (1992), Direito Penal Económico e Europeu, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Portugal (2000). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto - Angola. Exerceu a Advocacia (1991 a 2008) e exerce, actualmente, a função de Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional da Republica de Angola. É professora auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, com Regência da Cadeira de Direito Penal I (Teoria Geral da Infracção Penal) e Membro do Conselho Científico da Faculdade de Direito da mesma Universidade. Colaboradora permanente da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Membro do Centro de Estudos e Investigação Científica da Universidade Católica de Angola, da Comissão Técnica para a elaboração do Novo Código Penal da República de Angola. É autora e coautora de publicações científicas, textos de apoio, artigos de revista e de relatórios apresentados em Angola e no Exterior.

RESUMO: O Direito assenta na cultura dos povos e a realidade cultural angolana é como disse Victor Kajibanga, polissêmica. Por isso levanta um conjunto de interrogações em torno da problemática do direito costumeiro, ou melhor, da relação entre Direito Costumeiro e Direito Positivo. A abordagem desta questão passa por uma leitura e tomada de posição sobre os conceitos “Costume”, “Direito Costumeiro” e ainda sobre o problema geral das Fontes do Direito. Angola é um Estado Constitucional, onde a Constituição vigora como “ordem-jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos, conferindo à ordem estadual e aos actos desses poderes medida e forma”. Enquanto principal Fonte Formal de Direito, importa confrontar a Constituição com o Costume para delimitar a posição que este ocupa no contexto das Fontes do Direito Angolano. Por outro lado, importa ainda lançar um olhar sobre o reconhecimento do Costume na Ordem Jurídica Angolana e sua relevância no Direito Angolano em vigor e a constituir, particularmente no domínio do Direito Penal, em virtude da vigência de “Costumes” que não estão afirmados normativamente, mas exprimem o sociológico normal e são, de facto, reconhecidos e praticados pelas comunidades.

PALAVRAS-CHAVES: Direito. Costume. Fontes do Direito. Constituição. Direito Costumeiro. Direito Positivo.

ABSTRACTS: The Law has its foundation in the Cultures of the various peoples. Angola's cultural reality is, as Victor Kajibanga said, polisemic. This, therefore raises a series of questions regarding the issues surrounding Customary Law; that is to say the relationship between Customary Law and Positive Law.

KEYWORDS: Customary Law. Positive Law.

SUMÁRIO: 1. O Direito Costumeiro enquanto Direito – 1.1. O “Costume”, Noção e Elementos – 1.2. As Fontes do Direito. O problema em Geral – 1.3. Classificação das Fontes do Direito – 1.4. A Constituição como Fonte Formal de Direito – 2. Evolução Histórica do Tratamento do Costume no Direito Angolano – 2.1. Situação actual do Costume no Direito Angolano – 2.2. Relevância do Costume no Direito Angolano a Constituir – 3. Necessidade de Intervenção do Estado – 3.1. Posição a Adoptar.

1. O DIREITO COSTUMEIRO ENQUANTO DIREITO

Victor Kajibanga¹, sociólogo, diria: “Uma reflexão em torno dessa realidade (cultural e étnica) polissêmica levanta algumas interrogações e inquietações em relação à problemática do direito costumeiro. A primeira consiste em saber se podemos falar, em relação a Angola, de um cânone de direito costumeiro, ou então encará-lo em função da especificidade dos espaços e das comunidades étnico-culturais; a segunda consiste em detectar as linhas de continuidade e descontinuidade no quadro do direito costumeiro tendo em atenção a realidade pluriétnica angolana; a terceira levanta o problema do diálogo (ou alternativa) entre direito costumeiro e realidade jurídica e sociológica do Estadual” (diga-se direito positivo).

De facto e, ainda segundo aquele autor, a realidade étnica e cultural de Angola é complexa e integra toda uma complexidade de direitos costumeiros de várias comunidades étnicas². Não existe um sistema de direito escrito, por isso, o designado direito costumeiro é proverbial, assenta na oralidade e na experiência³. O direito proverbial é variável em razão do espaço e do

¹ Em seminário realizado em agosto de 2002 na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em um texto denominado “Espaços Socioculturais, Comunidades Étnicas e Direito Costumeiro (cinco notas avulsas para uma perspectiva de estudo e revisão do caso angolano) pp. 8-9.

² *Apud* VICTOR Kajibanga; COISSORÓ, Narana. 1966, “The Customary Laws of Succession in Central África, Lisboa, Junta de Investigação do Ultramar, p. 412; do mesmo autor,

tipo de comunidade de que se trate. E altera-se conforme se trate de factos jurídicos, sociais, religiosos e supersticiosos, factores que têm influência na concepção de direito que vigore em cada comunidade⁴. Conclui o autor por considerar existir em Angola «variações» de Direito(s) Costumeiro(s) “que podem ser estudadas à luz dos processos constantes de composição, decomposição e recomposição das respectivas comunidades étnicas”⁵. Porém, devido à ocidentalização proveniente da construção do Estado Pós-colonial, esse(s) direito(s) tem vindo a “sofrer transformações e a passar pela crise da afirmação do Estado, reflectindo a tensão entre o tradicional e o estadual, o local e o nacional”⁶.

Parece legítimo perguntar-se se o “Costume” é direito e, se sim qual o seu estatuto no quadro do sistema jurídico angolano.

1.1. O “COSTUME”, Noção e elementos

A partir de uma concepção puramente jurídica, o costume é, a par da lei da jurisprudência e da doutrina, um dos possíveis modos de formação ou revelação de normas jurídicas que, “consiste na observância constante e uniforme de determinadas regras de conduta pelos membros de determinada comunidade social, com a convicção de obrigatoriedade”⁷.

Assim, para que se possa falar em costume jurídico, segundo o entendimento da generalidade da doutrina, embora não pacífico, é necessário que essa prática social seja constante, mas acima de tudo a generalidade dos membros dessa comunidade a considere juridicamente obrigatória, no sen-

“As Instituição de Direito Costumeiro Negro-Africano, *in* Separata de Estudos Políticos e Sociais, V. II, nº 1, 1964, p. 8; COELHO, Antonieta. “A aplicação do Direito Costumeiro na Gestão dos Recursos Naturais – Uma reflexão sobre «custos e benefícios», comunicação apresentada ao Seminário sobre Terras e o Direito, Luanda, Faculdade de Direito, Universidade Agostinho Neto, texto policopiado, 2002, p. 34.

³ VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

⁴ VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

⁵ VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

⁶ VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

⁷ VIEIRA CURA, António. “O Costume como Fonte de Direito em Portugal”, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, V. LXXIV, 1998, pp. 241-272, p. 241.

tido de uma regra correspondente a uma *opinio iuris vel necessitatis*⁸, o que quer dizer que, só quando ao elemento material, que é a prática, se juntar o elemento espiritual, a convicção de obrigatoriedade, se poderá falar em costume em sentido jurídico. Pois entende ainda Vieira Cura que, a falta do elemento espiritual, só permitirá falar em “costume de facto” ou então em “uso” dado que, a esses falta juridicidade própria e, conseqüentemente não podem assim consubstanciar um “modo autónomo de criação do direito”⁹.

1.2. As fontes do Direito. O Problema em Geral.

O problema das fontes do direito é aquele que o pensamento jurídico traduz na questão de saber, de que modo, o direito vigente numa determinada comunidade histórica se constitui e se manifesta, ou seja, como é que ele aí se objectiva¹⁰. Problema que implica o próprio problema do direito em si mesmo considerado. Haverá entre os dois problemas uma relativa autonomia problemático-intencional, já que um respeita à filosofia do direito e o outro à teoria do direito. Contudo, verifica-se entre eles uma incidível conexão, uma vez que a concepção de direito implica sempre uma teoria das fontes e, esta encontra no direito a sua eminente expressão normativa¹¹.

A juridicidade do direito haverá de ser pensada como um “válido dever ser que é”¹². Não há direito sem uma normativa vinculação ou obrigatoriedade e, esta não pode ser reconhecida como direito sem um fundamento de validade. Também não haverá direito se a sua normatividade for apenas intencional e não se assumir como dimensão constitutiva da prática social e, por

⁸ VIEIRA CURA, “O Costume”, p. 241.

⁹ REBELO DE SOUSA, Marcelo; GALVÃO, Sofia. “Introdução ao Estudo do Direito”, 2ª edição, Lisboa, 1993, pp. 124-126, *apud*, VIEIRA CURA, António A. “O Costume”, p. 242.

¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. “Fontes do Direito”, Digesta, Coimbra Editora, 1995, pp. 7-94, p. 7; 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; “Manual de Teoria del Derecho”, obra coordenada por LÓPEZ MORENO, Ángeles; PUY MUÑOZ, Francisco, Editorial COLEX, 1999, p. 344.

¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. “Fontes do Direito”, p. 7; BRONZE, Fernando José. “Lições”, p. 628.

¹² CASTANHEIRA NEVES, António. “Fontes do Direito”, p. 8.

esta, efectivamente assumida, o que quer dizer, obter um específico modo – de ser normativo – histórico, que é a vigência ou positividade¹³.

É verdade que a compreensão do problema das fontes do direito passa pela busca de um elemento lingüístico e, conseqüentemente jurídico. Porém, a questão é muito mais profunda do que meramente semântica e, nem mesmo dentre os vários sentidos de entendimento possível da expressão, o sentido ou perspectiva político-constitucional, aquela que está na base da teoria tradicional das fontes do direito, dá resposta à essência da questão¹⁴.

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 importante é 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 patrimônio cultural da humanidade, [que se situam] fora do alcance do poder político”¹⁵. Até porque a ordem jurídica vai buscar na idéia de justiça o primordial suporte da sua pretensão de validade¹⁶.

Não pode, por conseguinte, o problema das fontes do direito ser resolvido a partir do que a lei dispõe, mas a partir da experiência jurídica concreta de determinado tempo histórico, sendo ela quem determina quais os actos constitutivos que concorrem para a criação do direito. Por isso que não podem ser defensáveis, as teses que entendem que o único acto constitutivo do direito é a Lei, porque se revela preponderante relativamente a outros actos constitutivos como o costume¹⁷. A relevância jurídica do costume, como fonte autónoma, “em nada depende do facto de ser acolhido, consagrado, ou sequer, tolerado, pela lei”¹⁸.

¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. “Fontes do Direito”, p. 8; BRONZE, Fernando José, “Lições, ...” pp. 630- 631; BAPTISTA MACHADO, João. “Introdução do Direito ...”, p. 154.

¹⁴ BRONZE, Fernando José. “Lições...”, p. 630; CASTANHEIRA NEVES, António. “Fontes do Direito”, pp. 12-13.

¹⁵ BAPTISTA MACHADO, João. “Introdução...”, p.157.

¹⁶ BAPTISTA MACHADO, João. “Introdução...”, p.157.

¹⁷ VIEIRA CURA. “O Costume”, p. 248.

¹⁸ REBELO SE SOUSA, Marcelo; GALVÃO. “Introdução...”, p. 126.

1.3. Classificação das Fontes de Direito

As experiências jurídicas constituintes do direito podem classificar-se em: consuetudinárias, quando o direito tem a sua base constitutiva na tradição “costume”; legislativa, se a base é a legislação tanto através de actos legislativos ou de formais prescrições normativas e jurisdicionais, se a base constitutiva provier de decisões jurisdicionais ou juízos concretamente normativos¹⁹.

Baptista Machado²⁰ acrescenta a essa classificação, a doutrina e os princípios fundamentais do direito e, em Portugal os assentos. Distingue ainda entre fontes voluntárias, aquelas que pressupõem um acto explícito de criação normativa à qual pertenceriam a lei, em sentido material, a jurisprudência e a doutrina e, as não voluntárias que integram os princípios fundamentais do direito costume.

Seguindo ainda Baptista Machado, o Código Civil²¹ nos artigos 1º a 4º dispõe sobre fontes e distingue no artigo 1º entre fontes imediatas, as leis e as normas corporativas e no artigo 3º fontes mediatas, os usos, que, “não forem contrários ao princípio da boa fé” e desde que “juridicamente atendíveis quando a lei o determine”. No artigo 4º, a equidade é também para o Código Civil fonte de direito e, os tribunais podem a ela recorrer, quando haja disposição legal que o permita, quando haja acordo das partes numa relação jurídica não disponível ou ainda quando numa clausula compromissoria as partes tenham convencionado a ela recorrer²².

1.4. A Constituição como Fonte Formal de Direito

Constrói-se, em Angola, um Estado de Direito Democrático e, por essa razão, assiste-se à ocorrência de alterações na legislação reguladora da ordem jurídica angolana, sendo de destacar, a que se tem sentido no domínio do

¹⁹ GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 3. ed., Alameda, 199, p. 241. Os sublinhados são do Autor.

²⁰ Refiro-me ao Direito escrito, e relativo ao período colonial, pois é relativamente a esse período que o nosso estudo incide.

²¹ Seguirei de perto o texto de VIEIRA CURA. “Costume”, de pp. 248-258.

²² CASTANHEIRA NEVES, António. “Introdução”, pp. 15-16.

maior relevo que se tem vindo a dar à protecção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas e à intervenção das diferentes forças políticas no panorama político nacional. Em 5 de janeiro de 2010 foi aprovada a Constituição da República de Angola e é nesse contexto constitucional que me permito fazer o enquadramento da realidade que é o “Direito Costumeiro”.

Porquê no quadro da Constituição?

Porque a Constituição vale e vigora como “ordem-jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos, confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma... Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia.... [onde] o «primado do direito» do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão²³.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DO COSTUME NO DIREITO ANGOLANO²⁴

Retomo a recepção no ordenamento jurídico angolano de 11 de novembro de 1975, para com ela receber a historia do direito português e a do costume nesse sistema jurídico²⁵. Desde antes de meados do séc. XVIII até meados do séc. XVIII, o costume era fonte de direito. A partir de meados do séc. XVIII, mais concretamente em 1769, época do racionalismo e iluminismo, o costume conheceu um declínio com a entrada em vigor da “Lei da Boa Razão” que, condicionou a sua relevância, como fonte de direito, se, se verificassem três requisitos a saber: ser conforme a boa razão; não ser contrário às leis nacionais e, ter uma antiguidade superior a cem anos.

²³ BAPTISTA MACHADO, João. “Introdução”, pp. 157-158.

²⁴ Recorde-se que o Código Civil que ainda vigora em Angola é o Código Civil Português de 1966.

²⁵ Posição que não é pacífica pois OLIVEIRA ASCENSÃO, José. “O Direito, Introdução e Teoria Geral (Uma perspectiva luso-brasileira), 10ª edição, Coimbra, 1997, pp. 250-251; SANTOS JUSTO, António. “Introdução ao Estudo do Direito”, Porto, 1996. pp. 94-95 *apud*. VIERA CURA, António. “O Costume”, p. 259, nota 55. 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 uma caso concreto atentas às suas especificidades.

O Código Civil de Seabra, aprovado pela Carta de Lei de 1 de julho de 1867, veio retirar ao costume a sua natureza de fonte autônoma de direito e passou a tratá-lo como fonte mediata ou indirecta de direito. Originário de uma concepção estatista-legalista do direito defendida pelo positivismo jurídico de tipo francês, segundo a qual o direito identificava-se com a lei que, era a expressão da vontade geral. A lei atribui-se a si própria o exclusivo da juridicidade e define o valor e os limites das demais fontes, particularmente o costume, já que tanto a jurisprudência como a doutrina não podem criar direito, porque não são mais do que a *viva vox legis*. A lei aparece assim na perspectiva político-constitucional do problema das fontes do direito como a “única e verdadeira fonte de todo o direito”, ou talvez a “fonte decisiva”.

O legislador do Código de Seabra, não levou a identificação do direito com a lei às últimas consequências. Com efeito e, de acordo com o artigo 2º da Carta da Lei que aprovou o código, este só se aplicaria ao «continente do reino» e às «ilhas adjacentes», ou seja, Madeira e Açores. Quanto às «províncias ultramarinas», diga-se: Angola, Cabo Verde, Guiné, Moçambique e S. Tomé e Príncipe, o governo ficou autorizado a tornar o Código a elas extensivo desde que “ouvidas as estações competentes” e “fazendo [ao código] as modificações que as circunstâncias especiais das mesmas províncias exigirem”. Artigo 9º da Carta de Lei.

Foi o Decreto de 18 de novembro de 1869, que tornou extensivo o Código Civil de Seabra em 1 de julho de 1870. Através desse Decreto Ressalvou “os usos e os costumes das Novas Conquistas e os de Damão e Diu, coligidos nos respectivos códigos, e no que não se opusesse à moral e à ordem pública – o direito consuetudinário (ainda não codificado) das restantes colônias (art. 8º, § 1º), direito esse que mandava codificar imediatamente (§ 3º) e era aplicável «nas questões entre indígenas» (embora estes pudessem optar, «de comum acordo» pela aplicação do Código Civil)”.

Mas os costumes codificados, foram enumerados de forma imperfeita, haviam muitas omissões, por exemplo não havia referências dos indígenas angolanos, haviam “incoreções sobre a indicação das pessoas que deveriam continuara a reger-se pelos seus usos e costumes” e, por isso vários outros diplomas tiveram que ser publicados para corrigir as dúvidas e incertezas. Dentre os vários diplomas corretores interessa destacar o Decreto nº 43.897 de 6 de setembro de 1961 que, no artigo 1º prevê que eram “reconhecidos os «usos e costumes locais reguladores de relações jurídicas privadas» (tivessem ou não sido objecto de compilação), insistindo-se, porém, na necessi-

dade de compilar os usos e costumes vigentes na regedorias, para assegurar a «certeza e a clareza do direito»; esses usos e costumes constituíam um estatuto pessoal (que devia ser respeitado em qualquer parte do território nacional), aplicando-se apenas nas relações de direito privado (com exclusão do direito de propriedade sobre bens moveis ou imóveis, que se regia sempre «pela lei escrita do direito privado» arts. 7º e 9º) entre pessoas com o mesmo estatuto, ficando a sua aplicação «limitada apenas pelos princípios morais e pelas regras fundamentais e básicas do sistema jurídico português» (art. 2º)”

O Código Civil de 1966 que entrou em vigor em 1 de junho de 1967, por força do Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de novembro, no continente e ilhas adjacentes em relação à matéria.

2.1. Situação Actual do Costume no Direito Angolano

O Ordenamento jurídico da Angola independente, recebeu, em 1975, o costume no estágio em que o código Civil de 1966 o deixou, ou seja, sem que a ele se fizesse qualquer referencia expressa como fonte, sequer mediata de direito, nem como regra de interpretação de normas jurídicas ou de critério de integração de lacunas da lei²⁶. Na aplicação do Código às Províncias Ultramarinas pela Portaria nº 22.869 de 4 de setembro de 1967, foi reafirmada pelo Governo Português, a vigência do Decreto nº 43897 de 6 de setembro de 1961, ou seja, o reconhecimento da vigência do costume como estatuto pessoal.

Mas o Código Civil de 1966 não deixa de fazer referência ao costume, quando no artigo 348º nº1 atribui o ônus da prova a quem invoque direito consuetudinário²⁷.

A Lei Constitucional de 1975 não lhe faz qualquer referencia e, a Lei Constitucional de 1991, Lei nº12/91 de 6 de maio, tão pouco a ele se refere de forma directa. Com grande esforço interpretativo buscaríamos a sua presença no artigo 15º que refere que o Estado “... Promove o desenvolvimento ... de uma verdadeira cultura nacional...”. Actualmente, o artigo 7º da CRA

²⁶ VIEIRA CURA, António. “O Costume”, p. 260.

²⁷ VIEIRA CURA, António. “O Costume”, p. 260. Que considera não se tratar no caso propriamente do costume enquanto direito, mas do uso ou costume de facto.

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

Temos aqui dois aspectos a considerar nesta disposição legal. Por um lado a Constituição reconhece o costume como válido e com força jurídica. Porém coloca duas limitações a essa validade. a) Não ser contrário à Constituição; b) Não atentar contra a dignidade da pessoa humana”. O que significa que, sempre que um costume atente contra a dignidade da pessoa humana, ele não poderá nem ser válido, nem ter força jurídica. O que é que significa “atentar contra a dignidade da pessoa humana”.

2.2. Relevância do Costume no Direito Angolano a Constituir

A nova realidade constitucional angolana, trouxe um texto que me parece ter aberto a porta para a aceitação, no ordenamento jurídico angolano, do costume como fonte imediata de direito.

No contexto Angolano, um país Africano que como bem caracterizou Victor Kajibanga e, agora o retomo, não para penetrar na sua dúvida sobre a existência ou não em Angola de um cânone do direito costumeiro, mas para reabrir a necessidade de “trazer um olhar dinâmico sobre a realidade étnica, cultural e jurídica de Angola”²⁸.

Este olhar permite-me trazer a preocupação fundamental. Com efeito, o Costume, segundo os juristas, e, ainda não estou a tratar o costume jurídico, ou seja aquele já afirmado normativamente, nas áreas jurídicas em que sobre eles já existe consenso dos membros da comunidade e que pela sua reiteração, veio a revelar-se juridicamente vinculante, quanto à regulação de certas relações sociais, porque é o reflexo das concepções sociais que reinam nessa comunidade²⁹. Também não me estou a referir àqueles outros domínios jurídicos em que por insuficiência, ou indeterminação das normas existentes se deve recorrer ao direito que é criado pela comunidade.

²⁸ VICTOR KAJIBANGA. “Espaços Sócio-culturais”, p. 10. Corroboramos a idéia da urgente necessidade de se proceder a uma investigação, estudo, reflexão sobre os costumes dos espaços sócio-culturais angolanos.

²⁹ VIEIRA CURA, António. “O Costume”, p. 271.

A minha preocupação é anterior a este momento e, prende-se com a relação entre o Costume e o Direito Penal, sobretudo aqueles que não estão afirmados normativamente, que apenas exprimem o sociológico normal e são reconhecidos como facto³⁰.

3. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO

Um exemplo, melhor permitirá apresentar a minha questão e trazer a dimensão do que pretendo tratar.

Em Angola, vigora, nas comunidades³¹ a chamada “Festa da Puberdade”, que, nas diferentes regiões etnográficas ou etnológicas recebe uma diferente denominação, mas que no fundo acaba por ser uma manifestação do mesmo tipo. Trata-se de uma cerimônia a qual devem participar todas as jovens do sexo feminino, quando aparece a primeira regra ou menstruação.

A cerimônia consiste na ruptura da membrana do ímen, que, uma vez é realizada por uma mulher/mulheres, outras vezes por um homem/homens. Trata-se de uma cerimônia de iniciação sexual, preparação para o casamento.

Se em algumas jovens, pelo seu desenvolvimento, as primeiras regras aparecem aos 14 anos de idade, noutras, aparecem aos 11 e até aos 10 anos de idade. A pergunta é: Será que o Estado deverá manter-se afastado, não intervindo, com fundamento em que esse é um costume e, como tal deve ser aceite?

Será que em caso de intervenção, o meio deve ser o Direito Penal, com todo o seu mecanismo, ou serão mais eficazes meios alternativos de resolução social?

Em meu entender, a confirmar-se a existência desse costume, com âmbito nacional, ou com uma dimensão que envolva um âmbito considerável de comunidades, o Estado deverá intervir.

³⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. “Fontes ...”, pp. 18-19.

³¹ Um inquérito antropológico será realizado para determinar com precisão as áreas e o âmbito desse costume e as motivações específicas de cada comunidade ou grupos de comunidades para a sua prática.

Outro exemplo de outra área do direito. O Direito da família. A questão da sucessão por morte. Há áreas do País em que com a morte do marido, a mulher perde todos os bens, e ainda os filhos. Pela morte do marido, a mulher deve aceitar o irmão mais novo do marido como seu marido. Há zonas na Província do Namibe em que o roubo de gado por jovens adolescentes não é crime. Mas um acto de heroísmo.

3.1 Posição a Adoptar

Chegada a este ponto parece-me poder considerar a necessidade de intervenção do Estado para prevenir a lesão de um bem jurídico, que tem estado a ser posto em perigo pela existência de um costume à primeira vista ameaçador de direitos fundamentais.

Fazer intervir o Estado, significa, do meu ponto de vista, trazer toda uma maquina cuja existência que, por ventura os membros dessas comunidades, nem sequer conhecem da existência, os membros dessas comunidades talvez nem conheçam; ou, se conhecem, a sua acção, diga-se do Estado, não é eficaz, porque afinal aquelas comunidades regem a sua vida por um sistema paralelo de normas – o/os costumes que, acabam por não ser direito no sentido em que o Estado o entende, já que sendo embora a expressão do sociológico, não exprimem um dever ser, nem vêm regulados.

O seu reconhecimento como direito, no entendimento do Estado, teria que derivar de, no seu conteúdo se reconhecer aos costumes “a distanciação normativa” própria do direito em geral, relativamente à realidade social, mediante a assunção de um valor, de um principio regulativo, de um padrão normativo, que essa realidade se dirija numa exigência de dever-ser [já que] o direito só o será se transcender normativamente o facto”³². A normatividade decorre de o comportamento assimilar uma intenção de validade normativa em sentido próprio, um transcendente fundamento axiológico que constitua e se justifique com uma exigência de comportamento e um critério de dever-ser³³.

E se o que se pretende em Angola é a Construção de uma Nação, a Nação pressupõe a necessidade de um qualquer elemento aglutinador dos diferen-

³² CASTANHEIRA NEVES. “Fontes do Direito”, p. 20.

³³ CASTAHEIRA NEVES. “Fontes do Direito”, p. 20.

tes elementos que a integram. Creio sem receio de errar que, o direito, será um desses elementos e que o Direito Costumeyro será, eventualmente, um ramo a considerar.

