

PATRÍCIA JERÓNIMO

ESTADO DE DIREITO E JUSTIÇA TRADICIONAL
ENSAIOS PARA UM EQUILÍBRIO
EM TIMOR-LESTE

Separata

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR DOUTOR
CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA

ALMEDINA – 2011

ESTADO DE DIREITO E JUSTIÇA TRADICIONAL

Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste

PATRÍCIA JERÓNIMO*

Com o propósito de elaborar um projecto de lei sobre o funcionamento das instâncias de justiça tradicional timorense e a sua articulação com o sistema judicial formal, o Ministério da Justiça de Timor-Leste conduziu, ao longo do ano de 2009, um amplo processo de consulta e debate, a nível nacional e distrital, que convocou representantes dos vários quadrantes da sociedade civil timorense (líderes comunitários, organizações de mulheres, professores, membros de confissões religiosas), bem como académicos e actores institucionais (juizes, agentes policiais). É intenção do Governo, afirmava Marcelina Tilman¹ em Abril de 2009, tornar explícitas as regras de Direito costumeiro, reduzindo-as a escrito, e circunscrever a competência das jurisdições tradicionais à resolução de questões menores, como o roubo de galinhas. Até ao momento, Dezembro de 2009, nenhum texto foi ainda submetido à apreciação do Parlamento Nacional, o que não surpreende, atenta a magnitude e a complexidade da empresa a que o Ministério da Justiça timorense se propôs. Não existe ainda um levantamento sistemático das regras costumeiras² – muito dife-

* Assistente na Escola de Direito da Universidade do Minho. Colaboradora na leccionação ao Curso de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e.

¹ Directora da Direcção Nacional de Assessoria Jurídica e Legislação do Ministério da Justiça. Entrevista publicada no jornal *The Dili Weekly*, edição de 18 de Abril de 2009.

² Cf. NUNO CANAS MENDES, *A multidimensionalidade da construção identitária em Timor-Leste*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005, p. 238. Um tal levantamento foi ordenado, no tempo da dominação colonial portuguesa, por Decreto de 18 de Novembro de 1869, que incumbia os governadores das províncias ultramarinas de mandar proceder à codificação dos usos e costumes, mas nunca chegou a ser feito. Cf.

rentes consoante a região do país – e é extremamente controversa a oportunidade de reconhecer legitimidade aos líderes tradicionais para resolver disputas que, segundo muitos, num Estado de Direito, devem caber unicamente aos tribunais estaduais.

1. Timor-Leste vive, na verdade, um dilema comum à generalidade dos Estados saídos da descolonização, que, forçados a reconhecer o pluralismo jurídico³ das respectivas sociedades, buscam uma *síntese*⁴ entre o Direito oficial, de tipo europeu, que adoptaram como sinónimo e condição de modernidade⁵, e os seus Direitos autóctones, cuja importância junto das populações persiste, apesar de todas as forças de sentido contrário desencadeadas pela globalização⁶.

O acesso à independência dos Estados africanos e asiáticos nas décadas de 50, 60 e 70 do século XX, não determinou, contrariamente ao que os discursos *nativistas* fariam prever⁷, uma ruptura com as instituições jurídicas dos antigos colonizadores e um regresso às formas de justiça tradicional, o que se explica pela necessidade de assegurar a unidade nacional e

ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, «O sistema jurídico de Timor-Leste. Evolução e perspectivas», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, 2004, p. 15. Já depois da independência, em discurso proferido a 27 de Junho de 2003, Xanana Gusmão referiu o propósito de investigar e compilar um Glossário Legal Tradicional, mas não há notícia de que este projecto tenha sido conduzido a bom termo. Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, p. 220.

³ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 433-435; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, p. 51.

⁴ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 418.

⁵ Não é de surpreender – observa JORGE MIRANDA – que, libertando-se do domínio colonial europeu, do mesmo passo os povos de vários continentes tenham adoptado a forma europeia de Estado como única estrutura jurídico-política apta a permitir-lhes o rápido acesso à vida moderna. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, *Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 93.

⁶ Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, pp. 60-61 e 70.

⁷ Cf. RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, pp. 626-627.

a autoridade do Estado e de dispor de instrumentos jurídicos aptos a levar a cabo as reformas sociais tidas por indispensáveis⁸. O Direito moderno herdado dos senhores coloniais foi mantido em vigor, com mínimas adaptações, e tomado como base para o desenvolvimento dos Direitos nacionais⁹, conduzindo, não raramente, a importações acrílicas – ou *plágios infelizes*, para parafrasearmos Carlos Ferreira de Almeida¹⁰ – de Direito estrangeiro. Neste esforço de modernização, os novos Estados dotaram-se de sistemas jurídicos e judiciais muito semelhantes aos dos países europeus e, indo mais longe do que muitos dos velhos impérios¹¹, optaram por não reconhecer praticamente nenhum valor às normas de Direito consuetudinário e às instâncias de justiça tradicional, tidas como retrógradas ou simplesmente matéria não jurídica¹².

⁸ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 430.

⁹ Cf. RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 624; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 41-42.

¹⁰ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 16.

¹¹ Como explica Boaventura Sousa Santos, referindo-se à experiência colonial portuguesa, o Direito e as autoridades tradicionais foram usados pelo Império como parte integrante do processo de dominação colonial, uma vez que lhes cabia reger o comportamento dos indígenas nas suas vidas quotidianas, resolver disputas, garantir o contínuo encaminhamento de trabalho escravo e o pagamento de impostos. Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS – «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, pp. 62-63. Cf., igualmente, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 416 e 428-429; JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA – «A África e o Direito», in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977, pp. 677-679; NUNO CANAS MENDES – *A multidimensionalidade da construção identitária em Timor-Leste*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005, p. 169. A manipulação das instâncias tradicionais pelas potências colonizadoras leva, entretanto, alguns autores, como Mamhood Mamdani, a contestar a sua legitimidade no presente. Cf. SARA ARAÚJO, «Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique. Resolução de litígios no bairro “Jorge Dimitrov”», in <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/62.pdf> [21.10.2009].

¹² Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context. The legal systems of Asia and Africa*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 22; RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, pp. 616 e 627; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*,

Cedo se verificou, porém, ser muito limitado o real impacto das reformas empreendidas por via legislativa junto das populações¹³, que continuaram a reger as suas vidas pelas normas costumeiras (por vezes, em manifesta violação do Direito oficial) e a recorrer às instâncias tradicionais para a resolução dos conflitos surgidos no seio das comunidades¹⁴. Esta prevalência do costume compreende-se, desde logo, pelo carácter distante e, em boa medida, artificial do Estado, com a sua parafernália burocrática e as suas leis progressistas. É com a família, a aldeia, a etnia, que as populações dos novos países africanos e asiáticos em primeira linha se identificam¹⁵, pelo que não surpreende que continuem a pautar pelos seus usos e costumes próprios as suas vidas quotidianas. As leis estaduais, de resto, são amiúde o produto de importações mecânicas de quadros normativos estrangeiros, que desatendem grosseiramente as especificidades locais¹⁶. Ainda que sejam adaptadas, como nunca deixam de o ser

vol. 40, n.º 1, 2006, pp. 40 e 46; ERIC AGOSTINI, *Droit Comparé*, trad. port. de Fernando Couto, *Direito Comparado*, Porto, Rés-Editora, s/ d., p. 272; DÁRIO MOURA VICENTE – *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 430.

¹³ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE – *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 435; ISABELLE DE ANDRADE ARAÚJO e JOSÉ JOAQUIM GOMES DA COSTA FILHO – «O futuro papel da sociedade civil na resolução de conflitos na África», in Clóvis Brigagão (ed.), *A sociedade civil na resolução de conflitos na África*, Rio de Janeiro, Gramma, 2008, p. 41.

¹⁴ «No Oriente e em África, o Direito ocidental estabelecido não é senão uma fachada. As populações, na sua imensa maioria, continuam a viver, sem se preocuparem com esse corpo artificial de regras, de acordo com os seus modos tradicionais de vida». Cf. RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 40; também p. 633. Em idêntico sentido, cf., ainda, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, p. 40; WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context. The legal systems of Asia and Africa*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 22-23.

¹⁵ Cf. ALEXANDER LOCH, «Nation building at the village level: First the house, then the Church and finally a modern state», in Christine Cabasset-Semedo e Frédéric Durand (eds.), *East-Timor. How to Build a New Nation in Southeast Asia in the 21st Century?*, Bangkok, IRASEC, 2009, pp. 95-104; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 420.

¹⁶ Como observa René David, a propósito dos países africanos, foi frequente a recepção, em vários domínios, de leis que não se adaptavam às suas condições e às suas necessidades, porque eram simples cópias de leis elaboradas para um país europeu. Cf. RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port.

(pelo menos ao nível da sua interpretação e aplicação pelos actores jurídicos autóctones¹⁷), as leis estaduais não ocupam mais do que um lugar periférico na vida das populações. Uma pequena elite, urbana, conhecê-las-á e invocá-las-á em seu benefício, reforçando por aí os seus privilégios¹⁸, mas a maioria da população permanece-lhes indiferente.

Em vista desta debilidade do Direito legislado e da inegável força do Direito consuetudinário, os líderes africanos e asiáticos têm vindo, nos últimos anos, a manifestar um crescente interesse pelas instituições costumeiras, procurando acomodá-las no quadro de ordens jurídicas estaduais que se assumem já como necessariamente plurais¹⁹. As experiências

de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 635. Cf., ainda, ERIC AGOSTINI, *Droit Comparé*, trad. port. de Fernando Couto, *Direito Comparado*, Porto, Rés-Editora, s/ d., pp. 332-333.

¹⁷ A doutrina tem vindo a chamar a atenção para o facto de as leis ocidentais transplantadas dificilmente poderem ser aplicadas nos países africanos e asiáticos do mesmo modo que o seriam no país de origem, o que acaba por dar origem a novos híbridos jurídicos. Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context. The legal systems of Asia and Africa*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 51; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, pp. 45-46. Regras idênticas – nota Dário Moura Vicente – têm amiúde sorte muito diversa nas diferentes sociedades em que vigoram, particularmente quando são fruto da recepção de Direito estrangeiro. De tal modo que a vigência da mesma lei em diferentes países não implica a aplicabilidade neles do mesmo Direito. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 39 e 564. Isso não significa, no entender de Alan Watson, que o transplante jurídico seja rejeitado pelo sistema jurídico hospedeiro. «A successful legal transplant will grow in its new body, and become part of that body just as the rule or institution would have continued to develop in its parent system. Subsequent development in the host system should not be confused with rejection». Cf. ALAN WATSON, *Legal transplants. An approach to Comparative Law*, 2.ª ed., Atenas e Londres, The University of Georgia Press, 1993, p. 27.

¹⁸ Cf. JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, «A África e o Direito», in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977, p. 701; Cf. RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 635.

¹⁹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 418. Esta acomodação dá-se tanto pelo reconhecimento de legitimidade às instâncias tradicionais de justiça para resolverem disputas por aplicação do costume – aspecto que prioritariamente nos interessa neste estudo –, como pela chamada dos tribunais estaduais a aplicar normas costumeiras nas suas decisões. A aplicação do Direito costumeiro nos tribunais estaduais, por juízes com uma formação jurídica de tipo ocidental e frequentemente desconhecedores das subtilidades das tradições, implica cer-

recentes em Angola e Moçambique demonstram, no entanto, que estas tentativas de articulação entre o Direito oficial e o costume não se traduzem num reconhecimento indiscriminado das normas e instituições costumeiras²⁰. A lei continua a deter a primazia entre as fontes de Direito, pelo que, formalmente, apenas o costume *secundum* ou *praeter legem* será atendível. Na prática, porém, é sabido que muitas normas costumeiras contrárias à lei continuam a ser seguidas pelas populações, nomeadamente em matéria familiar e sucessória²¹. O fosso entre a *lei nos livros* e a *lei na acção* não foi erradicado, apesar do esforço, sem dúvida, meritório que tem vindo a ser desenvolvido.

2. As hesitações experimentadas pelos Estados no reconhecimento do costume espelham, em boa medida, as dúvidas expressas pela doutrina e a ambivalência dos padrões internacionais neste domínio. Por um lado, parece ser hoje pacífica a importância de respeitar e valorizar a diversidade cultural²², de que a diversidade jurídica é mero corolário. A plura-

tamente o risco de desvirtuar o conteúdo dos preceitos, mas afigura-se inevitável a partir do momento em que se reconhece o costume como fonte de Direito e se assume o dever de aceitar a relevância jurídica de situações constituídas à sombra de normas costumeiras, nomeadamente no que respeita a relações familiares, direitos sucessórios, uso e posse de terras. O costume aplicado nos tribunais estaduais será, naturalmente, apenas aquele que se mostrar conforme à Constituição e à lei, qualquer que seja o real sentimento de justiça das populações...

²⁰ Angola instituiu, em 1988, um sistema unificado de Justiça, integrando tribunais populares municipais competentes para decidir causas por aplicação do Direito consuetudinário, mas impôs como limite à aplicabilidade do costume o prévio assentimento das partes e o respeito, pelas normas costumeiras, dos princípios fixados na lei. A Constituição moçambicana estatui que 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. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 431-434.

²¹ O que se explica pela maior resistência das matérias integradas no estatuto pessoal das pessoas singulares aos fenómenos de recepção. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 432 e 141.

²² Nesse sentido se pronuncia a *Convenção sobre a protecção e a promoção da diversidade das expressões culturais*, adoptada pela 33.ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 20 de Outubro de 2005. No texto preambular pode ler-se, designadamente, que «a diversidade cultural constitui um património comum da Humanidade que deve ser valorizada e preservada em benefício de todos». Daqui decorre, nomeadamente, o princípio da igual dignidade e do respeito de todas as culturas, segundo o qual, a protecção

lidade dos Direitos – sublinha Dário Moura Vicente – é inerente à diversidade de culturas (ou seja, à diversidade dos costumes e das instituições que constituem a herança social da comunidade) e à diversa valorização dos mesmos problemas nos diferentes sistemas jurídicos locais²³. Razões de adequação, de justiça e de eficácia exigem, por isso, que não ignoremos as normas e instituições costumeiras, mais próximas das necessidades reais da sociedade e do sentimento ético-jurídico dos respectivos destinatários²⁴. Um seu reconhecimento tem, de resto, a vantagem de favorecer a paz social, atento o valor atribuído pelas instâncias tradicionais de justiça à conciliação das partes em conflito. Privilegiando a conciliação, em detrimento de uma decisão imposta por um terceiro imparcial que declare vencedores e vencidos, as formas tradicionais de justiça permitem restaurar a harmonia do grupo, o que se afigura especialmente importante em meios pequenos, onde todos se conhecem e têm de partilhar bens e tarefas em ordem a sobreviver²⁵. Outras vantagens referidas pela doutrina residem no carácter imediato, frontal, público, colectivo e relativamente transparente do funcionamento das autoridades tradicionais na resolução de conflitos; o facto de a língua empregue pelos participantes ser a língua local das partes; a circunstância de os membros da assistência serem frequentemente chamados a participar na discussão do problema, apresentando os seus pontos de vista e inibindo os decisores de actuarem de forma infundada ou arbitrária; os baixos custos envolvidos

e a promoção da diversidade das expressões culturais implicam o reconhecimento da igual dignidade e do respeito de todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos autóctones (artigo 2.º, n.º 3). Seguimos aqui a tradução oficial do texto, publicada com a Resolução da Assembleia da República portuguesa n.º 10-A/2007, que aprovou a Convenção.

²³ Isto, mesmo em domínios que por vezes se supõem axiologicamente neutros ou desprovidos de referências culturais, como o dos contratos. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 586-587.

²⁴ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE – *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 434-435 e 588.

²⁵ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE – *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 440; RENÉ DAVID – *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 621; JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, «A África e o Direito», in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977, p. 659.

e a celeridade dos processos, sobretudo por comparação com a muito dispendiosa e morosa justiça oficial²⁶.

A comunidade internacional, entretanto, tem vindo a mostrar-se sensível à utilidade das instâncias de justiça tradicional, como mecanismos alternativos de solução de litígios. Na *Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder*, adoptada em 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas admitiu o recurso às práticas de Direito consuetudinário ou práticas autóctones de justiça, sempre que estas se revelem adequadas a facilitar a conciliação e a obter a reparação em favor das vítimas²⁷. Idêntico é o sentido da Resolução do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que, em 2002, definiu os princípios básicos por que devem pautar-se os programas de *justiça restaurativa* em matéria criminal²⁸. Largamente baseados nas formas de justiça tradicional ou indígena, os processos de *justiça restaurativa* englobam quaisquer mecanismos pelos quais a vítima e o agressor, bem como todos os demais indivíduos ou membros da comunidade afectados pela prática do crime, participam em conjunto na solução dos problemas decorrentes do crime, normalmente com o auxílio de um mediador ou facilitador²⁹. No termo do processo, pode ser decidida a reparação dos danos, a restituição de bens ou a prestação de serviço a favor da comunidade, consoante as concretas necessidades individuais e colectivas³⁰. Segundo o texto preambular desta declaração, os processos de *justiça*

²⁶ Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, pp. 68-69; SARA ARAÚJO, «Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique. Resolução de litígios no bairro “Jorge Dimitrov”», in <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/62.pdf> [21.10.2009]; RAQUEL FAJARDO, KONG RADY e PHAN SIN – *Pathways to Justice: Access to Justice with a Focus on Poor, Women and Indigenous Peoples*, Cambodja, Ministério da Justiça e PNUD Cambodja, 2005, p. 18.

²⁷ Declaração anexa à Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 40/34, de 29 de Novembro de 1985, in <http://www.lgdh.org> [29.11.2009].

²⁸ Resolução 2002/12, de 24 de Julho de 2002, in <http://www.un.org/docs/ecosoc/documents> [29.11.2009].

²⁹ «“Restorative process” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles» (n.º 2).

³⁰ «Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs

restaurativa apresentam a grande vantagem de contribuir para o entendimento e a harmonia sociais, por permitirem às vítimas de crimes partilhar abertamente as suas experiências e sentimentos (e, por aí, obter reparação e recuperar a sensação de segurança), contribuindo para sanar as feridas não apenas das vítimas, mas também dos agressores (que, deste modo, têm a oportunidade de perceber as causas e os efeitos dos seus actos e de assumir a sua responsabilidade) e da comunidade como um todo³¹.

O muito propalado respeito pelas especificidades culturais dos povos e os reconhecidos benefícios associados às formas de justiça tradicional conhecem, no entanto, significativos limites, o que, se se compreende atentas algumas dificuldades não descuráveis que analisaremos a seguir, não pode deixar de constituir motivo de desânimo para todos os que esperam dos Estados e da comunidade internacional um tratamento consequente dos desafios postos pelo pluralismo jurídico. O primeiro e principal limite ao reconhecimento das normas costumeiras e das formas de justiça tradicionais decorre do necessário respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, tal como estes estão consagrados na *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e demais documentos internacionais sobre a matéria³². Mesmo os mais acérrimos defensores do respeito pelas culturas se detêm neste ponto, exigindo, nomeadamente, que

and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender» (n.º 3).

³¹ «[R]estorative justice [...] builds understanding and promotes social harmony through the healing of victims, offenders and communities; [e]nables those affected by crime to share openly their feelings and experiences, and aims at addressing their needs; [p]rovides an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behaviour and to take responsibility in a meaningful way, and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community wellbeing and to prevent crime». Refira-se que foi, em boa medida, por referência ao modelo de *justiça restaurativa* que operou a Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação em Timor-Leste, criada pelo Regulamento UNTAET n.º 2001/10, de 13 de Julho de 2001, para, designadamente, facilitar processos de reconciliação comunitária em relação a actos de natureza criminal e não criminal cometidos no contexto dos conflitos políticos ocorridos em Timor-Leste entre 25 de Abril de 1974 e 25 de Outubro de 1999.

³² A diversidade cultural – estatui o artigo 2.º, n.º 1, da *Convenção sobre a protecção e a promoção da diversidade das expressões culturais* – só pode ser protegida e promovida se forem assegurados os direitos humanos e as liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, de informação e de comunicação ou a possibilidade de os indivíduos escolherem as suas expressões culturais. Ninguém poderá invocar o disposto na Convenção para atentar contra os direitos humanos e as liberdades fundamentais consi-

seja acautelada a igualdade de género³³. Ora, um dos aspectos que, via de regra, caracteriza as normas costumeiras e as instâncias de justiça tradicional é a subalternização das mulheres e a sua exclusão dos lugares de chefia, nomeadamente dos conselhos de anciãos a quem compete dirimir conflitos³⁴. Esta circunstância tem levado não poucos defensores da diversidade cultural a propor o reconhecimento das instâncias tradicionais, mediante uma sua reconfiguração que permita o acesso de homens e mulheres, em pé de igualdade, aos lugares de liderança comunitária. Por mais bem intencionadas que sejam estas propostas, parece-nos manifesto que acabam por negar o seu próprio objectivo. Baseiam-se, afinal, num padrão uniforme de direitos e liberdades fundamentais, descurando a hipótese de existirem outras formas de proteger a dignidade dos seres humanos que não se coadunem com a fórmula canónica³⁵, e acabam por

nados na Declaração Universal dos Direitos do Homem ou garantidos pelo direito internacional, nem para limitar o respectivo âmbito de aplicação.

³³ Nesse sentido se pronunciam, entre outros, Raquel Fajardo, Kong Rady e Phan Sin. Cf. RAQUEL FAJARDO, KONG RADY e PHAN SIN – *Pathways to Justice: Access to Justice with a Focus on Poor, Women and Indigenous Peoples*, Cambodja, Ministério da Justiça e PNUD Cambodja, 2005, p. 18. Cf., igualmente, SARA ARAÚJO, «Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique. Resolução de litígios no bairro “Jorge Dimitrov”», in <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/62.pdf> [21.10.2009].

³⁴ Veja-se, a esse respeito, o Relatório Inicial apresentado pelo Governo timorense no âmbito da *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*, aprovado por Resolução do Governo n.º 4/2008, de 27 de Fevereiro: «A estrutura hierárquica do sistema tradicional é evidente nas desigualdades que resultam da aplicação deste, por exemplo a herança de terras que atribui prioridade aos homens. As mulheres não são, por norma, incluídas nos procedimentos tradicionais. No contexto da justiça tradicional as mulheres não recebem, na generalidade, compensações do perpetrador; e habitualmente as compensações vão para os membros masculinos da família da vítima».

³⁵ «Human rights jurisprudence has become a “human rights industry”, which relies heavily on unifying assumptions, often assiduously denying the possibility of protecting human rights through reconstructing indigenous norms at local level rather than imposition of globally uniform standards and norm systems». Cf. WERNER MENSKI, *Comparative Law in a Global Context. The legal systems of Asia and Africa*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 41. Idênticos considerando se justificam a propósito das recomendações de que as estruturas tradicionais respeitem os princípios democráticos dos Estados em que se situem. Como nota Boaventura de Sousa Santos, o que, à luz dos valores políticos modernos, é considerado corrupção ou nepotismo, pode ser entendido como o cumprimento de deveres familiares e o correlato da lealdade para com a etnia ou a comunidade. Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, p. 61.

declarar inadmissíveis práticas ancestrais em cujo mérito as populações (mulheres e homens) acreditam. Sem pretendermos que o respeito pela diversidade cultural tenha que envolver uma aceitação acrítica de todas as normas e práticas ditas tradicionais, não podemos deixar de censurar, por míope, esta exigência de que as demais culturas se pautem pelos nossos valores. Este é, precisamente, o preconceito que se pretende haver superado há muito...

O mesmo vale para as tentativas de impor às instâncias de justiça tradicional a obediência a estritas regras de procedimento, em nome da segurança jurídica e como forma de garantir uma qualquer medida de *due process*. Em comentário ao artigo 14.º do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*³⁶, o Comité de Direitos Humanos admitiu a legitimidade dos tribunais baseados no Direito costumeiro para pronunciar sentenças obrigatórias, desde que cumpridos alguns requisitos – que os procedimentos perante tais tribunais estejam limitados às matérias criminais e civis menores, que sejam cumpridos os requisitos básicos de um julgamento justo (o que quer que isso signifique) e que as sentenças desses tribunais sejam validadas pelos tribunais estatais, para além de susceptíveis de recurso pelas partes perante um procedimento que cumpra os requisitos do artigo 14.º do Pacto³⁷. O que se afigura problemático nesta abordagem é o facto de o reconhecimento das normas e instâncias tradicionais de justiça ser feito sem verdadeiramente se abandonar o dogma da superioridade dos sistemas jurídicos e judiciais formais. A justiça tradicional, apesar de merecer a confiança das populações e de ser célere e eficiente na resposta aos seus problemas, continua a ser vista como uma justiça de tipo inferior, por – diz-se – oferecer menores garantias proces-

³⁶ «Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil [...]» (n.º 1).

³⁷ Comentário Geral n.º 32, nonagésima sessão, Genebra, 9 a 27 de Julho de 2007, CCPR/C/GC/32, de 23 de Agosto de 2007, parágrafo 24. De modo semelhante, os princípios básicos em matéria de *justiça restaurativa* enunciados pelo Conselho Económico e Social, apesar da assumida inspiração nas formas de justiça tradicional, subordinam os programas de *justiça restaurativa* à lei estadual e à supervisão pelos órgãos judiciais competentes, para além de não confiarem às autoridades tradicionais o desempenho da função de facilitador ou mediador, que pode ser qualquer pessoa que prove ter um bom conhecimento das culturas e comunidades locais.

suais³⁸. É certo que as regras consuetudinárias são transmitidas oralmente, de geração em geração, o que muito contribui para a sua simplicidade e concisão, mas também para a dificuldade da sua prova (uma dificuldade só acrescida pela grande diversidade de costumes dentro de um mesmo espaço territorial)³⁹. Como também é verdade que a condução dos processos pelas autoridades tradicionais não obedece a um esquema preciso, sendo antes extremamente flexível, de modo a permitir uma constante adaptação às concretas circunstâncias do caso e uma mais fácil conciliação das partes (que pode exigir uma interpretação *generosa* das regras aplicáveis)⁴⁰. Nem existem, no Direito costumeiro, regras de processo limitadoras da competência ou dos poderes dos órgãos encarregados de administrar a justiça, valendo simplesmente o princípio *ubi jus ibi remedium*⁴¹. Toda esta abertura e imprecisão pode causar perplexidade e inspirar receios, mas não justifica que condicionemos o nosso reconhecimento à observância de regras processuais que fazem sentido no sistema judicial formal, mas que, impostas ao costume e às autoridades tradicionais, só podem ter um efeito deturpador⁴². Qualquer tentativa de *domesticar* o costume, reduzindo-o a escrito⁴³ ou fixando dentro de apertados limites as competências das instâncias tradicionais, envolve o risco de o tornar irreconhecível para as populações a que se destina, gerando mais um

³⁸ Cf. SARA ARAÚJO, «Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique. Resolução de litígios no bairro “Jorge Dimitrov”», in <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/62.pdf> [21.10.2009].

³⁹ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 428; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique», in *Law & Society Review*, vol. 40, n.º 1, 2006, p. 67.

⁴⁰ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 443; JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, «A África e o Direito», in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977, p. 659.

⁴¹ Cf. JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, «A África e o Direito», in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977, p. 659.

⁴² Cf. RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 621.

⁴³ José Fernando Nunes Barata, escrevendo em 1977, chamava a atenção para o facto de a redução a escrito do Direito costumeiro corresponder, em certa medida, a uma sua europeização, perguntando-se se o congelamento, através da codificação, deste Direito não o faria perder a própria alma... Cf. JOSÉ FERNANDO NUNES BARATA, «A África e o Direito», in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1977, pp. 660-661.

corpo de normas artificiais que se vai somar às demais leis estaduais sem, na prática, substituir o Direito realmente vivido pelas pessoas.

René David afirmou que o Estado não pode, sem destruir o costume, substituir-se aos agrupamentos originários para definir o costume ou formular uma política consuetudinária⁴⁴, o que julgamos excessivo. Uma política consuetudinária, definida por lei, sempre será necessária para, pelo menos, resolver o problema da articulação entre as instâncias de justiça tradicional e os sistemas judiciais dos modernos Estados de Direito democráticos, que não podem simplesmente alhear-se desta outra realidade, a pretexto de que não é jurídica ou que contraria os princípios fundamentais inscritos na Constituição. Com ou sem o aval do Estado, as instâncias tradicionais de justiça continuarão a funcionar no dia-a-dia das populações e a constituir, amiúde, o primeiro recurso para a solução dos seus problemas. Reconhecendo-as, em lugar de proceder como se não existissem, os Estados beneficiam da sua acção pacificadora junto das comunidades, que, quando não contribui directamente para uma resolução extrajudicial das contendas (desimpedindo sobremaneira os tribunais estaduais), permite, pelo menos, preparar as partes em conflito para a necessidade de reparar os danos causados e aceitar o que vier a ser decidido pela justiça oficial. Esta concertação de esforços pode ser muito benéfica para ambas as partes, mas pressupõe que estejam esclarecidos os termos (eficácia, recorribilidade, etc.) em que os acordos obtidos e as decisões proferidas em sede tradicional serão reconhecidos pelos órgãos administrativos e judiciais do Estado. Daí a necessidade de uma política consuetudinária. Importante é que o legislador estadual saiba resistir ao impulso para converter em letra de lei as normas costumeiras (elaborando um qualquer catálogo pretensamente exaustivo) e para reconfigurar o funcionamento das autoridades tradicionais segundo critérios inteiramente estranhos à sua natureza.

3. Quando, em 20 de Maio de 2002, Timor-Leste se tornou independente, tinha já ao seu dispor uma estrutura estadual moderna, gentilmente cedida pela Administração Transitória das Nações Unidas, e uma Constituição que o sagrava Estado de Direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade

⁴⁴ Cf. RENÉ DAVID, *Les grands systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo (Direito Comparado)*, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 628.

da pessoa humana⁴⁵. Dir-se-á que tanto aquela estrutura estadual como este texto constitucional pouco tinham a ver com os timorenses, impostas como foram pelos patrocinadores estrangeiros⁴⁶, mas os líderes do novo Estado assumiram com afinco o propósito de consolidar o aparelho estadual deixado pela UNTAET e de respeitar fielmente a Constituição⁴⁷. Fundamental neste processo afigurava-se, desde logo, a edificação de um sistema judicial forte, independente, imparcial e, sobretudo, credível junto das populações, de modo a superar o «legado de impunidade e de justiça selectiva» ainda muito presente nas mentes de todos. «Para abraçarmos a democracia e os direitos humanos – afirmava Xanana Gusmão em Abril de 2003 – necessitamos de um sistema judicial forte e independente. Um julgamento justo requer acesso à justiça, tratamentos dos casos em tempo oportuno, igualdade, justiça, integridade, transparência, independência e responsabilidade. [A] edificação de um sistema de justiça sustentável que goze da confiança do público, [é necessária] para uma sociedade assente no primado da lei e no respeito pelos direitos humanos»⁴⁸. Estas preo-

⁴⁵ Artigo 1.º, n.º 1, da Constituição da República Democrática de Timor-Leste (doravante, CRDTL). Note-se, a propósito, que os comentadores do processo constituinte timorense nunca duvidaram de que o resultado final viesse a compreender «os grandes elementos comuns a um Estado de Direito democrático – os direitos, liberdades e garantias pessoais, o sufrágio universal, o pluralismo partidário, a existência de um Parlamento, a independência dos tribunais, os princípios de legalidade e de constitucionalidade». Nesse sentido se pronunciou Jorge Miranda, que, no entanto, não deixou de admitir que o papel das autoridades tradicionais pudesse vir a constituir uma variável importante. Cf. JORGE MIRANDA, «Timor e o Direito Constitucional», in Jorge Miranda (org.), *Timor e o Direito*, reimp. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, pp. 123-124.

⁴⁶ Para uma leitura muito crítica da forma como foi conduzido o processo de eleição da Assembleia Constituinte e de elaboração da Constituição timorense (praticamente copiada da Constituição portuguesa, com mínimas adaptações), cf. PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, «A transição em Timor-Leste (1999-2002)», in Rui Centeno e Rui Novais (orgs.), *Timor-Leste: da Nação ao Estado*, Porto, Edições Afrontamento, 2006, pp. 57-71.

⁴⁷ Nesse sentido, vejam-se os discursos de Xanana Gusmão, reunidos em *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, maxime pp. 99, 101, 130, 132, 141, 222-223.

⁴⁸ Discurso proferido a 3 de Abril de 2003. Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, pp. 130-132 (interpolações nossas). Em idêntico sentido se pronunciou a Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação de Timor-Leste: «É essencial dispor de um sistema judicial independente e operacional para garantir a existência do Estado de Direito em Timor-

cupações dificilmente se compaginam com formas tradicionais de resolução dos litígios – que amiúde misturam o real e o sobrenatural na apreciação dos factos e cuja imparcialidade suscita muitas dúvidas⁴⁹ –, ainda que o mesmo Xanana Gusmão lhes reconheça, pelo menos, o grande mérito de promoverem o perdão e a reconciliação das partes e da comunidade como um todo (*badame*), contribuindo para evitar novos conflitos no futuro⁵⁰. Tem sido, por isso, com muitas reticências que os líderes

-Leste. Em virtude da experiência com a dominação indonésia, muitos timorenses não confiam no sistema judicial. Sabem que o sistema que vigorou era corrupto, inacessível e politicamente influenciável. Este é um grande desafio quando se trata de desenvolver um novo sistema judicial. Um sistema judicial equitativo, profissional, acessível e eficaz é uma pedra angular na criação do Estado de direito em Timor-Leste. O desenvolvimento de um sistema judicial forte e independente em Timor-Leste é um pilar fundamental da nossa nova democracia» – in *Chega! Relatório da Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação (CAVR) de Timor-Leste, Resumo Executivo*, 2005, p. 198.

⁴⁹ Num balanço dos prós e contras da justiça tradicional, Xanana Gusmão sublinha estes aspectos. A «extrema necessidade de ligar o real ao metafísico para se dar credibilidade, moral, a qualquer solução que venha a surgir», resulta numa «influência poderosíssima da explicação ou interpretação dos factos, pela via do sobrenatural, que muitas vezes nega o realismo dos valores da justiça (se sobrepõe ao realismo dos factos)». Quando existe um conflito – explica – o lesado apresenta o problema ao chefe da povoação e os *lia-nain* encontram-se para resolver o problema. «Se as duas partes não estão próximas dos actores da justiça, pode *a priori* dizer-se que o caso é resolvido com certa imparcialidade. Se o lesado ou o que ofende tiver tido problemas com os actores da justiça (chefe de povoação ou de *suco*), pode também *a priori* dizer-se que a imparcialidade da justiça não é garantida e, nesses casos, o sobrenatural actua para legitimar a solução». São frequentes as promessas de pagamento (em porcos, cabritos) aos que actuam em nome da justiça, do mesmo modo que é usual que quem pede a sua ajuda lhes dê de comer e que, quem ganhe a contenda, os compense com um prémio pecuniário. Outras dificuldades inerentes ao funcionamento da justiça tradicional resultam da ausência de um padrão comum de sanções e da falta de assistência por advogados de defesa, ainda que uma e outra debilidades sejam compensadas pelo facto de, por um lado, se recorrer normalmente à fixação de uma indemnização (conforme à gravidade do acto e às possibilidades do arguido) e, por outro lado, o funcionamento aberto das audiências acautelar as necessidades de defesa do arguido e constringer os actores da justiça à tomada de decisões imparciais. «O sistema de confrontação directa de dados, entre duas partes, é aberto à assembleia das pessoas presentes, com intervenções de todos quantos estiverem interessados. Este método, na maior parte das vezes, influencia positivamente os actores da justiça para a tomada de uma solução imparcial». Discurso proferido a 27 de Junho de 2003. Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, pp. 216-217.

⁵⁰ «O espírito do *badame* é de apaziguamento, de forma a que, depois de uma solução ser de acordo de todos, deixar de haver problemas no futuro entre as duas partes.

políticos timorenses têm encarado a possibilidade de reconhecer a legitimidade da justiça tradicional ao lado do sistema judicial formal. Receiam, sobretudo, que um tal beneplácito possa vir desacreditar os tribunais estaduais, de implantação ainda incipiente, e minar a edificação do Estado de Direito ao autorizar práticas que frontalmente desafiam os seus princípios fundamentais, nomeadamente a democracia e o respeito pelos direitos humanos⁵¹. Não podem, no entanto, descuidar a importância que as normas e práticas costumeiras assumem na conformação da identidade nacional timorense, nem deixar de aproveitar o enorme potencial conciliador que a justiça tradicional representa⁵². Daí que pretendam subordinar o funcio-

Para que se chegue ao *badame*, não basta que os actores da justiça ditem uma solução, como acontece nos tribunais modernos onde o juiz decide e todos cumprem. A solução é posta à consideração do que ofendeu, que às vezes pode sentir que é superior ao que deveria ser, e estabelece-se um diálogo até que ambas as partes concordem com a medida tomada, num acto de ponderação que é de louvar. E o mais importante é o facto de que as duas partes aceitaram, por vontade própria, assumir um compromisso. A justiça tradicional tem o condão de lembrar às pessoas os laços sanguíneos entre elas, pela evocação da árvore genealógica comum, de forma a que não se situem como inimigos mas como irmãos que deveriam compreender-se. A justiça tradicional não só resolve problemas consumados mas tem o condão de prevenir, de chamar a atenção, de aproximar pessoas que optaram pela ruptura». Discurso proferido a 27 de Junho de 2003. Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, p. 217.

⁵¹ O compromisso com o respeito pelos direitos humanos reflecte-se no extenso catálogo de direitos fundamentais previsto na Constituição e na expedita assinatura por Timor-Leste dos principais instrumentos jurídicos internacionais que versam sobre a matéria. Assim, designadamente, o *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos* (Resolução n.º 3/2003 de 22 de Julho, *Jornal da República*, série I, n.º 12, de 20 de Agosto de 2003); o *Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (Resolução do Parlamento Nacional n.º 8/2003 de 3 de Setembro, *Jornal da República*, série I, n.º 14, de 3 de Setembro de 2003); a *Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (Resolução do Parlamento Nacional n.º 9/2003 de 10 de Setembro, *Jornal da República*, série I, n.º 15, de 10 de Setembro de 2003); a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (Resolução do Parlamento Nacional n.º 11/2003 de 17 de Setembro, *Jornal da República*, série I, n.º 16, de 17 de Setembro de 2003); e a *Convenção sobre os Direitos da Criança* (Resolução do Parlamento Nacional n.º 16/2003 de 17 de Setembro, *Jornal da República*, série I, n.º 16, de 17 de Setembro de 2003). Por força do artigo 9.º da Constituição, as normas contidas nestes instrumentos de Direito Internacional vigoram na ordem jurídica timorense, sobrepondo-se ao Direito interno.

⁵² «Se se souber aproveitar o lado positivo da justiça tradicional, se se souber identificar as fraquezas tanto em termos de mecanismos como em termos de valores, a justiça

namento das instâncias tradicionais de justiça a leis modernas que assegurem o respeito por valores tidos por indisponíveis – a previsibilidade das normas aplicáveis, o direito a um defensor, a imparcialidade dos aplicadores da justiça, a igualdade e não-discriminação⁵³.

O enquadramento constitucional é proporcionado pelo artigo 2.º, n.º 4, nos termos do qual, o Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do Direito costumeiro. Uma formulação lacónica⁵⁴, de claro alcance restritivo (na sua afirmação do primado da lei) e que não tem sequer impedido o legislador ordinário de negar ao costume a qualidade de fonte de Direito. Assim foi com o artigo 2.º da Lei n.º 10/2003, de 10 de Dezembro – a justo título considerado inconstitucional pela doutrina⁵⁵ – onde se afirma que a lei é a única fonte imediata

tradicional (justiça aplicada nas comunidades) desempenhará um importante papel para prevenir que pequenos problemas se arrastem e se tornem em grandes conflitos, arrastando famílias ou mesmo povoações inteiras umas contra as outras. [Casos recentes] revelam a necessidade premente de estabelecimento de um sistema de justiça a partir dos *sucos*, para que os órgãos do poder local, incluindo a polícia, possam intervir em brigas no seio da comunidade. Só existindo um sistema de justiça ao serviço das comunidades, as desavenças, querelas, contradições ou conflitos são imediatamente levados para quem, legitimamente, está responsabilizado para tal, a fim de evitar que se cheguem a extremos, cada um fazendo a justiça por conta própria, numa clara advertência ao Estado de que ou não acreditam no nosso sistema judicial ou não estão, no dia-a-dia, acessíveis a esse sistema judicial, de muita burocracia e lentidão». Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, p. 218 (interpolação nossa).

⁵³ «Um melhor enquadramento das leis modernas para contrabalançar exiguidades de interpretação de valores pela justiça tradicional é absolutamente necessário, para que se defina com clareza os limites a que a justiça tradicional deve obedecer, evitando-se, assim, ir contra o espírito das leis do país e mesmo com os direitos humanos. Assim se estabelecerão os níveis a que os casos cometidos, a partir das aldeias, devam ser submetidos à justiça tradicional». Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, p. 218.

⁵⁴ Mais directa e arrojada no reconhecimento e valorização das normas costumeiras fora a *Carta Magna*, aprovada na Convenção Nacional dos Timorenses na Diáspora, realizada em Peniche, em 1998, proclamando a elevação das regras costumeiras como a base das futuras leis de Timor-Leste, de modo a garantir aos valores tradicionais um enquadramento apropriado no novo sistema legal. Cf. NUNO CANAS MENDES, *A multidimensionalidade da construção identitária em Timor-Leste*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005, p. 238.

⁵⁵ Cf. FLORBELA PIRES, *Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste – alguns problemas*, 2005, www.fdui.pt [30.10.2009]; JAIME

de Direito em Timor-Leste⁵⁶. E assim é também, em boa medida, com o artigo 2.º do Código Civil, ainda em anteprojecto, segundo o qual «os usos costumeiros são juridicamente atendíveis quando a lei o determine»⁵⁷. Isto não significa, como vimos antes, que a lei possa realmente tolher a força vinculativa do costume, mas é um bom indicador do *espírito do sistema*.

As primeiras iniciativas no sentido de subordinar a leis modernas as estruturas e práticas tradicionais tiveram lugar em 2004, com a adopção de dois diplomas legais que vieram regular as eleições para os chefes de *suco*⁵⁸ e para os membros dos conselhos de *suco* (Lei n.º 2/2004, de 18

VALLE, *O casamento na ordem jurídica timorense actual: perspectivas de evolução*, no prelo (cópia cedida pelo autor).

⁵⁶ Para dissipar quaisquer dúvidas, o n.º 3 do mesmo artigo elenca como fontes de Direito na República Democrática de Timor-Leste a Constituição da República, as leis emanadas do Parlamento Nacional e do Governo da República e, supletivamente, os regulamentos e demais diplomas legais da UNTAET enquanto não forem revogados, assim como a legislação indonésia que era aplicada e vigorava de facto em Timor-Leste antes do dia 25 de Outubro de 1999.

⁵⁷ Apesar de começar por subalternizar, nestes termos, o costume à lei – só admitindo a sua relevância quando esta previamente o autorize – o anteprojecto não deixa de ser inovador em relação ao modelo de que é muito claramente decalcado (o Código Civil português) ao reconhecer, a par do casamento civil e do casamento religioso, o casamento tradicional monogâmico, definido como o casamento celebrado, por uma autoridade comunitária, entre pessoas de sexo diferente segundo os usos e costumes de uma determinada região (artigo 1478.º, n.º 1). No entanto, como nota Jaime Valle, este reconhecimento do costume em matéria de casamento fica-se apenas pelos aspectos formais da celebração. Cf. JAIME VALLE, *O casamento na ordem jurídica timorense actual: perspectivas de evolução*, no prelo (cópia cedida pelo autor).

⁵⁸ *Suco* é uma divisão administrativa de dimensão superior à aldeia e inferior ao subdistrito (artigo 1.º do Diploma Ministerial n.º 9/2004, de 14 de Julho, que fixou as aldeias para efeitos da eleição dos chefes de *suco* e dos membros dos conselhos de *suco*). Em 2003, quando estavam ainda em curso estudos sobre a divisão administrativa a estabelecer e se preparavam as primeiras eleições de chefes de *suco* e de conselho de *suco*, assistiu-se, em vários pontos do país, a reivindicações para a constituição de novos *sucos* e novas aldeias. A resposta do Governo – contida no Diploma Ministerial n.º 6/2003, de 29 de Julho, é exemplar na afirmação da supremacia da lei e do poder legislativo. «[T]em-se assistido ultimamente a reivindicações para a constituição de novos *sucos* e novas aldeias sem o necessário fundamento legal. Reivindicam-se “direitos” inexistentes porque não estão fundados na lei. A formação de novos *sucos* não pode ter lugar conforme o livre arbítrio de cada um, antes tem de fazer-se em conformidade com a lei. É a lei que vai definir qual é o número mínimo de famílias e de pessoas necessárias para falarmos na existência de uma aldeia, quantas aldeias são necessárias para estarmos perante um *suco*,

de Fevereiro), bem como definir «as grandes balizas» pelas quais uns e outros devem pautar a respectiva actuação (Decreto-Lei n.º 5/2004, de 14 de Abril, sobre autoridades comunitárias)⁵⁹. Tratou-se, assumidamente, de ir ao encontro dos líderes e autoridades tradicionais, reconhecendo o importante papel por eles desempenhado junto das populações, em linha com o que, já em Agosto de 2002, Xanana Gusmão advogara como princípio norteador do processo de descentralização e de delimitação do poder local⁶⁰, mas o principal objectivo foi o de assegurar a legitimidade democrática dos detentores dos cargos e o de garantir uma certa medida de igualdade de género no processo eleitoral. Assim se compreende que os chefes de *suco* e de aldeia, como os demais membros do conselho de *suco*, contrariando os tradicionais critérios de designação assentes no sagrado ou na ascendência⁶¹, tenham passado a submeter-se ao sufrágio universal, livre, directo, secreto, pessoal e periódico (artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 2/2004). Como se compreende que a liderança, tradicionalmente atribuída a homens, seja agora acessível a homens e mulheres em condições de igualdade (artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2004), sendo mesmo exigida, na composição do conselho de *suco*, a presença de duas mulheres

qual deve ser a extensão territorial que o *suco* deve ocupar, qual é a capacidade de organização existente, que meios têm, antes de se poder reconhecer a existência de qualquer novo *suco*. Até que a lei seja aprovada pelo Parlamento Nacional não haverá reconhecimento por parte do Estado de nenhum novo *suco*». Eram 443 os *sucos* ao tempo reconhecidos pelo Governo (artigo 1.º do Diploma Ministerial). A Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho, define *suco* como uma organização comunitária formada com base em circunstâncias históricas, culturais e tradicionais e que tem área estabelecida no território nacional e população definida (artigo 3.º, n.º 1). Ainda segundo este novo diploma, a aldeia compõe-se de um agregado populacional unido por laços familiares e tradicionais e ligado aos *sucos* por relações históricas e geográficas (artigo 3.º, n.º 2). Esta deferência perante a história e a tradição é logo limitada pelo disposto no n.º 3 do mesmo artigo, na medida em que compete ao Governo delimitar o número e a área dos *sucos* e respectivas aldeias.

⁵⁹ Um e outro diplomas foram, entretanto, revogados pela Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho, que reúne as duas matérias no que agora surge sob a designação de *Lideranças Comunitárias e sua designação*. Analisamos o seu conteúdo.

⁶⁰ «No processo de descentralização e de poder local, salvaguardando-se o espírito democrático nas eleições dos chefes de aldeia e de *suco*, as autoridades tradicionais podem e devem continuar a desempenhar um papel, cooperativo, de persuasão e esclarecimento das populações». Discurso proferido a 30 de Agosto de 2002. Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, p. 35.

⁶¹ Cf. NUNO CANAS MENDES, *A multidimensionalidade da construção identitária em Timor-Leste*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005, p. 239.

e de uma jovem [artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e b)]⁶². A liderança deixa, de resto, de estar restrita aos anciãos, os *katuas*, podendo ser eleitos todos os cidadãos nacionais com mais de 17 anos, desde que, à data das eleições, residam há pelo menos um ano consecutivo no *suco* ou aldeia para cujos órgãos se candidatam (artigo 9.º). A apresentação de candidaturas pode ser feita a título individual ou por um ou mais partidos políticos⁶³ (artigo 12.º). Um dos poucos sinais de reconhecimento directo do costume reside na exigência de que o conselho de *suco* integre um ancião, definido pelo artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2004, como aquele que no dia das eleições tiver idade superior a 50 anos ou «aquele que é reconhecido na comunidade como *lian nain*», ou seja, o portador da memória da comunidade⁶⁴. A importância atribuída à participação directa das populações visadas reflecte-se na obrigatoriedade de as auscultar, em encontro comunitário, antes de proceder à substituição de chefe de *suco* ou membro do conselho de *suco* que tenha perdido o mandato ou esteja impedido de o exercer devido a doença prolongada (artigo 5.º da Lei n.º 2/2004).

Nos termos do Decreto-Lei n.º 5/2004, de 14 de Abril, os chefes de *suco* e os membros⁶⁵ do conselho de *suco* são as únicas autoridades comu-

⁶² Segundo o Relatório Inicial apresentado pelo Estado timorense no âmbito da *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, o número de mulheres eleitas chefes de *suco* foi muito reduzido, num total de 7 chefes de *suco* e 22 chefes de aldeia. Resolução do Governo n.º 4/2008, de 27 de Fevereiro.

⁶³ As primeiras eleições realizadas para chefe de *suco* e membros dos conselhos de *suco*, em 2004 e 2005, foram fortemente condicionadas pela *partidarização* das candidaturas, o que resultou em prejuízo da legitimidade real dos chefes eleitos. Como reportado na imprensa timorense, vários chefes de *suco*, eleitos em virtude da pressão exercida pelos Partidos que os propuseram, acabaram por nunca ser reconhecidos pelas populações, que continuaram a recorrer aos líderes tradicionais aos seus olhos legítimos para resolver os problemas surgidos na comunidade. Este aspecto do regime foi, por isso, revisto pela Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho, que proíbe a apresentação de candidaturas por partidos políticos (artigo 21.º, n.º 3) e consagra, entre os princípios orientadores da campanha eleitoral, a proibição de vinculação da candidatura a partido político [artigo 24.º, n.º 1, alínea b)].

⁶⁴ Xanana Gusmão refere-se-lhes como sendo os homens da lei e os guardiães dos *lúlik*, objectos sagrados. Discurso proferido a 27 de Junho de 2003. Cf. KAY RALA XANANA GUSMÃO, *A construção da nação timorense. Desafios e oportunidades*, Lisboa, Lidel, 2004, pp. 215-216.

⁶⁵ Transpomos a formulação do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/2004, mas, em bom rigor, o que resulta de uma leitura holística do diploma é que as autoridades comunitárias são o chefe de *suco*, o conselho de *suco* e o chefe de aldeia. As competências dos chefes de *suco* e de aldeia são desenvolvidas em texto. Quanto ao conselho de *suco*, cumpre referir que se trata do órgão colectivo do *suco* – composto pelo chefe de

nitárias reconhecidas, cabendo-lhes desempenhar as suas funções e exercer as suas competências em obediência à Constituição e às leis, respeitando a propriedade do Estado designadamente sobre os recursos naturais, renováveis e não renováveis (artigo 1.º, n.º 2). Esta subordinação ao interesse nacional e à Administração estadual é especialmente clara no que diz respeito ao chefe de *suco*, que não pode, em nenhum caso, desenvolver a sua actividade em prejuízo dos programas e planos nacionais aprovados e sem a necessária articulação com a administração do Estado a nível do subdistrito (artigo 2.º, n.º 3). As actividades do chefe de *suco* desenvolvem-se nas mais diversas áreas, desde o recenseamento e registo da população até à manutenção de infra-estruturas sociais, como escolas primárias e postos de saúde, na área do respectivo *suco*. Para o que particularmente nos interessa, o chefe de *suco* actua também na área da «paz e harmonia social» [artigo 2.º, n.º 2, alínea a)], dispondo de competências para favorecer a criação de estruturas de base para resolução e composição de pequenos conflitos que envolvam duas ou mais aldeias do *suco*; promover a criação de mecanismos de prevenção da violência doméstica; apoiar as iniciativas que tenham por fim o acompanhamento e a protecção da vítima de violência doméstica, o tratamento e a punição do agressor de forma a eliminar a ocorrência de tais casos no seio da comunidade; e solicitar a intervenção das forças de segurança em casos de conflitos não solucionáveis a nível local e sempre que ocorram crimes ou distúrbios [artigo 3.º, n.º 2, alíneas c) a f)]⁶⁶. Este reconhecimento de legi-

suco, pelos chefes das aldeias que compõem o *suco*, por duas mulheres, dois jovens, um de cada sexo e um ancião, homem ou mulher (artigo 5.º, n.º 1) – destinado a coadjuvar o chefe de *suco* no exercício das suas funções e aconselhá-lo na busca de soluções que possam obter o maior consenso possível, a favor dos interesses da comunidade e sem prejuízo dos interesses nacionais (artigo 4.º). O conselho é o órgão competente para promover o debate, a planificação, o acompanhamento e o controlo das actividades desenvolvidas no *suco* (artigo 6.º). Reconhecendo a relevância dos líderes tradicionais, mas também deixando claro que estes não se confundem com o chefe ou o conselho de *suco*, o artigo 7.º, n.º 3, admite a possibilidade de o chefe do *suco* convidar a participar nas reuniões do conselho, um ou mais membros do conselho dos *katuas* (anciãos), caso exista, podendo os convidados usar da palavra, sem direito a voto.

⁶⁶ Idênticas competências, ainda que de âmbito territorial mais restrito, têm os chefes de aldeia, que são tratados neste diploma, não como autoridades tradicionais *a se*, mas como meros membros do conselho de *suco*. Compete-lhes, designadamente, favorecer a criação de estruturas de base para composição e resolução de pequenos conflitos que surjam no seio da aldeia; promover o respeito pela lei; garantir a criação de mecanismos de prevenção da violência doméstica, designadamente através de campanhas de educação

timidade às autoridades comunitárias para actuarem como conciliadores, sendo por certo importante, é feito em termos de tal modo vagos – trata-se de «favorecer a criação de estruturas de base» para resolução e composição de «pequenos conflitos» (a violência doméstica é a única fonte de conflitos referida, sem que seja claro que esteja abrangida por aquela designação) – que deixa inteiramente em aberto a delimitação das competências dos chefes de *suco* e de aldeia (ou das estruturas por estes criadas) em matéria de resolução de conflitos, bem como a determinação da eficácia das decisões ou acordos obtidos nessa sede perante as instâncias administrativas e judiciais formais⁶⁷.

A Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho, sobre lideranças comunitárias e sua eleição, procurou definir de forma mais clara os limites a que devem obedecer as estruturas de liderança no desempenho das respectivas funções, ainda que não tenha esclarecido o que se entende por pequenos crimes para efeitos da acção no domínio da paz e harmonia social. Liderança comunitária é definida como o colectivo que tem por objectivo organizar a participação da comunidade na solução dos seus problemas, zelar pelos seus interesses e representá-la sempre que necessário (artigo 2.º, n.º 1). A liderança comunitária é exercida pelo Chefe de *suco* e pelo Conselho de *suco*, nos limites do *suco* e respectivas aldeias (artigo 2.º, n.º 3). Os líderes comunitários não pertencem à Administração Pública e, o que é mais relevante, as suas decisões não obrigam o Estado (artigo 2.º, n.º 3), o que diminui sobremaneira o alcance da sua actuação. A definição do

na respectiva aldeia; facilitar a criação de mecanismos de protecção às vítimas de violência doméstica e de censura e repressão dos autores consoante a gravidade e as circunstâncias de cada caso; promover a consulta e discussão entre os habitantes da aldeia de todos os assuntos relacionados com a vida e o desenvolvimento comunitário e reportar ao Conselho de Suco [artigo 8.º, alíneas *d*) a *h*]).

⁶⁷ Nesta matéria, a ordem jurídica timorense dispõe já de um mínimo de disposições legais ao abrigo das quais é possível pretender o reconhecimento pelos tribunais estaduais de decisões ou acordos obtidos em sede de justiça tradicional e/ou (porque não são necessariamente a mesma coisa) por intermédio da acção conciliatória das autoridades tradicionais/lideranças tradicionais. O Código Penal timorense – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 19/2009, de 8 de Abril – prevê como circunstância atenuante geral a reconciliação entre a vítima e o agente [artigo 55.º, n.º 2, alínea *g*]), e como circunstância de atenuação extraordinária, o facto de o agente reparar o dano ou diminuir os seus efeitos [artigo 56.º, n.º 2, alínea *c*)]. Sendo que a justiça tradicional actua consabidamente no sentido de obter a reconciliação – o *badame* de que fala Xanana Gusmão – e a reparação dos danos sofridos pela vítima, é de crer que os tribunais timorenses não poderão deixar de levar em linha de conta os resultados obtidos naquela sede.

Chefe de *suco* e do Conselho de *suco*, bem como das respectivas atribuições gerais, é feita em termos idênticos aos fixados pelo Decreto-Lei n.º 5/2004⁶⁸, mas a composição do Conselho sofre uma alteração interessante, sob o ponto de vista do que designaremos como *cedências à tradição* – o *lian nain*, que antes era eleito na categoria de ancião (em alternativa a homem ou mulher com mais de 50 anos), passa a ser constituir uma categoria autónoma face aos anciãos e a ser indicado (já não eleito) pelo Conselho de *suco* na sua primeira reunião (artigo 5.º, n.º 3). Em contrapartida, não é já necessária a auscultação da comunidade para substituição de Chefe de *suco* ou membro do Conselho de *suco* que perca o mandato, sendo simplesmente chamado o suplente indicado na lista de candidatura (artigo 7.º, n.º 3). Os Chefes de *suco* e os membros do Conselho de *suco* são eleitos para um mandato de seis anos, sendo permitida uma reeleição (artigo 9.º, n.º 1), e empossados pelo Presidente da Câmara Municipal, ou o representante do Governo até à instalação do município (artigo 9.º, n.º 3). Entre as competências do Chefe de *suco* figura, como antes, a resolução de pequenos conflitos, numa formulação mais esmerada⁶⁹, mas nem por isso mais elucidativa do que esteja aqui em causa. As competências do Conselho de *suco* merecem tratamento autónomo e desenvolvido no artigo 12.º, cabendo-lhe, nomeadamente, velar pelo respeito pelos usos e tradições do *suco* e, no que poderá dar origem a não poucas tensões atento o carácter fortemente hierarquizado e *masculino* daqueles usos e tradições, promover o respeito pelo princípio da igualdade [alíneas *g*) e *e*)]. O Conselho de *suco* reúne-se em sessões ordinárias uma vez por mês e extraordinariamente a pedido do Chefe de *suco* ou de um quarto dos membros do Conselho de *suco* (artigo 13.º, n.º 1); o quórum é de metade dos membros e as decisões são tomadas por maioria

⁶⁸ Incluindo as áreas de actividades e competências, que abrangem a paz e harmonia social, o recenseamento e registo da população, a educação cívica, etc.. Estas áreas de actividade são agora atribuídas ao Chefe de *suco* e ao Conselho de *suco*, estando ambos subordinados ao dever de não actuar em prejuízo dos planos nacionais aprovados pelo Governo (artigo 10.º).

⁶⁹ Abandonou-se a fórmula redonda do «favorecer a criação de estruturas de base para resolução e composição de pequenos conflitos», afirmando-se simplesmente que cabe ao Chefe de *suco* favorecer a resolução de pequenos conflitos que envolvam duas ou mais aldeias do *suco* [artigo 11.º, n.º 2, alínea *c*)]. A fórmula anterior foi, no entanto, mantida para o chefe de aldeia [artigo 14.º, alínea *d*)], acrescentando-se à competência para promover o respeito pela lei a de colaborar com a busca da estabilidade social [artigo 14.º, alínea *e*)].

simples dos membros presentes, sendo que em caso de empate o Chefe de *suco* tem voto de qualidade (artigo 13.º, números 2 e 3). Diversamente do previsto no Decreto-Lei n.º 5/2004, nenhuma referência especial é feita ao conselho dos *katuas*, podendo o Chefe de *suco* convidar a participar nas reuniões do Conselho (artigo 13.º, n.º 4).

Do que vem de expor-se resulta, claramente, ser prioridade dos líderes políticos timorenses erigir um Estado moderno, cujas estruturas centrais e locais obedeçam a regras comuns de legitimação democrática. Não é de esperar que seja diferente o posicionamento em matéria de justiça tradicional e da sua articulação com o sistema judicial formal. O respeito pelo costume e pelas estruturas comunitárias que o perpetuam é genuíno, mas difícil de conciliar com os imperativos de um Estado de Direito, sem perda do que lhes é específico. Como os dois diplomas de 2004 deixavam entrever, os líderes tradicionais – *liurais*, *lian nain*, conselhos de *katuas* – subsistem a par das autoridades/lideranças comunitárias, que podem ou não incluí-los. O seu papel é essencialmente simbólico e cerimonial, mas o seu ascendente junto das populações mantém-se muito elevado, sobretudo nas regiões rurais onde o costume continua a ser a principal fonte do Direito vivido, pelo que continuará a caber-lhes «desenrolar a esteira grande» (*nahe biti-boot*), chamando as partes envolvidas nos conflitos a apresentar e discutir em comunidade os argumentos que as opõem. Sem advogados de defesa, sem regras reduzidas a escrito, mas com respeito pelo contraditório e pela publicidade das decisões. E um profundo empenhamento em obter a concórdia.