

O pluralismo jurídico na Constituição timorense

Ricardo Sousa da Cunha¹

Resumo: A relação entre a ordem jurídica estadual e os regimes normativos de origem costumeira é uma das questões mais decisivas do *pluralismo jurídico* que marca a construção identitária timorense. A Constituição da RDTL “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” no artigo 2.º, n.º 4. Mesmo que aqui não se esgote a relação do ordenamento jurídico estadual-constitucional com normas de origem costumeira que têm uma diferente fonte de validade preexistente, este é o ponto de partida para uma relação que interessa perspetivar a partir das pistas do pluralismo jurídico acolhidas no próprio texto da Constituição.

Palavras-chave: Identidade, costume, fontes de Direito, Constituição

1. Introdução

Uma realidade socioeconómica crescentemente integrada à escala global para a qual emerge uma regulação normativa cada vez mais complexa tem desafiado o cânone positivista tradicional do Direito de origem estadual. O paradigma normativo estadual-constitucional encontra-se ameaçado, globalmente pela integração à escala planetária, em particular, na integração europeia (Hespanha, 2010: 139), e em sociedades onde subsistem estruturas normativas tradicionais com correspondentes mecanismos de garantia. Em Timor-Leste, esta normação de raiz tradicional, consuetudinária e ancestral convive com o direito “formal-estadual” que o projeto da Constituição de 2002 procura instalar revelando “a porosidade das fronteiras de diferentes ordens jurídicas e culturas” (Santos, 2006: 39). É para esta realização a partir da previsão Constitucional que aqui se procuram lançar algumas pistas, necessariamente incompletas, que serão apenas um contributo mais numa discussão verdadeiramente constituinte e nacional.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas-Públicas (Escola de Direito da Universidade do Minho), Master Internacional Law (Faculdade de Direito da Universidade de Macau), Mestre em Ciências Jurídico-políticas (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Investigador do JUSGOV, Prof-Adjunto do IPCA, Professor Convidado da EDUM, ex-Professor-Visitante da UNTL.

2. A relação entre sistemas normativos

A pluralidade de normatividades com ambição de vigência (soberana) sobre um mesmo território e os mesmos indivíduos, com fontes de validade diferentes, historicamente sucessíveis e orientadas por diferentes valores, suscita variados problemas que o pluralismo jurídico tem tentado resolver. Tamanaha e Nobles discutem o potencial da teoria dos sistemas para orientar a navegação deste cosmos normativo crescentemente complexo (Tamanaha, 2008: 375 e ss e Nobles e Schiff, 2012: 265), por referência ao trabalho de Günther Teubner na reinterpretação da seminal referência de Niklas Luhman, em especial no que se refere à relação entre sistemas normativos tanto a propósito da fragmentação do ordenamento jurídico internacional como da relação do sistema normativo estadual com sistemas normativos tradicionais consuetudinários (Teubner e Fischer-Lescano, 2004: 999, Teubner, 1992: 1443 e Teubner, 1982: 28)². Está, naturalmente, aberto a discussão saber se o “corpo normativo” consuetudinário cumpre os requisitos de autonomia para merecer o tratamento de “subsistema normativo”. Tamanaha desvaloriza a relevância de uma definição de “ordenamento jurídico”, “sistema normativo” ou de “Direito” para os propósitos metodológicos prosseguidos pelo *pluralismo jurídico*, acompanhando a evolução de Griffiths (Tamanaha, 2008: 396). Esta questão é o cerne da discussão em cada um dos espaços normativos plurais onde tal se coloca, em particular na Europa a propósito da relação do ordenamento jurídico Estadual com o Direito Europeu e o Direito Internacional, mesmo considerando a recusa em qualquer destes espaços da existência de verdadeiros “*self-contained regimes*”³ pela permanentemente ativa possibilidade de “*fallback*” (Cunha, 2016: 280) no regime geral de Direito Internacional no caso de falhanço sistemático, que aqui pode ser um indício suficiente.

Independentemente da resposta a dar à questão sobre a definição do *jurídico* nos estudos sobre o *pluralismo jurídico*, sempre se encontram características de autonomia subsistemática (soberana), mesmo que de forma indiciária, no funcionamento do sistema normativo de raiz

2 Aroso Linhares numa formulação pedagogicamente muito feliz revela como “regular indirecta e abstractamente” a auto-regulação dos subsistemas sociais por “normas de organização, de processo e de competências”, evidência de uma “inscrição normativa reflexiva” (Linhares, 2013: 19).

3 Na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça nos casos Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary c. Slovakia), para. 132; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. United States of America), Merits, para. 274, INA Corporation c. Iran, Iran-U.S. Claims Tribunal, Award n.o 184-161-1, de 12 Agosto de 1985, 75, para. 378 apud Simma e Pulkowski, (2006: 483).

tradicional. A existência de normas consuetudinárias tem as suas próprias referências de validação identitária (*diferentes*⁴) no cumprimento de um projeto material próprio orientado à preservação de um modo de vida por critérios de *Justiça* restaurativa dirigidos à preservação e à restauração da harmonia social mais do que ao respeito por direitos individuais que anima o ordenamento jurídico Estadual. É inegável que se encontram no subsistema normativo tradicional normas substantivas, que nem se podem reduzir a uma mera prática, bem como facilmente se encontram normas secundárias relativas à sua geração, aplicação e garantia⁵.

Por tudo o que vai referido, as opções metodológicas possíveis na aproximação à relação entre o ordenamento jurídico estadual-constitucional e a normação tradicional consuetudinária colocam-se entre perspetivar o problema a partir da relação entre ordenamentos jurídicos, mesmo com as limitações apontadas, ou perspetivar *um* dos ordenamentos jurídicos a partir de *outro* numa solução muito parcial, sempre contingente e mais empobrecedora. Não restam dúvidas que o prosseguimento das pistas do pluralismo jurídico à escala global aconselha a primeira solução.

Uma perspetiva adequada do funcionamento sistemático de ordenamentos jurídicos plurais não admite que qualquer um dos sistemas normativos alicerçado em fundamentos de validade próprios se pronuncie acerca da validade do outro – o princípio aqui formulado é da “dupla contingência” na relação entre “*ego*” e “*alter*” (Teubner, 1997: 149). Na verdade, qualquer afirmação de um determinado sistema sobre o “outro” faz-se a partir de uma perspetiva interna, pelo que nessa receção um sistema normativo apenas se pode pronunciar acerca da validade “para si” das proposições normativas de outro sistema.

4 Sobre o conceito de *différance*, vide Derrida (1994: 13).

5 Independentemente da posição metodológica assumida, não será difícil de encontrar no sistema normativo de origem tradicional as características de “fechamento operativo” e “diferenciação funcional” que Luhman usa na designação de sistemas sociais, ou mesmo, seguindo a classificação da Escola Analítica de Oxford, as normas primárias (ou normas de comportamento) e secundárias (normas sobre normas), distinguidas como normas de reconhecimento (*recognition*), na identificação das normas primárias, de alteração (*change*), relativas à atribuição de competência para a inovação dentro do ordenamento jurídico, e normas de julgamento (*adjudication*), relativas à possibilidade de tomar decisões de autoridade (Herbert Hart, 1997: 230. Em Portugal, pela Escola analítica de Oxford, ver Joaquim Rocha, 2008. Vide também a referência à aplicação das normas de reconhecimento nas relações em ordenamentos jurídicos plurais em Hespanha (2010: 139).

3. O pluralismo jurídico na Constituição Timorense

O peso da normatividade de origem consuetudinária em Timor-Leste é reconhecido pela Constituição, cujo artigo 2.º, n.º 4 estabelece que “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 leitura sistematicamente adequada do disposto na primeira parte do artigo 2.º, n.º 4 da Constituição à partida exclui a tentativa de solução dos problemas emergentes desta relação a partir, exclusivamente, do sistema das fontes de Direito de qualquer um dos ordenamentos jurídicos vigentes, mesmo que do ordenamento jurídico-constitucional⁶. Esta seria uma solução necessariamente parcelar, formulada a partir das fontes do sistema estadual-constitucional para os respetivos aplicadores. Desta perspetiva interna, a exclusão do costume de entre as fontes de Direito previstas na Lei, pelo artigo 1.º e 2.º do Código Civil e pelo artigo 2.º da Lei n.º 10/2003, de 20 de novembro, (o primeiro apenas prevê a Lei como fonte de Direito e o segundo apenas admite que sejam “*juridicamente atendíveis*” as normas e os usos costumeiros que não contrariem a Constituição) tem sido considerada de “inconstitucional” (Florbela Pires, 2005: 148) ou pelo menos problemática⁷.

As referências a “*normas e usos costumeiros*” no artigo 2.º, n.º 4 da Constituição e ao “*costume*” entre as fontes de direito previstas no artigo 1.º e 2.º do Código Civil e no artigo 2.º da Lei n.º 10/2003, de 20 de novembro, servem propósitos diferentes – a primeira poderia ter a ambição de estabelecer uma relação entre sistemas normativos diferentes, mesmo que nunca pudesse ter a ambição de a monopolizar, enquanto que a segunda se limita a enunciar as fontes de direito aplicáveis no ordenamento jurídico estadual, em especial pelos tribunais, apesar de também aqui não poder ter a ambição de as esgotar considerando os limites do poder legislativo para enunciar as fontes de direito aplicáveis por tribunais (Silva, 2011: 153 e 360) ou até pelos demais poderes vinculados à lei (Otero, 2003: 19)⁸ no quadro da ambição constitucional revolucionária oitocentista de monopolizar os momentos de criação e de aplicação do Direito pela separação de poderes.

Todas estas soluções normativas são, apesar das suas diferenças, oriundas da mesma composição do Parlamento Nacional, da maioria eleita para a Assembleia Constituinte que se converteu em Parlamento

6 Conforma ensina para o ordenamento jurídico português a magistral lição de Machado (1995: 153).

7 Em sentido aproximado se pronuncia Gouveia (2011: 474).

8 Com referência à abertura supraestadual do sistema de fontes de Direito Administrativo vide Cunha (2016: 445).

com poderes legislativos ordinários, nos termos do artigo 167.º da CRDTL, pelo que, mesmo que por razões meramente *de facto*, é mais difícil construir divergentes expressões da vontade do mesmo legislador constituinte e ordinário. E, na verdade, todas estas soluções apontam no mesmo sentido de valorização constitucional do costume, mas limitado ao costume *secundum legem* que terá na lei a sua fonte de Direito ou habilitação legal.

A solução legal e constitucional é expressão do projeto político que fez vencimento nas eleições para a Constituinte, fruto das suas próprias circunstâncias, nas quais já se confrontavam projetos políticos concorrentes, até de modelo constituinte, com reflexo natural na relação do ordenamento jurídico constitucional com a pré-existente realidade normativa costumeira⁹. Esta solução é tributária do projeto político do formalismo estadual que, desde a Revolução Francesa, alimenta a preferência pela solução estadual onipotente - é o projeto do Homem novo, racional e político que fez o mesmo vencimento no movimento constitucional de inspiração francesa, europeu-continental, e já então limitou o valor do costume (e até da jurisprudência) entre o sistema de fontes de Direito. A solução dada é o resultado da previsão numa Lei ordinária do regime de todas as Fontes de Direito, reminiscência legalista de um tempo em que dominava o primado do Parlamento perante Constituições essencialmente proclamatórias. Este movimento insere-se na genérica suspeita constitucional moderna contra a “corrupção” da jurisprudência e do costume no período das monarquias constituintes, segundo Alf Ross (Silva, 2011: 146), que levaram à apropriação do ideário iluminista pelo projeto politicamente comprometido da Revolução Francesa com um dos seus pontos altos na irónica integração no Código Civil do instrumentário hermenêutico desenvolvido pela Escola Histórica do Direito de Savigny, contra a qual se manifestou o próprio Savigny. A superação da ordem social do *Ancient Regime* justificava a desconfiança revolucionária perante a jurisprudência, o costume e o seu ideário literário romântico, de tal forma que a aceitação do costume como fonte de Direito, integrada numa versão preliminar do *Code Civil* foi afastado da versão final.

Este resultado foi seguido no Código Civil português, e por sua influência timorense, que, desde a Lei da Boa Razão de 1769 e o Código de Seabra de 1866, admite o costume como fonte de Direito apenas quando conforme à Constituição, ao contrário da solução de diferentes outros ordenamentos jurídicos, mesmo europeus, que valorizam juridicamente o costume. Esta solução tem encontrado novos desafios

9 Sobre a exclusão dos representantes tradicionais da participação no procedimento constituinte vide Trindade (2008: 166) e Legislativa (2017: 31).

na construção dos ordenamentos jurídicos dos novos Estados saídos de processos de descolonização, nos quais se impõe uma desconfortável relação entre a emergência de uma organização formal-estadual com uma pré-existente tradição normativa costumeira (Vicente, 2008: 430), mais ainda considerando o peso da influência histórica dos ordenamentos jurídicos da família jurídica de inspiração soviética nos movimentos anticolonialistas de libertação nacional na segunda metade do século passado.

Da perspetiva do Constitucionalismo Estadual, a previsão do artigo 2.º, n.º 4 relativamente à valorização do Costume convive com igual previsão de primazia constitucional no artigo 2.º, n.º 2, que pode assim ser construída como um conflito principialista entre o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio do pluralismo jurídico*. A solução de qualquer conflito de princípios procura assegurar a máxima efetividade de cada um dos princípios por *graus*, ao contrário da lógica “tudo-ou-nada” das normas, segundo Alexy (Cunha, 2016: 364). Esta consideração do contexto histórico em que a solução de codificação do sistema de fontes de Direito no Código Civil, muito limitativamente apenas aí admitindo o costume, não invalida a conclusão acerca da *inconstitucionalidade* da solução legal do artigo 1.º e 2.º do Código Civil, bem como do artigo 2.º da Lei n.º 10/2003, de 20 de Novembro, precisamente, na medida em que exclui o costume de entre as fontes de Direito. O que aqui se impõe é um exercício hermenêutico que pondere sistematicamente a solução constitucional vigente no artigo 2.º, n.º 4 entre as quotidianas sugestões do *pluralismo jurídico* no qual necessariamente Timor-Leste se integra.

4. Realizar a previsão constitucional plural

Na definição das condições para uma saudável relação entre Constituição e Costume, mesmo da perspetiva interna parcelar do ordenamento jurídico-estadual e da Constituição, mais do que uma solução unilateral soberanista, importa promover uma interpretação adequada do artigo 2.º, n.º 4 da Constituição ponderada sistematicamente no quadro do pré-existente pluralismo jurídico, na solução do conflito principialista assim construído.

A valorização constitucional do costume no artigo 2.º, n.º 4, anterior à própria vigência constitucional, traz importantes vantagens da perspetiva da instalação das estruturas do Estado pelo acréscimo de legitimidade, enquanto reconhecimento popular da bondade do exercício do poder, na lição de Rogério Soares (Soares, 1986: 36). A preservação das tradições percecionadas como juridicamente relevantes e com

mecanismos próprios de garantia tem, além disso, decisivas consequências na manutenção da paz social, mais ainda na reposição dessa harmonia social nos casos em que ela é violada. Esta previsão impõe um conjunto de consequências para a própria ordem jurídica constitucional-estadual, sob pena de se converter em mais uma mera apropriação histórica.

Naturalmente, em especial da perspectiva da relação entre sistemas normativos e, mais ainda, na relação com o sistema normativo Estadual, não se pode mitificar as normas consuetudinárias como resultantes de um estado natural de pureza deliberativa por oposição à sua corrupção Estadual de influência estrangeira. As normas costumeiras são tanto o resultado de processos deliberativos abertos às suas próprias limitações (Snyder, 1981: 49) como as normas de fonte Estadual, apontando-se em Timor-Leste a exclusão das mulheres e do jovens em favor do papel desempenhado pelos homens mais velhos (os *Katuas*) (Trindade e Castro, 2007: 26). Mas da perspectiva das estruturas do Estado Constitucional a valorização das normas e usos costumeiros não dispensa a formulação de uma “política consuetudinária” (Jerónimo, 2015: 163) ou, melhor ainda, de uma “*política da justiça consuetudinária*”.

Uma das primeiras consequências da valorização constitucional das normas e usos costumeiros é *um dever geral de abstenção* de qualquer conduta que ameace a vigência do costume. Este dever de *omissão* é a consequência natural da valorização constitucional das normas e usos constitucionais e é facilmente assumida no espaço do costume conforme à Lei e à Constituição. Mais difícil é aceitar o mesmo espaço de abstenção perante práticas e normas que contrariem a Constituição e a Lei, segundo a previsão constitucional expressa. Fora deste espaço de abstenção total, a intervenção estadual far-se-á sempre segundo o *princípio da proporcionalidade*, um princípio geral de direito que proíbe o excesso em qualquer intervenção estadual, aqui reforçado pelo princípio constitucional de valorização dos usos e costumes de origem tradicional, pelo que sempre se preferirá a intervenção estadual menos gravosa, mesmo na relação com o costume contrário à Lei e à Constituição. A observância do princípio da proporcionalidade significa que está vedada uma qualquer intervenção estadual de genérica proibição, limitação ou restrição da vigência dos usos ou norma costumeiras, devendo sempre promover-se a intervenção estadual menos gravosa para a normatividade consuetudinária de origem tradicional.

Aliás, de uma perspectiva jus-fundamental, o apontado princípio do pluralismo jurídico previsto no artigo 2.º, n.º 4 da Constituição não pode deixar de ter consequências, mesmo que esta valorização não conste expressamente entre as categorias “suspeitas” de discriminação, no

artigo 16.º, nem das categorias especiais de discriminação positiva, previstas no artigo 17.º e seguintes da Constituição. Apesar de a Constituição da RDTL não lhe fazer expressa referência, o mesmo efeito de um “direito de liberdade” (*freiheitsrecht*) na doutrina jusfundamental alemã deve ser extraído do disposto no artigo 30.º, n.º 1 relativamente ao “direito à liberdade” no qual a valorização individual dos costumes tem de ser respeitada. Além disso, as virtudes inclusivas do princípio da igualdade, no respeito pela diferença, na medida da diferença, impõem esta promoção ativa, por exemplo entre as sugestões da “jurisprudência multicultural” (Jerónimo, 2016: 303).

Da mesma valorização dos usos e costumes vigentes em Timor-Leste retira-se um *dever geral de ativa proteção* dos usos e costumes vigentes, também neste caso mais facilmente construído no espaço do costume constitucional e legal. Este dever de intervenção obriga à promoção ativa destes usos e normas costumeiras, segundo as diferentes funções do Estado, desenvolvido na segunda parte do artigo 2.º, n.º 4 da Constituição.

4.1. A intervenção legislativa

Entre os deveres da proteção constitucional do costume, a Constituição refere-se à “*legislação que trate especialmente do direito costumeiro*”, na última parte do artigo 2.º, n.º 4. A equívoca formulação literal do artigo suscita ainda mais dúvidas quanto à delimitação do seu âmbito, em especial, saber se daqui decorre uma específica obrigação legislativa¹⁰.

Por tudo o que se viu, facilmente se percebe que *qualquer intervenção legislativa deve resistir à tentação de codificar o costume* (Jerónimo, 2011: 109). A regulação normativa tradicional é viva, o que se, por um lado, torna o seu mapeamento mais difícil, em particular em Timor-Leste, onde abundam as práticas tradicionais costumeiras juridicamente relevantes, por outro lado, é condição da sua subsistência. Como já se viu, qualquer intervenção legislativa sobre o costume será sempre a perspetiva interna do ordenamento jurídico estadual-formal sobre a relação com o ordenamento jurídico costumeiro, pelo que não se pode arrogar a prerrogativa de se pronunciar sobre a validade do direito costumeiro quando se tratam de diferentes fontes de validade.

A ambição de uma intervenção legislativa formal acerca do costume deve, por isso, limitar-se a regular a relação entre estes dois

¹⁰ Sobre o conceito de obrigação legislativa, entre outros escritos, vide Canotilho (2006: 101).

ordenamentos jurídicos. A questão assim colocada desvaloriza a tentativa (legislativa) de resolver a relação do direito substantivo de origem estadual-formal e costumeira, a sua validade recíproca ou relação hierárquica. Será sempre irrelevante o que a este propósito qualquer *um* dos sistemas normativos tiver a dizer relativamente ao *outro*, como já se viu.

Esta solução não impõe também ao sistema normativo organizado sob a Constituição uma intervenção legislativa única que resolva todos os problemas aqui suscitados de forma onnipotente. São várias as funções do Estado desempenhadas pelas estruturas tradicionais do poder que interessa relacionar com a realização do Direito pelo sistema formal, pelo que esta solução pode, possivelmente com vantagens, ser promovida sectorialmente, mantendo-se *permanentemente ativa a sensibilidade plural* em qualquer intervenção do Estado. Considerando que o princípio da intervenção estadual é o princípio da competência, qualquer intervenção legislativa tem de respeitar as disposições constitucionais quanto à competência legislativa, à hierarquia normativa e demais disposições constitucionais. A partir dos deveres gerais formulados já de ação e omissão na valorização constitucional do costume, limitada pelo princípio da proporcionalidade, valerá sempre a pena considerar em qualquer intervenção legislativa os limites colocados constitucionalmente ao direito sancionatório pelo artigo 31.º, em especial ao direito sancionatório criminal como última rácio da intervenção sancionatória estadual, também aplicáveis ao direito sancionatório administrativo¹¹. A intervenção estadual tem, assim, de procurar o adequado fundamento legal da perspectiva das estruturas do Estado que exercem o monopólio do exercício da força, nomeadamente, em matéria administrativa e criminal, mantendo-se fora deste espaço a referência incontornável ao princípio da liberdade que orienta sociedades organizadas sob constituições de matriz liberal.

4.2. O exercício de funções administrativas pelas estruturas tradicionais

A tradicional perspectiva da função administrativa como acriticamente sujeita a uma legalidade que lhe é estranha porque

¹¹ Apesar de não se referir especificamente à relação com sistema normativos de origem costumeira, é a este propósito de muito duvidosa bondade a previsão de normas incriminadoras em matéria de “prática não autorizada de artes marciais”, nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 05/2017, de 19 de abril, Regime jurídico relativo à prática de artes marciais, rituais, armas brancas, Rama Ambon e quinta alteração ao Código Penal.

legitimada democraticamente foi já superada pela evidência da criatividade da função administrativa na definição do direito aplicável a cada caso concreto, em especial na solução das antinomias com que se confronta que potencialmente são tantas quantas as fontes de direito a que se encontra sujeita (Otero, 2003: 19)¹². Em Timor-Leste, é especialmente interessante perspetivar as consequências metodológicas da aplicação do direito costumeiro por pessoas coletivas públicas.

O legislador ordinário entendeu, pela Lei n.º 9/2016, de 8 de julho, integrar os “sucos” nas estruturas do Estado, com a natureza jurídica de associações públicas, seguindo anterior jurisprudência do Tribunal de Recurso¹³. Há boas razões para não integrar os sucos no processo de descentralização das pessoas coletivas de território, criadas com base no artigo 5.º e artigo 72.º da Constituição. Materialmente, a sua natureza jurídica assim aponta na representação dos interesses de uma população organizada por laços que não são exclusiva ou essencialmente territoriais, por isso, se justificando a integração destas pessoas coletivas na administração autónoma do Estado com a natureza de associações públicas. Da mesma forma, apenas assim se admite a exclusão do cumprimento da imposição constitucional de representatividade democrática, mediada partidariamente, nos termos do artigo 72.º, que parece incompatível com a natureza tradicional dos sucos alicerçada em práticas ancestrais de legitimação não necessariamente suscetível de ser mediada pelos partidos políticos. Funcionalmente, as estruturas tradicionais não exercerem funções administrativas típicas, pelos seus *Li'an Nain* ou os *Liurais*, que justificassem a sua integração na administração pública local de base territorial (Reis, 2017: 39), além do que o princípio constitucional da separação de poderes sempre vedaria aos sucos o exercício de outras funções do Estado, como seja a resolução alternativa de litígios, se fossem integrados na Administração local como defende parte da doutrina (Jerónimo, 2019: 935, e Valle, 2014: 50) face à reserva de jurisdição prevista nos artigos 118.º e ss da Constituição. A integração dos Sucos na Administração Pública do Estado com a natureza de Associações Públicas facilita também a manutenção da permanente *sensibilidade* recíproca entre o pluralismo normativo vigente em Timor-Leste, uma vez que fazem esta feliz *ponte*, permitindo-se nomeadamente a aplicar direito estadual nos termos da Lei n.º 9/2016, de 8 de julho, ao mesmo passo que aplicam também normas de raiz consuetudinária, com as quais estão mais familiarizadas do que

12 Com referência à abertura supraestadual do sistema de fontes de Direito Administrativo vide Cunha (2016: 445).

13 Acórdão proferido no processo n.º 02/Const/2009/TR, publicado no Jornal da República, Série I, n.º 28, de 5 de Agosto de 2009, páginas 3388 a 3399.

as demais estruturas do Estado, como sucede com o *Tara-Bandu*¹⁴. Naturalmente, aqui podem colocar-se as tradicionais preocupações com o cumprimento de normas administrativas de competências e procedimento, decisivas em matéria sancionatória administrativa, mas que não podem ser esgrimidas no espaço de livre conformação dos cidadãos da sua vida, personalidade e património, reconhecido inclusivamente por uma constituição de matriz liberal, personalista e plural.

4.3. A Resolução de Litígios

A resolução de litígios entre particulares e entre particulares e o Estado foi construída pelo constitucionalismo moderno segundo o princípio da separação de poderes, nos termos do artigo 69.º da Constituição, como parte da organização do poder do Estado (AAV, 2011: 242), atribuída a um terceiro independente e reservada, por isso, à função jurisdicional com garantias próprias previstas no artigo 118.º e ss da Constituição. As estruturas tradicionais de garantia do cumprimento do Direito Costumeiro têm também exercido ancestralmente funções de resolução de conflitos entre os cidadãos comparáveis às funções garantidas constitucionalmente à reserva de jurisdição, no quadro das relações de poder estabelecidas em cada comunidade. Falta, naturalmente, cumprir o propósito de relacionar instâncias concorrentes de garantia do cumprimento de normas com fundamentos de validade diferentes.

O primeiro problema aqui a enfrentar é a previsão constitucional de especiais garantias em matéria de independência jurisdicional, no artigo 118.º e ss da Constituição. Em causa estão também os compromissos internacionais assumidos por Timor-Leste sobre esta matéria (Jerónimo, 2011: 105), em particular as garantias de tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos previstas no artigo 14.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). O Comité dos Direitos Humanos da ONU (CDH da ONU) admitiu a possibilidade de a tutela jurisdicional efetiva ser cumprida por estruturas tradicionais que apliquem direito consuetudinário desde que sejam observadas algumas das mais importantes garantias constitucionais de processo justo, limitadas a bagatelas criminais. Não parece que se possa excluir destas exigências, as demais garantias constitucionais, em especial de proteção de Direitos Fundamentais, como seja a garantia de participação feminina, tal como promovida pelo artigo 17.º da Constituição. Não é garantido que as estruturas

14 Sobre a aplicação das normas tradicionais de *Tara-Bandu* pelos Sucos ver Legislativa (2017: 134).

tradicionais de resolução de litígios, como as próprias normas consuetudinárias aplicáveis, cumpram os desígnios constitucionais e internacionais - aliás, a regra será que não o cumpram na maioria dos casos. Além disso, o cumprimento da solução da previsão do PIDCP segundo a sugestão do CDH da ONU, admitindo a aplicação pelas estruturas tradicionais do direito criminal estadual formulado segundo o juízo de desvalor atribuído a certas condutas típicas, mesmo que limitado a bagatelas criminais, merece maior consideração. Uma solução deste tipo parece, à partida, contraintuitiva em face das opções metodológicas aqui traçadas por sujeitar *uma* (tradicional) ordem normativa a aplicar normas oriundas de *outra* (Estadual). Por isso, esta solução será sempre de muito duvidosa constitucionalidade perante a previsão da reserva de jurisdição no artigo 118.º e ss da Constituição e, inclusivamente, de duvidosa eficácia, pelo menos sem a construção de adequados mecanismos de controlo, que a sujeitem, novamente, às estruturas de controlo estaduais sob a forma de homologação ou recurso.

O desafio assim colocado ao legislador parece começar por ser o de delimitar, adequadamente, o sentido desta intervenção, recortado que está o âmbito da obrigação legislativa prevista no artigo 2.º, n.º 4 da CRDTL. Conforme já se viu, *não* parecem opções de boa política legislativa a codificação do direito subsidiário, a uniformização do costume face ao direito do Estado ou mandar aplicar pelas estruturas tradicionais do poder costumeiro as disposições do direito estadual. Também já se enunciou como, fora do espaço do mais radical desvalor jurídico-criminal de certas condutas, a vigência do *costume*, mesmo *contra legem*, se deve ponderar, objetivamente, face ao princípio da proporcionalidade e, subjetivamente, o *princípio da liberdade* e o *direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*, como uma decorrência do previsto no artigo 30.º da Constituição. Neste espaço de delicados equilíbrios, a relação entre os mecanismos de garantia dos respetivos ordenamentos jurídicos constrói-se no espaço de vinculação voluntária dos cidadãos, no qual estes são livres para se obrigar juridicamente e do qual, quando não possam emergir obrigações jurídicas por falta de fundamento legal (Estadual-formal), emergem pelo menos obrigações naturais. Basta neste caso pensar na possibilidade de ser exigido judicialmente nos tribunais instalados sob a Constituição o pagamento de uma obrigação emergente do *barlaque* assumida ao abrigo do ordenamento jurídico consuetudinário perante as competentes estruturas de poder consuetudinário. Por tudo o que vai dito, da perspetiva das estruturas de poder Estadual-formal, o espaço privilegiado desta relação entre formas diferentes, potencialmente concorrentes, de resolução de conflitos será o espaço da livre conformação dos cidadãos, em particular, o espaço da *resolução*

alternativa de litígios, sob a forma de conciliação, arbitragem ou mediação. Da perspetiva estadual-constitucional, pouco haverá a impor na solução de litígios cujo objeto está na livre disponibilidade dos intervenientes, tradicionalmente, construídos como critérios de *arbitrabilidade* ou *mediabilidade*.

Estão já previstos serviços públicos que cumprem atribuições de mediação comunitária. Em especial, está prevista entre as atribuições do Ministério do Interior, no artigo 3.º, n.º 1 q) do DL n.º 14/2019, de 10 de julho (Orgânica do Ministério do Interior): “*Promover o desenvolvimento da estratégia de prevenção, mediação e resolução de conflitos comunitários*”, a desempenhar através da Direção de Prevenção de Conflitos Comunitários do Ministério do Interior. nos termos do artigo 21.º. A Secretaria de Estado da Formação Profissional e Emprego tem nas suas atribuições, previstas no artigo 2.º, n.º 2 e), “*Promover o funcionamento de serviços de mediação, de conciliação e de arbitragem no âmbito das relações laborais*”, desempenhadas através da Direção Nacional das Relações de Trabalho, prevista no artigo 16.º, e que podem inclusivamente ser realizadas ao nível local pelos serviços municipais desconcentrados da Secretaria de Estado, previstos no artigo 21.º, em todos os casos, do DL n.º 21/2019, de 31 de julho (Orgânica da SEFOPE). O exercício de funções de mediação de conflitos por serviços públicos integrados na administração direta do Estado através dos Ministérios do Interior e da SEFOPE não deixa de ser estranho, mas reflete uma muito particular perspetiva do exercício das funções do Estado em Timor-Leste. Por esta mesma razão, já se estranhou a natureza jurídica de Comissão de Terras e Propriedades, criada pelo artigo 55.º da Lei n.º 13/2017 de 5 de junho, se daqui se pretender que se resolvam por ato administrativo disputas relativas à propriedade da terra reservadas pela Constituição ao exercício da função jurisdicional, nos termos do artigo 118.º e ss.

É fundamental reforçar a dimensão preventiva de conflitos pela criação ou conversão destas incipientes estruturas administrativas em verdadeiros mecanismos de mediação entre as estruturas formais do Estados e as comunidades tradicionais. Entre as estruturas de organização administrativa já instaladas, o dispositivo desconcentrado territorialmente da PNTL é também um importante veículo de comunicação entre comunidades tradicionais e as estruturas do Estado, em especial na mediação com o Ministério Público e os Tribunais em matéria criminal. A Unidade de Pessoas Vulneráveis (UPV) da PNTL desempenha um papel muito importante em matéria de proteção de mulheres e crianças vítimas de violência doméstica. Neste particular, também as ONG’s dedicadas a resolução de litígios, em especial no que

se refere à proteção de pessoas especialmente vulneráveis, desempenham um importante papel de intermediação cultural em todo o território nacional.

A partir desta previsão de diferentes intervenientes na resolução de litígios e na intermediação cultural, a Comissão da Reforma Legislativa identificou uma “escada” (Legislativa, 2017: 53) de intervenção na resolução de litígios que parte da Família, das Comunidades e dos respetivos órgãos tradicionais (*Li’an Nain*, *Liurais* e Chefes de Suco) passa também pelas estruturas do poder Estadual e termina nos Tribunais. Entre os desafios colocados à articulação dos sistemas tradicionais e estaduais de resolução de litígios se integra a criação de um programa de *justiça de proximidade* que, entre as atribuições estaduais de administração da justiça, procure realizar o pluralismo jurídico promovendo a interligação entre as comunidades tradicionais e o sistema estadual de Justiça, nomeadamente fomentada por *mediadores culturais* colocados junto da Polícia, primeira instância estadual de manutenção da ordem e segurança pública, e dos Tribunais Distritais (eventualmente, Ministério Público e Defensoria Pública), orientada a integrar as sugestões do direito substantivo de origem tradicional no sistema formal de justiça, mesmo no mais estrito sancionamento criminal pela criação de uma verdadeira *jurisprudência multicultural* (Jerónimo, 2016: 303) que considere adequadas causas de exclusão ou atenuação da culpa ou da ilicitude, e a incrementar o contacto, documentação e formação numa permanente sensibilidade intersistemática entre as comunidades tradicionais e os operadores judiciais.

5. Conclusão

Em ordenamentos jurídicos plurais onde se encontram vigentes normas consuetudinárias, em alguns casos verdadeiros sistemas normativos com ambição subsistemática de soberania, impõe-se uma especial *sensibilidade interna recíproca* que privilegie a promoção de uma relação entre sistemas normativos e os respetivos sistemas de garantia. Em Timor-Leste, a melhor forma de valorizar o costume tradicional, conforme exige o artigo 2.º, n.º 4 da Constituição, e de garantir a sua vigência, com o acréscimo de legitimidade que assim se reconhece ao exercício do poder do Estado, é perspetivar o cumprimento deste desígnio constitucional a partir da relação entre sistemas jurídicos autónomos com ambição *subsistemática* pela previsão de mecanismos autónomos de garantia. Desta perspetiva, não compete ao Estado, organizado sob a Constituição da República Democrática de Timor-Leste, reconhecer, validar ou formalizar as estruturas de poder tradicional ou o

seu direito substantivo. Metodologicamente, qualquer referência estadual ao ordenamento jurídico tradicional é sempre *uma* perspectiva parcial sobre um *outro* que lhe é anterior, diferente e, em larga medida, independente. Por isso se impõe uma leitura sistematicamente adequada da valorização constitucional do costume, prevista no artigo 2.º, n.º 4 da Constituição à luz das pistas do pluralismo jurídico pré-existente em Timor-Leste, na solução do conflito principialista aí construído entre o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio do pluralismo jurídico*, com refrações, nomeadamente, em matéria jusfundamental.

Da previsão constitucional extraem-se diversas consequências para as estruturas do Estado, tanto de ação (*facere*) como de omissão (*non facere*).

A primeira parte do artigo 2.º, n.º 4 da Constituição, impõe entre as obrigações de *non facere* que todas as estruturas do Estado devem abster-se de qualquer ação que ponha em causa a vigência e observância do costume, em especial do costume *secundum legem*, incluindo-se aqui o dever de omitir qualquer intervenção legislativa que a limite, como é o caso da previsão do Código Civil e da Lei n.º 3/2010, de 20 de Novembro, relativamente às fontes de Direito - ao legislador cabe não codificar, não validar e não unificar o costume vigente em Timor-Leste. Nas obrigações de *facere*, qualquer intervenção estadual deve observar o princípio da proporcionalidade e o direito dos cidadãos ao livre desenvolvimento da personalidade, mesmo na relação com os costume *contra legem*.

Entre as obrigações de *facere*, a segunda parte do artigo 2.º, n.º 4 da Constituição impõe a “legislação que trate especialmente do direito costumeiro”, o que, considerando a impossibilidade de ter uma resposta satisfatória a partir das respetivas normas substantivas com sistemas de validade próprios, deve ser realizada pelas estruturas de poder que as garantem, retomando a questão a partir da revalorização da realização hermenêutica, por isso competencial, do Direito. Neste exercício, a relação dos poderes separados na Constituição com as estruturas tradicionais de poder é constitucionalmente imposta e acarreta um acréscimo de legitimidade popular ao próprio exercício estadual do poder. No que estas se relacionam com o exercício de funções administrativas, tentou-se resolver esta questão pela integração dos sucros na estrutura da Administração Pública timorense, com a natureza jurídica de associações públicas. Falta a muito mais delicada questão do sancionamento criminal, o último reduto da intervenção sancionatória do Estado que deve manter, na legislação como na prática judicial, permanente sensibilidade à vigência substantiva de normas costumeiras e à existência de estruturas tradicionais de resolução de litígios. No que

se refere às primeiras, falta integrar entre as virtudes da jurisprudência multicultural as condutas que tenham fundamento em práticas costumeiras, cuja obrigatoriedade é percecionada pelos agentes. Não se pode, no entanto, excluir a intervenção estadual, mesmo sancionatória criminal, sempre como última medida de intervenção sancionatória Estadual, subsidiariamente a qualquer outra medida, mas sem se admitir uma medida legislativa de criminalização de práticas costumeiras, sem qualquer outra referência axiológica fundamental. No que se refere à existência de estruturas de resolução tradicionais de litígios, deve ser reforçada a sua previsão no espaço da vinculação voluntária dos cidadãos que, noutros ordenamentos jurídicos, é tratado como a resolução alternativa de litígios (mediação, arbitragem) segundo o princípio também constitucional da liberdade e do direitos fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Esta perspetiva não deixa de ter consequências sobre a validade das vigentes tentativas de resolver a relação do Direito Estadual com o Direito costumeiro, a partir da posição, que fez vencimento na Constituição, como na legislação subsequente, em particular no Código Civil e na Lei n.º 3/2010, de 20 de novembro, que recusa ao costume a qualidade de “fonte de direito”. Entre as soluções legais vigentes, uma adequada relação timorense pluralista é melhor cumprida pela possibilidade de autoridades administrativa, como são os Sucos, aplicarem normas costumeiras, como são as normas de Tara-Bandu, e deve ser permanentemente estimulada, por exemplo, pela criação da figura dos mediadores culturais na relação entre as diferentes instâncias de garantia da Justiça, sejam elas tradicionais ou formais-Estaduais. É esta a permanente *sensibilidade recíproca* que permitirá o cumprimento da imposição meta-constitucional e constitucional do pluralismo jurídico timorense.

Bibliografia

- AAVV (2011). *Constituição Anotada de Timor-Leste*, Braga, DH-CII – Universidade do Minho.
- Canotilho, J. J. Gomes (2006). “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, *in “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra.
- Cunha, Ricardo Sousa da (2016). *Constituição e Legalidade Cosmopolita*, Almedina, Coimbra.

- Dérrida, Jacques (1994). *Force de Loi*, Paris, Galilée (*Força de lei* trad. port. Fernanda Bernardo, Porto, Campo das Letras, 2003)
- Gouveia, Jorge Bacelar (2011). *Direito Constitucional Timorense*, Díli-Lisboa, PN-IDLP.
- Hart, Herbert (1997). *The concept of the Law*, 2.a Edição, Oxford, OUP.
- Hespanha, António Manuel (2010). “Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo - Perplexidades dos nossos dias”, em Antônio Carlos Wolkmer et al., *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, páginas 139 a 172.
- Jerónimo, Patrícia (2011). “Estado de Direito e Justiça Tradicional, Ensaio para uma equilíbrio em Timor-Leste”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, Coimbra, página 97 e ss.
- Jerónimo, Patrícia (2015). *Lições de Direito Comparado*, Elsa UMinho, Braga.
- Jerónimo, Patrícia (2016). “Direitos humanos e diferença cultural na prática dos tribunais”, in Patrícia Jerónimo (org.), *Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*, Braga, Direitos Humanos - Centro de Investigação Interdisciplinar, páginas 303 a 328.
- Jerónimo, Patrícia (2019). “Autoridades tradicionais, lideranças comunitárias e poder local em Timor-Leste” in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Cândido de Oliveira, Almedina, Coimbra, página 899 e ss
- Linhares, José Manuel Aroso (2013). *O sistema jurídico como um «fim em si mesmo»*, Sumários policopiados, disponíveis in <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3466>.
- Machado, João Baptista (1995), *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina
- Nobles, Richard, e Schiff, David (2012). “Using Systems Theory to Study Legal Pluralism: What Could Be Gained?”, *Law & Society Review*, Vol. 46, n.º 2 (Junho 2012), página 265 a 296.
- Otero, Paulo (2003). *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra.
- Pinto, Paulo Mota (1999). “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade” in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora.
- Pires, Florbela (2005). “Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste”, in AA. VV., Estudos em

- Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, II, Coimbra, página 101 e ss.
- Reis, Nuno (2017). *A Natureza Jurídica dos Sucos – desafio à descentralização em Timor-Leste*, tese de Mestrado (inérita), Universidade do Minho, Braga.
- Rocha, Joaquim (2008). *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Santos, Boaventura de Sousa (2006). “The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique”, *Law & Society Review*, Volume 40, número 1, página 39 e ss.
- Silva, Joana Aguiar e (2011). *Para uma teoria hermenêutica da justiça. – Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, Coimbra, Almedina.
- Simma, Brunno e Pulkowski, Dirk (2006). “Of Planets and the Universe: Selfcontained Regimes in International Law”, *The European Journal of International Law*, Vol 17 no.3, páginas 483 a 529.
- Snyder, Francis, ‘Colonialism and Legal Form: “The Creation of “Customary Law” in Senegal”, 1981, n.º 19, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, página 49 e ss.
- Soares, Rogério Ehrhardt (1986). “O Conceito Ocidental de Constituição” *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n.o 3743-3744, página 36 e ss.
- Tamanaha, Brian Z (2008). “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol 30, página 375 e ss.
- Teubner, Günther (1982), “Reflexives Recht”, *ARSP*, página 13 e ss.
- Teubner, Günther (1992), “Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *13 Cardozo Law Review*, página 1443 e ss.
- Teubner, Günther (1997). “Altera pars audiatur: Law in the Collision of Discourses”, *in R. Rawlings (Org.), Law, Society and Economy*, OUP, Oxford, página 149 e ss.
- Teubner, Günther, e Fischer-Lescano, Andreas (2004), “Regime-Collision: The vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Mischigan Journal of International Law*, Vol. 25, Summer 2004, página 999 e ss.
- Trindade, Jose ‘Josh’, e Castro, Bryant (2007), *Rethinking Timorese Identity as a Peacebuilding Strategy: The Lorosa’e – Loromonu Conflict from a Traditional Perspective*, Dili, Timor-Leste disponível

em http://www.indopubs.com/Trindade_Castro_Rethinking_Timorese_Identity.pdf, consultado em 30 de Abril de 2019.

Trindade, Jose “Josh” (2008). “Reconciling the Conflicting Paradigms: An East Timorese Vision of the Ideal State”, in *Democratic Governance in Timor-Leste: Reconciling the Local and the National*, edited by D. Mearns. Darwin: Charles Darwin University, página 166 e ss.

Valle, Jaime (2014), “O Poder Local Em Timor-Leste” in *Direito & Política / Law Politics*, Loures, n.º 06, fevereiro-abril 2014, páginas 50 a 58.

Vicente, Dário Moura (2008). *Direito Comparado I, Introdução e Parte Geral*, Coimbra, Almedina.

Outras referências citadas

Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 288/98, de 17 de Abril de 2018, publicado no Diário da República n.º 91/1998, 1º Suplemento, Série I-A de 18 de Abril, páginas 1714-(2) a 1714-(35).

Acórdão proferido no processo n.º 02/Const/2009/TR, publicado no Jornal da República, Série I, n.º 28, de 5 de Agosto de 2009, páginas 3388 a 3399.

Comissão da Reforma Legislativa (2017). *Para uma justiça de matriz timorense: o contributo das justiças comunitárias*, Díli.

Acórdãos do Tribunal Internacional de Justiça:

Gabcíkovo- Nagymaros Project (Hungary c. Slovakia), para. 132;

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. United States of America), *Merits*, para. 274,

INA Corporation c. Iran, Iran-U.S. Claims Tribunal, Award n.º 184-161-1, de 12 Agosto de 1985, 75, para. 378.