



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
DIREITO**

**ARMÊNIO ALBERTO RODRIGUES DA  
RODA**

**O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS ESTADOS AFRICANOS DE  
EXPRESSÃO PORTUGUESA: CAMINHO PARA UM PLURALISMO JURÍDICO DE  
PROCEDIMENTO**

**Salvador**

**2023**

**ARMÉNIO ALBERTO RODRIGUES DA  
RODA**

**O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS ESTADOS AFRICANOS DE  
EXPRESSÃO PORTUGUESA: CAMINHO PARA UM PLURALISMO JURÍDICO DE  
PROCEDIMENTO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, na área de Direito Público, na Linha de Pesquisa Estado Democrático de Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

**Salvador**

**2023**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R685 Roda, Arménio Alberto Rodrigues da  
O processo de constitucionalização dos estados africanos de expressão portuguesa: caminho para um pluralismo jurídico de procedimento / por Arménio Alberto Rodrigues da Roda. – 2023.  
218 f. ; il., color.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.  
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2023.

1. Pluralismo jurídico. 2. Constitucionalismo - África. 3. Direitos humanos. I. Cunha Júnior, Dirley da. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 342.023

## TERMO DE APROVAÇÃO

ARMÊNIO ALBERTO RODRIGUES DA RODA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, na área de Direito Público, na Linha de Pesquisa Estado Democrático de Direito e Acesso à Justiça.

### BANCA EXAMINADORA



---

Prof. Dr. Dirley Da Cunha Júnior  
Orientador (PPGD-UFBA)

---

Prof. Dr. Fábio Periandro  
Examinador Interno Titular (PPGD-)

*Fábio Periandro A. Hirsch*

---

Prof. Dr. Ricardo Maurício  
Examinador Interno Titular (PPGD-)

*Ricardo Maurício Freire Soares*

Documento assinado digitalmente



ERCILIO NEVES BRANDAO LANGA  
Data: 30/10/2023 17:31:50-0300  
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

---

Prof. Dr. **Ercílio Neves Brandão Langa**  
Examinador Externo Titular (PPGD)



---

Prof. Dra. Luana Paixao Dantas do  
Rosário .Examinador Externo  
Titular (PPGD)

Aprovado em 24 de outubro de 2023

## **Dedicatória**

Dedico este trabalho à minha mãe, Emília Caetano Joao Rodrigues, e ao meu pai, Alberto Joaquim, que, com amor e carinho, puderam me educar.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a Deus todo-poderoso pelo dom da vida e pela saúde que me proporcionou para executar esse trabalho.

Aos meus pais, Alberto Joaquim e Emília Caetano João Rodrigues, que têm acompanhado a minha trajetória.

Registro o meu agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Dirley da Cunha Junior, que esteve sempre presente no decorrer dessa pesquisa.

Reitero os meus agradecimentos ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Ao mesmo tempo, agradeço à professora Cristina Nogueira da Silva, professora da Universidade Nova de Lisboa, que pôde me receber no âmbito do Intercâmbio realizado na Faculdade de Direito Universidade Nova Lisboa.

Agradeço à Universidade Federal da Bahia – UFBA- pela grande oportunidade e singular experiência acadêmica. Ao mesmo tempo, registro o meu agradecimento à Fundação de de amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (FAPESB), pela bolsa que me foi concedida.

Agradeço também aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pela oportunidade de aprendizado oferecida durante o curso de Pós-Graduação.

Saliento ainda a importância das autoridades tradicionais moçambicanas que possibilitaram a concretização da pesquisa, relatando suas experiências, inquietações e angústias.

## RESUMO

Os Estados africanos gozam de uma peculiaridade de possuírem características culturalmente heterogêneas, o que acaba tendo um reflexo direto na composição das ordens normativas, as quais compreendem a mesma estrutura híbrida. Com o processo colonial, foram introduzidas na África famílias jurídicas do *common Law* e *civil Law*, que foram mantidas no período pós-independência, resultando, desse modo, num conflito intersistêmico entre o direito estatal positivista e os direitos africanos – e, em alguns Estados, direito islâmico (Sharia). Diante dessa relação truculenta, a presente pesquisa propõe, em primeiro lugar, o reconhecimento do pluralismo jurídico procedimental e processual, de forma a amenizar esse conflito entre ambas as ordens, no qual o direito positivo arroga-se hegemônico e monista, limitando as manifestações dos direitos consuetudinários. Frisa-se de antemão que essa pesquisa se cinge especialmente aos países africanos de expressão portuguesa, dos quais a Constituição jurídica reconhece formalmente o pluralismo jurídico, todavia na perspectiva meramente substantiva, ou seja, sem métodos claros para efetivação do pluralismo jurídico, seja no âmbito institucional ou na dimensão processual, capaz de integrar os tribunais comunitários e as autoridades tradicionais num ambiente funcionalmente dialógico e plural. Ademais, a pesquisa buscou analisar a forma de funcionamento dos tribunais comunitários que exprimem a manifestação concreta do pluralismo jurídico, tendo sido analisados países como Moçambique, Cabo Verde, Guiné-Bissau e, de forma módica, Angola. Foram descritas as vantagens dos tribunais comunitários para o acesso à justiça e as suas limitações inerentes a certos direitos e certas garantias fundamentais que correm risco de serem violados, como o devido processo, negação da igualdade formal das mulheres e direitos das crianças. Para tal, foi proposta a possibilidade de fiscalização desses tribunais e participação de juízes profissionais em casos de grande magnitude. Sem embargos, cabe mencionar que foi trazida à discussão o paradigma pós-positivista como um mecanismo de superação do positivismo puro, admitindo uma correção do direito pela moral, no sentido proposto por Robert Alexy (2009) e com nuances argumentativas compatíveis com a realidade africana, apresentado no terceiro capítulo em que se discute a questão da crise do positivismo no continente africano. Frisa-se também que foi agregado a esse trabalho uma argumentação voltada à possibilidade de constitucionalização de Ubuntu como um princípio constitucional, parte dos direitos africanos, constituindo um mecanismo de incorporação e codificação plural dos valores africanos nos leques das normas estatais. Além do que já foi dito, foi analisada a questão ligada à efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos das mulheres, tendo enaltecido a viabilidade de um constitucionalismo feminista, que pugna pela justiça de gênero na África, especialmente nas questões concernentes aos direitos reprodutivos e ao acesso às mesmas oportunidades. Por fim, descreveu-se o modelo das cortes constitucionais e o seu papel para a garantia e promoção dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Pluralismo jurídico procedimental. O processo histórico do constitucionalismo africano. Justiça tradicional. Tribunais comunitários. Direitos humanos.

## ABSTRACT

African states have the peculiarity of having culturally heterogeneous characteristics, which ends up having a direct impact on the composition of their legal systems, which comprise the same hybrid structure. With the colonial process, common law and civil law legal families were introduced in Africa, which were maintained in the post-independence period, thus resulting in an intersystemic conflict between positivist state law and African rights - and, in some states, Islamic law (Sharia). Faced with this truculent relationship, this research proposes, firstly, recognising procedural and procedural legal pluralism, in order to ease this conflict between the two orders, in which positive law claims to be hegemonic and monistic, limiting the manifestations of customary rights. It should be noted beforehand that this research is particularly focused on Portuguese-speaking African countries, whose legal constitution formally recognises legal pluralism, but from a purely substantive perspective, i.e. without clear methods for making legal pluralism effective, either in the institutional sphere or in the procedural dimension, capable of integrating community courts and traditional authorities in a functionally dialogical and plural environment. In addition, the research sought to analyse the way in which community courts that express the concrete manifestation of legal pluralism operate, having analysed countries such as Mozambique, Cape Verde, Guinea-Bissau and, in a modest way, Angola. The advantages of community courts for access to justice were described, as well as their inherent limitations with regard to certain fundamental rights and guarantees that are at risk of being violated, such as due process, denial of formal equality for women and children's rights. To this end, the possibility of supervising these courts and involving professional judges in cases of great magnitude was proposed. It is worth mentioning that the post-positivist paradigm was brought into the discussion as a mechanism for overcoming pure positivism, admitting a correction of the law by morality, in the sense proposed by Robert Alexy (2009) and with argumentative nuances compatible with the African reality, presented in the third chapter in which the issue of the crisis of positivism on the African continent is discussed. It should also be noted that this work includes an argument for the possibility of constitutionalising Ubuntu as a constitutional principle, part of African rights, constituting a mechanism for the incorporation and plural codification of African values into state norms. In addition to what has already been said, the issue of the effectiveness of fundamental rights, especially women's rights, was analysed, highlighting the viability of a feminist constitutionalism that strives for gender justice in Africa, especially on issues concerning reproductive rights and access to the same opportunities. Finally, the model of constitutional courts and their role in guaranteeing and promoting fundamental rights were described.

**Keywords:** Procedural legal pluralism. The historical process of African constitutionalism. Traditional justice. Community courts. Human rights.

## RÉSUMÉ

Les Etats africains ont la particularité d'avoir des caractéristiques culturellement hétérogènes, ce qui finit par avoir un impact direct sur la composition de leurs systèmes juridiques, qui comprennent la même structure hybride. Avec le processus colonial, des familles juridiques de common law et de droit civil ont été introduites en Afrique, qui ont été maintenues dans la période post-indépendance, entraînant ainsi un conflit intersystémique entre le droit positiviste de l'État et les droits africains - et, dans certains États, le droit islamique (charia). Face à cette relation truculente, cette recherche propose d'abord de reconnaître le pluralisme juridique procédural et processuel, afin d'apaiser ce conflit entre les deux ordres, dans lequel le droit positif se veut hégémonique et moniste, limitant les manifestations des droits coutumiers. Il convient de noter au préalable que cette recherche est particulièrement axée sur les pays africains lusophones, dont la constitution juridique reconnaît formellement le pluralisme juridique, mais dans une perspective purement matérielle, c'est-à-dire sans méthodes claires pour rendre le pluralisme juridique effectif, que ce soit dans la sphère institutionnelle ou dans la dimension procédurale, capable d'intégrer les tribunaux communautaires et les autorités traditionnelles dans un environnement fonctionnellement dialogique et pluriel. En outre, la recherche a cherché à analyser le mode de fonctionnement des tribunaux de proximité qui expriment la manifestation concrète du pluralisme juridique, après avoir analysé des pays tels que le Mozambique, le Cap-Vert, la Guinée-Bissau et, de façon modeste, l'Angola. Les avantages des tribunaux communautaires pour l'accès à la justice ont été décrits, ainsi que leurs limites inhérentes en ce qui concerne certains droits et garanties fondamentaux qui risquent d'être violés, tels que le droit à une procédure régulière, le déni de l'égalité formelle pour les femmes et les droits de l'enfant. À cette fin, la possibilité de superviser ces tribunaux et d'impliquer des juges professionnels dans des affaires de grande ampleur a été proposée. Il convient de mentionner que le paradigme post-positiviste a été introduit dans la discussion comme mécanisme de dépassement du positivisme pur, admettant une correction du droit par la morale, dans le sens proposé par Robert Alexy (2009) et avec des nuances argumentatives compatibles avec la réalité africaine, présentée dans le troisième chapitre dans lequel la question de la crise du positivisme sur le continent africain est discutée. Il convient également de noter que ce travail comprend un argument en faveur de la possibilité de constitutionnaliser l'Ubuntu en tant que principe constitutionnel, faisant partie des droits africains, constituant un mécanisme d'incorporation et de codification plurielle des valeurs africaines dans les normes de l'État. En plus de ce qui a déjà été dit, la question de l'effectivité des droits fondamentaux, en particulier des droits des femmes, a été analysée, soulignant la viabilité d'un constitutionnalisme féministe qui s'efforce d'obtenir une justice de genre en Afrique, en particulier sur les questions relatives aux droits reproductifs et à l'accès aux mêmes opportunités. Enfin, nous avons décrit le modèle des cours constitutionnelles et leur rôle dans la garantie et la promotion des droits fondamentaux.

**Mots-clés:** Pluralisme juridique procédural. Le processus historique du constitutionnalisme africain. Justice traditionnelle. Tribunaux communautaires. Droits de l'homme.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AC – Administração das Colônias

AC – Ato Colonial

AN - Assembleia Nacional

CADHP-Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos

CRV- Constituição da República de Cabo-verde

CRM - Constituição da República de Moçambique

CRA - Constituição da República de Angola

CRDSTP - Constituição da República Democrática de São Tomé e príncipe

CRGB – Constituição Da República da Guiné-Bissau

CPLP – Comunidade dos Países da Língua Portuguesa

TAJDH-Tribunal de Justiça e dos direitos humanos

TGD -Teoria Geral de Direito

TPI-Tribunal Penal Internacional

UA - União Africana

Frelimo - Frente de Libertação de Moçambique

TC - Tribunais Comunitários

CADH – Carta Africana de Direitos Humanos

CRGB – Constituição Da República da Guiné-Bissau

CPLP – Comunidade dos Países da Língua Portuguesa

CEDEAO – Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental

DUDH – Declaração Universal dos Direitos

Humanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OUA – Organização da Unidade Africana

PAIGC – Partido Africano para Independência de Guine e Cabo-Verde

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

UNICEF- Fundo das Nações Unidas para a Infância

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

<b>Figura 01:</b> Tribunal comunitário em Moçambique.....	88
---	----

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>16</b>
<b>2.PRECEDENTES HISTÓRICOS .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 A formação histórica dos Estados Africanos e os fenômenos proto-constitucionais .....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 As leis ultramarinas e discrepâncias com os costumes locais nas Colônia portuguesas.....</b>	<b>27</b>
<b>2.3 O constitucionalismo africano no período pós-colonial .....</b>	<b>30</b>
<b>2.5 As principais características dos modelos Africanos de língua portuguesa.....</b>	<b>34</b>
<b>2.6 Considerações.....</b>	<b>35</b>
<b>3. A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA PORTUGUESA: A HEGEMONIA HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA COMO MECANISMO DE INCLUSÃO MORAL DOS DIREITOS AFRICANOS.....</b>	<b>35</b>
<b>3.1 Questões prévias .....</b>	<b>35</b>
<b>3.2 Indistinação entre o direito e a moral no continente africano.....</b>	<b>38</b>
<b>3.4 A justiça como elemento de validade de uma sociedade de Direito .....</b>	<b>41</b>
<b>3.6.1 Por uma correção moral do direito estatal pelos direitos africanos à luz da teoria do Robert Alexy.....</b>	<b>45</b>
<b>3.7 Segurança jurídica e estabilização de expectativas .....</b>	<b>47</b>
<b>3.8 Descolonizando o positivismo: o perigo de implante normativo exterior.....</b>	<b>48</b>
<b>3.9 Dificuldades da não codificação e sistematização dos direitos africanos.....</b>	<b>49</b>
<b>3.10 Sim ou não à positividade inclusiva dos direitos costumeiros? .....</b>	<b>50</b>
<b>3.12 Considerações.....</b>	<b>52</b>
<b>4 SERIA POSSÍVEL FALAR DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL AFRICANA?.....</b>	<b>54</b>
<b>4.1 Teoria sincrética Berihun Adugna Gebeye .....</b>	<b>54</b>
<b>4.2 Teorias de direito, Modelos de Estado soberano e Estado/sociedades.....</b>	<b>60</b>
<b>4.2.1 Estado-nação vs Estado/nacionais.....</b>	<b>62</b>
<b>4.3 Limites de interpretação e aplicação da Teoria Geral do Direito positivo.....</b>	<b>63</b>

4.3.1 Limites da linguagem no processo hermenêutico .....	65
4.5 Por uma teoria comunicativa diante dos desafios globais.....	67
4.6 Considerações.....	69
<b>5.DE UM PLURALISMO SUBSTANTIVO PARA O PLURALISMO DE PROCEDIMENTO: UMA PROPOSTA ALÉM DAS QUESTÕES ANALÍTICAS .....</b>	<b>70</b>
5.1 Conceitos e características do pluralismo jurídico .....	70
5.1.1 Pluralidade de fontes normativas.....	74
5.1.2 Processo histórico do pluralismo no continente africano.....	74
5.3 Pluralismo procedimental e processual .....	76
5.4 Considerações.....	88
<b>6 ENTRE O SISTEMA DE JUSTIÇA TRADICIONAL NA ÁFRICA, OS DIREITOS HUMANOS, O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONVENCIONALIDADE .....</b>	<b>89</b>
6.1 Pluralidade de litígio além do racional (pluralidade metafísica) .....	92
6.2.1 Controle de constitucionalidade e proteção dos direitos fundamentais .....	95
6.4 Haveria a possibilidade de reinterpretar a cultura em benefício da Justiça?.....	101
6.4.1 Por um diálogo multicultural dos direitos humanos para a complementação recíproca dos sistemas de justiça tradicional.....	102
6.5 Considerações.....	104
<b>7. A POSITIVAÇÃO DO UBUNTU COMO UM PRINCÍPIO JURÍDICO E POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA.....</b>	<b>105</b>
7.1 Questões preliminares .....	105
7.1.1 Questões conceituais sobre Ubuntu.....	107
7.2 A concepção do Ubuntu como um princípio do direito .....	111
7.2.1 Ubuntu como parâmetro de justiça afrocêntrica.....	115
7.2.2 Ubuntu e os direitos fundamentais de segunda e terceira geração .....	116
7.2.3 Deveres jurídicos e os direitos fundamentais à luz do Ubuntu.....	117
7.2.4 Ubuntu como fundamento do Estado .....	118
7.5 Considerações.....	120

<b>8 CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA PARA A ÁFRICA: UMA BUSCA EMANCIPATÓRIA PARA REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES .....</b>	<b>121</b>
8.1 Por que o constitucionalismo deve ser feminista? .....	125
8.2 A questão dos direitos reprodutivos na África.....	126
8.3 Perigos excludentes de uma maternidade compulsória .....	128
8.4 Direito ao desenvolvimento, trabalho e as relações econômicas sexistas.....	129
8.4.1 Desregulamentação consciente do trabalho doméstico feminino .....	131
8.4.2 Direito à educação nas relações de gênero .....	134
8.4.3 Direito à participação e Representatividade política .....	136
8.6 Considerações finais .....	141
<b>9 A CONSTITUIÇÃO SEM O CONSTITUCIONALISMO: UMA EXPERIÊNCIA PROLONGADA DOS PAÍSES AFRICANOS .....</b>	<b>143</b>
9.1 Por uma sustentabilidade constitucional.....	146
9.2 A quebra do contrato social.....	148
9.3 Sim ou não à judicialização e ao ativismo judicial na África lusófona? .....	149
9.4.1 Cabo Verde.....	154
9.4.2 O controle de constitucionalidade na Guiné-Bissau .....	155
9.4.3 Controle de constitucionalidade no sistema de São Tomé e Príncipe .....	156
9.4.4 Modelo moçambicano de Controle Constitucional.....	156
9.5 Considerações finais .....	158
<b>10. ENTRE A REALIDADE E O SIMBOLISMO DOS DIREITOS HUMANOS NA ÁFRICA: UMA ANÁLISE DO SISTEMA REGIONAL AFRICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>154</b>
10.1 Composição e estrutura do Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos em África.....	160
10.1.1 A idealização tribunal de justiça .....	165
10.1.4 Considerações.....	172
<b>11. O ACESSO LIMITADO À ÁGUA POTÁVEL NOS PAÍSES DA ÁFRICA SUBSAARIANA COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS.....</b>	<b>170</b>

11.1 Questões prévias sobre os direitos humanos água potável.....	175
11.1.1 pressuposto jurídico da água como parte dos direitos humanos.....	176
11.1.4 Análise legal, administrativa e jurisprudencial sul africana .....	181
11.1.5 Situação do direito humano à água em zimbábue .....	183
11.2 A crise das políticas públicas para o fornecimento de água em Zimbábue.....	184
11.3 A situação jurídico-social do direito à água em moçambique .....	185
11.3.1 Ineficácia das políticas públicas em Moçambique .....	186
11.4 A situação jurídico-social da água em Botsuana .....	188
11.5 O dilema do acesso a água em Angola .....	189
11.5.1 Análise da lei água em Angola .....	190
11.6 A situação jurídica e socioeconômica da Zâmbia .....	191
11.7 Privatização e a mercantilização da água na Zâmbia .....	191
11.8 direitos humanos e a mercantilização da água.....	192
Considerações.....	193
<b>12A NECESSIDADE REGIONAL DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ÁFRICA: direito à eletricidade, internet, saneamento e segurança alimentar.....</b>	<b>190</b>
<b>12.1 O Cesso à internet como direito humano .....</b>	<b>191</b>
<b>12.1.1Direito à segurança alimentar.....</b>	<b>192</b>
<b>12.2 considerações .....</b>	<b>193</b>
<b>13. CONCLUSÃO.....</b>	<b>199</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>203</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Frise-se, de primeira, que ao se propor estudar sobre os Estados africanos de expressão portuguesa, não se pretende com isso aludir uma descrição taxativa desses Estados, mas sim, propor uma teoria jurídica baseada no pluralismo jurídico de procedimento, o qual o escopo é amenizar o denominador comum perpassado pelos Estados de Estados africanos de expressão portuguesa, que vivem um ambiente truculento entre o direito formal positivo e os direitos africanos, que tendem a ser marginalizados pelo modelo monista centralizado do Estado.

Neste cerne, é de extrema importância referir que o continente africano é um habitat de diversas ordens normativas, constituídas por direitos indígenas ou tradicionais, pertencentes aos múltiplos grupos étnicos lá existentes. Também predominam na África sistemas religiosos, especialmente a normatividade islã. Por outro lado, o continente está repleto de normas de raízes ocidentais, como o civil Law e common Law, que fundamentam o ordenamento jurídico formal positivo. No entanto, a conciliação dessa complexidade normativa híbrida não tem sido um fenômeno simples de se superar.

Posto isso, é de extrema relevância mencionar que o processo histórico do direito africano, no seu todo, passou por momentos conturbados, que envolveu a colonização dos Estados africanos pelos países europeus, que, por seu turno, importaram o direito ocidental para regerem as colônias, sobretudo nos países lusófonos e anglófonos, que assistiram a uma colonização direta, na qual não se dava espaço para as manifestações dos direitos costumeiros, que pese, embora, esses mantinham-se consistentes diante da hegemonia imperial. Por outra perspectiva, não se pode olvidar a transição colonial para a formação dos Estados pós-coloniais soberanos, que, por sua vez, transplantaram o aparato normativo colonial, desde a Constituição, os Códigos e outras leis ordinárias, resultando hodiernamente num conflito intersistêmico.

Nessa senda, o núcleo da presente pesquisa prende-se ao processo constitucional dos países africanos de língua portuguesa, com profunda atenção para Moçambique, e sem esquecer dos demais países que têm se destacado no âmbito do constitucionalismo moderno, o que pode oferecer um arcabouço fundamental à luz do Direito Comparado na África. Nesse âmbito, pretende-se dissertar sobre a formação do constitucionalismo lusófono africano, desde os seus primórdios até os dias atuais, que tem demonstrado diversos problemas teóricos e práticos, os quais pairam em torno das normas formais e normas consuetudinárias legitimadas pelos poderes tradicionais, poderes reconhecidos pelas comunidades, suscitando dois problemas fundamentais: o primeiro, ligado à eficácia social inerente às normas oficiais; o segundo, inerente à validade jurídica das normas informais paralelas à legalidade estatal.

Nesse aspecto, importa frisar que existem duas principais perspectivas doutrinárias que apresentam argumentos antagônicos no quadro de aplicação das normas atinentes ao sistema jurídico de países africanos de expressão portuguesa. A primeira tem fundamento nas teorias clássicas, que advogam a aplicação exclusiva do direito formal do Estado, cuja validade e a legitimidade são aferidas por um procedimento público pré-definido, exercido por um órgão competente para o efeito. Nesse sentido, qualquer categoria normativa não produzida pelos órgãos formais do Estado não poderá ser reconhecida como direito ou como um sistema normativo válido. Ocorre nessa linha de pensamento um monismo jurídico, que pauta pelo centralismo e pela unicidade do sistema jurídico. Outrossim, defende-se a ideia de um positivismo puro, que nega quaisquer relações com outras ordens sociais, sobretudo as normas morais, tendo em vista que, nesse âmbito, o direito costumeiro jamais pode ser concebido como norma de caráter jurídico porque lhe faltaria a validade. Para essa linha de pensamento, a admissibilidade de normas de caráter moral e costumeiro prejudicaria a unidade sistêmica do direito. Vislumbra-se um monopólio do direito positivo que subalternize outras manifestações jurídicas, propondo uma estrutura universal do direito defendida pela Teoria Geral de Direito.

A segunda corrente argumenta que o direito não deve dissociar-se da realidade moral, cultural e social endógena, que lhes são intrínsecas por natureza. Dentro desse quadro, repousam as correntes pluralistas e pós-positivistas, que visam superar o monismo jurídico e positivismo metodológico normativista, assentido na universalidade da Teoria Geral do Direito Positivo. No primeiro momento, recorre-se ao pluralismo jurídico como forma de atender às complexidades normativas existentes na África. Contudo, a ideia do pluralismo que se propõe é baseada meramente num pluralismo substantivo, que enfatiza o simples reconhecimento dessa premissa em um texto normativo; todavia, sem fornecer recursos procedimentais e processuais para a concretização da pluralidade, culminando num pluralismo enfraquecido e desestruturado.

Por outro ângulo, busca-se encontrar refúgio na hermenêutica pós-positivista, centrada na correção do direito pela moral e no debate proposto neoconstitucionalismo<sup>1</sup> como formas de superar a rigidez pós-positivista, através de uma retórica pautada na admissibilidade de conexão entre o direito e a moral, que, por seu turno, não resolvem o problema de maneira cabal por se tratar de um problema de natureza intersistêmica, isto é, um conflito entre duas ou mais ordens jurídicas. As propostas pós-positivistas são estruturadas para dirimir ou conter conflitos entre regras ou princípios de um ordenamento jurídico homogêneo – esse é um problema que se coloca no presente trabalho, a fim de reportar a pluralidade de famílias jurídicas.

---

<sup>1</sup> A palavra “neoconstitucionalismo” é um termo polissêmico, podendo referir-se ao modelo constitucional pós-guerra. Por vezes, esse termo é intercambiado pela palavra pós-positivismo, significando a corrente filosófica que admite uma conexão mínima entre o direito e a moral. Portanto, não é recomendável fazer o uso da palavra neoconstitucionalismo como sinônimo do pós-positivismo porque os autores pós-positivistas não compreendem do mesmo modo.

À vista disso, questiona-se o seguinte: quais são os mecanismos a serem desenvolvidos para o reconhecimento dos direitos costumeiros presentes na África e para a viabilidade de potencializar a justiça tradicional, levadas a cabo pelas autoridades tradicionais? Como corolário ou extensão da primeira questão, indaga-se ainda: como seria possível amenizar os conflitos entre os direitos indígenas e as normas formais do Estado?

Em caráter de hipótese, a pesquisa propõe uma dimensão de pluralismo jurídico de procedimentos e processual, que consubstancia em variadas ações estruturais, as quais combinam os órgãos formais e as autoridades tradicionais, resultando em ações minimamente dialógicas. Nesse fito, inclui-se uma adaptação processual que parte da Constituição, dos Códigos e das leis ordinárias substantivas. Por fim, traz-se à colação o paradigma pós-positivista como questão atenuadora, para que seja utilizada argumentativamente em processos hermenêuticos nesses países, para se propor um critério que se valha da ponderação para o efetivo do afastamento necessário da norma positiva ou consuetudinária, ou seja, não se ponderam somente os princípios ou as regras, mas a possibilidade de se afastar do sistema inteiro.

Não obstante as questões acima mencionadas, o trabalho visa discutir de forma genérica questões à volta da efetividade dos direitos fundamentais, perpassando por direitos das mulheres, em que frisamos a construção de um feminismo, sem esquecer de outros grupos minoritários. Nisso, analisa-se conjuntamente o papel do Estado para proteção da dignidade humana e os demais direitos e princípios fundamentais. Por outra parte, a pesquisa busca perceber diversas nuances ou uma roupagem do Constitucionalismo na África e suas formas de evolução.

A escolha do tema deve-se ao fato da indeclinável importância que o pluralismo jurídico propõe para a emancipação dos diversos direitos africanos. Nessa esteira de raciocínio, cabe referir que a pesquisa em alusão propõe um paradigma jurídico-filosófico a ser utilizado, seja do ponto de vista argumentativo ou hermenêutico nos países africanos, tendo em vista os falantes de língua portuguesa que enfrentam a exclusão dos direitos tradicionais pelo direito estatocêntrico. Por outro lado, a pesquisa poderá fomentar um novo modelo de codificação a ser apreciado pelo poder legislativo desses Estados, que leve em consideração os direitos tradicionais e a inclusão das autoridades tradicionais na seara do Estado. Do ponto de vista acadêmico, a pesquisa irá ampliar o debate teórico sobre o constitucionalismo africano e os modelos de justiça adotados por esses Estados.

Para o alcance dos objetivos aqui definidos, é de extrema importância sublinhar que a pesquisa foi desencadeada por uma abordagem interdisciplinar, abarcando a dogmática jurídica, a sociologia, a filosofia, a filosofia do direito e questões políticas, que estiveram fundamentadas na revisão bibliográfica, baseada na análise de documentos, livros, artigos etc. Com vistas a deduzir melhor o alcance do problema, também recorreu-se a entrevistas realizadas em Moçambique, tendo sido ouvidos dois (02) juizes dos tribunais comunitários e quatro (04)

mulheres, que expuseram suas experiências em relação às questões de gênero e dos direitos fundamentais. Esse número reduzido deveu-se às limitações financeiras para as entrevistas prolixas. No tocante à abordagem, optou-se pelo método hipotético dedutivo, ou seja, partiu-se das premissas gerais para extrair conclusões particulares. Ademais, a pesquisa atendeu a uma abordagem jurídica argumentativa e crítica em relação a alguns institutos adotados pelas Constituições dos Estados africanos de expressão portuguesa.

Por uma questão metodológica, passaremos a esboçar de forma sumária a ordem e os conteúdos dos capítulos que se seguem. Em primeiro lugar, debruça-se sobre as questões históricas do constitucionalismo africano e as manifestações pré-coloniais ligadas à estrutura de Estado, advogando-se a ideia de que a África sempre teve direitos, ainda que o direito não escrito; portanto, os costumes exerciam-se na mesma função de normas de organização social, equiparadas a uma Constituição. No mesmo capítulo, analisa-se o período colonial português, no qual os países africanos eram tidos como províncias ultramarinas de Portugal, estando subjacentes às leis das metrópoles.

No segundo capítulo, introduz-se a questão da crise do positivismo jurídico, em que são mencionadas as fragilidades hermenêuticas para se adaptar a uma estrutura híbrida e complexa de famílias jurídicas, tal como sucede na África. Nesse debate, aludimos às propostas de Robert Alexy (2009) e Ronald Dworkin (2010), pautadas na ponderação dos princípios e das questões inerentes à correção do direito pela moral. Em seguida, conecta-se esse capítulo ao seguinte, em que se aborda a tentativa de construir uma teoria específica para a África. Para isso, recorre-se às propostas de Gebeye (2021), que tratam sobre o sincretismo jurídico como solução para a África.

Posteriormente, trazemos à baila a espinha dorsal da tese, que compreende o pluralismo jurídico de procedimento e suas diversas nuances, traçando um mecanismo dialógico entre as instituições formais e tradicionais, de maneira a construir-se um pluralismo sólido, e não um reconhecimento meramente substantivo conforme se tem colocado. Esse capítulo interliga-se ao capítulo que tratamos da justiça tradicional e suas características, vantagens, e sua fragilidade para a proteção dos direitos fundamentais.

No capítulo seguinte, faz-se referência à constitucionalização do *Ubuntu* como um dos princípios de justiça de matriz africana, equiparando-o aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade humanas, servindo de parâmetro de moralidade pública e como fundamento da república africana, visando equilibrar a visão de liberalismo individualista com o comunitarismo, alinhado às diretrizes do Estado social.

Posto isso, adentramos no capítulo voltado para a efetividade dos direitos fundamentais sobre as mulheres, que tem sido uma questão crucial na África. Nessa linha de ideias, discute-se o constitucionalismo feminista, que é um diálogo que busca perceber o retrocesso das Constituições africanas em conferir os direitos igualitários às mulheres, as quais se veem

prejudicadas pelas construções sexistas, machistas e patriarcais, transtorno viabilizado pelo discurso jurídico controlado pelos homens, que contribuem para a opressão das mulheres na África, restringindo, ainda, os direitos reprodutivos e os demais direitos civis políticos, negando às mulheres a posição de sujeitos políticos e jurídicos plenos.

E no capítulo posterior a pesquisa centra-se no papel simbólico da Constituição e dos órgãos de jurisdição constitucional, que ignoram os pressupostos básicos do constitucionalismo e do Estado de direito, dando margem a um fenômeno designado por Constituição sem constitucionalismo. Isto é, a existência de documento constitucional despido de força normativa, do ponto de vista horizontal e vertical, que vislumbra à luz de atos como: nepotismo, ditaduras, militarização e partidarização do Estado, fraudes eleitorais, perpetuação no poder e perseguição aos grupos opositores, etc. Não obstante, agregamos a essa discussão as características dos tribunais constitucionais e o seu papel para a efetivação dos direitos fundamentais.

Sem embargos, a pesquisa descreve a contribuição implementada pelo sistema africanos dos direitos humanos no constitucionalismo africano e os problemas atravessados pelos órgãos regionais da União Africana, nomeadamente o Tribunal Africano e a Comissão Africana. E por fim, o trabalho dialoga com a questão da necessidade de proteção de dos novos direitos tais como: o acesso universal à água potável, saneamento básico, direito à energia elétrica, internet, segurança alimentar que são condicionadores do desenvolvimento humano Sem embargos, a pesquisa descreve a contribuição implementada pelo sistema africanos dos direitos humanos no constitucionalismo africano e os problemas atravessados pelos órgãos regionais da União Africana, nomeadamente o Tribunal Africano a Comissão Africana.

E por fim, o trabalho dialoga com a questão da necessidade de proteção de dos novos direitos tais como: o acesso universal à água potável, saneamento básico, direito à energia elétrica, internet e a segurança alimentar, que são condicionadores do desenvolvimento humano.

## **2.PRECEDENTES HISTÓRICOS**

A cronologia geral da história de África tem uma relação com a evolução político-constitucional dos Estados africanos, que pode ser dividida em três períodos importantes, a começar: o período pré-colonial, o período de dominação colonial, datado do século XV até a metade do século XIX e por conseguinte, o período pós-colonial, que se concretiza pela conquista das independências dos Estados africanos, nos anos de 1950 a 1960, embora houvesse Estados que se tornaram independentes anteriormente a essas datas<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> KI-ZERBO, Joseph. Introdução Geral. In: **História geral da África**, I: Metodologia e pré-história da África. 2.ed- Brasília: UNESCO, 2010, p.41-42.

Na gênese da construção civilizatória de África, se consolidavam normas consuetudinárias ou costumeiras, que regulavam as questões de poderes em diversas áreas como: a organização militar, social e política, que determinava os arranjos e funcionamento das sociedades africanas. Neste contexto, cabe frisar duas divisões que influenciava forma de distribuição poder político-administrativo, constituído de grupos matrilineares e patrilineares, que comportavam estruturas regulamentares distintas. Na primeira, o poder seguia a linhagem feminina e no segundo, a linhagem masculina. E a composição dos chefes das tribos, clãs, conselheiros e os sacerdotes obedeciam a essas formas de organização social<sup>3</sup>. Portanto, o registro dessas regras se concretizava por via oral, transmitidas de uma geração para outra geração.

A maior parte dos historiadores africanos afirmam que o continente africano foi marcado por uma tradição oral. Contudo, a ausência das normas escritas nos primórdios da civilização africana não retira o seu valor histórico, o que vale dizer que as regras de coesão, organização e estabilização social estiveram sempre presentes nessa codificação oral. No entanto, deve-se assumir que a codificação escrita não constitui a única forma de revelação de normas jurídicas. Em vista disso, é razoável afirmar que existia um direito africano com sua idiossincrasia, assim como houve o direito romano.

O raciocínio acima coaduna com a famigerada premissa ulpiniana, que deduz o seguinte: onde existe o homem, há uma sociedade; onde existe sociedade, há um direito (*Corpus Iuris Civilis*: “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”<sup>4</sup>. Portanto, o direito ou as normas de regulação social correspondem a um artefato inseparável da vida do homem, quando o mesmo decide viver em grupo<sup>5</sup>.

Entretanto, o preconceito construído ao longo do tempo em relação à cultura negro-africana assentava na superioridade branca e no desprezo pelos negros, e isso fez com que todo o aparato histórico, civilizatório - incluindo os fenômenos pré-constitucionais - fossem ignorados no âmbito epistemológico, por razões contraditórias do ponto de vista histórico. O continente africano é considerado cientificamente como o berço da humanidade, onde emergem as primeiras manifestações históricas da espécie humana; contudo, ao mesmo tempo, verifica-se um reducionismo político-filosófico e de questões político-constitucionais<sup>6</sup>. Uma delas deriva da fala de Hegel, que afirmava que o continente africano é um lugar sem história e o homem africano é despido de inteligência; o mesmo não possuiria alma e nem espírito. A África era tida como um

<sup>3</sup> UNESCO. **História geral da África II: a África sob dominação colonial. 1880-1935.** Editora Albert Adu Boahen.

<sup>4</sup> MATA-MACHADO, Edgar. **Elementos de Teoria Geral do Direito.** Belo Horizonte: Vega, 1981.

<sup>5</sup> CF.SABELO J Ndlovu-Gatsheni, .**Genealogies of Coloniality and Implications for Africa's Development.** 40 Africa Development / Afrique et Développement 13, 14–15; Alex Thomson, An Introduction to African Politics (3rd ed, Routledge 2010), 9.

<sup>6</sup> KI-ZERBO, Joseph. Introdução Geral. **In: História geral da África I: Metodologia e pré-história da África.** 2. ed-Brasília : UNESCO, 2010.

lugar habitado por bárbaros da face da terra, que não possuía “civilização”<sup>7</sup>. Isso pode ser deduzido do seguinte discurso:

O africano ainda não chegou a essa distinção de si como indivíduo e de sua generalidade essencial. Por isso, carece também do conhecimento de uma essência absoluta, que seria um outro, superior a ele mesmo. O negro representa, como já foi dito, o homem natural, selvagem e indomável. Devemos nos livrar de toda reverência, de toda moralidade e de tudo o que chamamos sentimento, para realmente compreendê-los. Neles, nada evoca a idéia do caráter humano (HEGEL, 2008, p. 83 – 84).

Portanto, essas ideias foram sustentadas por longos períodos nos meandros científicos. A construção dos dogmas preconceituosos ao nível da ciência reportadas a África, permitiu a normalização do epistemicídio e invisibilização dos fenômenos jurídicos-constitucionais registrados no continente africano. Desses estudiosos, podemos notar o discurso de Leo Frobenius (1936), Maurice Delafosse (1925) e Arturo Labriola, que sustentavam que essas sociedades não podiam ser objeto de um estudo científico, notadamente por falta de fontes e documentos escritos. Um dos grandes historiadores africanos, Joseph ki-Zerbo (2010), reivindica estas constatações, questionando o seguinte: se a *Iliada* e a *Odisseia* podiam ser devidamente consideradas como fontes essenciais da história da Grécia antiga, em contrapartida, não faz sentido negar valor da tradição oral africana<sup>8</sup>.

Os outros elementos nefastos que enterraram o processo da civilização africana foram o tráfico negreiro e a colonização arraigada em estereótipos raciais e preconceituosos, o que foi avassalador em todos os contextos da cultura africana, reduzida a meros contos da mitologia africana, desconsiderando-se todo o acervo civilizatório que teria sido construído por longos séculos<sup>9</sup>.

## 2.1 A formação histórica dos Estados Africanos e os fenômenos proto-constitucionais

Antes de compreender algumas experiências constitucionais no continente africano, é importante sublinhar que existe imensa dificuldade de aprofundar certas investigações decorrente do período pré-colonial, uma vez que existem poucos dados e registros escritos em relação à vida política e constitucional naquele continente. Por outro lado, admite-se que existem fontes escritas que foram registradas por alguns viajantes e missionários, que escreveram com base nas suas observações<sup>10</sup>. Todavia não seria razoável negar ou descartar a existências de experiências

<sup>7</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Maria Rodrigues e Hans Harden (Trad). 2º. Ed. Universidade de Brasília, 2008.

<sup>8</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Maria Rodrigues e Hans Harden (Trad). 2º. Ed. Universidade de Brasília, 2008, p. 243.

<sup>9</sup> OBENGA, Théophile. Cheikh Anta Diop, Volney et le Sphinx. **Contribution de Cheikh Anta Diop à l'historiographie mondiale**. Paris: Présence Africaine, 1996.

<sup>10</sup> GEBEYE, Berihun Adugnabe. **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.

constitucionais baseadas em regras costumeiras lá existente, que exerciam funções constitucionais como a organização e a distribuição de poder político. O antropólogo Sally Falk Moore (1973) ressaltava que em todas as sociedades primitivas existiam normas jurídicas, embora que maior parte delas derivassem das regras culturais, rituais ou cerimônias<sup>11</sup>.

Neste contexto, cabe aludir que havia normas que visavam à proteção do interesse comuns tais como: a integridade do territorial, a prosperidade do grupo e a proteção dos bens fundamentais etc. E essas experiências dizem respeito à civilização humana em diversos lugares do mundo<sup>12</sup>.

Desses aspectos proto-constitucionais manifestados na época pré-colonial, Gebeye (2021) descreve concepções e a estrutura dos Estados que foram predominantes na África pré-colonial, mostrando as fontes e a forma de legitimidade política. O estudioso aponta que alguns sistemas políticos africanos eram centralizados, como por exemplo o império de Gana e Mali, nos quais a sucessão ao trono era hereditária por linhagem materna. E os imperadores ou chefes desses Estados acumulavam funções jurisdicionais, legislativas e executivas. Por outra parte, eles ocupavam o estatuto de guardiões espirituais do povo, com poderes divinos. O rei era um símbolo que ligava os vivos aos mortos, e o mesmo detinha um poder sobrenatural que assegurava a continuidade de suas posteridades. Em alguns Estados, o chefe supremo poderia exercer o poder indeterminadamente, porém existiam Estados com um grau de descentralização, existindo chefes administrativos subalternos aos quais eram delegadas certas funções administrativas e militares. E nos outros impérios africanos, a sucessão também era hereditária, porém estava sujeita à confirmação por quatro dignitários; nesse caso, os governadores de províncias. Também existiam subchefes das províncias e das aldeias, que poderiam exercer poderes em relação a um grupo pertencente a uma determinada circunscrição territorial<sup>13</sup>.

No âmbito dos direitos, o Gebeye (2021, p. 53-55) destaca direitos que articulavam as dinâmicas daquelas sociedades entre o rei e a população:

1. O chefe ou rei deve permanecer em silêncio enquanto o Conselho delibera sobre um assunto e decisões importantes devem ser debatidas até que a unanimidade seja alcançada. Caso contrário, a questão será submetida a uma Assembleia de Aldeia de plebeus e debatida até que um consenso seja alcançado.
2. O rei ou chefe, juntamente com o Conselho, velarão pela execução da vontade do povo consensualmente. O rei ou chefe não revogará unilateralmente a vontade expressa da comunidade.
2. O rei ou chefe não deve celebrar qualquer contrato com um estrangeiro.

Há registros de sistemas políticos descentralizados na África; nesses, os poderes eram partilhados em diversas escalões, como os povos Igbo e Dagaaba.

<sup>11</sup> MOORE, Sally Falk. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law & Society Review*, 1973, 719-746.

<sup>12</sup> MOORE, Sally Falk. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law & Society Review*, 1973, 719-746.

<sup>13</sup> GEBEYE, Berihun Adugnabe. *A Theory of African Constitutionalism*. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.

A historiografia africana do século XIX, realça a experiências constitucionais dos *iorubás*, como os *nguni*, que lançaram em diferentes experiências políticas e constitucionais, visando resolver os problemas políticos e ecológicos predominante naquela época, dando origem ao republicanismo de Ibadan, o federalismo de *Abeokuta* e o confederalismo dos *ekiti parapo*<sup>14</sup>.

As novas migrações na África austral pelos povos de língua banta, utilizadores de ferro e criadores de gado, deram origem à revolução designada por *Mfecane*, que posteriormente resultou no esmagamento dos povos *Nguni*, que se desencadeou por várias guerras, permitindo a anexação de novos territórios. Poderia vislumbrar-se nele um conjunto de circunstâncias, cujo caráter positivo e criador se faria sentir por gerações. Certos Estados sobreviveram até os dias atuais, e agora fazem parte da comunidade internacional. Vislumbra-se nessas experiências uma forma de organização política e social, cujo substrato jurídico constitucional esteve sempre presente, ainda que de forma remota.

Por outro lado, não se pode olvidar das manifestações civilizatórias na formação dos Estados que surgem a partir de 3500 ac. no Egito e na Mesopotâmia e Médio Oriente. E foi durante este período que nascem as primeiras cidades, que culminou com o desenvolvimento da escrita. A partir de 1600 ac, aparecem os grandes impérios orientais (o Egito, Babilônia e a Assíria).

As características dos Estados orientais definiam-se pela existência de um sistema de concentração do poder político e religioso no monarca, que detinha atributos divinos na terra, e com um rol de poderes quase que ilimitados sobre os súditos. Nesse período, a sociedade estava rigidamente hierarquizada; por um lado, grupos privilegiados, e por outro, grupos despidos de direitos. Ou seja, a natureza os tinha como merecedores de atributos de não-cidadãos, a sua existência era legitimada pela orientação divina.

O surgimento dos Estados na África, coincide com o enfraquecimento dos Estados na Europa. Nesta ótica, os Estados africanos, se desenvolvem na segunda metade da Idade Média, entre os anos 1000 e 1500. Aponta o Filipe Falcão Oliveira, que neste período assiste-se os desenvolvimentos das rotas comerciais no deserto de Saara, onde as caravanas de mercadores muçulmanos ligavam o norte da África e resto do continente. Por volta dos anos 1000, o Norte da África, já havia sido islamizada, pelo que os desenvolvimentos das trocas comerciais econômicas promoveram a expansão do Islão para o Sul.

Os fatores comerciais e religiosos impulsionados pelos árabes promoveram o surgimento dos Estados imperiais na África Ocidental. Na gênese da formação desses Estados, podem ser destacados como os principais Ghana, Mali e Songhai, que ocuparam os atuais Senegal, Gambia, Mauritânia, Guiné-Bissau, Guiné- Conacri, Mali e Niger.

---

<sup>14</sup>OLIVEIRA, Felipe Falcão. **Direito Público Guineense**. Edições Almedina SA, Coimbra, pp.36-40.

O processo de formação dos Estados também se verificou em outras regiões, por exemplo o império do Benim, na atual Nigéria, que teve êxitos com o comércio do ouro. Nas regiões centrais e orientais de Áfricas, surgiram pequenos Estados que floresceram com as rotas comerciais ao longa da costa africana do Oceano Índico.

A intensificação do comércio nestas regiões apontadas, impulsionou a formação dos Estados com um poder substancialmente organizado, de forma assegurar o novo panorama comercial nestas regiões.

Ainda no processo formativo de organização estatal, vários outros movimentos organizados podem ser apontados, como Estados na região central e austral do continente africano. Bem antes do século XIX, o vale do Zambeze e as regiões vizinhas conheceram uma grande revolução política. Vários movimentos migratórios resultaram em novos Estados nessas regiões.

É bem provável que a formação dos primeiros Estados tenha se iniciado na região situada no Sul do Zambeze. No início do século XVI, os imigrados de línguas *shona* vindos do atual Zimbábue, impuseram sua dominação sobre a região que se estendia rumo ao Sul, das margens do Zambeze até o Rio Sabi. Nesse poderoso reino encontrava-se o *Mwene Mutapa* (Monomotapa); o Rei, que detinha poderes políticos do Estado.

No Estado Shona, existia no topo piramidal *Mwene Mutapa*, o rei que tinha qualidades sagradas ou divinas adquiridas no rito das investiduras pelos sacerdotes, os médiuns, competindo pela intermediação com as entidades divinas, que serviam para orientar a realeza, bem como a sociedade.

Os sacerdotes asseguravam o bem-estar aos súditos e a fertilidade da terra. A terra só poderia ser distribuída pelo rei e enquanto aos súditos lhes cabias cumprir os seus deveres de pagar os tributos ou os impostos estabelecidos pela realeza, ou seja, a realeza era sustentada mediante os tributos pagos pelos súditos e pelos chefes que administravam alguns territoriais descentralizado do império de Mwene Mutapa.

Também cabe aludir a um dos primeiros Estados imperiais africanos que atingiram o apogeu através de conquistas militares nos territórios do atual Senegal, Mauritania e Mali. Os impérios dividiam-se em províncias chefiadas por governadores nomeados pelo poder da realeza. Ressalta ainda Filipe Oliveira (2005) que, perante a extensão territorial adjacente ao Estado de Ghana e a diversidade étnica, o imperador era forçado a tolerar os chefes tribais das regiões conquistadas. A administração central concentrava-se na pessoa do monarca auxiliada por ministros, funcionários públicos e pelos tribunais.

A manutenção do reinado estava atrelada aos tributos anuais, pagos pelos governadores e dos chefes tradicionais, que por sua vez contribuía com um número de militares para assegurar

a hegemonia imperial. No entanto, o imperador tinha obrigação de garantir a proteção contra ameaças externas, que colocaria em causa a paz necessária para a prossecução do comércio.

A justiça era exercida ao nível central e regional pelos representantes do poder central. O direito aplicável variava segundo os critérios étnicos e religiosos; para certos grupos, aplicava-se o direito islâmico, e para outro o direito indígena ou costumeiro.

Também não se pode esquecer de mencionar Estados formados na África ocidental, a partir do século. XV e XVI, ocupando as atuais regiões de Senegal, Níger e Mali e que tem como o seu fundador Sonni Ali, que governou entre os períodos de 1464 e 1492, alargando o império através das conquistas de vários territórios. Askia Mohamed, sucessor de Sonni Ali, governou até 1528, tendo protagonizado alterações na organização Administrativa, nestes termos, Administração central continuo sendo governada pelo imperador, auxiliados pelos ministros que dirigiam parcelas específicas de alguns territórios, competindo-lhe ainda a gestão financeiras, dos tributos, justiça, proteção, propriedade, recursos naturais etc. Na Administração regional Askia Mohamed dividiu os impérios em quatro regiões dirigidas por governadores. Essas regiões comportavam subdivisões na forma de províncias, governadas por chefes tribais locais, sob a supervisão dos governadores<sup>15</sup>.

No tocante à justiça, estava sob administração de Cadis, magistrados que aplicavam a *sharia* (a lei islâmica). Askia Mohamed investiu na política civilizatória islâmica, em escolas corânicas e fundou Tombuctu, a Universidade de Sankore, onde ensinava a retórica, logica, o Direito islâmico, a gramática, astronomia, história e geografia. O império teve o seu declínio em 1591 pela invasão do Marrocos, cujo sultão procurava expandir a sua influência para o Sul depois da vitória sobre os portugueses no norte da África, em 1578.

Nessa seara, cabe aludir o império do Mali, que foi uma referência nos séculos XII e XIV, ocupando os territórios do atuais Mali, Mauritânia, Senegal, Gambia, Guiné- Conacri e Guiné-Bissau. Soundiata Keita foi o monarca fundador na primeira metade do século XIII. O império dividia-se em províncias sob autoridades de familiares, gerais ou chefes locais. A estes competia a colheitas dos impostos, o recrutamento de soldados para o exército militar, a manutenção da ordem, e administração da justiça. A administração imperial era dirigida pelo monarca.

Há relatos históricos que, na primeira metade do século XIV, com o imperador Mansa Kankan Musa, o Mali tornou-se um dos mais extensos impérios do mundo, conquistando as cidades importantes do comércio no Saara.

Os elementos formais para a constituição de um Estado, politicamente organizados estavam presentes, no rol dos Estados ocidentais aludidos até então, inobstante a forma do

---

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Felipe Falcão. **Direito Público Guineense**. Edições Almedina SA, Coimbra, pp.36-40.

exercício do poder, que era caracterizado como absoluto e em algumas vezes ditatorial, isso não afasta a importância da epistemológica da evolução política e constitucional dos Estados africanos.

## 2.2 As leis ultramarinas e discrepâncias com os costumes locais nas Colônia portuguesas

A análise anterior apresentou uma abordagem que esteve pautada na dimensão abstrata e generalizada em relação à historiografia político-administrativa africana, que nos forneceu um espectro de fenômenos pré-constitucionais. Desde já, ocupamo-nos em apresentar uma estrutura específica da análise da evolução político-constitucional dos países falantes de língua portuguesa, até a consolidação de um Estado democrático de direito.

No século XIX, Portugal era detentor de algumas colônias no território africano, nomeadamente: Angola, Cabo-verde, Guiné-Bissau e São Tomé e Príncipe, isto no período de império. As colônias portuguesas na África, eram designadas de províncias ultramarinas<sup>16</sup>.

Na verdade, Províncias ultramarinas foi espécie de uma divisão administrativa, criada pelo Estado novo português nas colônias. Neste contexto, as normas aprovadas e promulgadas em Portugal, vinculavam essas províncias, que estavam sob administração dos governadores ultramarinos<sup>17</sup>.

Mais tarde, passariam a ser produzidas leis para vigorar nas províncias ultramarinas, que gozavam um caráter especial, relacionado ao modo de produção, visando atender os costumes locais. E essas leis, davam-se por autorização constitucional, pois, não eram objeto de votação parlamentar. Por outro lado, eram leis que tinha aplicações exclusivas e de caráter urgente.

A Constituição Monárquica de Portugal de 1826 referia-se ao ultramar como parte da nação portuguesa, e estava previsto no art 20<sup>18</sup>. O conceito de nação abarcava o reino e os seus domínios, de tal forma que a Constituição tinha vigência naqueles territórios, o que implicava que leis portuguesas eram válidas para as colônias sem quaisquer restrições.

Com a edição do ato colonial de 1852 no seu artigo 15, estabeleceu-se a edição de leis especiais para as colônias como frisamos anteriormente, começando oficialmente ser observado o regime da autonomia, tão solicitados pelos órgãos da administração ultramarina<sup>19</sup>. Com esta prerrogativa da autonomia dos órgãos administradores das províncias ultramarinas, autorizava-se

---

<sup>16</sup> PESSOA, J. C. Carvalho. **A Nossa Legislação Ultramarina** – Analyse Crítica. Boletim da Sociedade de Geografia n.º 16, Lisboa. Imprensa Nacional. 19.ª Série, 1901.

<sup>17</sup> COSTA, Eduardo Augusto F. Estudo sobre a administração civil nas nossas possessões Africanas, 1901. **Boletim da Sociedade de Geographia de Lisboa**, 19ª série, 7-12, 535-761.

<sup>18</sup> PORTUGAL. **Artigo 20 ° da Constituição Portuguesa** de 1826.

<sup>19</sup> MARTINEZ, Esmeralda Simões. **Uma Justiça Especial para os Indígenas**: aplicação da justiça em Moçambique (1894-1930). Tese de Doutorado da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. 2012.

a edição das leis especiais, sem apreciação prévia das Câmaras, isso sucedia em virtude da urgência em que tais leis eram editadas.

Para melhor compreensão, é preciso referenciar o segundo artigo do texto constitucional, que estipulava o seguinte:

Art. 2.º É da essência orgânica da Nação Portuguesa desempenhar a função histórica de possuir e colonizar domínios ultramarinos e de civilizar as populações indígenas que neles se compreendam, exercendo também a influência moral que lhe é adstrita pelo Padroado do Oriente (PORTUGAL, 1826).

A institucionalização das províncias ultramarinas foi consolidada pela Carta Orgânica do Império Colonial Português de 1926 que estabelecia o seguinte teor:

Art. 3.º Os domínios ultramarinos de Portugal denominam-se colônias e constituem o Império Colonial Português. Leonel.

Art. 5.º O Império Colonial Português é solidário nas suas partes e com a metrópole.

Art. 6.º A solidariedade do Império Colonial Português abrange especialmente a obrigação de contribuir de forma adequada para que sejam assegurados os fins de todos os seus membros e a integridade e defesa da Nação.

Art. 18.º Cada colônia é superiormente administrada, sob a superintendência do Ministério das Colônias, por um governador; as funções que lhe pertencem exercem-nas este diretamente ou por intermédio dos serviços, autoridades e funcionários seus subordinados, com a consulta do Conselho de Governo ou da secção permanente deste, sempre que for de lei<sup>20</sup>.

Com a conferência internacional de Berlim de 1884, foram estabelecidos princípios importantes a serem observados pelas potências colonizadoras, que são: o respeito pelos usos e costumes dos indígenas e a valorização da missão civilizadora que consistia em dar primazia ou elevar o nível moral e material dos indígenas. Isso deu origem à cultura de assimilação, que era a possibilidade de o indígena ou colonizado adotar os princípios éticos e morais da metrópole para que obtivesse *status* de cidadão. Tampouco se observa o respeito pelas tradições ou costumes locais, uma vez que os administradores locais fortaleciam as leis e os costumes ocidentais. Na verdade, o preconceito com os costumes africanos era comum, e a ideia foi de promover a missão civilizadora na tentativa de civilizar, mediante a imposição cultural, e apagar a cultura africana<sup>21</sup>.

Um dos aspectos da missão civilizadora foi a questão da obtenção da cidadania mediante a negação da cultura local, ou seja, para que um africano pudesse ser titular dos direitos civis e políticos plenos, plasmado na Constituição Portuguesa do Império, tinha que renunciar aos seus hábitos e costumes, passando a observar todas as regras impostas pelo sistema colonial. A criação do estatuto de assimilados foi um aspecto proposital no sentido de restringir a cidadania aos indivíduos não assimilados. Os direitos civis e políticos só poderiam ser exercidos pelos cidadãos

<sup>20</sup> PORTUGAL. Carta Orgânica do Império Colonial Português. In: **Colectânea de Legislação Colonial**. Lisboa: Divisão de Publicações e Biblioteca Agência Geral das Colônias. 1948.

<sup>21</sup> MARTINEZ, Esmeralda Simões. Legislação Portuguesa para o Ultramar. Sankofa. **Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana**, Ano III, Nº 5, julho/2010.

portugueses nascidos ou vividos no território ultramarino e para os assimilados - os que renunciavam aos usos e costumes africanos.

O estatuto do indígena foi criado no intuito de encontrar mecanismos legais de criar normas que se adaptassem aos costumes e usos dos não portugueses, uma vez que o indígena não dispunha da civilização ocidental, que se consideravam superior em relação a cultura africana, e por isso, o indígena, não era capaz de se adaptar as normas civilizadas, sendo assim, foram criadas categorias de cidadãos, a conhecer, o indígena, que gozava do estatuto próprio, o cidadão português que se encontrava no território ultramarino e os cidadãos nascido no território ultramarino com pais portugueses, a este eram aplicadas as normas portuguesas da metrópole, por fim, os assimilados, que eram os africanos que moldavam-se à cultura europeia<sup>22</sup>.

Os indígenas estavam despidos da cidadania social e política, considerados como os não-cidadãos; por outra ótica, os indígenas não desfrutavam das prerrogativas políticas e constitucionais vigentes. Criou-se um modelo de exclusão, fundamentado pelo ato normativo.

Embora o estatuto do indígena, pretendesse adequar a realidade normativa, atendendo deste modo o princípio da especialidade dos costumes locais, por serem incompatíveis com normas ocidentais, pois essa pretensão foi meramente simbólica, que serviu para excluir o indígena na esfera das prerrogativas constitucionais, o que lhe reiterava o seu valor de cidadão para grupos considerados incivilizáveis<sup>23</sup>.

Um dos grandes dilemas nesse período foi a extrema colisão das leis ordinárias com o direito consuetudinário, suscitando antinomias em relação à cultura africana e aos padrões normativos assentados nas leis administrativas, na lei de família, no Código Penal, que não refletiam o *ethos* cultural africano, norteados por outros princípios ou valores éticos e morais não ocidentais.

A título de exemplo, a questão que se levanta, situa-se no âmbito do Direito da família, na qual, a lei ordinária, concebia o princípio de casamento monogâmico, enquanto na cultura africana o homem nessa época poderia contrariar matrimônios com várias mulheres. E o que dizer, esta lei de família não abarcava casamento polígamos.

Nesse sentido, poderia se questionar a validade e legitimidade dessas normas, que não incluíam a participação dos africanos, o que violava o desiderato daqueles povos. Portanto, deixaremos esse debate para capítulo posterior.

Em regra, vale lembrar que as normas eram produzidas na metrópole portuguesa e em algumas situações editadas pelos governadores locais, porém sempre vinculados ao governo central, uma vez que as províncias do ultramar faziam parte da nação portuguesa, neste contexto,

---

<sup>22</sup> MARNOCO e SOUSA, António José Ferreira. Regime jurídico das populações indígenas. **Antologia Colonial Portuguesa**. Lisboa: Agência Geral do Ultramar, 1946.

<sup>23</sup> SILVA, Cristina Nogueira da. **Constitucionalismo e Império a Cidadania no Ultramar Português**. Almedina.Lisboa, 2009.

a população local das províncias ultramarinas, não dispunham da autonomia para legislar assuntos do seu interesse, pois, estavam despidos deste poder. Somente os governadores poderiam editar as normas das metrópoles, quando invocassem o princípio relacionado à *urgência e especialidade*<sup>24</sup>.

Para os indígenas, as normas formais do ordenamento jurídico português não coadunavam com os princípios endógenos estabelecidos na realidade sociológica e jurídica africana. Desse modo, não ultrapassavam meras declarações que passavam despercebidas pela população local.

A questão da observação pelos usos e costumes locais, como tinha sido se estabelecido na conferência internacional de Berlim, foram ideias que foram forjadas pela Administração Ultramarina. Cumprir ou não os preceitos relacionados aos costumes e usos locais, a situação permanecia indiferente. A omissão não tinha como ser aferida, os indígenas não tinham se quer participar ou fazer denúncias dos governadores ultramarinos.

### **2.3 O constitucionalismo africano no período pós-colonial**

Não se poderia cogitar um verdadeiro modelo ou paradigma constitucional no período colonial na África, especialmente nas colônias portuguesas, nomeadamente Angola, Cabo-verde, Guiné Bissau, Moçambique, São Tomé Príncipe, que não figuravam como territórios autônomos ou independentes. As províncias ultramarinas estavam sob o comando da Administração Colonial portuguesa. Nesse prisma, o paradigma ou a teoria constitucional vinculava-se ao sistema português como o ente formal das formulações político-constitucionais vigentes nas províncias extensivas de Portugal. O que existia nessas províncias ultramarinas em termos normativos eram leis administrativas de caráter ordinário.

Na colônia portuguesa, o processo da sobreposição cultural e civilizatório foi mais rígido, em relação as colônias inglesas, em que o modelo jurídico tradicional e os aspetos culturais eram quase concebidos de forma paralelas, atendendo certos respeitos pelo direito costumeiro, assente na civilização africana.

Com a declaração de independência dos países africanos de língua portuguesa que começa em 1973 em Guiné-Bissau, e os demais países em 1975, inicia-se um novo estágio político, jurídico e econômico em Moçambique, Cabo Verde, Angola, São Tomé e Príncipe, no qual destacam-se certas rupturas paradigmáticas em nível político, porém no âmbito jurídico num viés positivo, manteve-se inerte por longos anos. O modelo jurídico constitucional português e outras legislações ordinárias portuguesas faziam parte do sistema jurídico desses países, tendo se

---

<sup>24</sup> PESSOA, J. C. Carvalho. A Nossa Legislação Ultramarina – Analyse Crítica. **Boletim da Sociedade de Geografia** nº. 16, Lisboa. Imprensa Nacional. 19º. Série, 1901.

alterado significativamente o modelo ideológico política dominante, voltado para o Socialismo Marxista Lenista.

A primeira fase constitucional foi adoção da Repúblicas socialistas que vigorara desde 1975 até os anos de 1990. No contexto da descolonização portuguesa, e os movimentos de libertação nacional que lutavam contra a força armada portuguesa do regime colonial, foi doutrinadamente e influenciado pela ideologia socialista da união da república socialista soviética (URSS)<sup>25</sup>.

Um dos fatores que tem sido apontado para a adesão do socialismo político nestas colônias, principalmente Moçambique, foi, no entanto, uma forma de rejeição do modelo imperialista, assente no capitalismo escravagista. E para os países recém independentes, não caberia aderir a mesma lógica opressora que impulsionou o tráfico negreiro e outros nefastos sucedido no continente africano.

Ainda no mesmo raciocínio, surge o conceito do socialismo africano, socialismo adaptado a realidade africana, baseado no incentivo à agricultura, nas tradições comunitaristas do povo africano, e na forte rejeição do modelo capitalistas, nacionalista, ante imperialistas. Para o Filipe Falcão, o socialismo africano não passou, todavia, de uma miragem que não melhorou a situação econômica e social de África. Simplesmente proliferou o autoritarismo.<sup>26</sup>

Lembramos que nem todos os Estados africanos adotaram o socialismo. Alguns preferiram sistemas autoritários, capitalistas de partido único e regimes militares. Poucos foram os que mantiveram a democracia representativa, que já se fazia sentir na Europa.

Numa análise comparada, os sistemas africanos falantes de língua portuguesa, residem traços comuns referente a ao processo da evolução política e jurídico constitucional, a começar, O *sistema social*, no qual deu-se prevalência dos direitos econômicos e sociais, como instrumento de desalienação do homem, em detrimento dos direitos e liberdade políticas e civis, assente no extremo monismo partidário<sup>27</sup>.

No sistema econômico, houve crescente apropriação dos meios de produção pelo Estado, com a coletivização da terra que passou a ser propriedade do Estado, e a planificação coletiva da economia.

O sistema político, a concentração de poderes no órgão parlamentar de cúpula, com a presença dos partidos únicos, que até hoje se fazem sentir e a sua localização paralela em todas as estruturas do Estado, o que torna insustentável a manutenção da democracia e o Estado de direito nesses países.

---

<sup>25</sup> BACELAR, Goveia, **Direito Constitucional de Língua Portuguesa - Caminhos de um Constitucionalismo Singular**, Coimbra, Editora Almedina. 2012.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Felipe Falcão. **Direito Público Guineense**, Coimbra, Almedina, 2005.

<sup>27</sup> GOVEIA, José Bacelar. **Direito Constitucional de Língua Portuguesa - Caminhos de um Constitucionalismo Singular**. Coimbra, Editora Almedina. 2012.

Acreditou-se na África que o sistema de partido único fosse uma condição necessária para a construção das nações africanas. A verdade é que a grande vantagem do sistema do partido único era a perpetuação do poder de uma certa elite política, facilitado pelo apoio das superpotências e pela personalidade de muitos líderes egocêntricos, que cultivaram a imagem nacionalista e os heróis da libertação; em contrapartida, oprimiam a população<sup>28</sup>.

Jorge Bacelar Goveia (2012) sustenta que estava fase da evolução político constitucional durou cerca de uma década, que é possível dividir em vários períodos diferenciados, inerente ao panorama político constitucional nos países africanos falante de língua portuguesa. O primeiro período, foi da implementação da estrutura do Estados, agora independentes, que coincide com o retorno grande número de portuguesa e a sua reorganização interna. O grande desafio neste período, pós-independência, foi encontrar meios políticos e constitucionais capazes de orientar a organização e o funcionamento do Estado, nos âmbitos social e econômico<sup>29</sup>.

O segundo período foi o da reorganização política social, inspirados nos modelos da União soviética, com intensificação de cooperação dos países comunistas, URSS, Cuba e outros, para o fortalecimento desse sistema, foi necessário que muitos cidadãos fossem formados nas escolas dos países supra aludido, para perpetuação da ideologia marxista, que não teve êxitos nos países africanos, especialmente, os falantes da língua portuguesa<sup>30</sup>.

O terceiro período foi marcado pela progressiva crise econômica, e a intensificação políticos internos, caso de Angola e Moçambique que tiveram resultados catastrófico, prolongados por vários.

A maior parte desses conflitos civis estava relacionada à estrutura política monopartidária, que não dava espaço aos outros movimentos políticos que almejavam o poder. A apropriação do sistema estatal pelos partidos únicos que primavam pela única ideologia marxista, fez com que vários movimentos civis e políticos pautassem um mecanismo extra- político para reverter a situação vigente<sup>31</sup>.

Por outro lado, a situação econômica perpassava pelos momentos de crise profunda, de tal forma que o regime socialista marxista, não resistiu aos problemas econômicos suscitado nos países da África lusófona, atrelado as seguintes razões: pelo caráter informal das instituições africanas e pouco consolidadas nesses períodos, até certo ponto incompatíveis com a rigidez e disciplinas antiga estruturação burocrática soviética. A outras razões pelo que levava o fracasso econômico nestes países, vincula-se ao centralismo político ideológico, que decorria das doutrinas

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Felipe Falcão. **Direito Público Guineense**. Coimbra, Almedina, 2005.

<sup>30</sup> GOVEIA, José Bacelar. **Direito Constitucional de Moçambique**. Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2017

<sup>31</sup> CISTAC, Gilles. História Constitucional da Pátria Amada, In Bejamim Pequeno (coord). **Evolução Constitucional da Pátria Amada**, MAPUTO, 2009.

administrativas soviéticas, abafando as comunidades locais, na cúpula, combatendo as suas diversas formas de expressões como o direito consuetudinário local<sup>32</sup>.

No final da década de 80, foram aprovadas novas Constituições ou revisões constitucionais, que implicaram no retorno da lógica ocidental que terá vigorado na época colonial, já com novas formulações políticas (e) ideológicas de um constitucionalismo assentado no Estado de direito democrático, com a adoção do multipartidarismo.

Já na de cada de 90 vários princípios liberais foram contemplados na Carta constitucional, permitindo o princípio de livre mercado, iniciativa privada, a privatização das empresas. Como foi dito anteriormente que Estado era detentor do meio de produção, existindo uma apropriação pura exclusivamente estatal, na atuação econômica e empresarial, que levou os países africanos expressão portuguesa ao colapso<sup>33</sup>.

A transição foi empreendida recorrendo-se às convenções constitucionais, dando lugar à participação das Assembleias mistas, ou seja, com a participação dos partidos políticos da oposição. Frisa-se que o processo democrático foi ilusório até certo ponto, uma vez que os partidos que controlavam o poder instrumentalizaram a Constituição para se manterem nessa instância.

Por outra parte, a aprovação dos novos textos constitucionais foi de forma mono partidária, pelos partidos únicos escolhidas da época totalitária, que na fase anterior não suportariam a pressão internacional que propugnava os direitos humanos<sup>34</sup>.

Um exemplo a ser citado é do Cabo Verde que, em 1992, aprovaria uma Constituição de forma democrática, contando com a participação de vários partidos políticos. Cabo verde goza da particularidade de ter sido um Estado que mais rapidamente transitaria para uma democracia, onde no plano prático se tem registrado mais alternâncias governamentais, já tendo os dois grandes partidos políticos formados maioria no parlamento.

O processo de revisão constitucional da década de 90, inicia-se uma nova fase do constitucionalismo africano marcado por vários instrumentos políticos constitucionais, vinculado ao Estado de direito democrático, que ainda se encontra distante de concretizar no plano real.<sup>35</sup>

## 2.4 Problemas de legitimidade constituinte na formação dos Estados democráticos

---

<sup>32</sup> GOVEIA, José Bacelar. **Direito Constitucional de Língua Portuguesa** - Caminhos de um Constitucionalismo Singular. Coimbra, Editora Almedina. 2012.

<sup>33</sup> Alexandrino (coordenador). **Estudos Sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa**. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, volume I, Lisboa, 2015.

<sup>34</sup> GOVEIA, José Bacelar. **Direito Constitucional de Língua Portuguesa** - Caminhos de um Constitucionalismo Singular. Coimbra, Editora Almedina. 2012.

<sup>35</sup> Ibidem

No primeiro período pós-independência, a maior parte dos Estados africanos, especialmente os de expressão portuguesa, adotaram as Constituições outorgadas, em que não ocorreu uma participação popular no âmbito da sua elaboração.

Um dos dilemas que esteve trelado à formação do constitucionalismo africano, foi ilusão formal da manifestação do poder constituinte, que figurara como o poder de elaborar e fazer vigorar uma Constituição em um determinado Estado. Conferindo-lhe necessária unidade na organização e estruturação do poder político, e que por sua vez, estabelece os princípios e direitos fundamentais, que norteiam a comunidade política nela inserida.

O poder constituinte enquanto potência criadora<sup>36</sup> não foi devidamente acolhido no processo de constitucionalização dos países africanos pós-independência, o que culminou em Constituições impostas. Isso ocorreu na primeira fase da implementação dos Estados africanos independentes que se afiguravam em modelos de partidos únicos e autoritários, o que não se demonstrou adequado no âmbito da construção do desiderato de forma majoritária.

No segundo período, o fracasso da manifestação constituinte esteve vinculado ao problema anterior, que mesmo depois da adoção do regime democráticos e multipartidário, não se conseguiu efetivar os consensos políticos que foram forjados pelos governos sucessores, que sempre controlaram o cenário político.

O terceiro momento trata-se do período da consolidação da soberania nacional, no qual se pensava que o poder constituinte supremo ganharia uma expressão democrática com base na conformação constitucional, voltada à realidade social e cultura africana, no que se vislumbrou o contrário. Houve nessa época a importação normativa constitucional que esteve distante de se adequar efetivamente com a diversidade; expressões políticas e jurídicas que perduram até hoje, para além das conquistas paradigmáticas e dos fenômenos revolucionários que se registraram no mundo ocidental, que são dignos de enriquecer os modelos constitucionais<sup>37</sup>.

## **2.5 As principais características dos modelos Africanos de língua portuguesa**

Os países lusófonos de língua portuguesa possuem atualmente possuem um parlamento unicameral, caracterizados administrativamente por Estados unitários, que atende o princípio de descentralização de poder por meio de governos provinciais e autárquicos e outros com conselho e freguesias, sendo que Angola e Moçambique comporta sistema presidencialista, Guiné Bissau e São Tomé e príncipe com um modelo semipresidencialista e por último o Cabo-verde, com um sistema parlamentarista, todavia quanto cabo-verde, minoria doutrinária entende que este possuem um modelo semi-presidencialista doutrinária se todos são Estados unitário que primara

---

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional**, tomo I. Coimbra, 6ª ed., 1997.

<sup>37</sup> TEIXEIRA, José Paquete D'Alva. Comentário à Constituição Política Santomense. In: **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, 2008.

pelo republicanismo. todos contempla o princípio de separação de poderes. No que tange o poder judicial essencialmente as cortes remeteremos o debate ao último capítulo deste trabalho, em combinamos com à questão da efetividade dos direitos fundamentais.

## **2.6 Considerações**

Além das mazelas sofridas pelo povo africano, houve um imenso esforço epistemológico de se encobrir as diversas manifestações históricas e políticas sobre o continente africano. E partindo da premissa de que a vida humana teve início na África, não faz sentido ignorar o aparato civilizatório que se deu nesse território, inclusive nas questões pré-constitucionais. Em vista disso, é razoável afirmar que o direito esteve sempre presente nas interações das sociedades africanas, ainda que revestido na forma de costume, pois seria incoerente admitir que uma sociedade funcionasse sem normas de regulação e organização sociais. Por outro lado, a colonização e a ideia de civilizar a África interferiu negativamente no florescimento dos direitos originários africanos. Isso se tornou ainda mais grave com a aglutinação de certos territórios, concebidos como parte da província ultramarina portuguesa. Sem dúvidas, isso trouxe um enorme retrocesso não apenas em nível material, inclusive influenciou significativamente na erosão civilizatória dos direitos africanos, que até hoje reivindicam a emancipação e o espaço de efetividade social, que deveria ser sanada no âmbito da transição para os Estados independentes.

## **3 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA PORTUGUESA: A HEGEMONIA HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA COMO MECANISMO DE INCLUSÃO MORAL DOS DIREITOS AFRICANOS**

Discute-se nesse capítulo a maneira como o positivismo jurídico foi importado e implementado em países de expressão de língua portuguesa, que tem suscitado uma crise normativa entre o direito formal do Estado e os direitos africanos, gerando deste modo um conflito de eficácia entre ambas as ordens. Ademais, propõe-se neste artigo uma argumentação pós-positivista, capaz de validar à relação necessária entre o direito positivo e moral presente nos sistemas jurídicos africanos. Por fim, invoca-se o pluralismo jurídico substantivo e processual, como meio para emancipar diferentes ordens normativas consuetudinárias existentes na África, sobretudo nos países de expressão portuguesa, que é objeto dessa análise.

### **3.1 Questões prévias**

Diferentemente do continente europeu, onde o juspositivismo foi um considerado como um modelo teórico capaz de pôr fim às fragilidades apresentadas por jusnaturalismo, o mesmo não sucedeu no espaço territorial africano, em que a corrente jurídico-filosófica positivista, foi meramente um projeto importado da Europa e imposto de maneira colonial a uma realidade social completamente distinta dos ideários epistemológicos oriundos da Europa.

O juspositivismo jurídico surgiu na Europa no sec. XIX, como uma corrente baseada em um direito posto, ou seja, um sistema normativo criado à luz da razão, assente no formalismo jurídico, de interpretação mecanicista, que se distanciava do direito natural. Entretanto, essa fórmula teórica não era típica dos povos africanos, segundo os registros históricos existentes, que demonstram uma experiência ancorada numa tradição oral e de instituições informais.

Nesse contexto, os processos de positivação e codificação começam a ser implementados pelos regimes coloniais que, no entanto, apresentavam-se distantes de conferir às normas positivas uma eficácia social aos povos africanos, pelo fato de as mesmas não originarem da moralidade pública vigente naquele espaço, que possui uma componente cultural e ético-filosófica diferente de conceber a vida.

E esse imbróglío entre lei positiva e as ordens normativas sociais, consuetudinária continua conflituosa, no âmbito da eficácia social em primeiro plano e eficácia jurídica, em segundo momento. E a operacionalidade do direito positivo no continente africano, encontra embaraços de aplicabilidade de certos valores em algumas comunidades, face as outras manifestações normativas de natureza moral e social, com grande ênfase para países de expressão portuguesa, como Angola, Cabo-verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe, em que o processo do domínio colonial foi direto e intenso, ao ponto de implementar-se medidas capaz de excluir as culturas presentes no continente africano, através da política impositiva civilizatória e de assimilação, que visava erradicar com o costume, a cultura, a moral e questões ético-filosóficas daqueles países, tal como foi frisado no capítulo anterior. E nestes países, o modelo de sobreposição normativa de valor cultural ainda não foi superado<sup>38</sup>.

No atual cenário constitucional, várias questões anteriormente mencionadas se fazem implodir nos sistemas jurídicos africanos, que se veem encurralados por razões eurocêntricas e estatocêntricas fundadas no positivismo jurídico puro do século XIX. E essa herança colonial do formalismo jurídico metodológico continua reverberando nesses países, que possuem características idiossincrásicas diversas dos padrões ocidentais.

---

<sup>38</sup> Carta Orgânica do Império Colonial Português (1933). Decreto-Lei n.º 23228, de 15 de novembro de 1933. Disponível em: <http://www.legislacao.org/diario-primeira-serie/1933-11-15/0/seguinte>. Acesso em: 25 ago. 2023. Estatuto dos Indígenas Portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique. Decreto-Lei n.º 43893, Quarta-feira 6 de Setembro de 1961, 207/61 SÉRIE I (pp. 1101-1103). Disponível em: <http://www.legislacao.org/primeira-serie/decreto-lei-n-o-43893-direitoportuguesa-portugues-populacoes-4171>. Acesso em: 25 ago. 2023.

Posto isto, cabe sublinhar que este capítulo tem como fito apresentar as argumentações pós-positivistas como mecanismo de superação do positivismo jurídico puro, que não consegue dar conta às questões que trucidam a realidade que caracteriza o sistema jurídico africano. Nesse prisma, enfatizar-se-ia à ideia da relação mínima entre o direito e a moral como formas de absorção de algumas perspectivas morais, quando ponderadas com certos princípios ou normas formais do Estado, estando em jogo o discurso argumentativo com mais peso.

Não seria incoerente afirmar que o positivismo jurídico enquanto um modelo teórico filosófico e jurídico, não fazia parte do debate epistêmico na África, pelo menos antes do processo colonial.

No período pré-colonial, as questões normativas revelava-se com maior nitidez no campo prático, e nesse contexto, as regras de regulação social eram extraídas dos costumes, como foi frisado capítulo anterior, e positivismo foi introduzido posteriormente pelos europeus, sobretudo pelo governo português, que propugnava uma uniformização e a sistematização do direito escrito, elaborado na perspectiva da metrópole e aplicado às colônias<sup>39</sup>.

Nesse cerne, torna-se pertinente trazer à baila a discussão inerente à separação do direito e da moral, que remota de longa data, e que constitui linha divisória entre ambos os seguimentos jurídico-filosóficos, os quais possuem dimensões de argumentação distintas.

Para os positivistas, o direito, não goza de nenhuma relação funcional com a moral, sendo que o objeto do estudo do direito, é a norma jurídica, situada no campo do dever ser, que prescreve a conduta humana, e que opera sistematicamente desvinculado de qualquer elemento extraído no campo da moral. <sup>40</sup>Enquanto os pós-positivistas, o direito, admite uma relação intrínseca com a moral, tornando possível a correção do direito em certas circunstâncias. Ademais, o direito por sua vez, goza de relação com os outros sistemas sociais, tais como a sociologia, filosofia, a ética, entre outros<sup>41</sup>. E esse paradigma fica nítido pelas ideias introduzidas pelo neoconstitucionalismo, que admite um direito constitucional aberto aos valores e princípios éticos de justiça. E na doutrina brasileira, este posicionamento tem como principais defensores o Ministro do Supremo Tribunal, Luís Roberto Barroso<sup>42</sup>.

A principal distinção clássica e quase obsoleta, entre o direito e moral, residia no fato do direito, consubstanciar uma ciência prescritiva, nas quais, suas normas, são munidas de sanções

---

<sup>39</sup> DA SILVA, Cristina Nogueira . A dimensão imperial do espaço jurídico português. Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e X : **Rechtsgeschichte-Legal History**, ISSN 1619-4993, N° 23, 2015, págs. 187-205.

<sup>40</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1ª Edição de 1934. Reine Rechtslehre, 1º Auflage, reeditada pela Editorial Trotta; Viena de Áustria; 2011.

<sup>42</sup> BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, 240, 1-42. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. 2005.

jurídicas, e acompanhadas do poder coercitivo do Estado, enquanto que as normas morais, são caracterizadas como normas sociais despidas de força coercitiva, e sem sanções imperativas<sup>43</sup>.

No entanto, esse debate merecerá um tratamento contemporâneo através de uma confrontação paradigmática pós-positivista e sistêmica, que observa as complexidades da sociedade moderna, composta por alta fragmentação axiomática, o que corrompe o funcionamento do binarismo jurídico fechado. Por sua vez, esse permite que o direito busque conexões com outros sistemas sociais, emprestando códigos sociais de outras razões epistemológicas, reduzindo o seu caráter metódico positivista e formalista, suscitando novos paradigmas hermenêuticos alinhados com os princípios neosistêmicos oferecidos pela filosofia constitucional pós-positivistas<sup>44</sup>. Ademais, associa-se a essa discussão a questão da hermenêutica diatópica, pluralista e decolonial, o que torna o direito um campo aberto para diferentes razões interpretativas, admitindo o afastamento do direito estatal formal em certas situações atípicas<sup>45</sup>.

### 3.2 Indistinção entre o direito e a moral no continente africano

A dicotomia entre direito e a moral no âmbito africano, não se apresentava cristalina, e tão pouco interessava a aplicação das normas costumeiras lá existente, cuja eficácia decorreria pura e simplesmente da sua aceitação social pelos membros de uma determinada comunidade. E tratava-se de um panorama esvaziado de uma institucionalização formal, que vinga até os dias atuais. E pensar na separação entre o direito e a moral configuraria algo totalmente defasado de lógica funcional dessas sociedades e das suas instituições, organizada por uma codificação oral. Nesta vertente, é razoável afirmar a ausência de uma distinção clara entre o direito e a moral, sobretudo numa visão histórica dos direitos africanos. ou seja, jurídico esteve sempre incorporado no sistema moral, porém distinguido pelo grau do seu reconhecimento e a sua punibilidade em caso de uma violação<sup>46</sup>.

E retornando para a perspectiva contemporânea, em que as normas costumeiras convivem paralelamente com o direito estatal, é razoável conjecturar que o positivismo ocupa uma posição primacial no funcionamento formal das instituições africanas na atualidade e por outro lado, o direito consuetudinário tem o seu espaço de eficácia nas questões que dizem respeito a determinados grupos étnicos. Pois, seria razoável deduzir a existência de duas matrizes normativas na África, uma conhecida como *law in book e law in dynamic life*. O primeiro refere-

<sup>43</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona; Buenos Aires; México: Ediciones Paidós; I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.

<sup>45</sup> A ideia hermenêutica diatópica é conferida ao autor e professor Boaventura de Sousa Santos. Compreende como uma proposta teórica de construção da cultura do outro a partir da leitura do outro. Trata-se de colocar universos de diferentes saberes, modos de estar, modos de sentir.

<sup>46</sup> WALIGGO, John Mary. Law and public morality in africa: legal, philosophical and cultural issues. a paper discussed at the Alraesa Annual Conference, **Imperial Resort Beachhotel**, Entebbe, 4th – 8th september, 2005

se a um direito estático no papel e por vezes sem eficácia prática e a última, reflete as normas de cariz social e que regulam certas situações em diferentes comunidades, com maior grau de eficácia e aceitação social<sup>47</sup>.

Nesse cerne, vislumbra-se que a imperatividade da norma jurídica depende do elemento externo da sua aceitação social, como frisado acima<sup>48</sup>, e não exclusivamente de um comando específico emanado de um soberano, como afirmava John Austin (1990)<sup>49</sup>. Essa lógica do sistema africano não é possível ser compreendida do âmbito das teorias positivistas dos modelos eurocêtricos.

Do raciocínio acima exposto, poderia surgir diversas questões em relação à essa falta de distinção entre o direito e a moral, no âmbito dos direitos africanos. E presume-se que, a primeira questão que poderia ser suscitada desta negação atinente a indistinção do direito a moral seria: como se poderia distinguir quais normas que dentro do sistema normativo gozariam de eficácia jurídica e quais seriam a consequência pela não observação dela.

A segunda questão que supostamente seria levantada, tem a ver com o critério de aferição de validade e legitimidade dessas normas. Na primeira questão, a resposta em relação a eficácia estaria dependente do consenso político e social em relação a tal norma e, que nos conduziria para o grau respeitabilidade prática em relação a mesma, combinando aqui os argumentos defendidos por Habermas sobre na teoria discursiva do direito, na qual desenvolver-se-ia posteriormente<sup>50</sup>. E no tocante à resposta para a segunda questão, estaria refém da organização do sistema político social que estabelecem critérios próprios e endógenos, para definir a conceituar e determinar a lógica da legitimidade, que a princípio dependeria da aprovação objetivamente consensual dos membros daquela sociedade e que praticam a tal norma. E compressão nítida desse argumento será discutida com mais propriedade na próxima secção.

Em tese, fica difícil separar o trigo do joio no sistema legal africano, dito doutro modo, não fica clara a diferença do conteúdo pertencente a moral e conteúdo jurídico, porque ambos se confundem como sistema único, embora com mínimas diferenças, notadas pela consequência da sanção e nível da abstração social.

### **3.3 Entre a validade e a legitimidade: a moralidade pública como parâmetro normativo**

Quando se aborda o conceito da validade jurídica relembra-se a princípio para proposta kelseniana, do qual a validade de uma norma reside no fato dela respeitar os ditames da norma

---

<sup>47</sup> HALPERIN, Jean-Louis. Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change. *Me. L. Rev.* 45 (2011). Available at: <https://digitalcommons.maine.edu/mlr/vol64/iss1/4>.

<sup>48</sup> AMORIM, Aluizio Batista de. *Elementos de Sociologia do Direito de Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

fundamental, ou seja, a compatibilidade do conteúdo da norma inferior com a norma fundamental, nesse caso a norma hierarquicamente superior. E posição positivista não esgota no modelo da pirâmide kelseniana. Por sua vez, a validade de uma norma é justificada pelo formalismo pelo qual uma norma é produzida. E neste contexto a legitimidade fica à mercê dos órgãos responsáveis por representar o povo, neste caso o Parlamento<sup>51</sup>.

Essa fórmula conceitual e procedimental de se conceber esses dois elementos que se circunscrevem em um ideário da teoria jurídica ocidental; o mesmo não se demonstra cabal para compreender a heterogeneidade de sistemas normativos. Sendo assim, esse parâmetro universalizado pela teoria de direito teria apenas condições para determinar a validade e a legitimidade nos modelos normativos assentados no positivismo das sociedades homogêneas.

E um ambiente complexo e plural, constituído de ordens normativas híbridas, como é caso dos países africanos, sobretudo os de países de língua portuguesa, que têm uma estrutura normativa paralela a do Estado, constituído de normas sociais e com valor normativo regulatório, coloca em causa o arcabouço da teoria da legitimidade que baseia na norma fundamental não se demonstraria satisfatória, para atribuir a legitimidade a esses sistemas africanos, uma vez que inexistente uma norma fundamental positivada. Para o positivismo normativista kelseano, o direito tinha que ser purificado da ideologia, moral, da política e da religião, desfazendo-se da metafísica, entretanto, para o Kant o direito consubstanciava no dever ser, que era um substrato da moral, ou seja, o direito nasce da moral<sup>52</sup>. No entanto, Kelsen buscou purificar o direito<sup>53</sup>.

De toda sorte, partilhamos os critérios de validade e legitimidade propostos pela teoria discursiva de Direito de Habermas<sup>54</sup> que, por sua vez, encontra subsídio na teoria de linguagem de John Austin, na qual a linguagem exerce um papel performativo, ou, por outras palavras, os proferimentos linguísticos são atos por meio dos quais os falantes envolvidos num discurso chegam a um consenso com outros falantes<sup>55</sup>. Os atos ilocucionários performam ações dos indivíduos, permitindo uma integração social<sup>56</sup>.

Nesse sentido, a validade e legitimidade de uma norma, é formada através de um consenso político mediado por um diálogo entre os indivíduos, que através de um processo comunicativo de linguagem vão determinar os comandos imperativos de uma sociedade. E a formação

---

<sup>51</sup> KELSEN, Hans; **Teoria Pura do Direito**; 1ª Edição de 1934; Reine Rechtslehre, 1º Auflage, Viena de Áustria; reeditada pela Editorial Trotta; Viena de Áustria; 2011.

<sup>52</sup> Das perspectivas Kelsenianas, existem ilações que Kelsen, quando falava da norma fundamental, não se referia a uma norma escrita, mas sim a uma norma pensada racionalmente.

<sup>53</sup> HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>54</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 2 v.

<sup>56</sup> AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

normativa legítima e válida será aquela que obtiver um consenso não apenas pelo discurso, contudo pela sua prática social e moral compartilhada pelos indivíduos de uma comunidade<sup>57</sup>.

Para John Mary Waliggo (2005), a validade dos sistemas jurídicos tradicionais africanos depende da moralidade coletiva, que influencia a origem de uma lei. Nesse sentido, toda lei emana dos valores, costumes, das crenças, culturas e do uso de uma sociedade. E no contexto africano, a moralidade manifesta-se através do *bem comum* de que a lei é formada por um processo social discursivo. Desse modo, os valores comunitários partilhados formam o ideário da moralidade pública aceita, e é através da mesma que as normas regulam as relações sociais naqueles espaços e encontram a sua legitimidade por meio do reconhecimento endógeno da própria sociedade<sup>58</sup>.

A moralidade coletiva torna-se um princípio que agrega tanto a legitimidade e a validade da norma existentes no âmbito do direito consuetudinário africano. Nesse âmbito, ela não deixaria de possuir um caráter jurídico pelo fato de não atender os critérios proposto pelo positivismo clássico.

No dizer de John Mary Waliggo (2005), toda sociedade tem uma moralidade pública própria, da qual as normas jurídicas extraem a sua legitimidade e validade inicial. Na essência, a validade não se extrai pela posituação, mas pelo reconhecimento social anterior. A posituação, é o efeito posterior que resulta da prática reiterada. Dito de outra maneira, só se positivava algo que foi exteriorizado repetidas vezes e que foi tacitamente pré-aprovado pelos indivíduos, por isso a posituação jurídica não a condição geradora, mas sim o produto. Em vista disso, a validade jurídico-dogmático é uma tentativa externa de construção argumentativa, todavia com melhor potencial de ser viabilizada pelas instituições do Estado moderno. O fato de a maior parte dos direitos africanos não dispor de um modelo positivo não significa que suas normas são despidas de validade e com isso ignoradas. Desse modo, cabe sublinhar que a codificação aperfeiçoa e sistematiza, contudo não cria o mundo jurídico<sup>59</sup>.

### **3.4 A justiça como elemento de validade de uma sociedade de Direito**

Não obstante à legitimidade e validade dos direitos africanos, ou sistema jurídicos africanos, entretanto existem questões dúbias que seriam colocadas em torno do mesmo sistema. E algo que seria questionado de primeira é uma situação hipotética de existirem normas injustas que fossem legitimadas pela própria prática consensual, provocando série de ações que

---

<sup>57</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

<sup>58</sup> WALIGGO, John Mary. Law and public morality in africa: legal, philosophical and cultural issues.a paper discussed at the Alraesa. **Annual Conference, Imperial Resort Beachhotel, Entebbe**, 4th – 8th september, 2005.

<sup>59</sup> BIONDI, Pablo. Relação jurídica. In: AKAMINE JR. Oswaldo *et al.* **Léxicopachukaniano**. Marília:Lutas Anticapital, 2020, p. 221-239.

manifestassem violações de direitos fundamentais e humanos. Nessa situação, qual seria o critério para expurgar essa norma na ordem desses sistemas.

Em tese, os direitos africanos possuem parâmetros endógenos de justiça assentados no humanismo, na dignidade do homem, na solidariedade, no respeito pelos terceiros etc. Esses parâmetros de humanismo recíproco permitiriam rejeitar as normas que ofendem a dignidade dos sujeitos. A dimensão principiológica do *Ubuntu*, enquanto um parâmetro de justiça e respeito pelo Outro, é um dos exemplos que diz respeito à justiça. Isso fica nítido em outro capítulo em que advogamos a constitucionalização do *Ubuntu* como princípio de constitucionalidade da justiça dos Estados africanos.

Emprestando aqui os argumentos do Gustav Radbruch citado por Alexy (2009), que aduz que uma norma injusta não é lei, ainda que seja reconhecida a sua validade, entretanto, a mesma carecerá da justificação moral de justiça. Portanto, autor traz esta fórmula como um elemento corretivo do positivismo jurídico, através de argumento de justiça moral. Essa fórmula de que as normas injustas não são parte do direito, pode ser útil para questões que dizem respeito os direitos africanos, em questões em que os direitos fundamentais são colocados em causa<sup>60</sup>.

Retomando o debate no âmbito da esfera africana, pode se constatar que os pressupostos de justiça estão sedimentados no interior da mesma sociedade, que pode ser vislumbrado por meio de valores pregados no âmbito da cultura africana, que congrega em primeiro lugar, a promoção da vida e John Mary Waliggo (2005) menciona por exemplo, a utilização do conceito de *Kitewuluza*, que se traduz em capacitar e encorajar à vítima e o ofensor, para dizer tudo o que está em seus corações, para os juízes sábios e um júri para que possam ouvir atentamente e fazer perguntas e no final conciliar ambas partes. Por conseguinte, essa preposição concretiza dimensões de justiça processual e substantiva.

Waliggo (2005) considera que atualmente existem valores morais básicos que estão contidos em alguns direitos africanos, mas que maior parte nunca foram levados muito a sério pelo sistema jurídico moderno. Daí a necessidade de buscar o valor histórico e integrá-los no direito vigente, que privilegia conceito de justiça liberal, pautado exclusivamente para o indivíduo, ignorado da coletividade, direito da natureza, animais ambientais<sup>61</sup> e matéria.

### **3.5 O pós-positivismo como linha intermediária entre o direito positivo estatal e a moral consuetudinária**

---

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. **Una defensa de la fórmula de Radbruch**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

<sup>61</sup> WALIGGO, John Mary. Law and public morality in africa: legal, philosophical and cultural issues. a paper discussed at the Alraesa **Annual Conference, Imperial Resort Beachhotel, Entebbe**, 4th – 8th september, 2005.

Atualmente, com um sistema de direito positivo vigente nos países africanos, não faria muito sentido a vigência unidimensional do direito estatocêntrico, bem como não afastar-se-ia a possibilidade de atuação do direito costumeiro. Sendo assim, abrir-se-ia espaço para a invocação do pós-positivismo como uma linha intermediária de ambos os sistemas vigentes na África.

O pós-positivismo tem como os grandes precursores na contemporaneidade Robert Alexy (2009)<sup>62</sup>, Ronald Dworkin (2010), que propõe uma conexão necessária entre o direito e moral, nesta perspectiva o direito sofre correções pela moral no sentido de encontrar o equilíbrio da justiça.<sup>63</sup> Ademais, há por assim dizer uma exaltação argumentação face a uma norma positiva, abrindo possibilidades para a superação de uma norma posta em virtude de um princípio ou valor superior, de maneira a alcançar-se a justiça. Neste sentido, o direito mantém a sua autonomia funcional, entretanto em casos necessários o direito abre-se para um diálogo com a moral. E neste sentido, o direito mantém a sua estrutura autorreflexiva, como destaca o Niklas Luhmann (1997), na teoria sistêmica<sup>64</sup>.

Resgatando os argumentos do pós-positivismo diante da crise dicotômica vivenciada nos países africanos entre o sistema estatal, formal e o direito costumeiro, encontra-se espaço para a aplicação de uma hermenêutica pós-positivista, com capacidade para mediar o conflito existente entre o direito formal e consuetudinário, sem que um dos sistemas se sobreponha ao outro, porém alimentado correções simbióticas, desencadeadas por meio de argumentação que cada sistema propõe para casos específicos.

No entanto, cai por terra o argumento de que o direito costumeiro padece de validade, legitimidade e eficácia, que ao fundo resulta também de um preconceito formado a partir do eurocentrismo vigente na África, que qualifica as matrizes normativas e morais africanas como bárbaras e atrasadas, por conseguinte despida de caráter jurídico.

E a utilização da hermenêutica pós-positiva, não colocaria em causa o direito formal do Estado, e nem perderia a sua autonomia funcional, pelo contrário legitimar-se-á emancipação e a autonomia operacional do direito costumeiro, face ao direito estatal. Frise-se que, estes diálogos se dariam em casos concretos, para que o direito positivo não perca a sua força vigente em questões pacificadas no interior do Estado.

Frise-se de antemão que a ideia do pós-positivismo não se trata de uma pedagogia ou ideologia aplicada aos profissionais de direito, pois, isto seria taticamente difícil, quer para operadores do direito formal e direito consuetudinário. Para esse último, tampouco estão informados sobre essa hermenêutica jurídico-filosófica. Portanto, trata-se de um discurso que

---

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 90.

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 39-46.

<sup>64</sup> LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: **a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

pode ser utilizado pelos interessados, de maneira a argumentar os aspectos decisões e outras questões que interessam o mundo jurídico.

### **3.6 Do critério da ponderação para o critério do afastamento necessário da norma positiva ou consuetudinária**

O critério da ponderação ou do sopesamento de um princípio em relação ao outro sucede em uma situação particular quando dois princípios colidem e, nessa senda, um dos princípios ganha preponderância em relação ao outro. Em uma situação de colisão de regras, uma das regras é declarada inválida em detrimento da outra. Em vista disso, a aplicação desse raciocínio é acompanhada por uma argumentação da qual pode emanar um valor principiológico constitucional ou da moral substantiva. Portanto, essas diretrizes constituem um fundamento da corrente pós-positivista<sup>65</sup> de Robert Alexy (2009), se valendo dessa técnica para mediar questões de moralidade procedimental, todavia sendo utilizada no âmbito de balanceamento de questões substantivas, tal como coloca Ronald Dworkin (2010).

Fazendo um empréstimo deste posicionamento pós-positivista, para uma reaplicação no contexto africano, sobretudo nos países de língua portuguesa, é possível alargar a compressão do mesmo raciocínio de forma a mediar a supremacia do direito positivo estatal, que opera de forma exclusiva e fechada. E além de se sopesar os princípios e as regras legisladas endogenamente pelo sistema constitucional, abrir-se-ia hipótese de se introduzir um modelo de afastamento do direito estatal, quando ele não se demonstrar justo e adequado para solucionar um determinado conflito não previsto na ordem jurídica formal. Entretanto, este poderá ser afastado, aplicando o direito costumeiro que melhor ampara a situação fática, respeitando o limite da justiça e equidade. E sucederia contrário nas situações semelhantes, ou seja, quando uma razão moral normativa dos direitos costumeiros se desmontar desajustada com critérios de justiça e direitos básicos, aí o direito estatal teria legitimidade invasiva para afastar o direito consuetudinário. Teríamos por assim dizer um diálogo intersistêmico, que se retroalimentam com base na racionalidade de justiça e na necessidade, em virtude das fragilidades apresentadas em cada sistema normativo.

Sendo assim, apelidaríamos esses critérios de *afastamento sistêmico*, pois não se trata apenas de ponderar uma norma até certo limite, mas sim da aplicação de um outro sistema normativo. Desse modo, evitar-se-ia a pujança hierárquica de sobreposição plena do direito formal positivista diante do direito costumeiro, colocado numa posição subalterna.

O exemplo dessa tese pode suceder em questões de conflitos de terra, que hipoteticamente foi adquirida ou usurpada por um titular de boa-fé, que desconhecia o seu proprietário por longos

---

<sup>65</sup> Ob.citação.

anos e depois o proprietário legítimo toma conhecimento de apropriação indevida sua propriedade. Porém, *prima facie* o Direito Real positivo será invocado para mediar essa situação por subsunção lógica, tentando aplicar a usucapião ou outro instituto próximo. Todavia, essa lógica cairá por terra pelo fato das leis indígenas ou nativas possuir outros métodos ou critérios, que são consensualmente justos, para as partes envolvidas. Podendo desencadear formas de restituição prolongadas em relação ao uso, um perdão pelo desconhecimento ou simples renúncia da titularidade e restituição de alguns frutos oriundos dela. Destarte, não se trata aqui de ponderação de dois princípios homogêneos do mesmo ordenamento, contudo colisões de famílias jurídicas.

### **3.6.1 Por uma correção moral do direito estatal pelos direitos africanos à luz da teoria do Robert Alexy**

De acordo com Alexy, o direito tem dupla natureza, na qual estabelece a afirmação de que o direito necessariamente compreende tanto uma dimensão real ou factual. Quanto a uma dimensão ideal ou crítica. O mesmo autor, entende que a dimensão factual é representada pelos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social, enquanto a dimensão ideal encontra sua expressão no elemento da correção moral. Neste sentido, a legalidade autoritativa e a eficácia social são fatos sociais. E esse sistema é sustentado pela institucionalização da razão, que encontra supedâneo no constitucionalismo democrático discursivo.

Para Alexy, a dimensão ideal do direito levanta pretensão de correção, e que essa pretensão inclui pretensão de correção moral. Numa linguagem coloquial, o autor entende que o direito positivo pode sofrer modificações se não se demonstrar justo no âmbito da sua aplicação, ou seja, em caso de uma norma prever fatos ou condutas que são degradantes ao ser humano. Essa norma é passível de correção moral, como por exemplo, uma norma que estipula o seguinte: *O Presidente da República de Moçambique goza de prerrogativas de aplicar penas de morte a qualquer réu que se encontre preso preventivamente, mesmo sem condenação transitada em julgado*. E numa hipótese de que a norma esteja positivada no ordenamento jurídico, a mesma pode ser contestada devido à sua substância iníqua e contrária aos fins de direito. Neste cerne, Alexy discorda com o posicionamento do Kelsen, que afirma que qualquer conteúdo moral pode ser direito.

No entanto, essa tese do Alexy também é passível de críticas e uma delas é levantada MacCormick, que sustenta que “ o direito não levanta qualquer pretensão de correção, porque o direito é um ordenamento normativo” e em segundo lugar, o ordenamento jurídico são “ estados de coisa” e, por conseguinte o estado de coisas são contrários das pessoas, incapazes de ter

intenções e levantar pretensões, portanto pretensões só podem ser levantada pelos sujeitos que podem agir e falar.

Entre nós, partilhamos a tese defendida por Alexy, na qual a pretensão é concretizada pelos sujeitos que agem em nome do direito. Ademais, o direito é criado pelos sujeitos. E para o contexto africano, a tese procedimental de correção do direito pela moral, demonstra-se necessária e fundamental em diversas situações, em que o direito estatal, majoritariamente importado e instalado sem consensos constitucionais democráticos e incompatíveis com os valores pregados pelos povos nativos, tem suscitados muitos problemas de justiça e de legitimidade inerente aos do direito formal.

Destarte, vários exemplos podem ser levantados no continente africano, que demonstram a necessidade de correção do direito positivo estatal normativista, face aos direitos africanos, em questões que envolvem casamento, divórcio, família, leis de terras, propriedades e comércio, muitas vezes não absorvido pelo direito formal, que ignora e marginaliza os modelos de justiça dos povos tradicionais.

E a correção tornar-se imprescindível para satisfazer a multiculturalidade normativa existente na África, no qual, pressupostos estabelecidos pela lei formal que, de certa maneira, correspondem a uma contradição performativa para àqueles povos. O exemplo disso decorre quando uma lei positiva enuncia o seguinte “*Todos os casamentos não registrados em uma conservatória civil são nulos*”. Entrementes, para o povo tradicional, esse teor normativo não se demonstra justo, porque a população local não carece de registro formal para a consumação do casamento e o seu respectivo reconhecimento, bastando o consentimento entres os parceiros e a formalização no seio familiar, como ocorre em questões que envolve o *Lobolo ou Alambamento*, que são modalidades de casamentos tradicionais praticados em Moçambique, inerente a primeira expressão e a última referente à Angola.

E nessa circunstância, não seria justo anular o casamento de pessoas não casadas pelo registro. No dizer do Alexy, pretensão da correção do direito pela moral é, portanto, a pretensão de que algo que não pode ser correto. Neste contexto, a tese que temos defendido sobre o afastamento sistêmico em caso de colisão de duas ordens ou sistemas contrários. Portanto, o afastamento de uma ordem desvela-se compatível com a tese da correção do direito pela moral, embora que no afastamento sistêmico aplica-se todas regras do sistema ou do instituto jurídico em função da lei da identidade personalíssima do sujeito, diferente da correção alexiana, que afeta apenas o único elemento da norma a ser corrigida moralmente.

A previsibilidade normativa idealizada pelo positivismo é demonstra-se necessária para melhor funcionamento do ordenamento jurídico. Com tanto, deve se assumir que a mesma não é cabal para absorver todos os fatos relevantes da vida jurídica. E para situação de uma positividade de enxertia ou de mera importação normativa, o problema torna-se ainda mais grave, porque o substrato social pretendido pelo direito demonstra-se muitas das vezes antinômicos aos anseios da população local. Nesta senda, a correção vislumbra-se como um mecanismo crucial para mediar as questões truculentas entre direitos africanos e o direito positivo normativista, em caso de colisões de regras, princípios e sistemas.

### 3.7 Segurança jurídica e estabilização de expectativas

Um dos principais argumentos do positivismo jurídico reside na segurança jurídica dos sistemas normativos, o que estabiliza as expectativas dos seus destinatários, por meio de um modelo de normas escritas, claras, abstratas genéricas e previsíveis, postas à luz por um desiderato participativo mediado pelo jogo democrático<sup>66</sup>.

O positivismo buscou de todas as formas se distanciar do jusnaturalismo e sua relação com a moral, de forma esquivar-se de um sistema que não demostre uma segurança jurídica. E a questão que tem acompanhado os sistemas não positivados, apontam para a insegurança que eles apresentam. E para defensores do positivismo africano, escusam-se rigorosamente de aplicar normas costumeiras por de falta de segurança jurídica e por conseguinte apresentam a frustração das expectativas jurídicas em relação aos participantes.

Por um lado, a codificação não escrita não se confunde com a inexistência das normas regulatórias, mesmo que sejam de natureza moral. Há sempre uma codificação implícita, como temos vindo a afirmar, assentada nas práticas reiteradas de uma sociedade. E essa praticidade é vislumbrada nas ações dos indivíduos, que moralmente cumprem estritamente as normas, as quais, no âmbito externo, o direito positivo as teria como normas hiperativas. Com isso, é válido dizer que os sistemas morais de normas não escritas garantem as expectativas dos participantes, bem como a segurança jurídica deles, até um certo limite, embora não de maneira plena ou cabal. Todavia, o positivismo munido de normas e codificações escritas também não garante a segurança jurídica e estabilização de expectativa jurídica na sua totalidade, uma vez que existem conjuntos de casos supervenientes e difíceis, e que o direito posto não possui respostas prontas, que ficam ao critério da discricção jurídica ou de uma interpretação pós-positivista guiada na argumentação moral<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> POUND, Roscoe. Law and Morals. I. **The Historical View.** *The Journal of Social Forces*, vol. 1, no. 4, 1923, pp. 350–359. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/3004937>. Accessed: 27 July 2023.

<sup>67</sup>. AVITTEY, George BN. **Indigenous African Institutions** (2nd ed, Transnational Publishers 2006) 18

O controle social garantindo por um sistema normativo, não depende unicamente de um modelo escrito de normas, todavia goza e uma relação com o do dever ser moral, na perspectiva interna e externa dos sujeitos, que performam ações que se fundamenta razão. Nesse sentido, o direito é subgênero de leis morais. E não se mostra razoável afirmar ou qualificar que os sistemas normativos sem normas positivas como um lugar marcado pela ausência do Direito.<sup>68</sup>

De maneira empírica, é possível constatar que, contemporaneamente, existem modelos juspositivistas da sociedade moderna em que a segurança, a estabilidade e as expectativas jurídicas veem-se frustradas por falta de compromisso moral interno dos sujeitos inseridos numa sociedade, e que repercute na moralidade externa.

Dito de outro modo, o os direitos africanos, como denominado o professor Armando Marques Guedes (2004), não merecem a desqualificação do ponto de vista funcional, porque possuem capacidade regulatória e que tem a força de manter uma coesão e o controle social, acima de tudo garantem a segurança jurídica até um certo ponto<sup>69</sup>.

### **3.8 Descolonizando o positivismo: o perigo de implante normativo exterior**

Um dos grandes problemas do positivismo no continente africano tem a ver com a maneira colonial como ele foi imposto às comunidades, e não com um problema teórico. Em primeiro lugar, há uma necessidade metodológica de separar um debate do positivismo do ponto de vista doutrinário, filosófico, do positivismo como um instrumento civilizatório, especialmente nos países colonizados, sobretudo os da África lusófona, que não tiveram autonomia de recepcionar o juspositivismo enquanto uma teoria metodológica e científica<sup>70</sup>.

Nesse contexto nota-se duas questões pertinentes, uma ligada à colonialidade teórica, levado a cabo pelas elites europeias, que a todo custo buscou civilizar a África em todos em sentidos, seja do ponto de vista cultural, ideológico, político e sem exceção do jurídico, que forçosamente foi transplantado nas culturas africanas. Nessa lógica, diferentes normas e modelos teóricos das metrópoles coloniais eram impostas aos africanos. A universalidade centrada no eurocentrismo, construí muralhas jurídicas, cuja o alicerce encontra-se em decadência. Houve na África um processo de colonização teórica que descamba ao projetar o modelo único de

---

<sup>68</sup> OBA, Abdulmumini A. ‘**Religious and Customary Laws in Nigeria.**(2011) 25 Emory Int’l L Rev 881, 881–

<sup>69</sup> GUEDES, Armando Marques **O estudo dos sistemas jurídicos africanos: estado, sociedade, direito e poder / Armando Marques Guedes.** - Coimbra: Almedina, 2004. - 216 p. Descritores: Estado | Sociedade | Direito | África Cota: 34|IPAD.

<sup>70</sup> FRANCIS G Snyder. Colonialism and Legal Form: The Creation of Customary Law in Senegal, 198. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law** 49, 51.

funcionamentos de sistemas jurídicos, que enxertou teor substantivo e processual que entram em desacordo com os múltiplos direitos africanos<sup>71</sup>, e com a natureza desses direitos<sup>72</sup>.

Sem nos perder de vista, há a necessidade de retomar o debate olhando o positivismo enquanto um paradigma, teórico, doutrinário e filosófico. Nesse sentido, vale lembrar que existem imensas contribuições positivas provindas do Direito Comparado associadas as teorias positivistas, que melhor protege a questão da segurança jurídica por meio previsibilidade dos fatos sociais.

### 3.9 Dificuldades da não codificação e sistematização dos direitos africanos

Embora se reconheça a emancipação dos diversos sistemas normativos africanos, entretanto, é de suma importância de lembrar que esses modelos padecem de uma fragilidade, devido à ausência de uma codificação sistemática, que facilite a operacionalização do sistema normativo enquanto um elemento de controle e equilíbrio social, tendo em vista que os pactos sociais não perenes<sup>73</sup>.

Indubitavelmente, os sistemas positivistas garantem com maior eficácia a operacionalização do direito, tanto quanto mantém a coerência sistemática das normas jurídicas. Nessa perspectiva, a questão da segurança jurídica não é colocada em causa, muito embora pese que, mesmo em sistemas positivistas, a segurança jurídica não constitui um elemento pleno e absoluto, como frisado anteriormente.

Retornando à centralidade do problema de sistematização escrita das normas jurídicas dos diferentes modelos africanos, constata-se que esses modelos consuetudinários carecem de uma estrutura organizacional capaz de ser útil, por exemplo em casos de precedentes jurídicos, que são preponderantes para formação da jurisprudência linear registrada. Por outro lado, pode se apontar o problema correlatos a aplicabilidade das normas no tempo e no espaço, em que se terá dificuldades para aferir as normas vigentes ou apontar qual dos costumes goza prevalência em relação ao outro costume, sendo que os comportamentos das sociedades não são estáticos, porém, dinâmicos. E a falta de um critério escrito e sistemático pode colocar em causa a aplicabilidade do direito costumeiro, pelo menos em questões controvertidas dessa natureza etc.<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> FRANCIS G Snyder. Colonialism and Legal Form: The Creation of Customary Law in Senegal, 198. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law** 49, 51.

<sup>72</sup> MENESES, Maria Paula G. “O ‘indígena’ africano e o colono ‘europeu’: a construção da diferença por processos legais”, **e-cadernos CES** [Online], 07 | 2010, Online since 01 March 2010, connection on 30 September 2022. URL: <http://journals.openedition.org/eces/403>; DOI: <https://doi.org/10.4000/eces.403>.

<sup>73</sup> A Codificação é um processo técnico, sistemático, no qual as normas jurídicas são estruturadas e coordenadas pelo princípio da unidade. Esse movimento começa a ganhar protagonismo com o surgimento do Código civil francês de 1804.

<sup>74</sup> ELIAS, T. Olawale. **The Nature of African Customary Law**. Manchester University Press 1956.

### 3.10 Sim ou não à positividade inclusiva dos direitos costumeiros?

Para essa pergunta desdobram-se em três possibilidades de argumentos, a primeira, prende-se com a incorporação da juridicidade normativa consuetudinária no direito positivo, em que exigir-se-ia uma análise profunda dos elementos normativos das ordens jurídicas distinta do Estado. O que não seria fácil de ser concretizado, pois demandaria custos gigantescos, tal como seria difícil organizar as assembleias para cada singularidade normativa. E estas é uma das críticas que levantamos no presente trabalho, abordado no capítulo posterior quando tentamos em entender direitos africanos na perspectiva do sincretismo jurídico.

Por um lado, poder-se-ia admitir-se uma positivação externa e paralela a do Estado, todavia reconhecida pelo direito positivo. Nessa esteira de pensamento, há a positivação externa e autônoma do direito costumeiro em que dependerá do reconhecimento do Estado. Sendo assim, críticas podem ser suscitadas dessa dependência de autorização e reconhecimento do direito tradicional pelo direito positivo vigente porque quebraria o princípio da autonomia sistêmica das ordens normativas paralela à do Estado porque a sua eficácia independe da autorização do direito positivo.

A terceira possibilidade ficaria a cargo de uma hermenêutica pós-positivista, na qual julgar-se-ia se a admissibilidade de se recorrer ao direito tradicional, caso a caso. Neste prisma, a positivação ou não positivação pouco influenciaria na aplicação do direito costumeiro, que ficaria a critério dos intérpretes.

### 3.11 Entre o Estado de direito, a legitimidade das normas costumeiras e heterogeneidade normativa

Para a maioria doutrinária, a ideia do Estado de direito tem como maior expoente o conceituado constitucionalista inglês Dicey, porém a ideia remonta de Aristóteles. No entanto, o conceito moderno foi influenciado por outras doutrinas jurídicas, como a alemã *Rechtsstaat*, a francesa *Etat de droit*<sup>75</sup>.

O Estado de direito traduz a ideia de um governo de leis em que os cidadãos e os governantes estão sujeitos ao império das leis, aprovadas e promulgadas por um poder político legítimo. O princípio da legalidade é o critério basilar que norteia o comportamento do Estado.

---

<sup>75</sup> FOMBAD, Charles Manga. **Uma visão geral da crise do Estado de direito em África**. Afr. zumbir. direito dos direitos j., Pretória, v. 18, n. 1, pág. 213-243, 2018. Disponível em [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1996-20962018000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962018000100012&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 28 set. 2022.

Nesse sentido, pode-se constatar que ideia do Estado de direito, no sentido formal está intimamente associada ao positivismo jurídico, enquanto um substrato fundamental para à implementação do Estado de direito no sentido formal.

Para os adeptos de um positivismo estrito e legalista na África, a possibilidade de legitimação de diferentes formas de direito costumeiro implicaria num reducionismo do Estado de direito, tendo em vista que o *Rechtsstaat*, ou *Etat de droit*, se concretiza por meio de leis positivas e racionais. Para os apologistas de um positivismo dessa natureza, o reconhecimento de diversas formas de direitos africanos de origem consuetudinária levaria os Estados africanos a um retrocesso jurídico outrora alcançado, haja vista que os direitos africanos padecem de um rito processual capaz de garantir a publicidade das leis e harmonia sistemática passível de um controle de legalidade<sup>76</sup>.

A outra questão que coloca em causa o reconhecimento formal da heterogeneidade normativa presente África, é o receio que se tem em relação a um governo dominado por arbitrariedade, o que tornaria frágil a concretização do Estado de direito, tendo em consideração que as ordens normativas costumeiras carecem de previsibilidade, certeza e clareza das suas normas, e; a falta desses elementos implicaria quase que uma negação do Estado de direito no sentido formal.

Ademais, a corrente positivista na África não se limita em atacar a falta dos elementos formais dos direitos tradicionais. Por outro lado, estendem-se críticas inerente à garantia dos direitos fundamentais, os quais sucumbiriam diante dos modelos costumeiros presentes na África, pois não havia garantia de nenhuma previsibilidade escrita com força normativa que garantisse ao cidadão os direitos fundamentais.

Posto isso, é possível contra-argumentar em relação às preposições acima aduzidas. Em primeiro lugar, deve se ter em consideração que o Estado de direito, não esgota nos elementos formais acima aludidos. Portanto, Estado de direito não se idealiza univocamente pelos critérios processuais ou procedimentais. Entretanto, o Estado de direito envolve uma matriz substantiva e procedimental, que consubstancia no respeito pelos princípios do direito natural, tal como questões que envolve à justiça, a dignidade humana, a igualdade, a liberdade e os demais direitos fundamentais inerentes ao homem em si mesmo. A heterogeneidade normativa dos direitos africanos, exprimem esses conteúdos embora não positivados. Logo, é possível deduzir que há sim possibilidade de existência de Estados de direito, de modelo substantivo impendente de leis positivas, uma vez que ideia fulcral do Estado de direito desagua no respeito pelas leis

---

<sup>76</sup> ROSENFELD, Michel. **O Estado de Direito e a Legitimidade da Democracia Constitucional** (março de 2001). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=262350> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262350>.

convencionadas e não em normas escritas das quais levam à sujeição do titulares de poder políticos e os cidadãos<sup>77</sup>.

Portanto a ideia do Estado de direito não se configura como uma moral universal inerente a todos os povos, embora que as pretensões substantivas adjetivas sejam um grande ganho, não se pode perder de vista, a ideia do Estado legislativo ou Estado legal, que acompanhou a Alemanha Nazista, que legitimaram normas injustas pela positividade. E as normas injustas podem coabitar com o princípio da legalidade. E por isso, a substância ou conteúdo vai além de uma formalidade procedimental<sup>78</sup>.

Os países africanos sobretudo os de expressão de língua portuguesa, que é objeto central deste trabalho, aderiram a dimensão formal do Estado de direito, e do ponto de vista institucional, contudo, vislumbra-se um fosso entre as normas positivas e as condutas dos governantes, que pouco respeitam as regras instituídas pelo Estado de direito, que são regras meramente simbólicas. Neste caso, o compromisso ético e moral das instituições formais ou informais, demonstra-se relevante para o respeito das normas pretendidas pelo Estado, sejam de natureza positiva ou mesmo não positivas.

Diante de uma heterogeneidade normativa e cultural, diferentemente dos modelos europeus, existem aspectos a serem considerados inerentes à ideia do Estado de direito, pois há dificuldade de uniformizar a diversidade existente na África.

Nessa ordem de ideias, os argumentos de não reconhecimento dos direitos africanos não procedem, porque em nenhum momento coloca-se em causa o direito positivo que matem o funcionamento estável, independentemente de outras normativas.

### 3.12 Considerações

O positivismo puro concentra a sua linguagem e retórica pura e simplesmente para o direito positivo, tornando-se cego às outras realidades plurais, como por exemplo o conjunto dos direitos africanos que comporta uma indistinção do conteúdo moral, jurídico, religioso e cultural que se funde em uma só realidade. A ideia dos pós-positivismo enquanto uma corrente jurídico-filosófica hermenêutica, que admite uma conexão mínima entre o direito e a moral, em casos corretivos, demonstra uma metodologia que possibilita a integração dos direitos africanos, em

---

<sup>77</sup> MOHL, Robert Von. *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundstätzen des Rechtsstaates*. 3 vol. Laupp: Tübingen, 1832-34.

<sup>78</sup> No sistema francês, o Estado de direito vinculava-se aos ideais dos direitos fundamentais, enquanto no sistema alemão se tratava apenas de um procedimento técnico, de normas aprovadas por um órgão legítimo e com competência para fazê-lo - nesse caso, o parlamento e conteúdo das leis menos interessavam, mesmo que se tratasse de leis que oprimiam judeus, pois eram tidas como legítimas e válidas. O Rechtsstaat não seria bem-sucedido se não houvesse a possibilidade do “direito do Estado” (Staatsrecht), caracterizado por um conceito de lei puramente técnico-formal (a generalidade e a abstração das normas), dissociado de qualquer referência a valores éticos-morais. Nessa senda, inexistia um controle material de justiça para aferir o conteúdo normativo.

casos em que ambos os sistemas colidem, podendo argumentar o afastamento de um sistema em detrimento do outro. Portanto, a ideia do pós-positivismo não visa afastar ou negar perenemente o direito positivo, todavia ponderá-lo em caso necessário. Ademais, as normas positivas garantem a previsibilidade, estabilidade, a segurança jurídica, a manutenção do Estado de direito etc. Assim, trata-se da admissão da relação entre o direito e a moral, pois o sistema formal positivo não possui um sistema pré-pronto para todas as questões difíceis.

#### 4 SERIA POSSÍVEL FALAR DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL AFRICANA?

Nestes capítulos, há a discussão da possibilidade de encontrar uma teoria jurídica e sociológica, que melhor dialoga com os problemas dos diversificados de direitos africanos e que opera paralelamente com o direito positivo estatal. Nisto, será necessário compreender o modelo dos Estados africanos, que não é totalmente compatível com as características de Estado nação do modelo europeu, o que acaba demonstrando uma incompatibilidade com as micronações africanas presente no interior do Estado. Neste sentido, deduz-se ponderações em relação as teorias clássicas do positivismo normativista, que tem seu fundamenta na teoria de Estado Vestfaliano. Em vista disso, torna-se necessário tomar um rumo crítico em relação à essa simbiose, entre a teoria positivista de direito e do Estado. E no âmbito deste diálogo, começaremos por discutir a teoria sincrética, é uma proposta que busca compreender a natureza dos direitos africanos.

Como temos vindo a afirmar, os Estados africanos possuem uma característica *sui generis* no campo normativo, marcado por diversas famílias jurídicas que coexistem em um espaço territorial. E no leque desse aparato normativo, é possível aferir a existência de direitos indígenas ou tradicionais, que remetem ao período pré-colonial. Também predominam na África os direitos de matriz religiosa, o direito europeu importado e, por fim, o direito internacional, ratificado pelos Estados africanos.

Essa complexidade normativa traz uma preocupação no cenário do constitucionalismo africano, inerente a uma proposta jurídico filosófica, capaz de introduzir uma Teoria de Direito propriamente africana, com capacidade de absorver essa complexidade. E, nesse contexto, alguns acadêmicos, ressaltam que as teorias positivistas, produzidas no âmbito europeu, como as de Herbert Hart , Hans Kelsen<sup>79</sup>, John Austin encontram limitações para aplicá-las nos Estados africanos, devido à copiosidade normativa, que deriva das micronações heterógenas, que compõe os Estados africanos<sup>80</sup>.

##### 4.1 Teoria sincrética Berihun Adugna Gebeye

O constitucionalista Berihun Gebeye, autor do livro *A Theory of African Constitutionalism* (2021), pondera críticas sobre a concepção do centralismo jurídico e o pluralismo jurídico, por não demonstrarem capacidades teóricas para responder às demandas das diferentes ordens normativas existentes nos Estados africanos. Para o autor, o centralismo jurídico limita-se a

---

<sup>79</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>80</sup> GEBEYE, Berihun Adugnabe. **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.

explicar o constitucionalismo africano a partir de uma visão de Estados soberanos, do sistema constitucional liberal e das Constituições escritas, enquanto o pluralismo jurídico tenta extrair uma explicação através da lente das sociedades, que funciona paralelamente às normas estatais. Nesse contexto, nota-se uma bifurcação de esfera, constituída de um público cívico, que observa as normas emanadas do constitucionalismo liberal, e outra parte da sociedade, que funciona através de normas indígenas pré-coloniais.

Ademais, as críticas inerentes ao pluralismo e o centralismo jurídico deduzidas por Gebeye) residem no seguinte argumento:

O centralismo legal e o pluralismo jurídico têm limitações. Ambos entendem mal ou interpretam mal a natureza do Estado, a organização governamental e noção de direitos na África. o Estado não tem a soberania empírica de fazer cumprir suas leis em todo o seu território como sucede nos Estados europeus, salvo as ações específicas de coerção e violência. Neste sentido, a aplicação das leis consuetudinárias e/ou islâmicas dependem do reconhecimento e afirmação do Estado, que funciona unidimensionalmente pelos padrões constitucionais liberais. Ao mesmo tempo, leis consuetudinárias e/ou religiosas não reivindicam supremacia e universalidade como as Constituições nem seus aplicadores desafiam a autoridade do Estado e suas instituições como tal. Assim, a abordagem legal centralista falha em dar conta das realidades empíricas específicas de o Estado, por um lado, perde o papel, a posição e a função do costume e/ou leis religiosas na operação do Estado. Da mesma forma, a abordagem pluralista jurídica interpreta mal a natureza do Estado, sua organização e configuração com a sociedade.<sup>81</sup>

Uma vez refutada o centralismo jurídico e pluralismo jurídico, por razões do primeiro limitar-se a compreender inequivocamente o Estado como única fonte de produção de leis e segundo limitando-se a perceber o Estado como sociedade. Evidencia-se que ambas as teorias demonstram a incapacidade para capturar as múltiplas transformações do constitucionalismo africano, desde o período pré-colonial até aos dias atuais; que fazem do mesmo continente uma mistura de cultura jurídicas, derivadas das leis indígenas, islâmicas e europeias, fruto das ideais imperiais do colonialismo europeu <sup>82</sup>

Desse modo, o mesmo autor propõe um modelo denominado por sincretismo *normativo*, que corresponde ao processo e ao resultado da adoção, rejeição, aceitação, invenção, reconfiguração e transformação de regras, princípios e práticas jurídicas diversas e aparentemente opostas num estado constitucional, em resultado de encontros imperiais ou coloniais. Portanto, constitucionalismo será composto por direito internacional, leis coloniais, leis indígenas africanas e normas e práticas constitucionais liberais que se amalgamaram naturalmente .<sup>83</sup>

Nesse sentido, o núcleo duro do sincretismo normativo é a fusão ou mistura de todas as ordens jurídicas predominantes na África em uma só, ou seja, a incorporação do direito colonial,

---

<sup>81 81</sup> GEBEYE, Berihun Adugnabe. **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021. P. 19-20.

<sup>82</sup> Ibidem p.21

<sup>83</sup> Ibidem p.31

indígena, dos direitos religiosos, assim como as normas do direito internacional. Assim, nenhuma ordem normativa sobrepor-se-ia a outra. O sincretismo jurídico será ao mesmo tempo uma negação do constitucionalismo liberal e afirmação dele. E o sincretismo como processo vislumbra-se como uma teoria que abre possibilidades de reconciliação dos múltiplos sistemas presentes na África, evitando os conflitos internormativos existentes, construindo um espaço de absorção de certos institutos do constitucionalismo liberal e a integração do direito indígena e islâmico no mesmo bojo sistêmico de direito.

A ideia de um sincretismo normativo é inspirada no sincretismo religioso, cuja o fundamento é incorporação de práticas, princípios, valores e objetos sagrados de uma religião tida como oposta para incorporar em outra, culminando em uma religião única. E autor ainda explica como o sincretismo foi utilizado ao longo da história para fusão de algumas ideias filosóficas de Aristóteles e Platão que foram associadas ao cristianismo. Isso também se verificou nas religiões ocidentais que resultou na fusão do budismo, taoísmo, confucionismo, que buscou evitar conflitos religiosos. Para o autor, a África é hodiernamente a combinação de cultura árabe, cristãs e a cultura indígena nativa dos povos africanos. Sendo assim, o quadro atual do constitucionalismo africano, vai sofrer mesmas transformações sincrética. E a melhor teoria para constitucionalismo na África, é aceitação parcial de certas premissas do constitucionalismo liberal, combinadas com certo ideário normativo dos direitos costumeiros e religioso, que fundiram ao longo da história e que ainda pode ser reprogramado pela atual codificação, visando à unificação e reconciliação do constitucionalismo na África.<sup>84</sup>

A tese do Berihun Gebeye (2021) apresenta uma excelente proposta de reduzir ou amenizar o imbróglio à volta do a complexidade de modelos normativos presente no continente Africano. E por outro lado, essa teoria não é imune às críticas, uma vez que, há pouca possibilidade de aglutinar todas as categorias normativas numa única fórmula constitucional, neste sentido, seria difícil de sistematizar todas as famílias de direitos vigente nos Estados africanos e detalhar cada aspecto. Sendo assim, o sincretismo normativo não resolveria o problema de uma forma cabal.

Outro problema dessa teoria não esgota nas limitações acima descritas; também verificar-se-ia um problema de operatividade do sistema jurídico. Dito de outro modo, o sincretismo normativo ou legal é construído sob uma base de direito substantivo, e um não inclui o direito processual sincrético, o que dificultaria a aplicabilidade de vários direitos africanos de maneira sincrética. Além disso, o processo de codificação das diversas ordens normativas não abarcaria todas as questões que dizem respeito aos sistemas normativos que coexistem naqueles Estados

---

<sup>84</sup> Ibidem p.33

Portanto, essa teoria teria força argumentativa se as instituições formais e informais também operassem de maneira sincrética, o que não ocorre prática, deste modo, torna-se um pouco difícil compreender a totalidade dos direitos africanos na perspectiva sincrética, todavia, anuímos em parte com a tese sincrética, pelo fato de descrever o sincretismo legal africano como resultado e não como um desiderato racional, que nos parece óbvio. Ademais, o sincretismo legal propõe um mecanismo de incorporação de questões fundamentais dos direitos indígenas e religiosos no âmbito estatal, assemelhando-se com a nossa proposta que é um pluralismo jurídico de procedimento, que pugna pela relação dialógica ao nível das instituições informais e formais.

Sendo o direito um campo que diz respeito ao modo de convivência dos indivíduos numa sociedade, raros seriam os argumentos que negassem a possibilidade de incorporação ou a mistura do direito formal de matriz europeia com direitos indígenas e religioso.

#### **4.1.1 Limitações das teorias Clássicas de Hans Kelsen, Herbert Hart e John Austin face aos valores, princípios e à estrutura social da África**

Frise-se de antemão que não se trata de desmerecer o papel das teorias clássicas para a compressão do direito e do Estado, bem como a sua contribuição no tocante ao desenvolvimento da hermenêutica jurídica e aplicação do próprio direito. essas teorias continuam proporcionando ao direito debates importantes hodiernamente, embora admita-se que determinadas questões tratadas por essas teorias não respondem com precisão a complexidade e desafios das sociedades africanas<sup>85</sup>.

A primeira limitação que essas teorias clássicas demonstram no campo teórico é trazer abordagens descritivas que se limitam em conceituar o que é o direito e como aplicá-lo no âmbito do Estado soberano, e não no prisma de Estado/sociedade<sup>86</sup>. Contudo, ocorre uma hiper preocupação descritiva em fornecer o significado do que seja o direito, o que de certa maneira, tem prejudicado a perspectiva funcional do direito como um campo regulatório de resolução de conflitos. Nesse sentido, a função do direito demonstra-se uma preocupação primária em apresentar uma autodescrição. Nesse liame, a função estabilizadora e de contenção de conflito que o direito exerce reveste-se como a preocupação secundária, segundo as teorias clássicas.

Nas sociedades indígenas, existe menor preocupação de significar ou descrever o direito, portanto, a precaução central é a função ou o papel social desempenado pelo direito. Nestes moldes os sujeitos participantes destas sociedades têm intuitivamente uma consciência de

<sup>85</sup> AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. **African Constitutionalism and the Role of Islam**. University of Pennsylvania Press 2006, Modern African Studies p.359, 363–366.

<sup>86</sup> O autor faz uma abordagem do constitucionalismo Africano, explicando a influência do islamismo enquanto um tipo de normatividade que esteve presente na África, expondo diversos contextos culturais, de leis religiosas e costumeiras que permitiram que o continente africano tivesse um constitucionalismo sincrético, cujas propostas teóricas eurocêntricas não conseguem dar conta para adequar essa natureza intrínseca ao constitucionalismo africano.

existência normas vinculativas, porém a descrição semântica demonstra-se como uma questão de menos relevo. Contudo, o direito está situado no campo da fenomenologia e não no âmbito da descrição semântica. Isto é, o direito existe independentemente dos rótulos semânticos que se tenta atribuir ao direito<sup>87</sup>.

Das diversas descrições analíticas que buscam compreender o direito, podemos destacar os seguintes conceitos, a começar por Hebert Hart<sup>88</sup>, que concebe o direito como uma norma de reconhecimento, dividido em normas primárias e secundárias<sup>89</sup>. Para Austin (1990), direito seria o comando do soberano ou as ordens do soberano<sup>90</sup>, que exprimem a vontade geral. E para Kelsen (1934), direito é o dever ser e que, para sua aplicação, deve respeitar a norma fundamental hierarquicamente superior.

Neil MacCormick (2007), desfazendo-se do sistema de regras de Hart, define o direito como uma ordem normativa institucional<sup>91</sup>. Enquanto para Scott Shapiro (2013)<sup>92</sup>, considera as leis como planos, afirma que o direito é uma organização de planejamento obrigatório auto-certificante, cujo objetivo é resolver os problemas morais que não podem ser resolvidos, ou seja, que não podem ser resolvidos da mesma forma, através de formas alternativas de ordenamento social.

Desses conceitos, chega-se à conclusão que não existe um consenso conceitual sobre o que o direito realmente é; não obstante, as normas continuam sendo respeitadas pelos cidadãos dos Estados soberanos.

E um dos problemas ligado ao conceito que se tenta atribuir ao direito, tem que ver com uma fórmula extraída a partir da estrutura dos Estados de vestafalia<sup>93</sup>, de característica homogêneas, dito de outro modo, um direito pautado singularidade e unicidade do Estado nação, cujo povo está vertido em uma cultura homogênea, típico de características europeias.. Neste contexto, as teorias positivistas parte desse pressuposto unidimensional do Estado nação para descrever o direito e formas de sua aplicação. Em vista disso, não se busca conceituar o direito à luz de vários direitos pertencente a micronações presentes no Estado, como exemplo acontece na África e na Ásia.

O espectro de matriz europeia de Estado e única nação, essa corresponde a programação semântica e analítica da teoria positivista, que associa a teoria de Estado e teoria de direito, que

---

<sup>87</sup> ELIAS, T. Olawale. **The Nature of African Customary Law** (Manchester University Press, 1956).

<sup>88</sup> HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1975.

<sup>89</sup> D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (orgs). **Reading HLA Hart's "The Concept of Law"**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>90</sup> AUSTIN, John; RUMBLE, Wilfrid. **The Province of Jurisprudence Determined** (1995).

<sup>91</sup> MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory** Oxford University Press 2007.

<sup>92</sup> SHAPIRO, Scott. **Legality**. Harvard University Press. 2013.

<sup>93</sup> ILHO, M. T. F. História e razão do paradigma vestefaliano. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, SP: Ed. Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, jan./mar. 2007, p. 314-334.

desprende-se da realidade dos países que vigora o modelo de Estado/sociedade<sup>94</sup>, que são na verdade grupos e subgrupos, com aparato normativo distinto do Estado.

Outro problema inerente às teorias clássicas positivista, prende-se aos limites da universalidade que se tenta atribuir às mesmas. Entremete, a universalidade insere-se em parâmetros meramente ilusórios<sup>95</sup>, pois, quando colocados à prova, em contextos geográficos diferentes do ocidente, o seu fundamento ou a sua justificativa como uma Teoria Geral do Direito perde força. Isto pode ser evidenciado quando aplicamos as teorias positivistas, de características hierárquicas, lógicas, metódicas unidimensionais nas sociedades indígenas ou em grupos tribais, portanto elas sucumbem, e, diante disso, a resposta do positivismo descritivo é afirmar que nestas sociedades não existe o direito civilizado de cunho racional, por conseguinte essas sociedades passam a ser caracterizadas como sociedades primitivas que ainda não atingiram o ápice civilizatório para conviver com normas racionais e lógicas.

Nesse cerne, percebe-se que uma teoria deve estar revestida de testes minimamente globais, e não um particularismo transvestido de universalidade. Posto isso, seria razoável concluir que o monismo positivista configura numa autodescrição e auto-observação da realidade ocidental eurocêntrica, que permaneceu cego sociologicamente e juridicamente aos ambientes jurídicos africanos, asiáticos e uma parte da América latina que comporta uma mestiçagem jurídica.

Amartya Sen (2000)<sup>96</sup> alerta que uma teoria ou um argumento para ser válido deve observar o requisito da objetividade e imparcialidade. Sob pena de criar-se ilusões sobre algo que se considere verdade. Ele exemplifica dizendo o seguinte: uma pessoa pode deduzir conclusões equivocadas sobre o tamanho do sol, se observá-lo da terra e sem equipamentos adequados, nesta senda, a posição do observador permite extrair conclusões que podem estar certas ou erradas. E ele pode suceder quando se elabora uma teoria jurídica cujo observador está apenas em uma posição que não lhe permite enxergar de maneira adequada outras realidades. Enfim, não se pode deduzir perspectivas universais que partem experiências particulares e deduzidas sob posições ilusórias que não oferece parâmetros universais, tal como sucede na famigerada Teoria Geral de Direito.

Desfazendo-se de argumentos positivista, Joseph Raz, admite que uma teoria de direito pode ser formulada paroquialmente, desde que haja uma justificativa que lhe outorgue legitimidade, desta maneira evitar-se-ia construir perspectiva universais sobre o direito<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean. La justice en Afrique: nouveaux défis, nouveaux acteurs. **Introduction thématique, Afrique contemporaine**. 2014/2 (n° 250), p. 13-28. DOI :10.3917/afco.250.0013. URL: <https://www.cairn.info/revue-afrique-contemporaine1-2014-2-page13.htm>

<sup>95</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>96</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 275.

<sup>97</sup> RAZ, Joseph. **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**. 2nd ed, Oxford University Press 1980.

## 4.2 Teorias de direito, Modelos de Estado soberano e Estado/sociedades

Há uma necessidade de discorrer em primeiro lugar sobre a teoria do Estado, para perceber o fundamento da teoria positivista clássica e, a sua inaptidão nos países africanos, em que temos a estrutura de Estado/sociedades, na qual desvela-se uma bifurcação dos destinatários do direito, um dirigido a população urbana e outro direcionado aos grupos indígenas ou tradicionais. Dessa maneira, a operatividade do Direito acaba por ter dois véis, primeiro, vinculado ao direito estatal que goza de pretensões hegemônica, que tenta se sobrepor a todo custo em relação a soma dos direitos indígenas. E segundo momento, vislumbra-se um público rural abarcado pelo direito vivo, costumeiro, que existe de per si e que por vez, faz valer a sua eficácia social, que independe do reconhecimento positivo. Por conseguinte, uma teoria jurídica africana deve possuir aptidões de capturar essas entidades duas entidades paralelas, que não são incluídas no amago da TGD e nas teorias do Estado. O Estado no pensamento clássico, só funciona perfeitamente por único sistema normativo, constituído por leis positivistas.

Um dos grandes problemas da dogmática e epistemologia jurídica nos países africanos de língua portuguesa, prende-se com a falta parâmetros críticos em relação ao modelo do Estado soberano, que não captura com exatidão o sentido das sociedades africanas e a forma dos seus funcionamentos, diga-se de passagem, que se ignora a dimensão social e culturas da organização das sociedades africanas, que é componente central para traçar uma teoria sobre ela.

No intuito de se perceber o que é o Estado na perspectiva ocidental, trazemos à baila um dos conceituados autores que introduz bases metras sobre a Teoria do Estado, Max Weber (1964), que define o Estado, como é uma instituição política que, dirigida por um governo soberano, que detém o monopólio da força física, em determinado território subordinado a sociedade que nele vive<sup>98</sup>.

Na perspectiva internacional, o Estado deve possuir uma população permanente, um território definido geograficamente, um governo e capacidade de estabelecer relações com outros Estados. Nessa perspectiva, a soberania é o elemento primordial que caracteriza dos Estados. Gebeye (2021), citando Antonio Cassese, Malcom Shaw Ian Brownlie ressalta que o Estado deve possuir uma estrutura capaz de exercer um controle efetivos sobre uma comunidade humana que vive num determinado território<sup>99</sup>.

Alexander d'Entrèves (1969) observa que o Estado é uma "entidade omnipresente" que utiliza o direito no exercício do seu poder indefinido e irresistível. A noção de Estado na teoria

---

<sup>98</sup> WEBER, Max. **The theory of social and economic organization**. New York: The Free Press. 157-190, 1964.

<sup>99</sup> GEBEYE, Berihun Adugna: **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.p.18-21.

social e política radica supremacia dessa entidade e que goza de legitimidade do em um território<sup>100</sup>.

Nesses modelos de Estados, existe uma Constituição e diversas leis ordinárias que orientam a vida civil e política da população, pois existe, por assim dizer, unicidade daquilo que se designa como Estado, que ostenta atributos de uma entidade suprema e absoluta, na qual os comandos normativos derivados da instituição estatal apresentam a mesma característica de generalização, abstração e impessoalidade, tendo como critério de aplicação o ditame da lei hierarquicamente superior. Nota-se que a unificação da Teoria de Direito e Teoria de Estado, servindo de simbiose uma em relação à outra, acaba por não dar conta das complexidades estruturais de Estado/sociedade típicas do continente africano.

Em modelos de Estado/sociedade tal como é na África, Ásia e diminuta forma na América latina, é comum marcas dicotômicas como: o formal/informal, instituições do Estado/instituições da sociedade, população urbana/população indígena. E essa bifurcação faz com que estes países tenham institucionalidade dupla, como por exemplo em Moçambique, onde existem órgãos de Estados e autoridades tradicionais<sup>101</sup> ou poderes locais<sup>102</sup>, como os *Régulos* e outros detentores de poderes locais escalonados hierarquicamente. Em Angola temos os *Sobbas*, que são espécie de órgãos com poderes locais reconhecido pelo Estado<sup>103</sup>. E no Brasil existem os Caciques nas comunidades indígenas. Esse binarismo também corre na esfera jurisdicional e nas questões normativa.

Contudo, esse percurso argumentativo acima aludido teve a importância de perceber os limites das teóricas clássicas positivista, que sempre tiveram um papel de extrema importância ao logo da história da ciência jurídica e até aos dias atuais e, que continuam sendo as linhas nevrálgicas para formulação da Teoria Geral do Direito. Todavia, há uma necessidade crítica de identificar campos que as mesmas teorias sucumbem quando postas à outras realidades distintas.

A unicidade da Teoria Geral de Direito e do Estado, desvela em certa medida incongruências com o modelo das sociedades africanas, que o Estado não é este ente com atributo de onipotência e onipresente em um determinado território. Contudo, coexiste na África uma partilha de poder entre Estado soberano e outras camadas das sociedades.

---

<sup>100</sup> D'ENTREVES, Alexander. **Passerin.The Notion of the State**: na Introduction to Political Theory. Oxford: Clarendon Press, 1967; GAUTHIER, David. **The Logic of Leviathan**. Oxford: ClarendonPress, 1969.

<sup>101</sup> Autoridades tradicionais é um termo que pode ser utilizado sinonimamente ou em substituição ao termo Poder local. Isso é comum em Angola e Moçambique.

<sup>102</sup> ARAÚJO, Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro Jorge Dimitrov. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-pluralismo-jur%C3%ADdico-em-mo%C3%A7ambique-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgios-no-bairro-%C2%ABjorge>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>103</sup> FEIJÓ, Carlos. **A coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana**. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2012.

#### 4.2.1 Estado-nação vs Estado/nacionais

A aplicação uniforme das Leis em um determinado Estado vincula-se à ideia de Estado-nação que foi desenvolvida na Europa. Para Carré de Malberg (1920), a nação não designa uma massa amorfa de indivíduos, mas comunidades organizadas nacionais, na medida em que essas são constituídas pelo próprio fato de suas organizações estarem sob uma unidade indivisível<sup>104</sup>.

Nesse prisma, as pessoas estão ligadas a um Estado pela nacionalidade constituindo uma comunidade com qualidades que lhe permite diferenciar das outras comunidades, expressando o sentimento de pertença a essa comunidade, através de uma de uma identidade coletiva. Designada de nação. Léonardé Matala-tala (2013), citando Ernest Renan, a nação reflete desejo de viver, enraizada em uma história e memórias comum. Neste diapasão, a nação é entendida como uma realidade mais carnal do que o Estado.

Léonardé Matala-tala (2013) esclarece que na sociedade Bantu, ou na África negra, a manifestação da vontade coletiva de viver ao apego a uma ancestralidade, à pátria, não se faz em benefício de uma entidade abstrata, distinta e diluída com contornos desconhecidos; a terra dos antepassados, a pátria é, antes de tudo, algo palpável. O sentimento de pertença tem a ver com uma estrutura social diferente da nação personificada pelo Estado central. O autor ainda frisa que se trata de um espaço micro social, infra estadual, sinônimo de etnia. O autor cita a República Democrática do Congo, sendo três os grupos, Luba, Lkuba, e pondera que não são meramente grupos étnicos, mas uma nação dentro de um Estado<sup>105</sup>.

A África subsaariana é composta por um Estado multinacional, de uma heterogeneidade de tradições e sistemas de leis distintos, como é notório a existência de dois Congos, Sudão do norte e do Sul, e outros Estados com diversos grupos étnicos, daí a dificuldade de se construir uma nação homogênea como aparece nos conceitos de nação ligados aos Estados europeus, que por seu turno incorpora o a teoria de direito a essa unidade estatal<sup>106</sup>.

Em um cenário em que se tenta implementar uma Teoria de Direito uniforme e centralista, conectada conceitualmente à Teoria de Estado-nação, de paradigma ocidental, ela desvanece, devido a uma estrutura de micro normas autônomas, com efetividades jurídicas em cada grupo étnico, assemelhando-se a uma nação na moldura semântica e conceitual de modelos europeus.

<sup>104</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, tome 1, pp. 2-3.

<sup>105</sup> MATALA-TALA Léonard. L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne. *Civitas Europa*, 2013/2 (N° 31), p. 239-260. DOI: 10.3917/civit.031.0239. URL: <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-2-page-239.htm>.

<sup>106</sup> MATALA-TALA Léonard. L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne. *Civitas Europa*, 2013/2 (N° 31), p. 239-260. DOI: 10.3917/civit.031.0239. URL: <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-2-page-239.htm>.

Aludida à estrutura e organização dos Estados africanos, cumpri ressaltar que o paradigma da Teoria Geral do Estado, terá a sua aplicabilidade no direito formal e, em outras micros esferas normativas, essas teorias revelar-se-ia menos ineficazes.

### 4.3 Limites de interpretação e aplicação da Teoria Geral do Direito positivo

A hermenêutica é conhecida como arte ou técnica (método) de aplicação de leis humanas e divinas, possuindo uma relação entre o sujeito e objeto. E no quadro histórico, o ato de aplicar as leis nunca foi algo simples, houve sempre uma tensão entre o texto posto e o processo exegético, que por regra, impõe-se ao interprete o respeito pelo limite semântico de uma lei jurídica ou religiosa, decorrente do texto, de maneira a evitar-se o subjetivismo do intérprete<sup>107</sup>.

Kallás Filho (2016), citando Lenio Streck e Castanheira Neves, alude que no positivismo exegético ou legalista, a interpretação dá-se à luz de uma conexão lógica entre os signos que consta do código jurídico e fatos em concreto. Há por assim dizer que a interpretação deve atender rigorosamente a moldura semântica do código, leis, ou mesmo um texto sagrado<sup>108</sup>.

Conduzindo o debate para aspectos inerente ao continente africano, com intuito de aferir aplicabilidade em relação a Teoria Geral de Direito, que em regra, acolhe a dimensão normativista kelseaniana, no qual, o juiz, é sujeito no qual lhe é conferido o poder de aplicar as leis, por intermédio de uma subsunção lógica rigorosa entre os fatos e lei. Cabe-nos frisar a decadência ou insuficiência desta técnica de interpretação positivista, para lidar com o somatório dos direitos africanos indígenas ou tradicional por seguintes razões, das quais passamos a mencionar:

- a) A não codificação dos direitos indígenas (ou falta de positivação);
- b) A uma criteriologia<sup>109</sup> unidimensional concebida pela Teoria Geral do Direito;
- c) Os juízes como aplicadores das leis e outros operadores jurídicos possuem poucas informações sobre dos direitos africanos, pelos fatos de não ser objeto de programas de ensino nas Universidades, que se limita ao direito positivo aplicado aos cidadãos das metrópoles.

<sup>107</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>108</sup> KALLÁS FILHO, Elias; FUZARI, Tiago de Souza. Da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira / From Lenio Streck's critical hermeneutics of law to.... **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 122-139, fev. 2016. ISSN 1516-0351. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18209>>. Acesso em: 08 jul. 2023. doi:<https://doi.org/10.12957/rqi.2016.18209>.

<sup>109</sup> Expressão utilizada por STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

Nesse cenário, o juiz quando confrontado por diversas situações ou fatos que não fazem parte do imaginário ou do arcabouço jurídico legislado e codificado, acaba por não ter mecanismo razoáveis para subsumir fatos que não tem a previsão na esfera do ordenamento jurídico estatal.

E nesse imbróglio, talvez se cogitasse a possibilidade discricionariedade do juiz para julgar fatos de acordos com analogia, ou através de uma argumentação baseada na aplicação dos princípios de direito. E por outro lado, é de extrema importância frisar que não se trata de casos difíceis isolados, que seriam resolvidos por simples ponderação de valores ou de princípio<sup>110</sup>, portanto, trata-se de uma irritação contínua e cíclica para o sistema jurídico formal do Estado, que não teria condições sistêmicas capturar e solucionar os problemas que lhes são trazidos pelo somatório dos direitos africanos, que ostenta uma autonomia funcional.

Um dos exemplos que colocaria em causa os fundamentos positivistas da TGD tem a ver com a questão de casamentos não monogâmicos, que em tese são justificados moralmente pelas leis indígenas, que reconhece essa modalidade casamento como válidos, à luz de um consenso político paroquial, que fornece legitimidade a esses atos de relevância jurídica. E contrariamente ao direito formal, que entende o casamento como um ato formal e monogâmico entre um homem e uma mulher. E numa hipótese de um casamento poligâmico consumado há muitos anos. Entretanto, a questão que se coloca é a seguinte: qual seria o papel do juiz nessa circunstância; será de anular o casamento, para atender os requisitos da lei formal, haja vista que o casal possui descendentes e patrimônio, fruto desta relação. Ou por outra, será que o juiz teria legitimidade no âmbito do poder discricionário para conferir a esta união o status de um casamento formal?

Ademais, vários outros exemplos seriam trazidos à colação, tal como as questões inerentes ao sistema penal tradicional, que pode usar uma pena de censura pública ao réu como forma de responsabilização penal ou um acordo restaurativo. Nesse contexto, o juiz formal do Estado soberano teria condições justificáveis para declarar a nulidade desse ato?

Ademais, os problemas não se esgotam, pois na África várias questões são reguladas pelo direito costumeiro tais como: O Direito de família, Lei de terra, Direito das Sucessões e Comércio são parte dos direitos africanos indígena, que por seu não possuem uma relação axiológica com o Direito formal do Estado, de viés europeu.

Evidentemente, a Teoria Geral de Direito com suas diversas técnicas de interpretação e retóricas argumentativas não estaria em condições de resolver esse conflito intersistemático. Essas questões estão além de colisões entre princípios e regras, tratando-se de uma disputa de sistemas de regulação de normas diametralmente opostas.

---

<sup>110</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

### 4.3.1 Limites da linguagem no processo hermenêutico

Hans-Georg Gadamer (1998), na obra **Verdade e Método**, coloca a linguagem como espinha dorsal para o processo hermenêutico, servindo como médium da experiência humana, a linguagem é apresentada como modo de vida particular. Para Patrícia Aparecida de Brito Moraes (20-?), citando Gadamer (1984), compreende a o fenômeno linguístico como um fator determinante para explicação do mundo, em sua distinta realidade<sup>111</sup>. Destarte, é traves do processo linguístico que se desencadeia a compressão, interpretação e a tradução dos signos.

Em vista disso, toda interpretação está subordinada à compreensão ou cognição de uma realidade cultural em particular, da qual o sujeito projeta construtivamente uma verdade sobre uma realidade por intermédio de símbolos linguísticos que lhe são oferecidos<sup>112</sup>. E quando se observam as multifacetadas formas do positivismo jurídico, com o seu universo de signos linguísticos e métodos interpretativos por ele proposto, chega-se a uma premissa conclusiva de que o positivismo, como mecanismo de compressão mais apurada sobre o Direito, limita-se a uma cognição e uma compressão do Direito à luz de uma linguagem formada em um contexto de experiência europeia. Ocorre nesse panorama a autodescrição e observação do direito por meio de lentes incapazes de enxergá-lo em sociedades cujas intuições não obedecem ao processo de institucionalização formal. Nesse liame, a linguagem positivista depara-se com uma realidade cuja semântica e cujos signos de linguagem criados pela dogmática jurídica revelam-se infrutíferos para conhecer o direito praticado por sociedade indígenas ou tradicionais.

No mundo africano, reside um complexo de linguagem intrínseca de caráter jurídico, que somente podem ser traduzidas pelos sujeitos inseridos no mesmo contexto peculiar, ou seja, o intérprete será iluminado através de domínio de signos linguísticos por ele apreendidos. A título de exemplo, o direito positivo pode deparar-se com situações que um crime que no direito ocidental é punível com uma pena de prisão e no direito costumeiro, o mesmo ato criminoso punível com a pena de restituição com um bem fungível ou não fungível, mediante um acordo entre as partes. Nota-se que a prisão foi instituto importado pela linguagem do direito ocidental na invasão colonial imperialista<sup>113</sup>, muitos historiadores afirmam que esse instituto não existia no quadro da linguagem jurídica pré-colonial africana.

O positivismo puro tem a sua linguagem interpretativa centrada no direito posto, isto é, o direito legislado. Para a tradição de operação de um direito não escrito, e que é um fenômeno

---

<sup>111</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

<sup>112</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

<sup>113</sup> DA RODA, Arménio Alberto Rodrigues. O Racismo prisional: Crítica às Políticas Carcerárias no Extermínio de Corpos negros no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Direito & Paz** | São Paulo, SP - Lorena | Ano X I V | n. 4 3 | p. 1 8 9 - 20 6 | 2º Semestre, 2020.

evidente na África, onde existe modelo de Estado/sociedade, torna-se parcialmente difícil sustentar ou justificar os mecanismos de interpretações propostos pelo positivismo legalista.

Outro exemplo a ser citado seria o famigerado método interpretativo clássico de Savigny (1840), que propõe um método gramatical, sistemático, histórico, teleológico e sociológico, do qual a interpretação do direito deve basear-se. E estes signos linguístico criados pela dogmática jurídica projetam-se a apenas no contexto peculiar de Estado moderno, do qual a interpretação jurídica observa os limites de linguagem da cultura lá inserida<sup>114</sup>.

É relevante destacar que não se trata aqui de uma argumentação que desmereça o contributo dessas teorias na esfera da Teoria Geral de Direito Geral, sendo ainda útil para a aplicação e interpretação do direito positivo na África e nos outros espaços.

#### 4.4 Entre a necessidade de uma teoria africanista de direito ou uma teoria eclética

Sendo o sistema jurídico africano híbrido e que constituído de sistemas paralelos de Estado Formal, não seria razoável negar a importância da Teoria Geral de Direito e o seu papel para interpretação e aplicação do direito positivo do Estado e outras teorias positivistas, uma vez que este direito positivo idealizado para ser operado por intermédio de regras traçadas no jogo de linguagem hermenêutico clássico, que tem uma relação com a Teoria Geral do Estado-nação. E operacionalidade das leis nesse Estados, valem-se da retórica e a técnicas de interpretação compatíveis formulada pela TGD<sup>115</sup>, tal como a lei anterior/lei atual, lei específica/lei geral, lei constitucional/lei infraconstitucional e conjugado os recursos dos cinco modelos de Savigny (1840) anteriormente mencionado<sup>116</sup>. No entanto, isso não significa dizer que não exista uma teoria que melhor se adeque para responder o problema estrutural de colisões de família jurídicas existentes na África.

Outros problemas que reportam-se à TGD vislumbram-se no status hegemônico que ela ostenta, que inibe as outras manifestações jurídicas consuetudinárias de operarem autonomamente. Isso se deve ao fato de haver a tentativa de se moldar uma civilização construída ao longo da história para um projeto de Estado-nação. As características que distanciam-se das múltiplas redes societárias com direitos próprios coabitam na África, especialmente na parte subsaariana, cuja leitura da TGD não dispõe de elementos e capacidades para dialogar com outros sistemas.

---

<sup>114</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de Droit Roman**. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, vol. 1, 1840.

<sup>115</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. Análise ecológica do direito e construção transubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos de uma epistemologia Complexa. **Revista Brasileira de Direito Animal**, e -issn: 2317-4552, Salvador, volume 15, n. 02, p.17-46, Mai - Ago 20. Acesso em 13 de jul 2023.

<sup>116</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de Droit Roman**. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, vol. 1, 1840.

Quanto a uma teoria ser ou não africana, isso menos interessa, destarte, o valor de uma teoria não se circunscreve pura e simplesmente por limites geográficos, todavia importa mensurar a sua utilidade prática e sem descuidar a capacidade que uma teoria oferece para observar os problemas existente no interior de Estado; e buscar resolvê-los minimamente possível.

Também é de extrema relevância separar os níveis de aplicação de uma teoria; por razões metodológicas, buscamos dividir essa questão da seguinte forma: *teoria de interpretação das normas positivas e teorias de estrutura*. A primeira é usualmente utilizada no processo hermenêutico envolvendo sujeitos processuais, e o aplicador fundamenta e argumenta<sup>117</sup> com base nos signos e critérios metodológicos oferecidos pela dogmática jurídica, ou seja, modelos que visam resolver um problema de aplicabilidade entre as partes, isto é, sujeito A vs B ou mais.

Quanto à segunda, busca de superar de conflitos intersistemático de família jurídicas distintas. E o problema fulcral desta pesquisa, reporta-se as teorias estruturais, capaz de amenizar os conflitos entres os direitos africanos e direito formal, muitas vezes resolvidos por meio hierárquico, o que acresce a complexidade dos problemas. Daí que consideramos útil propor um pluralismo jurídico procedimental, como uma teoria capaz de responder o problema deste trabalho, e que será desenvolvida no capítulo posterior.

Posto isso, torna-se necessário sublinhar, partilhar do raciocínio de que as teorias não são unidimensionais e atemporais; elas variam de acordo com a complexidade dos problemas, dinâmicas de novas interações e necessidade que vai se alastrando ao direito. Sendo assim, a justificação e argumentação de uma teoria em detrimento da outra é o que se demonstra fundamental diante dos problemas que permeiam em torno do direito.

#### **4.5 Por uma teoria comunicativa diante dos desafios globais**

Na abordagem anterior, a discussão baseava-se nos problemas endógeno, buscando compreender o papel da Teoria Geral do Direito e do Estado, numa perspectiva interna, sobretudo em países da África subsaariana, sem adentrar no escopo dos problemas mundiais, inerente a limitação do constitucionalismo liberal, junto com as suas teorias hermenêuticas, que se demonstram inefetivas diante dos desafios globais, que transcende a esfera do Estado-nação.

Não seria razoável discutir questões inerentes à Teoria Geral do Direito e ao seu papel na África, sem que trouxéssemos à discussão a sociologia do constitucionalismo de Gunter Teubner (2016)<sup>118</sup>, que passa a se preocupar com violações de direitos pelas multinacionais, além de outros autores supra nacionais, que atravessam a estrutura do Estado-nação em que o constitucionalismo liberal tem foco na proteção dos direitos individuais, e por seu turno, perde força de controlar

---

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

<sup>118</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

essas novas dinâmicas da sociedade global complexa. Na mesma linha de raciocínio, Marcelo Neves (1990, 2009) discute esses problemas na perspectiva do transconstitucionalismo, que consiste no entrelaçamento entre diversas ordens estatais, ou seja, um diálogo que entre Estado, cortes constitucionais, organizações internacionais e outros autores<sup>119</sup>.

É de suma importância perceber que os Estados africanos não são territórios isolados aos problemas globais. Atualmente, os países africanos fazem parte de diversos tratados e leis internacionais. Por outra parte, esses mesmos Estados albergam diversos entes como as multinacionais e organizações não governamentais, cujas ações são de impactos globais, embora estejam sediadas na África.

Nesse sentido, há a teoria sociológica de Nicklas Luhman (2006), que entende a sociedade não como um grupo de indivíduos, mas como um espaço em diversos sistemas sociais que se comunicam<sup>120</sup>. Essas comunicações entre sistemas podem decorrer da relação entre direito, política, economia, religião etc.

Ainda no âmbito das teorias comunicativa, Walber Carneiro (2023), citando Niklas Luhmann (2006)<sup>121</sup> propõe uma teoria ecológica do direito, que visa em primeiro momento, ultrapassar a cegueira oferecidas pelas teorias dogmáticas do direito, que se ocupam a realizar autodescrição e observação, permanecendo cegos às complexidades da sociedade moderna. No dizer do mesmo autor, a teoria ecológica Trata-se de uma epistemologia construtivista que observa não apenas os sistemas parciais em sua cognição, abrangendo vários sistemas funcionais inclusive o direito<sup>122</sup>. E a teoria ecológica tem potencialidades de articular uma observação sociológica e dogmática. E autor entende que a teoria ecológica não se conscreve a uma teoria de ambiental,<sup>123</sup> porém que observa o seu ambiente. Nesse contexto, a sustentabilidade passa a ser uma razão transversal<sup>124</sup>

Na comunicação ecológica “a sociedade se torna mais consciente sobre os problemas ambientais que a afetam e assim determinam uma necessária postura de reconhecimento dos riscos”. “A comunicação ecológica é justamente essa seleção de critérios capazes de comunicar sobre a exposição aos riscos ecológicos, aos quais Luhmann adverte serem indeterminados”. A comunicação ecológica da sociedade é, portanto, um sinal de que a sociedade mundial complexa e diferenciada é capaz de se adaptar e observar as relações de um sistema (social) com o seu meio ambiente não comunicacional, tendo o sistema

<sup>119</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 115-235.

<sup>120</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate, 2006.

<sup>121</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006.

<sup>122</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. Análise ecológica do direito e construção transubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos de uma epistemologia Complexa. **Revista Brasileira de Direito Animal**, e -issn: 2317-4552, Salvador, volume 15, n. 02, p.17-46, Mai - Ago 20. Acesso em: 13 jul. 2023.

<sup>123</sup> Embora Walber Carneiro não conceba a teoria ecológica como uma teoria ambiental, a sua argumentação teórica aproxima mais essa teoria da teoria que seleciona critérios ambientais, e não de uma teoria transversal do direito. Para problemas enfrentados nessa pesquisa, da colisão intersistêmica das normas costumeiras e da norma oficial, essa teoria não se demonstra cabal para resolver os problemas aqui enfrentados. Isso fica nítido quando o autor aplica essa teoria às questões inerentes aos direitos da natureza.

<sup>124</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. Teorias Ecológicas do Direito por uma reconstrução crítica das teorias jurídicas fundamentais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 18 n. 28 (2020).

científico e suas organizações cumprido um papel determinante para que isso se tornasse possível.

Hodiernamente, o continente africano é constituído por diversos atores nacionais e internacionais como temos vindos a frisar, em primeiro plano, temos o Estado, e diversos grupos étnicos, cujas fontes normativas são distintas. E esta conjuntura sistêmicas, levanta ainda múltiplos problemas inerente a TGD, hermenêutica jurídica e Teorias sociológicas que acompanha o direito, que é de extrema importância convidá-las a intervir, na tentativa de construir um arcabouço argumentativo, capaz de dar conta das complexidades não estritamente africanas, contudo, propor um diálogo com as situações globais, ignoradas pelo constitucionalismo liberal e dogmático.

#### **4.6 Considerações**

As teorias monistas do positivismo não se demonstram suficiente para lidar com múltiplos problemas dos direitos africanos, que demanda uma proposta inclusiva e plural, capaz de capturar a lógica de Estado africanos, que congregam as microssociedades no interior mesmo, que por seu turno é revestido de variadas normas. E o funcionamento do positivismo normativista puro, demonstrou-se fracassado até então, tendo contribuído para a exclusão do direito costumeiro vivo, que resiste a hegemonia da legalidade escrita. Não obstante, as teorias do Estado-nação que é o sustentáculo do direito racional lógico, equivocam-se ao compreender os Estados africanos como um ambiente de única nação, pelo contrário, trata-se de micro redes societárias com perspectivas normativas distintas.

Destarte, a teoria sincrética proposta por Gebeye faz uma excelente leitura do constitucionalismo africano enquanto um resultado sincrético. Porém, demonstra pequenas debilidade ao conceber o sincretismo como um processo, o que vai demandar uma reprogramação ao nível da codificação e o que não será fácil de lograr efetividade prática. E nossa versão, aprimora-se com a tese de pluralismo de procedimento e processual, que busca superar o centralismo legal, porém abrindo margem para uma pluralidade de direitos costumeiros autônomos e emancipados. E será apresentada no próximo capítulo.

Por fim, diga-se de passagem, que as teorias não são unidimensionais e atemporais, o que nos conecta com as terias sistêmicas da sociedade, na qual descortinam de maneira ampla os problemas emanados da complexidade global, cujo constitucionalismo liberal não consegue capturar. E nesse cerne, os países africanos encontram-se abarcados no ambiente das comunicações globais, na qual sujeita-se ao diálogo constitucionais proposto por essas teorias.

## **5.DE UM PLURALISMO SUBSTANTIVO PARA O PLURALISMO DE PROCEDIMENTO: UMA PROPOSTA ALÉM DAS QUESTÕES ANALÍTICAS**

Em um primeiro momento, a abordagem estará atrelada aos variados conceitos sobre o pluralismo jurídico, que ilustram diferenças teóricas de um pluralismo de alta densidade ou baixa, fraco ou forte, independente ou autônomo, prescritivo ou descritivo. Nessa senda, mencionamos que a manifestação do pluralismo jurídico e sociológico na África tem uma estrita relação com o modelo de dominação colonial presente em países de expressão portuguesa, no qual certos modelos condicionaram o retrocesso do reconhecimento da pluriversalidade normativa.

Em seguida, apresentaremos uma concepção de um pluralismo de adjetivo, a que preferimos designar de pluralismo procedimento, que envolve uma série de estrutura para formação de uma pluralidade sólida de alta densidade estrutural, baseado na reformulação do sistema de justiça tradicional, visando um diálogo institucional.

### **5.1 Conceitos e características do pluralismo jurídico**

A questão do pluralismo jurídico pode ser percebida em duas perspectivas fundamentais: a primeira diz respeito à natureza humana, que se agrupa e vive em sociedade; nisso, o pluralismo desdobra-se em dimensões sociológica, antropológica, normativa e política, que brotam espontaneamente, constituindo uma heterogeneidade fenomenológica, ou seja, uma situação de fato cuja formação independe de qualquer reconhecimento institucional. Por outra parte, o pluralismo decorre de um aperfeiçoamento conceitual e metodológico oriundo de construções teóricas, que descreve, interpreta e aplica os fenômenos plurais. O reconhecimento legal resulta dessas formulações teóricas.

No dizer de Boaventura Souza Santos (2002), o pluralismo jurídico consiste na coexistência de duas ou mais ordens normativas no mesmo espaço geopolítico. O reconhecimento formal dessas normatividades distintas pelo Estado é fruto de um processo institucional democrático, que se realiza com a abertura de um sistema político constitucional, que passa a amparar e legitimar essa diversidade de ordens normativas. Nesse âmbito, Boaventura Sousa Santos identifica seis tipos de manifestações jurídicas saber: direitos que convencionam leis familiares (Direito da Família), o Direito de produção (as leis da fábrica e da empresa), o Direito de Troca (as leis do mercado), o Direito Comunitário (as leis dos grupos hegemônicos ou

oprimidos), o Direito Territorial ou estatal (a lei do lugar do cidadão) e o Direito sistémico (a lei do lugar do mundo) que são aplicáveis no mesmo campo social<sup>125</sup>.

Segundo Wolkmer (2015) citando Gurvitch, compreende o pluralismo em três sentidos essenciais, o pluralismo como fato, como ideal e como uma dimensão técnica. O pluralismo compreendido como fato, está presente em toda sociedade, isto é, todas sociedades possuem microcosmo de agrupamentos sociais. Núcleo central do pluralismo como fato é a vida social colocada em conflito e equilíbrio dos grupos sociais. O pluralismo como ideal, traduz a liberdade humana coletiva e individual, compreendida como harmonia recíproca entres os valores dos grupos e individuais, trata-se de uma concepção democrática das forças sociais. E o pluralismo como uma dimensão técnica compreende o esforço metódico para realizar a liberdade dos indivíduos e os valores democrático<sup>126</sup>.

Para Nisbet, R Wolf e P. Ansart citados por Wolkmer, eles identificam as características do pluralismo elencando traços como a descentralização, participação, o localismo, a diversidade, tolerância e autonomia. A descentralização corresponde ao deslocamento do poder político administrativo que sai do centro para outras instituições de caráter local, podendo ser formal ou informal. Participação consiste em envolver os grupos sociais no âmbito organizatório e decisórios do Estado, ou seja, a forma democrática de governação. Autonomia traduz-se no poder que os grupos ou entes coletivos possuem para se expressar independentemente das suas convenções normativas, conferindo-os o poder de auto regulamentar-se, desde que haja uma conformação com as normas estatais. Enquanto a diversidade e tolerância são formas de alteridades de conceber as diferenças do outro e aceitá-las, buscando realizar as liberdades negativas dos indivíduos ou grupos com crenças, culturas e ideologias diferentes<sup>127</sup>.

Para Griffiths (1986), só se falaria do pluralismo quando se trata-se de um pluralismo jurídico corporativo, admitindo a existência de normas de origem não estatal, todavia, desde que fossem derivadas de associações que possuíssem a personalidade reconhecida pelo Estado, neste âmbito suas normas deveriam se conformar com a normatividade estatal. Entretanto a tese do Griffith, apresenta o pluralismo na sua vertente enfraquecida, onde a legitimidade e validade de uma norma fica ao critério exclusivamente do Estado, colocando em causa a emancipação dos grupos com uma normatividade distinta a do Estado.<sup>128</sup> E a outra crítica dessa corrente é trazida por

---

<sup>125</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum jurídico**: Direito, Globalização e Emancipação. Cambridge University Press, 2002.

<sup>126</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>127</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>128</sup> GRIFFITHS, J. What is legal pluralism? **Journal of Legal Pluralism**, n. 24, 1986, p. 1-12.

Miguel Real (1984), que vislumbra deficiência nesta tese, quando se confundi a ordem estatal e a ordem jurídica, que são fenômenos distintos, mas que devem coexistir de maneira harmoniosa<sup>129</sup>.

Griffiths enuncia diferenças entre o pluralismo forte e pluralismo fraco. No primeiro, o Estado não interfere no surgimento da diversidade normativa extra estatal, enquanto no pluralismo na vertente fraca, o Estado intervê no processo de reconhecimento de ordens normativa, criando uma taxonomia ou catalogação dos grupos segundo as suas origens, sua etnia, credo religiosos. Esse modelo está associado a uma experiência colonial, na qual o Direito consuetudinário tinha que estar sob o controle do poder político e administrativo colonial, o que se assemelha ao pluralismo corporativista, no qual a existência de uma normatividade diversa do Estado, passa a gozar de validade se for autorizado pelo Estado<sup>130</sup>.

Vanderlinden (1972) pondera duas classificações, destacando Pluralismo Jurídico Independente e Pluralismo Jurídico Controlado. o Pluralismo Controlado é aquele em que a pluralidade de leis é absorvida pela força estatal, havendo uma legalidade complementar, pois os seus elementos podem ser reconciliados com a unidades das leis do Estado, enquanto que o Pluralismo Jurídico Independente pode ou não ser antagônico ao Estado, mas seus elementos são autônomos e mutuamente contraditórios<sup>131</sup>. E na África, há predominância majoritária de pluralismo independente, de cunho antropológico que consubstancia em diversidades de unidades sociais geradoras de direitos, que estão constantemente em conflito com as leis Estatal<sup>132</sup>.

Para Gurvich citado por Wolkmer (2015), a ideia do pluralismo jurídico traduz-se em diversidades de ordens, sendo algumas estatais e outras menores, e nestas últimas, responsáveis pela produção de normas sociais, desde que possam conviver em um ambiente harmonioso. O problema persistente no espaço africano, é ausência harmonia entre o Direito estatal que se arroga hegemônico e monista, cuja linguagem operacional exclui outras normatividades informais pertencente aos direitos tradicionais<sup>133</sup>.

A teorização metodológica do pluralismo jurídico visa identificar mecanismos capazes de atribuir legitimidade às manifestações de ordens não estatais, possibilitando-as uma autonomia minimamente funcional, devendo ser colocada em causa quando uma situação colidente pertinente afeta os direitos fundamentais ou humanos positivados.

As teorias acima aduzidas contrataste com concepção estatocêntrica de modelo ocidental, fruto do iluminismo do século XVIII e XX como do Locke, Kant, Hegel ou Hobbes, que coloca

---

<sup>129</sup> REALE Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

<sup>130</sup> Ob,cit.

<sup>131</sup> VANDERLINDEN, J. Le pluralism juridique: essai de synthèse. In: GILISSEN, J. (ed.). **Le Pluralism Juridique**. Bruxeles: L'Université Bruxelles, 1971, pp. 19-51. pp. 47-50.

<sup>132</sup> SANTOS, B. S. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

<sup>133</sup> SANTOS, B. S. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

o Estado como único agente absoluto, com legitimidade de expressar a vontade geral e criar regras de funcionamento de sistema normativo. Na verdade, um punhado de pessoas que controlam o Parlamento. Dessas regras, advém conceitos associados à uma hermenêutica dogmática, de critérios fechados e centralizados, que autoriza exclusivamente o Estado como ente soberano capaz de produzir, justificar e dizer o que são normas jurídicas válidas em um Estado. Nesse cerne, quaisquer fontes de produção de normas, acarretaria problema de inefetividade, vendando a possibilidade emancipatória das normas referentes aos grupos tradicionais de expressarem-se na ordem democrática, por meio de autorregulação<sup>134</sup>.

Assa concepção do Estado, fundando na modernidade ocidental e que foi aperfeiçoado pela revolução francesa, também trouxe consigo o processo da codificação<sup>135</sup> como forma unívoca de exprimir e revelar o caráter jurídico das normas. E que, por um lado, o modelo demonstra-se parcialmente contraditório com a cultura oral, impregnada nos Estados africanos, que é caracterizado por normas escritas formais e não escritas inerente as instituições informais. E versão única concentrada em normas escritas, coloca em causa o pluralismo jurídico e antropológico<sup>136</sup> inerente aos grupos lá presente. Perceber o Estado como única fonte de produção normativa, é indubitavelmente assumir uma pauta de exclusão que privilegia a sistematização e codificação como critério exclusivo de racionalidade.

No dizer do Miguel Real (1984), a ordem jurídica não deve se confundir com a ordem estatal, sendo objetos distintos. Do Estado emanam diversas normatividades, e da ordem jurídica derivam normas produzidas pelos órgãos competentes, observando o rito procedimental próprio<sup>137</sup>.

Nesse debate, é imprescindível a compressão do monismo jurídico, que absorve o princípio da estatalidade e o formalismo positivista, que demonstra fragilidades em dialogar com as instituições políticas informais e locais, que de certa maneira vai implodido problemas periféricos para o Centro (Estado). Diversos grupos sociais vão reivindicando socialmente a emancipação normativa na qual, a dogmática jurídica clássica não recepciona plenamente as demandas dos direitos africanos<sup>138</sup>. Com o auge das teorias multiculturais e interculturais dos direitos humanos, a ideia do pluralismo jurídico como elemento emancipador tonar-se desvelado<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>135</sup> LUZ, Christine da. Como o Código Civil Francês se adaptou ao longo do tempo. **Revista da Emerj** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 24-35, 2004.

<sup>136</sup> ROULAND, N. **Nos confins do direito**. Antropologia jurídica da modernidade. Trad. M. E. A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 158

<sup>137</sup> REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.p.166-170.

<sup>138</sup> DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>139</sup> KYMLICKA, Will. **Multicultural Odysseys Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity**. Nova York: Oxford University Press, 2007.

### 5.1.1 Pluralidade de fontes normativas

A dogmática jurídica concebe fontes de Direito como formas de revelação ou manifestação de normas jurídicas, nas quais se distinguem entre fontes mediatas e imediatas. E no contexto africano aqui analisado, as fontes mediatas compreendem os costumes e usos que constituem práticas reiteradas, que são categorizadas como fontes subalternas e conseqüentemente de menos valores diante das fontes imediatas, que são os atos normativos legais aprovados pelo parlamento. Em países aqui analisados, há uma tendência de descredibilizar-se as fontes informais, o seja o direito costumeiro, devido às razões colônias enraizadas do colonialismo, que buscou ignorar a relevância dos direitos costumeiros. Portanto, a ideia de um pluralismo jurídico vê-se moribunda à luz de um paradigma unidimensional, formal que predomina até os dias atuais. A dogmática jurídica não acolhe de maneira plena a ideia de um direito costumeiro como válido, o que cria espaço de marginalização dos direitos africanos.

Fernando Luís Coelho (2018) frisa que a ideia de coexistência de mais de duas ordens jurídicas em um espaço não é algo problemático. Na verdade, o problema fulcral reside na estruturação escalonada das fontes de Direito, que prioriza algumas fontes em detrimento das outras e que, muitas vezes, desrespeita-se o desiderato do povo. A cultura jurídica formalista vai criar uma hipostasição da ciência jurídica, transformada em algo metodológico, puro e rígido<sup>140</sup>.

Sem dúvidas, a hierarquização de fontes coloca em causa a ideia de uma pluralidade de ordens normativas autônomas, que depende inteiramente de uma legitimação estatal para serem válidas. Por outro lado, decorrem problemas sobre a produção normativa, que é monopolizada pelo Estado, que vai gerar um conflito entre entes formais, e aos demais sujeitos sociais pertencente à esfera extra estatal, como grupos étnicos que acolhem a normatividade endógena ligada à sua ancestralidade, que tampouco participam no processo legislativo, que lhe dizem respeito, como em matérias de regulamentação de leis de terras, família, direitos das coisas entre outras<sup>141</sup>.

### 5.1.2 Processo histórico do pluralismo no continente africano

Estreitando o debate ao panorama do continente africano, sobretudo os países falantes de língua portuguesa, o problema não se situa do ponto de vista teórico e epistemológico, antes de mais um problema pragmático, que se coloca quando abordamos sobre o pluralismo de

---

<sup>140</sup> ANTUNES, Fernando Luís Coelho. **O pluralismo jurídico**: Marco Teórico para a Discussão do Acesso à Justiça, 2008. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em : <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91919.p>

<sup>141</sup> Ibidem.

procedimento ou processual, que consiste na deslocação de análise meramente substantivas para uma compressão prática e processual que demanda arranjos institucional. Neste sentido, o debate deslocar-se-ia para uma visão de intentos prescritivos sobre pluralismo jurídico. E para isso, será fundamental perceber as fundações históricas do Estados africanos.

Uma das questões que conduziu a massificação do conflito intersistêmico tem a ver com o modelo de Estado de herança colonial, que subalternizou os grupos sociais por meio de redutibilidade sistêmica dos povos indígenas (nativos). Seus resquícios constituem hodiernamente o princípio fundamental para operacionalização do direito do Estado, o que, de certa maneira, amplia a exclusão das manifestações relacionadas aos direitos indígenas, que continuam sendo marginalizados por essa lógica do monismo jurídico.

Os modelos de colonização tiveram impacto direto na implementação do pluralismo jurídico na África, nisto cabe sublinhar que estiveram presentes dois modelos de governação colonial, caracterizados por governos diretos e indiretos. No primeiro modelo, as colônias estavam vinculadas diretamente pelas leis das metrópoles, portanto não havia uma administração indígena paralela a do Estado e qualquer tentativa de manifestações normas costumeiras pelos povos indígenas, eram reprimidos e ignorados pelo Estado, e mais tarde que tentou-se adaptar para implantar normas do regime do Indigenato, como foi frisado no primeiro capítulo. Portanto, Portugal e França são exemplos típicos modelo de colonização direta. Daí que nesses Estados, há um predomínio do centralismo institucional e legal que vigora até os dias atuais<sup>142</sup>.

Já nos governos indiretos, as instituições tradicionais poderiam caminhar de forma paralela com às instituições do governo europeu. Existia uma administração que cabia aos chefes tradicionais em nível administrativo e jurisdicional. Esse processo consolidou-se no século XX, e foi colocado em prática após a I Guerra Mundial, tendo sido difundido na região da África ocidental, oriental e África austral, são exemplos dessa governação, África do Sul, Nigéria e Uganda, sendo países colonizados pela Inglaterra. Distinguiam-se os nativos e os não nativos, nestes termos coadunava duas ordens normativas, uma de caráter formal e a outras do direito costumeiro, isso sucedia também com as instituições de gestão. O governo colonial ocupava-se das questões gerais de gestão dos recursos e os governos indígenas, cuidavam de alguns assuntos referentes a população indígena, e tinha relação com os órgãos da administração colonial. A aceitação do normas costumeiras e instituições tradicionais nesses países são integradas como parte fundamental da sociedade<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> ARAÚJO Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-pluralismo-jur%C3%ADdico-em-mo%C3%A7ambique-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgios-no-bairro-%C2%ABjorge>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>143</sup> ARAÚJO Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-pluralismo-jur%C3%ADdico-em-mo%C3%A7ambique-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgios-no-bairro-%C2%ABjorge>.

Nas sociedades africanas, sempre coexistiram grupos com identidades distintas, com crenças, religiosidades e formas de organização política totalmente diversificadas. Entretanto, a subalternização dessas ordens normativas tradicionais foi arquitetada pela elite colonial dominante, que instrumentalizaram os conceitos hegemônicos em diversas vertentes para negar a natureza das ordens indígenas, por meio de invenções de fórmulas universalistas que recusavam as dimensões plurais do direito<sup>144</sup>.

Nesse modelo de gestão administrativa, cada grupo étnico era guiado pelo seu próprio direito costumeiro, administrado pelos Chefes tribais, que mitigavam os conflitos nas questões de família, trabalho e terra, garantido a paz e coesão social. E sobrevivência dos direitos tradicionais é um ato de resistência.

### 5.3 Pluralismo procedimental e processual

A maior parte das propostas pluralistas, limitam-se a uma dimensão meramente substantiva e descritivas, que reconhecem a ideias do pluralismo e identifica a sua estruturara antropológica, sociológica e jurídica. No qual miríades de conceitos são formulados entorno da temática sobre pluralismo em suas multifacetadas vertentes, entretanto, vislumbra-se a falta de um arcabouço preciso, de como os sistemas parcialmente antagônicos podem operar dialogicamente. A principal crítica ao pluralismo jurídico, sobretudo nesses nos países de expressão portuguesa assenta na dificuldade da sua aplicação, que não tem parâmetros prescritivo, processuais, tampouco procedimentais pré-prontos, que organizam detalhadamente a funcionamento de nível estrutural as entidades costumeiras, possibilitando uma combinação dos diversos sistemas normativas de maneira plena. O pluralismo analítico de uma estrutura vaga, como é apresentado pelos diversos autores, que se esgotam numa leitura indenitária e descritiva, porém não oferece, conteúdo de procedimentos ou processual para funcionamento técnico e paralelo junto das redes indígenas e o direito de Estado.

Essa proposta do pluralismo jurídico esvaziado de fórmula não desvela adjetivos ou caminhos capazes de construir um direcionamento metodológico de aplicação dos múltiplos direitos indígenas e religioso presentes no continente africano, propensos a proporcionar um ambiente de comunicabilidade entre as ordens normativas existentes, com capacidade de coexistir institucionalmente e legislativamente, reduzindo a complexidade dos conflitos.

Os pluralismos substantivos de meras previsões legais também abrem grande margem para um *pluralismo arbitrário*, e que pode culminar nos desrespeitos pelos bens fundamentais básicos, dos quais há um mínimo consenso sobre a preservação destes valores.

---

pluralismo-jur% C3% ADdico-em-mo% C3% A7ambique-resolu% C3% A7% C3% A3o-de-lit% C3% ADgios-no-bairro-% C2% ABjorge. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>144</sup> HOOKER, M. B. **Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws**. Clarendon Press 1975.

Para a materialização de um pluralismo de procedimento, em primeiro lugar o direito positivo do Estado, deve ceder a sua estrutura ao nível da Teoria Geral do Direito, ampliando a dimensão semântica, interpretativa do direito positivo estadual, que passará a codificar instrumentos processuais de integração e cooperação dos múltiplos sistemas africanos, começando da própria Constituição e demais atos normativos ordinários fornecendo uma estrutura explicativa nítida de como as normas dos direitos consuetudinário devem ser aplicadas em diferentes situações. por exemplo: um como o tribunal tradicional ou religioso deverá encaminhar uma situação para tribunais judicial de Estado. Quais mecanismos podem ser instituídos para prevenir os arbítrios?

Por outra perspectiva, os órgãos informais ligados à justiça tradicional padecem de aparato metodológico que prescreve etapas e técnicas para se aplicar o direito costumeiro e garantir um bom funcionamento dessas instituições. Em nossa visão, as leis de *status* familiares deveriam ter uma regulamentação que levasse em consideração a identidade do indivíduo, enquanto as leis gerais poderiam obedecer a aplicações autônomas ou independentes, desde que não ferissem a matriz nevrálgica da Constituição e as normas dos direitos humanos.

### 5.3.1 Mecanismos estruturais para implementação do Pluralismo de procedimento

Há enormes desafios e a necessidade de solidificar o pluralismo de procedimentos. É algo processual nos países de língua portuguesa para combinar as dimensões substantivas e adjetivas, a fim de ter-se um pluralismo abrangente, proporcionado uma ampla participação dos tribunais tradicionais ou comunitários na esfera do Estado, que sejam capazes de colaborar com órgãos ou instituições da sociedade. E um dos mecanismos a indeclinável para funcionamento sério e sustentável dessas entidades, em países como Angola, que contam com os sobas<sup>145</sup>, Moçambique<sup>146</sup>, e Cabo-verde, que possuem também tribunais comunitários, são:

**a) Integração dos tribunais tradicionais na esfera orgânica do Estado.** Embora os tribunais tradicionais estejam previstos na Constituição e noutras leis ordinárias, eles não são considerados como parte do poder judicial, ou seja, não são associados à estrutura orgânica do poder jurisdicional do Estado. É levantado em primeiro lugar o problema de conhecer a natureza dessas instâncias costumeira de justiça, que se demonstra dúbia, dividida entre o poder

<sup>145</sup> FEIJÓ, Carlos. **A coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana.** Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>146</sup> FLORÊNCIO, Fernando. **As Autoridades Tradicionais Vandau, Estado e Política Local em Moçambique.** 2003. Tese (Doutoramento em Estudos Africanos, Especialidade de Política e Relações Internacionais em África) - Instituto Universitário de Lisboa 2003. Disponível em: [https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/12208/1/As\\_Autoridades\\_Tradicionais\\_Vandau.pdf](https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/12208/1/As_Autoridades_Tradicionais_Vandau.pdf) > Acesso em: 22 nov. 2017. [https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/12208/1/As\\_Autoridades\\_Tradicionais\\_Vandau.pdf](https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/12208/1/As_Autoridades_Tradicionais_Vandau.pdf)

administrativo e judicial<sup>147</sup> que, por seu turno, implicará no nível de vínculo das decisões proferidas por esses órgãos.

Por outro lado, isso dificulta a cooperação institucional, que maior parte fica impossibilita de desencadear procedimento recursal para instâncias superiores do poder judicial. Frise-se, de antemão, que pelo menos em Moçambique, questão recursal foi minimamente suprida do ponto de vista da legislação vigente (lei n.º 4/92 de 6 de Maio), que prevê possibilitar de juiz comunitário ou as partes submente a decisão aos tribunais judiciais<sup>148</sup>. No entanto, do ponto de vista prático, existem muitas dificuldades, poque os juízes comunitários queixam da morosidade do sistema público e que suas demandas não efetivamente acolhidas pelos tribunais judiciais<sup>149</sup>. Já em Angola e Cabo-verde e Guiné Bissau ainda carecem de mais regulamentação dos tribunais comunitários, não obstante eles existem.<sup>150</sup>

A falta desse diálogo com o aparato formal impede a formação sistemática de uma linha de precedentes jurídicos, que possam ser utilizados posteriormente em casos semelhantes pela ambos os sistemas de justiça; de maneira a construir-se uma corrente de interpretação e argumentação coerente. Se demonstra pertinente no julgamento de *hard case* (casos difíceis) Ademais, a exclusão orgânica dessas cortes consuetudinária na organização judiciária, embaraça metodologicamente o processo de revisão judicial, seja do ponto de vista de aferição da legalidade e constitucionalidade em relação aos casos julgados pela justiça consuetudinária. E sobre o sistema de revisão ou controle de legalidade, constitucionalidade e convencionalidade abordar-se-ia com mais exatidão no próximo capítulo.

Em Moçambique, essa exclusão pode ser identificada pela Lei n.º 24 /2007 de 20 de agosto<sup>151</sup>, que prevê a estrutura orgânica dos tribunais do Estado. O artigo n.º 5 da mesma lei, dispõe o seguinte:

Os Tribunais Comunitários são instâncias institucionalizadas não judiciais de resolução de conflitos, independentes, que julgam de acordo com o bom senso e a equidade, de modo informal, desprofissionalizados, privilegiando a oralidade e atendendo aos valores sociais e culturais existentes na sociedade moçambicana, com respeito pela Constituição.

<sup>147</sup> MENESES, Maria Paula *et al.* As Autoridades Tradicionais no Contexto do Pluralismo Jurídico. In: B. S. Santos; J. C. Trindade (orgs.). **Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique**. Porto: Afrontamento, 2, 341-420, 2003.

<sup>148</sup> ARTIGO 4 da LEI N.º 4/92 de 6 de maio prevê a fala sobre questões de discordância em relação à medida adotada pelo tribunal comunitário. Qualquer das partes poderá introduzir a questão no tribunal judicial competente. 2. Em relação às questões indicadas no número dois do artigo anterior, sempre que se verificar falta de concordância com a medida adoptada, o tribunal comunitário elaborará auto e remetê-lo-á ao competente tribunal judicial de Distrito.

<sup>149</sup> BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. **O Pluralismo Jurídico e a Realidade sociocultural de Mocambique**. 2006. Tese de Dissertação de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do sul Faculdade de direito. Porto Alegre.

<sup>150</sup> GUERREIRO, Sara. Justiça estatal e justiça tradicional na Guiné-Bissau. **Revista Sintidus** · 2018· número 1 · 79-106 | 79.

<sup>151</sup> MOÇAMBIQUE. Lei n.º 24 /2007 de 20 de agosto, dispo sobre a organização do judiciário. Disponível:

O artigo 29 da mesma Lei não elenca os Tribunais como comunitários como parte dos sistemas judicial no âmbito hierárquicos tal como se vislumbra no seguinte enunciado normativo:

(Categorias de tribunais.)

I. Nos termos da presente Lei, a função judicial é exercida pelos seguintes tribunais:

- a) Tribunal Supremo;
- b) Tribunais Superiores de Recurso;
- c) Tribunais Judiciais de Província;
- ti) Tribunais Judiciais de Distrito.

Artigo 17, da Lei nº 24 /2007 de 20 de agosto, estabelece o nível de participação de juízes eleitos (Juízes não profissionais), que são juízes escolhidos para fazerem parte da dos tribunais judiciais do Estado, visando representar o interesse da sociedade, portanto são pessoas que detêm um conhecimento das leis consuetudinária, tendo a função de emitir parecer à lide, quanto aplicabilidade de certas questões de facto inerente aos costumes, de forma a garantir um julgamento plural. Sem embargos, os juízes eleitos são os que detêm uma participação restrita ou diminuta. Diminuindo a possibilidade de os tribunais judiciais funcionarem com maior grau de pluralidade jurídica.

- 1. Os juízes eleitos só podem participar nos julgamentos em primeira instância.
- 2. A intervenção participação dos juízes eleitos é determinada pelo juiz da causa, promovida pelo Ministério Público ou requerida por um dos juízes dos sujeitos processuais.
- 4. Participação de juízes eleitos é restrita à discussão e decisão sobre a matéria de facto.

Já em Angola, o cenário não se difere de Moçambique. A exclusão dos sobas no âmbito orgânico é percebida nos mesmos moldes do contexto moçambicano, e a Lei 15/15 de 24 de Maio, que regula o regime da organização e competência dos tribunais, não alude a categorias dessas instâncias costumeiras na esfera do poder jurisdicional do Estado, como pode notar-se do seguinte teor abaixo:

1. Existe as seguintes categorias de tribunais da jurisdição comum que se distinguem em:

- a) Tribunal Supremo
- b) Tribunais da Relação
- c) Tribunais de Comarca.

No que tange a regulamentação do poder local ou das autoridades tradicionais em Angola, pode se dizer que ainda se verifica imensas lacunas em relação ao grau de atuação dessas instituições locais, porém em algumas normas, como o Código Civil da República Angolana no seu artigo 348, reconhece a aplicabilidade de costume como meio de resolução de conflito quando uma das partes alega como fonte probatórios diante da lide. Nesta senda, verifica-se a falta de um regime próprio que regulariza com melhor precisão a dinâmica. Por outra perspectiva, nos parece que inexistente um tribunal comunitário propriamente dito, como vislumbra em Moçambique. Sem embargos, existem leis avulsas que provêm sobre questões de direito consuetudinários.

Kapoco e Nojiri (2019) fazem referência à Lei nº 7/2010, que estabelece o regime jurídico da administração local do Estado: governo provincial, a administração municipal e a administração comunal, no qual identifica o papel das autoridades locais como atores meramente consultivos. O mesmo autor reconhece que a lei nada diz de concreto quanto à sua realidade social, normativa e tampouco quanto às suas competências e atribuições. Segundo o mesmo autor, as autoridades locais gozam meramente de funções consultivas, nos assuntos que tenham a ver com as respectivas populações. Em vista disso, pode-se retirar ilações, uma vez que a natureza dos poderes locais manifestados pelos sobas é de cunho administrativo. Contudo, os sobas também praticam atos jurisdicionais, especialmente em casos que envolvem questões de feitiçaria e magia<sup>152</sup>.

Ainda sobre questões legiferantes, o Supremo Tribunal de Justiça angolano, no Processo nº 79 definiu essas autoridades como *entidades que integram e dirigem as respectivas comunidades, sendo respeitadas, por entre outras virtudes e poderes, por serem pessoas com autoridade para decidirem sobre a questão de natureza feiticista*<sup>153</sup>.

Presume-se que em Moçambique a implementação dos tribunais comunitários tem ganhado significados avanços se comparado com outros países de língua portuguesa, como Guiné Bissau, Cabo-verde e Angola. Em Moçambique existe uma definição clara e um regime próprio dos tribunais comunitário e inclusive o limite da sua jurisdição, embora o seu funcionamento ainda necessite de melhorias.

Já na Guiné Bissau, Sara Guerreiro (2018) afirma que a ideia de um tribunal tradicional ainda não foi institucionalizada e tampouco existe um regime jurídico que regule deferentes formas de justiça tradicional que atua nas diferentes regiões daquele país. Não obstante a formalização dessas instituições do ponto de vista legal, há que afirmar que existem na Guiné Bissau vários níveis de justiça tradicional, como: régulo, que são autoridades hierarquicamente superiores, cabendo-lhes a função de julgar em nível de recurso as decisões de outros chefes ou outras autoridades tradicionais inferiores. Por outro lado, existem chefes tabancas que resolvem questões de menor gravidade, enquanto os chefes dos comitês de Tabanca são responsáveis para julgar questões inerentes à comunidade. Outrossim, existem Chefes de Morraça que se limitam a dirimir conflitos familiares<sup>154</sup>.

**b) Necessidade de implementação de Sistema de duplos controle:** para evitar-se decisões que ultrapassam limites dos direitos humanos algumas vezes desencadeados pelos

---

<sup>152</sup> Os soba são titulares de poder administrativo local (tradicional), que tomam decisões, organizam eventos especiais, desempenham o papel de juízes e agem de forma a prevenir o aparecimento de problemas externos à comunidade.

<sup>153</sup> KAPOCO, F. dos A.; NOJIRI, S. Pluralismo Jurídico: O Estado e as Autoridades Tradicionais de Angola. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1889–1931, jul. 2019.

<sup>154</sup> GUERREIRO, Sara. **Justiça estatal e justiça tradicional na Guiné-Bissau**. Revista Sintidus · 2018 · número 1 · 79-106 | 79

tribunais tradicionais ou comunitários, há uma necessidade de um intercâmbio interinstitucional estável, em que os órgãos responsáveis pela da justiça do Estado, possa engendrar mecanismos em que deva se nomear um juiz profissional de direito ou outros agentes públicos com conhecimento jurídico do direitos positivo do Estado e as normas internacionais de direitos humanos. Para que em sessões de julgamentos dos tribunais comunitários, estes possam tecer pareceres em relações às questões divergentes ou que extrapolam a ordem pública positiva. Esse raciocínio parte da premissa aplicada aos juízes eleitos que operam juntos dos juízes profissionais ou direito nos tribunais judiciais, que tece pareceres em questões relacionadas ao direito costumeiro. Dessa maneira, a proteção dos direitos das mulheres e das crianças que em certa medida vê-se violada ficariam salvaguardadas. E alguns métodos probatórios abusivos e violentos contra dignidade humana também ficaria acautelado. Já me em Moçambique os atos dos tribunais comunitários obedecem minimamente ao princípio duplo grau de jurisdição, estabelecido n° 1 do artigo 04 da Lei n 4/92<sup>155</sup>.

Caso houvesse essa possibilidade de realizações de sessões coparticipativas que contasse com ambas as equipes de trabalho, evitar-se-ia conflito institucional permanente. Podendo reduzir-se a complexidade dos problemas. Neste sentido, haveria margem para fiscalização prévia em relação a operacionalidade dos tribunais tradicionais ou comunitário. Por conseguinte, isso possibilitaria uma assistência técnica provinda da parte do juiz profissional, para fortalecer os argumentos de justiça dos juízes dos tribunais comunitários, fornecendo-lhes meios argumentativos e legais em relação as leis positivas sobre direitos humanos ou fundamentais. Além disso, o juiz ou um agente público profissional de direito que tivesse a incumbência de fornecer essas assistências técnica jurídica, teria possibilidades de produzir relatórios, que aferissem de como decorreu a sessão de determinado julgamento ou outro ato de natureza jurisdicional. Ao nosso viso, isso não reduziria autonomia dos tribunais comunitários, contudo, maximizaria as questões de prevenção de arbítrio e abusos de direitos, como veremos nos capítulos a seguir, em que constatamos métodos de produção de prova contrários à dignidade humana.

Essa perspectiva de diálogos interinstitucionais compreenderia também a questão da mútua transversalidade de decisões difíceis (hard cases) que poderia vir a ser usados pelos tribunais judiciais do Estado, em matérias que envolve o direito costumeiro, do qual o tribunal não possui uma decisão pré-pronta. Nesta senda, o uma decisão que emanou de um júri ou uma autoridade tradicional serviria de precedentes para casos futuros. Por conseguinte, dar-se-ia uma simbiose de jurisprudência, entre ambas as instituições, corroborando deste modo para um pluralismo de procedimento e processual, pelos fatos de existir métodos ou etapas organizada e

---

<sup>155</sup> MOÇAMBIQUE. Lei n 4/92 de maio de 1992.

concatenadas para a realização de determinado fim ou aplicação de um direito<sup>156</sup>. É obvio que cada direito tem fórmulas ou caminho próprio de concretização, no entanto deve se ter conta que todo direito sofre evolução e mutações que advém da própria sociedade. Postos esta premissa, seria parcialmente correto admitir que as técnicas do direito costumeiro são passíveis de aperfeiçoamento, com tanto que esse ato deve ser legitimado pela vontade democrática envolvendo os sujeitos participantes, de forma a conferir técnicas plausíveis.

Muitas vezes essas questões não são implementadas não por falta de recursos materiais ou humanos, mas porque o Estado não tem essas pautas como agenda fundamental para o acesso à justiça que fica monopolizada pelos tribunais do Estado, que em regra são deficientes para concretizar a justiça<sup>157</sup>.

**c) Investimento público dos tribunais tradicionais.** Em primeiro é preciso referir que Líderes comunitários atualmente gozam poder político meramente simbólico, que acaba afetando o papel jurisdicional das suas instituições. Na época passada, essas instituições detinham meios financeiros autônomos, frutos das barganhas comerciais e os impostos colhidos em suas circunscrições geográficas, o que garantia a funcionalidade pleno daquelas sociedades. E com a independência no de 1975, países como Angola, Cabo-verde e Moçambique e Guiné Bissau, conheceram novas estruturas política do Estado soberano, em passaram a ter o controle da política econômica do Estado. E neste momento as autoridades tradicionais ou locais, que inclui os tribunais comunitário perderam total autonomia administrativa, política, econômicas e financeira, sendo colocado à margem do Estado<sup>158</sup>. E a interação com os órgãos locais do Estado foi posteriormente melhorado. Embora houvesse melhoria, o poder e autonomia foi reiterada desses órgãos locais, como os Régulos, que apresentam apenas símbolos históricos juntos dos Estados modernos<sup>159</sup>.

E no quadro atual às autoridades tradicionais são muitas das vezes tidas como entendidas de representação simbólica do Estado ao nível local, entretanto, sem condições econômicas e financeiras para desempenhar as funções administrativas e políticas que lhes incumbidas ao nível da sua atribuição. Neste sentido, os líderes comunitários e juízes dessas localidades ou bairro, são figuras despidas de poder no sentido político, em que os governos manipulam nas épocas das eleições, oferecendo-lhes fardas e salário irrisório.

---

<sup>156</sup> INTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>157</sup> SANTOS, MBILANA, FUMO E GOMES. Os Tribunais Comunitários: Conflito e transformação social. **Revista Afrontamento**, vol 2, 2003.

<sup>158</sup> SAACMAN, A. Régulos, diferenciação social e protesto rural: o regime do cultivo forçado do algodão em Moçambique, 1938-1961. 1987. **Revista Internacional de Estudos Africanos**, nº 6 e 7.

<sup>159</sup> FONSO, C. **Ritos de Poder e a Recriação da Tradição**. Os régulos manjaco da Guiné-Bissau, Tese de Doutorado, 1998, Lisboa, Tese de Doutorado, ISCTE.

No que tange a articulação e o funcionamento das atividades dos tribunais tradicionais, esses operam sem condições capazes de assegurar o desenvolvimento das atividades diárias. Uma das partes desses tribunais, os juízes, não gozam de um salário justo e equitativo referente aos custos de vida desses países. As sessões ocorrem na maior parte do tempo ao ar livre, debaixo das árvores, com cadeiras improvisadas para a sessão, por vezes nas instalações das Escolas primárias, e as sessões ocorrem aos sábados, dias em que as salas são desocupadas<sup>160</sup>. Se existirem estabelecimentos físicos, normalmente são precários. Uma entrevista realizada por um juiz comunitário do Distrito de Marromeu, província de Sofala, no ano de 2021, de nome Laurindo Mwanamwanga, revelou que a Lei n 4/92, que regula os tribunais comunitários, prevê que as despesas inerentes aos tribunais devem ser custeadas pelo governo provincial. Contudo, muitas vezes os tribunais comunitários exercem a sua atividade sem qualquer assistência orçamentária por parte do governo, seja distrital ou provincial.

Em uma entrevista feita em Moçambique com um dos juízes de Tribunal Comunitários do Distrito de Marromeu, de nome Katema Verniz em 2021, relatou que ficam meses sem receber salários ou subsídios e eles resolvem os litígios que lhe são trazidos, porque tem um dever com a comunidade de assegurar paz e justiça. E se fosse depender do salário, a comunidade entraria em caos social. Algumas vezes, os demandantes são que asseguram o custo com a sessão dos julgamentos.

E numa análise econômica do direito segundo Richard Posner, a realização direito demanda custo para a sua efetivação<sup>161</sup>. E no cenário como Cabo-verde e Moçambique que são países, colhemos mais informações, vislumbra-se que o orçamento transferido pelos governos centrais de partido único são valores que não garantem um bom funcionamento dos tribunais comunitários, enfraquecendo de todo modo a ideia do pluralismo jurídico que se encontra previsto na Constituição.

**Figura 01:** Tribunal comunitário em Moçambique

---

<sup>160</sup> BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. **O Pluralismo Jurídico e a Realidade sociocultural de Mocambique**. 2006 (Dissertação de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Faculdade de direito) Porto Alegre.

<sup>161</sup> POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.



Fonte: Centro de estudo sociais laboratórios associando a Universidade Coimbra: Tribunal comunitário (20-?).

A imagem acima ilustra a situação da precariedade das infraestruturas que abrangem os Tribunais Comunitários em Moçambique, e este cenários não é peculiar a Moçambique, os demais países de língua portuguesa que temos vindo a apontar até então e, eles perpassam mesmos problemas concernente à falta de meios de funcionamento material.

**d) Participação das autoridades comunitárias nos processos legislativos.** Para materializar o pluralismo de procedimento capaz amenizar as complexidades normatividade existentes nos países de língua portuguesa e reduzir às relações ríspidas institucionais, que ocorrem frequentemente nesses territórios é preciso cria-se um espaço de uma democracia participativa de alta densidade,<sup>162</sup> com força de inclusão de grupos marginalizados pela hegemonia do Estado liberal.

A proposta do pluralismo jurídico de procedimento ela não ignora o processo de interação entre ambas as ordens, portanto busca concretizar uma razão de complementaridade entre ambos os sistemas, ainda que em certas dimensões demonstrem-se distintos do ponto de vistas ideológico e procedimental. E essas conversações internormativas não pode configurar apenas como um resultado sincrético espontâneo. Sem embargos, a democracia participativa abre margem para que os grupos subalternizados manifestem suas vontades legislativas no âmbito da criação de normas.

<sup>162</sup> SANTOS, B. S (org.). **Democratizar a democracia** - Os caminhos da democracia participativa. Porto: Afrontamento. 2003.

Uma das premissas fundamentais do pluralismo jurídico é aceitação da diversidade de Fontes do direito, como frisamos anteriormente.

Destarte, a ideia do pluralismo jurídico não deve apenas limitar-se a um articulado constitucional ou de uma lei ordinária que afirma que o Estado é plural e aceita todas as formas de manifestação cultural e normativa do país, sem traçar diretrizes cabais à exequibilidade do mesmo pluralismo. Porém, urge necessário criar uma abertura participativa no âmbito do processo legislativo, para que haja uma representatividade dos grupos tradicionais ou indígenas, em que eles possam manifestar minimamente o seu desiderato normativo. Isso pode decorrer por meio de convites formulados aos líderes comunitários dos diversificados grupos étnicos. No entanto, o Brasil e outros países da América Latina têm sido o exemplo disso, nas questões de representação parlamentar dos grupos indígenas, o que se vislumbra com leis relacionadas à defesa da terra dos povos indígenas, como a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Embora haja questões por se ultrapassar, é importante frisar que, no contexto brasileiro, existe mínima articulação entre o governo e os grupos indígenas, o culminado por exemplo: com ponderações razoáveis entre o interesse dos povos indígenas e os interesses da União. Ademais, a Constituição do Equador<sup>163</sup> de 28 de setembro de 2008, no capítulo VIII, dispõe sobre direitos da natureza, através dos quais atribui-se personalidade jurídica à natureza<sup>164</sup>. E essa matéria deriva do substrato das leis costumeiras dos povos indígenas, referente à América Latina, que tem criado espaços democráticos. Nota-se que as perspectivas indígenas são as que melhor acautelam questões de sustentabilidade em detrimento do direito liberal presente nesses espaços.

Alicerçando uma análise empírica voltada para os Estados africanos de expressão portuguesa, é possível constatar a prevalência de um denominador comum, no qual os processos legislativos não são inclusivos. O Funcionamento do parlamento ou das Assembleias no plano central, não atuam participativamente com autores ou grupos indígenas (tradicionais), para criação de atos normativos constitucionais e ordinários, que na qual a mesma população tem um interesse. E existem razões para isso, primeiro lugar, é que os deputados do parlamento seguem a ideologias dos partidos eleitos, isso no âmbito do plenário<sup>165</sup>. Todavia, não nos parece razoável a inexistência de representação ao nível da Comissão especial, voltadas para assuntos que dizem

---

<sup>163</sup>EQUADOR. **Constitucion 2008 La República Del Ecuador**. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 25 nov. 2011.

<sup>164</sup> ACOSTA, Alberto. Por uma Declaração Universal dos Direitos da Natureza. Reflexões para a ação. **Revista Cidadania a Meio Ambiente**. São Francisco de Quito, AFESE (Serviço Exterior Equatoriano), n. 54, agosto 2010. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2011/03/31/por-uma-declaracao-universal-dos-direitos-da-natureza-reflexoes-para-a-acao-artigo-de-alberto-acosta/>. Acesso em: 01 out. 2011.

<sup>165</sup>CABO-VERDE, **Assembleia Nacional**, 20231. Informações disponível em: <https://portais.parlamento.cv/comissao/#/> Acesso em 03 ago. 1990.

respeito aos direitos dos grupos indígenas, tendo em consideração a pluralidade de dos grupos existem naqueles países e está reconhecido constitucionalmente<sup>166</sup>.

A ideia de uma inclusão de representatividade dos povos indígenas no âmbito da câmara municipal, assembleias provinciais e o parlamento, visa reduzir as relações truculentas em termos dos sistemas tradicionais que podem ser acauteladas a priori, sem que espere em antinomia futuras do âmbito da aplicação das leis.

Com a participação legislativa, dos grupos indígenas espera-se ao máximo assegurar minimamente questões de segurança jurídica, através de previsibilidade de certos comportamentos culturais mais acentuados da sociedade, como questões sobre o *lobolo* em Moçambique ou *alabamento* em Angola. que deveria ser tida como casamento e encontrar mecanismo dialógicos que equilibre os aspectos antagônicos das culturas normativas. E com esse mecanismo, evitar-se-ia o livre arbítrio do juiz ou outro operador de direito ao nível da sua consciência ou subjetividade declarar aletoriamente, costumes *contram-legem*.

**e) Ampliação e reformulação curricular do Curso de Direito.** O modelo do curso de Direito nesses países é, por excelência, de tradição puramente colonial, que tampouco reflete sobre a realidade cultural africana, pois toda estrutura que envolve o currículo parte da concepção importada do direito romano, que é a base do *Civil law*, do qual se ignora muitas vezes o direito consuetudinário vivo, que trata ao fundo as relações sociais africanas.

A pluralidade de saberes é imprescindível para uma emancipação e valorização dos direitos costumeiros na África. E isso só poderá ser viável na África, com a introdução de um modelo de ensino diversificado, que capta todas as formas de conhecimentos jurídicos existente no interior do Estado. A maior parte dos currículos não possuem disciplinas voltadas para um estudo prolixo das diferentes manifestações normativas. Por essas razões, os tribunais judiciais, Advogados, Ministério Público e as defensorias públicas têm dificuldade exorbitantes de conhecer o mérito de certos casos controvertidos, que dizem respeito aos direitos costumeiros, isso propalase pelo fato de os magistrados não terem um contacto com direitos dos direitos tradicionais africanos no âmbito da sua formação. Conjeturamos que, os ensaios da Sociologia de Direito não apreendem com exatidão essa dimensão epistêmica da realidade social, de maneira aperfeiçoar a dogmática jurídica africana, de maneira a projetar uma pluralidade de saber.

O modelo do curso de Direito lecionado na África demonstra uma continuação do epistemicídio<sup>167</sup> passado, que desvela ser uma contradição com os postulados constitucionais que

<sup>166</sup>ANGOLA. **Assembleia Nacional**. 2023. Informações disponível em: [https://www.parlamento.ao/comissao\\_permanente](https://www.parlamento.ao/comissao_permanente). Acesso em 02 ago. 2023.

<sup>167</sup>CARNEIRO, Sueli, 2006. **A Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser**. Tese (Doutorado em Educação). São Paulo, SP: Universidade de São Paulo, FEUSP. Acesso em 27 mai. 2021. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001465832>.

aceita e reconhecem o pluralismo jurídico, todavia sem inseri-lo no âmbito das metodologias de ensino do curso do direito. Algo que seria possível com intervenção das autoridades tradicionais.

O pluralismo analítico ou pluralismo jurídico substantivo resume-se em uma ideia de um mero reconhecimento legal, seja em uma tipificação em lei constitucional ou em lei ordinária, sem fornecer meios suficientes para a materialização de um pluralismo de estrutura. A ideia de pluralismo deve adequar-se a um somatório de estruturas orgânicas administrativas e epistemológicas, para incluir os autores sociais de diversas categorias.

A falta de uma matriz curriculares de direitos indígenas espaço universitário ou acadêmicos, não ocorre apenas em países de expressão portuguesa, mesmo nos países com um sistema plurais, com uma jurisdição ampliadas de tribunais indígenas e islâmicos como parte do judiciário como Quênia, ainda enfrentam problemas em questões de representação legal, porque maior parte dos advogados não tem um conhecimento sólidos das leis costumeiras ou religiosa<sup>168</sup>.

**f) Aparato policial.** O funcionamento dos tribunais comunitários em Moçambique, Cabo-Verde<sup>169</sup> e Guiné Bissau<sup>170</sup> desencadeia-se através da ausência de um corpo policial. A questão de integrar um corpo policial nesses tribunais tem sido algo paradoxal porque o seu funcionamento em nível histórico não conheceu a força policial para a efetividade das decisões dessas instâncias de justiça. Todavia, há que se ponderar o cenário atual da globalização e a imersão da modernidade no ciclo da vida social, que impõe novas demandas a esses órgãos informais. A interação de modelos de cidades instaura uma dinâmica de relação política que exige um modelo de poder de polícia para que as decisões desses tribunais sejam levadas a sério. Empiricamente, constata-se que a população tem um mínimo conhecimento de como as decisões em tribunais formais tornam-se coercitivas. E essa perspectiva do ambiente da *polis* ou da cidade, em que o Estado é detentor legítimo da violência ou da força, tem permeado os cidadãos, que recorrem à justiça informal para conceber esses mesmos parâmetros, seja no âmbito de uma relação vertical ou horizontal.

Que fique claro, de antemão, que a justiça tradicional, voltada para critérios restaurativos, sempre funcionou sem a necessidade de aparato policial. E invocá-lo no cenário atual, poderia configurar como forma de desvirtuar-se da sua essência. Entretanto, cabe frisar a globalização tem forjado novas dinâmicas das relações sociais, em que as identidades culturais singulares são

<sup>168</sup> NDULO, Muna. African Customary Law, Customs, and Women's Rights. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, no. 1, 2011, pp. 87–120. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.18.1.87>. Accessed 3 Aug. 2023.

<sup>169</sup> VARELA, Odair Bartolomeu Barros Lopes. *Mestiçagem Jurídica? O Estado e Participação Local na Justiça em Cabo Verde - Uma Análise Pós-Colonial*. Coimbra: [s.n.], 2012 268 E 333

<sup>170</sup> GUERREIRO, Sara. Justiça estatal e justiça tradicional na Guiné-Bissau. *Revista Sintidus* · 2018 · número 1 · 79-106 | 79

transformadas para um cosmopolitismo político moderno. Daí a necessidade de compreender novas formas de poder, que influênciam a limitação das liberdades dos indivíduos face ao poder público, que apela pela sujeição do indivíduo diante do poder público institucionalizado. E é neste sentido que se evoca existência do aparato policial, como forma de manifestação de poder, capaz de sujeitar os cidadãos face às decisões tomadas por esses órgãos de administração local de justiça. Por sua vez, não tem nenhum intuito de introduzir instituto prisional no âmbito da justiça comunitária.

A justiça costumeira faz parte do poder local, que por sua vez integra-se no âmbito da administração do Estado e não um poder independente paralelo ao Estado, daí a necessidade do corpo polícia torna-se necessária, permitindo que as decisões dessas jurisdições tonassem vinculativas. A ideia de poder local deve manifestar-se com mesmos atributos que norteiam Administração Pública Estatal. A ideia de conferir poder ao tribunal comunitário para julgar, deve alinhar-se com o poder de polícia que Estado possui. Muitas vezes as decisões proferidas por essas instâncias não são cumpridas pela parte da população por falta de um aparato legítimo com força coercitiva.

No entanto, no caso de Moçambique essa tese, seria questionada, pelas seguintes razões; os tribunais comunitários gozam de jurisdição voluntária. O que está certo em termos legais, todavia esse limite de competência judiciária não deriva essencialmente das comunidades, portanto, do Estado formal. Neste contexto, seria razoável o presumir que a pensamento coletivo rural concebe as essas instâncias de justiça tradicional como verdadeiros tribunais com *Iuris imperi*<sup>171</sup>. Ou seja, instâncias locais com poder coercitivo. E se órgãos locais são parte de poder do Estado, então é lógico que suas decisões fossem contenciosas e com coercibilidade jurídica. Isso depende inteiramente de um poder, no sentido de fazer valer sua vontade, O poder, portanto, se refere aos meios necessários para se alcançar fins almejados; o que melhor se ajustaria com a presença do aparato judicial<sup>172</sup>. Segundo Norberto Bobbio (1995), o Poder, no sentido específico de Poder "político", como a "capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de organização coletiva. Enfim, o aparato policial concretiza de certo modo os fins de poder.

## 5.4 Considerações

A existência de diversidade de ordens normativas é uma situação de fato, na qual, o sistema formal não deve ignorar, mas sim desenvolver mecanismo de comunicação por meio, de um

---

<sup>171</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado, ius imperium, e território: fundamentos da intervenção do Estado no domínio patrimonial. **Revista de Direito da Cidade**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 630-660, fev. 2020. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/43871>>. Acesso em: 03 ago. 2023. doi: <https://doi.org/10.12957/rdc.2019.43871>.

<sup>172</sup> BOBBIO, Norberto. Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 954-962 (vol. 2).

arcabouço estrutural de intentos prescritivos ou adjetivo, capaz de atenuar os conflitos existente. E para isso, é indeclinável uma reformulação estrutural do sistema de justiça e modelo epistêmico de direito lecionado no quotidiano.

## **6 ENTRE O SISTEMA DE JUSTIÇA TRADICIONAL NA ÁFRICA, OS DIREITOS HUMANOS, O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONVENCIONALIDADE**

Este capítulo tem como objetivo fulcral perceber o funcionamento do sistema de justiça informal levada a cabo pelos tribunais comunitário, que por um lado, oferece uma justiça célere, acessível, menos burocrática e confiável para as populações rurais, especialmente em países como Angola, Cabo-verde, Guiné-Bissau e Moçambique. Todavia, questiona-se os limites processuais e materiais relativo a algumas decisões, que extravasavam o conteúdo das normas fundamentais ou dos direitos humanos e que por outro lado fere as questões concernente ao devido processo legal. Nesta senda, o capítulo busca intercalar e sugerir aplicação razoável do princípio de duplo grau de jurisdição e mecanismo de controle de legalidade mínima, e controle de constitucionalidade através de um diálogo institucional. Isto no plano interno, e o em segundo momento, propor controle de convencionalidade em caso de omissão dos Estados. E para atender esses objetivos, a pesquisa será guiada por uma de revisão bibliográfica e acompanhada por uma abordagem crítica, partindo de construção hipotético-dedutiva.

Em um primeiro momento, a pesquisa compreenderá um debate sobre as vantagens da justiça tradicional, buscando descrever os *modus operandis* deste sistema, começando por analisar a sua estrutura orgânica e posteriormente perquirir por uma abordagem crítica, que demonstra o déficit funcional dessas justiça, que em certa medida, peca em questões processuais e substantivas, que na sua operacionalidade reduz o teor de justiça formal e material, prejudicando de certo modo a fruição dos direitos humanos, que não são mediado de maneira coerente com a estrutura formal do Estado, o que limita a ideia de um pluralismo jurídico procedimental e processual.

Nesse cerne, cabe frisar que sistemas de justiça tradicional têm sido alguns dos mais acessados pela população rural ao invés da justiça formal, que demanda altos custos econômicos e financeiros; por outro ângulo, acompanhado por procedimentos rigorosos e morosos. Nessas circunstâncias, a justiça tradicional acaba sendo um meio alternativo para a efetivação da justiça em um tempo razoável. As populações rurais são normalmente regidas pelo direito costumeiro, viabilizado pela jurisdição comunitária, que por seu turno, integra os chefes locais ou as autoridades tradicionais.

A investidura para esse cargo dá-se por um comitê próprio, que escolhe pessoas com grande experiência e domínio dos costumes locais, e que sejam indivíduos dotados de conhecimentos ancestrais, para ocupar a posição de juiz comunitário. Nesse âmbito, a escolha do comitê dos líderes comunitários impõe que a pessoa seja um indivíduo de caráter público ilibado, cuja idoneidade deve ser reconhecida pela comunidade. E, em caso de vacatura, há um sistema de indicação do novo líder, podendo ser outro membro da família de idade superior. Noutros sistemas, indica-se um parente do segundo grau e, em alguns casos, o primo mais velho, como forma de garantir a imparcialidade<sup>173</sup>. As regras de sucessão dependem de cada grupo societário, podendo seguir a linhagem matrilinear e/ou patrilinear.

A justiça formal resolve maior parte dos seus conflitos com base na medição, conciliação ou arbitragem. Na verdade, trata-se de uma justiça de caráter restaurativo, em maior parte dos casos. Destarte, é mais frequente a aplicação de pena de multa nessas jurisdições, podendo ser paga em valor pecuniário ou outros bens fungíveis. A premissa nuclear desse modelo de justiça encontra-se calcada na restauração da vítima e não na punição, e para grande maior dos líderes tradicionais as prisões ou celas não são de grande relevo, pois não resolve problema fundamental da vítima. Nesse raciocínio, frisa-se ainda que a justiça retributiva, acompanhadas de jaulas prisionais foram importadas da Europa para África, sendo o modelo que nunca tenha logrado efeitos positivos<sup>174</sup>.

Em Moçambique os tribunais comunitários também gozam prerrogativas de aplicar penas relativas à prestação de serviços à comunidade<sup>175</sup>. Não obstante, certos crimes gravosos como homicídio, estupro e violência físicas graves, são puníveis com outras penas mais gravosas diferente dos acordos restaurativos, entretanto algumas penas aplicáveis ultrapassam o limite do ideário constitucional e por vezes conflitantes com as normas de direitos humanos, tutelado internacionalmente e regionalmente, no qual abordaremos ulteriormente no presente trabalho.

Um dos aspectos que faz com que maior parte da população prefiram o sistema de justiça tradicional ou religioso, assenta nas questões ligadas à pobreza econômica e financeira, extrema, que afeta maior parte da população dos países da África subsaariana. Que vivem com menos de um (01) dólar ao dia<sup>176</sup> e que não teriam condições pagar as taxas judiciais. Frise-se também

---

<sup>173</sup> ELENGA, Ben Luther. Justice traditionnelle et système africain de protection des droits de l'homme, **La Revue des droits de l'homme** [En ligne], 22 | 2022, mis en ligne le 12 septembre 2022, consulté le 07 juillet 2023. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/15518> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.15518>.

<sup>174</sup> DA RODA, Arménio Alberto Rodrigues. Crítica às Políticas carcerárias no Extermínio de Corpos Negros no Brasil e nos Estados Unidos. 2020. **Revista Jurídica Direito & Paz**. SP - Lorena | Ano X I V | n. 4 3 | p. 1 8 9 - 20 6 | 2 ° Semestre, 20 20. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1343/545> . Acesso em: 25 jul. 2023.

<sup>175</sup> MOÇAMBIQUE. Assembleia da República: **Lei n.o 4/92: Cria os Tribunais Comunitários e define as suas competências**. 1992

<sup>176</sup> OBSERVADOR. **Secretária-executiva adjunta da Comissão Económica das Nações Unidas para África**, (UNECA). 2023 Disponível em: <https://observador.pt/2023/03/25/onu-coloca-mocambique-e-guine-bissau-entre-os-10-paises-mais-pobres-de-africa/>. Acesso em: 07 de jul 2023.

que, maior parte dos tribunais judiciais estão situados, nas províncias, cidades, distritos, porém nas localidades, postos administrativos, que zonas do interior, raramente existe um tribunal judicial. E esses cidadãos percorriam milhares de quilômetro para terem acesso aos tribunais estatais.

Por um lado, exsurge questões ligadas a ignorância do ordenamento jurídico estatal e o seu funcionamento, que funciona à luz de uma linguagem formal, o que pressupõe o acesso à alfabetização previa pela educação formal, o que não sucede na prática. Sendo assim, a justiça estadual fica normalmente subordinada à indivíduo com um grau médio de alfabetização e a população residente nas grandes cidades<sup>177</sup>. Isso tem condicionado para que grande parte da população rural prefiram os sistemas de justiça tradicional, cujo acesso tem sido fácil, célere e menos dispendioso economicamente<sup>178</sup>.

Os tribunais formais do Estado desencadeiam todos os atos processuais em língua portuguesa e, de certa forma, isso constitui algo que veda o acesso das pessoas menos alfabetizadas a essas instituições. Sem embargos, todo direito substantivo e processual é elaborado em linguagem portuguesa, com uma linguagem rígida que dificulta o acesso de maior parte da população local à compreensão desse direito<sup>179</sup>. Essa situação faz com que grande parte faça adesão da justiça tradicional ou comunitária para resolução dos conflitos<sup>180</sup>. Até então, vislumbra-se que não exista esforço de traduzir-se as leis e os códigos para línguas locais.

O modelo de justiça tradicional calcada no direito costumeiro, tem resistido à hegemonia do centralismo puritano positivista e constitucionalismo liberal, e o sistema de tradicional foi reconhecido pelas diversas Constituições pós-coloniais dos 90 como a Constituição da África do Sul, Gana, Malawi, Moçambique, Namíbia, Nigéria e Uganda. Posteriormente, países como Angola, Quênia e zimbabué passaram a reconhecer este modelo de justiça. E nos Estados de grande maioria muçulmana, como Mali e Sudão reconhecem além da justiça tradicional, também o sistema islâmico.

No sistema internacional, o Comitê dos Direitos do Homem declarou que os Estados, no âmbito da sua ordem jurídica, devem reconhecer os tribunais consuetudinários ou religiosos e confiar-lhes funções judiciais. Inobstante, ao nível regional Comissão Africana dos Direitos do

---

<sup>177</sup> PATEL, S. O lugar das línguas moçambicanas no panorama educacional de Moçambique: que perspectivas? **Cadernos de Linguagem e Sociedade**, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 144–160, 2022. DOI: 10.26512/les.v23i2.43490. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/les/article/view/43490>. Acesso em: 07 jul. 2023.

<sup>178</sup> QUADE, Leonel Pereira João. **Acesso à justiça informal e estatal na Guiné-Bissau**: o papel do Ministério Público na assistência jurídica aos hipossuficientes e (in)conveniência da instituição da Defensoria Pública, 2021. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador.

<sup>179</sup> De acordo com a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, (UNESCO, 2020), apenas 17% da população fala língua portuguesa em Moçambique. O restante da população fala as línguas locais, a depender da região em que se localizam. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/05/1713762>. Acesso em: 07 jul. 2023.

<sup>180</sup> GEBEYE, Berihun Adugnabe. **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.

Homem e dos Povos observou que: que os tribunais tradicionais podem desempenhar um papel importante na construção de sociedades pacíficas e plurais.

A justiça tradicional foi relevante para a resolução de conflitos de diversas naturezas, em vários locais do continente africano. Ben Luther (2023) cita alguns casos importantes que foram solucionados pela justiça tradicional, tais como: o genocídio de 1994 a 1993 em Ruanda, sendo dirimido pelo sistema tradicional *Gacaca*. Na guerra civil de Moçambique, de 1992 a 1993, também houve intervenção da liderança local, guiada pelos *Régulos*, com suposta ajuda da ancestralidade Gamba. Em Moçambique, existem atualmente os tribunais comunitários, que são uma alternativa de justiça que atende aos parâmetros das leis costumeiras. No entanto, esses tribunais funcionam numa jurisdição limitada ligada às matérias civis de pequeno vulto<sup>181</sup>. Outro exemplo relevante foi a contribuição efetuada por *Bashingantahe* no Burundi, durante a crise de 1993 a 1995, na qual o sistema de justiça consuetudinário foi importante para mediar os conflitos étnicos lá existentes. Na Guiné Bissau, *Régulos*, *Comités de tabanca ou Chefes de tabanca*, os *imames* e chefes de *Morança* são espécies de guardiões de justiça tradicional, tendo contribuído de forma participativa no acesso à justiça à população situada no interior ou em vilarejos<sup>182</sup>.

Normalmente, as Constituições desses Estados restringem à justiça tradicional às questões de direito de família, herança, leis de terras, comércios e no âmbito criminal, circunscreve-se aos crimes de menor potencial possível, como furto, roubo, injúria e difamação. Não obstante, os sistemas tradicionais julgam quaisquer os fatos que lhe são apresentados. Isso sucede porque em algumas ocasiões essas jurisdições tradicionais e religiosas, não funcionam com maior margem dialógica com as instituições formais do Estado.

Pelo menos no contexto moçambicano, há possibilidade legal de uma das partes envolvidas no processo não acatar a decisão, caso ela se sinta injustiçada ou se julgar que procedimentos não foram devidamente observados; desse modo, um dos intervenientes recorrem à justiça formal, a título individual para revisão do julgamento. Ademais, há possibilidade legal do juiz tribunal comunitário submeter os autos aos tribunais judiciais, em caso de não aceitação da decisão das partes, porque em geral esses<sup>183</sup> tribunais gozam de jurisdição voluntária, tomam decisões não vinculativas.

## 6.1 Pluralidade de litígio além do racional (pluralidade metafísica)

<sup>181</sup> ELENGA, Ben Luther. **Justice traditionnelle et système africain de protection des droits de l'homme. La Revue des droits de l'homme** [En ligne], 22 | 2022, mis en ligne le 12 septembre 2022, consulté le 07 juillet 2023. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/15518>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.15518>

<sup>182</sup> GUERREIRO, Sara. Justiça estatal e justiça tradicional na Guiné-Bissau. **Revista Sintidus** · 2018 · número 1 · 79-106 | 79

<sup>183</sup>MOÇAMBIQUE. **Lei 04/92 de 06 de maio.1992**. Disponível em: <https://gazettes.africa/archive/mz/1992/mz-government-gazette-series-i-supplement-dated-1992-05-06-no-19.pdf>. Acesso em 24 jul. 2023.

A justiça formal do Estado não somente encontra limitações burocráticas e institucionais de péssima gestão administrativa, e falta de meios financeiros. Por outro lado, há enorme incidência de questões controvertidas de natureza substantiva e processual que vai além da compressão do direito estadual, de racionalidade unidimensional de justiça, postas pelas normas positivas do Estado, que não estão aptas para lidar com outros problemas do continente africano de ordem cultural, sociológica e que são controversas.

Por outro ângulo, é comum em países como Angola, Cabo-verde<sup>184</sup>, Moçambique<sup>185</sup> e Guiné Bissau, os tribunais comunitários (sobas<sup>186</sup>) ou tradicionais julgarem questões ligada a feitiçaria, bruxaria, possessão de maus espíritos e outros problemas de práticas tradicionais que deriva de tensões entre famílias, vizinhos ou amigos, no qual uma pessoa pode ser acusada de atos de feitiçaria contra terceiro, que pode resultar na morte, doenças, ou declínio profissional entre várias males sociais associados à prática da feitiçaria a espiritualidade<sup>187</sup>.

Nessa ordem de ideias, o processo judicial dessa natureza é julgado pelos *curandeiros* que fazem parte da AMETRAMO<sup>188</sup>, que são, na verdade, médiuns com capacidade de ser comunicar com espíritos ou ser possuídos pelos mesmos para transmitir mensagens, além de se utilizar de outras práticas místicas para descoberta da verdade e por vezes, desalinhadas com a lógica moderna de humanidade e justiça. E esses meios não são absolutamente seguros, abrindo espaço para muitas incertezas jurídicas, todavia, no campo sociológico esses mecanismos que transcendem a ordem natural de processamento de litígios, não cooptado pela racionalidade do direito positivo<sup>189</sup>. Nessa senda, a justiça tradicional acaba tendo importância indeclinável para a estabilidade das relações sociais e resolução de conflitos dessas naturezas e servindo de um instrumento um convívio pacífico desses povos.

Nessa ordem de ideias, o pluralismo sociológico e jurídico consuetudinário, não deve se manter neutro diante dessas questões intrínsecas do continente africano, que goza peculiaridade, sob pena de aumento de conflitos nessas sociedades. Pois, trata-se de uma dimensão aberta do

<sup>184</sup>VARELA, Odair Bartolomeu. A Extinção dos Tribunais Populares em Cabo-Verde Perante o Processo de Globalização. **III Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências sociais de Coimbra** de 17 a 18 de setembro de 2004. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel52/OdairVarela.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

<sup>185</sup> ARAÚJO, Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-pluralismo-jur%C3%ADdico-em-mo%C3%A7ambique-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgios-no-bairro-%C2%ABjorge>. Acesso em: 22 nov. 2017.

<sup>186</sup> “Sobas” são líderes locais reconhecidos pelo governo central e que têm domínio de conhecimentos ancestrais, exercendo papéis de oráculos e gozando de prerrogativas para resolver disputas que envolvam questões de Feitiçaria.

<sup>187</sup> KAPOCO, F. dos A.; NOJIRI, S. Pluralismo Jurídico: O Estado e as Autoridades Tradicionais de Angola. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1889–1931, jul. 2019.

<sup>188</sup> AMETRAMO significa Associação de Médicos Tradicionais de Moçambique. A associação se constitui como um órgão regulamentado pelo governo e reúne os curandeiros que realizam atendimentos através de consultas com um oráculo ou recebimento de espíritos de antepassados e que, para atuarem, necessitam de uma carteira que comprove sua filiação à AMETRAMO.

<sup>189</sup> KAPOCO, F. dos A.; NOJIRIS. Pluralismo Jurídico: O Estado e as Autoridades Tradicionais de Angola. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1889–1931, jul. 2019.

pluralismo jurídico e sociológico, legitimado pelos parâmetros internos do seu ambiente. E ordem interativa de Estado e sociedade devem corroborar para amenizar os conflitos dessa dimensão, que goza de um vocabulário próprio e mecanismos processuais legitimados internamente pela própria sociedade, que são tendencialmente autônomas na forma da sua constituição organização. Permitindo-lhes em certa medida, convencionar questões políticas e legais para mediar seus próprios problemas. Normalmente, o direito do Estado não é recorrido para mediar esses problemas, em que a grande parte da população do interior recorre com confiança e conscientemente a essas formas de resolução de litígio.

## 6.2 Conflitos entre a justiça tradicional e as questões inerentes aos direitos humanos

A justiça tradicional não contempla apenas questões vantajosas como a celeridade processual e outras, pois, ela não é imune a certas críticas advindas da racionalidade moderna centrada no respeito pela humanidade do homem, alinhada com a perspectiva dos direitos humanos ou fundamentais, que são o sustentáculo do conceito atual de justiça, que busca resguardar o princípio fundamentais em relação à humanidade do homem, como a dignidade humana,<sup>190</sup> à vida, integridade física e moral. Em algumas ocasiões o critério da justiça tradicional transcende os limites imposto pela Carta dos Direitos Humanos de 1948 e outros atos normativos regionais e internacionais que buscam salvaguardar os direitos humanos.

Em alguns casos, o sistema consuetudinário viola os princípios instrumentais à justiça, como o contraditório e ampla defesa, questões recursais, em caso de julgamento parcial ou injusto, que em certas ocasiões prejudicam o direito à assistência jurídica e judiciárias das partes processuais.

Por outra perspectiva, vislumbra-se também que os líderes das comunidades são pessoas sujeitos à corrupção, podendo comprometer um julgamento em virtude de pressão social e econômica, que pudesse trazer os benefícios materiais aos juízes<sup>191</sup>, violando, dessa maneira, a garantia de um julgamento idôneo previsto no art. 07 da Carta Africana dos direitos humanos e dos povos.

Outrossim, a justiça tradicional, embora reconhecida no âmbito da Comissão Africana e as Constituições internas<sup>192</sup>. Todavia, a sua operacionalidade em alguns momentos contrasta com

---

<sup>190</sup> SARMENTO, Daniel. **Princípio da dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>191</sup> ELENGA, Ben Luther. Justice traditionnelle et système africain de protection des droits de l'homme. La Revue des droits de l'homme [En ligne], 22 | 2022, mis en ligne le 12 septembre 2022, consulté le 07 juillet 2023. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/15518> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.15518>.

<sup>192</sup> CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Carta de Banjul Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia,

o teor positivado nestes instrumentos internacionais e doméstico. Vários exemplos podem ser citados em relação a antinomia dos julgamentos costumeiros, que ferem de forma gravíssima o conteúdo dos direitos humanos. A título de exemplo, é a aplicação da pena de morte, como acontece em Madagascar, no tribunal tradicional denominado de *Dina*, que continua permitido execuções sumárias dos réus e que, por vezes, aplicam penas de mutilação de membros superiores ou inferiores, em caso da culpa<sup>193</sup>. Outras irregularidades que podem ser apontadas têm a ver com questões probatórias, em que o acusado é sujeito a tortura, por vezes obrigado a pegar em um ferro quente ou consumir o óleo quente, para atestar a sua inocência, e certas circunstância as partes são obrigadas a consumir certas plantas com teor venenoso, com pretexto de que se a pessoas for inocente, o espírito irá protegê-la em razão da inocência e honestidade. e desta forma o réu fica coagido e confessar os fatos que lhe são imputados, para escapar dessa periculosidade. Em algumas situações que envolvem mulheres acusadas de adultério, elas perpassam por momentos constrangedores para provar a sua inocência<sup>194</sup>.

### 6.2.1 Controle de constitucionalidade e proteção dos direitos fundamentais

O grande problema da operacionalidade da justiça costumeira prende-se com a falta de mecanismos processuais, que permitam um diálogo normativo e institucional, em que os autores jurisdicionais da justiça tradicionais possam comunicar com o sistema estatal. O que verifica nesses países, principalmente Angola e Moçambique, é que existe um reconhecimento legal dessas instituições e poucos meios de âmbito processual e procedimental, capaz de construir laços sistêmicos de correção, destas maneiras o sistema tradicional que opera a próprio custo, munido de própria racionalidade e desligado totalmente do sistema estatal. E quando ocorrem julgamentos injustos<sup>195</sup>, muitas das vezes o sistema de Estado permanece neutro a essas atrocidades. Excepcionalmente, o Estado pode vir a ter informações de certos casos, a depender da repercussão do caso do caso.

Diferentemente de outros Estados africanos, que pautam por um sistema híbrido que se comunica com os tribunais formais, garantido desse modo um controle direto com os tribunais formais do Estado, isso acontece nos antigos sistemas de justiça religiosa islâmica do Quênia<sup>196</sup>

---

em 27 de julho de 1987. Um instrumento normativo importantíssimo para a compreensão dos direitos humanos na África.

<sup>193</sup> Ibidem.

<sup>194</sup> Ibidem.

<sup>195</sup> **Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Directrizes e Princípios sobre o Direito a um Julgamento Justo e Assistência Jurídica em África**, 2003, p. 2, ponto A, §2 (f). Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Directrizes e Princípios sobre o Direito a um JulgamentoA justiça tradicional e o sistema africano de direitos humanos.18The Human Rights Review, 22 | 2022 Justo e a Assistência Jurídica em África, 2003.

<sup>196</sup> CHESWORTH, John A., 'Kadhi's Courts in Kenya: Reactions and Responses', in Tayob A., and J. Wandera (eds.). **Constitutional Review in Kenya and Kadhis Courts**, Cape Town: Centre for Contemporary Islam, 2011, pages 3–17.

. e outros diversos países, magrebino, em que os Tribunais *Cadi* tem uma competência formal atribuída por leis estaduais para julgar conflitos, grupos, familiares e interpessoais, e que na estrutura orgânica são integrados como partes do sistema judiciário, que julgam e assim como ocorre na África Sul, que também sucede o mesmo modo, onde as ações dos tribunais tradicionais são passíveis de recurso para Tribunal Superior e Tribunal Constitucional. Contudo, os Estados de expressão portuguesa, as jurisdições costumeiras são exceções e não regra orgânica do sistema judicial, pois estes não fazem parte da ordem dos poderes judiciais. Essa explicação ficará clara no capítulo posterior quando introduzirmos a ideia do pluralismo de procedimento e processual.

Um dos casos notórios julgados na África do Sul diz respeito aos direitos da mulher, no qual foi interposto um recurso no Tribunal Constitucional no processo de 2008 *Shilubana e Outros v Nwamitwa*. Dos fatos, sucedia o seguinte: após a morte do chefe tradicional da tribo de *Valoyi*, a sua filha mais velha sucedeu-lhe para ocupar o cargo, algo que estava pacificado na comunidade, embora houvesse discordância por parte de alguns membros. Isso resultou na insatisfação de um dos parentes próximos do sexo masculino, que intentou uma ação junto ao Supremo Tribunal de Pretória, alegando que essa sucessão não estava em conformidade com o costume de *Valoyi*, que reserva o direito de sucessão apenas aos homens e não às mulheres. O Supremo Tribunal, por conseguinte, decidira a favor do requerente, considerando que, embora o costume também permitisse que as mulheres desempenhassem um papel de chefia, naquele caso, o parente próximo do sexo masculino teria legitimidade e direito para suceder o cargo de chefia da comunidade, de acordo com o direito costumeiro. Posteriormente, o caso passou para a análise do Tribunal Constitucional, que decidiu a favor da mulher e considerou que "o direito consuetudinário é um direito vivo e será inevitavelmente interpretado, aplicado e, se necessário, alterado ou desenvolvido pela própria comunidade ou pelos tribunais"<sup>197</sup>.

A Constituição sul africana proíbe toda forma de discriminação e afirma que todos são iguais perante a lei na secção, 1, 7 e 9. Não, obstante, a Carta Africana dos direitos humanos e povos no artigo 18 e protocolo também proibir todas as formas de discriminação baseada no gênero<sup>198</sup>. A constitucionalidade dessas leis só pode ser aferida em caso de um sistema organizado e uma estrutura de cooperação sólida, de maneira a evitar-se as injustiças e arbitrariedade contra a dignidade humana, a igualdade e outros princípios processuais que garante um julgamento justo e equitativo. Portanto, figura-se importante pensar numa justiça plural, todavia ela não pode ser um espaço sem fiscalidade e imune a um controle dos direitos humanos minimamente universalizáveis.

---

<sup>197</sup> ELENGA, Ben Luther. Justice traditionnelle et système africain de protection des droits de l'homme. La Revue des droits de l'homme [En ligne], 22 | 2022, mis en ligne le 12 septembre 2022, consulté le 07 juillet 2023. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/15518> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.15518>.

<sup>198</sup> Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981), art. 5, 7; Protocolo à Carta Africanados Direitos do Homem e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África (2003); Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança, adotada em 1990.

A autonomia dos sistemas tradicionais não pode jamais ser confundido como um campo sem controle do poder do Estado, sob pena de se estimular-se a arbitrariedade e decisões excessiva que não garanta a proteção dos direitos fundamentais, portanto o pluralismo jurídico deve operar de acordo com a finalidade de aplicação de um direito justo e no interesse de proteger os indivíduos.

Este controle é um controle heterarquico, não se trata apenas da supremacia da Constituição em relação ao direito costumeiro, trata-se de uma racionalidade transversal, do qual existe consenso mínimo sobre a salvaguarda de alguns bens jurídico, como a vida, dignidade humana e tratamento igual entre as pessoas, que não pode ser substituída por qualquer outro argumento de valor cultural, quando avaliado ou ponderado com o atributo da dignidade humana do sujeito, em virtude da violação de valores do direito à vida<sup>199</sup>. Na linguagem pós-moderna, sobre humanidade, há um consenso mínimo sobre o valor da vida, que impede a sua irredutibilidade dela, em relação a quaisquer argumentos de ordem cultural, normativo quando se atenta a vida humana.

### 6.3 A fragilidade do controle de convencionalidade da Corte Africana de direitos humanos

Outra forma de evitar as arbitrariedades emanadas dos Estados, quando omite em aplicar o controle de constitucionalidade em relação a jurisdição dos tribunais comunitários, no âmbito violação de leis sobre direitos humanos, tem a ver com a questão de não utilização do controle de convencionalidade, que deveria ser aplicada pela Corte Africana dos direitos humanos, quando instado pelos indivíduos, organizações não governamentais ou associações com legitimidade, em casos omissos.

Por se tratar de um instituto recente, pelo menos na África, será necessário tratar do conceito mínimo desse instituto, que já vem sendo utilizado exaustivamente no sistema Interamericano de Direitos Humanos, demarcando uma importância jurídica indeclinável no controle das normas internacionais.

A expressão controle de convencionalidade foi utilizada pela primeira vez pelo membro da Corte, Juiz García Ramirez, no âmbito da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do caso *Barrios Altos v. Peru*, de 2001<sup>200</sup>, na qual julgava-se a compatibilidade da lei de anistia aos crimes cometidos durante a ditadura, na qual a

---

<sup>199</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 8, n. 93, p. 71-78, nov. 2008. Disponível em: <http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/13478/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 out. 2014.

<sup>200</sup> CARVALHO RAMOS, André de. "O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos". In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

corte julgou a lei incompatível com a Convenção Americana de direitos humanos, consequentemente declarando a lei como inconstitucional, remetendo a questão ao Estado.<sup>201</sup>

Na verdade, trata-se de uma espécie de inconstitucionalidade verificada na perspectiva internacional. Porém, como a inconstitucionalidade diz respeito às leis internas, então o controle de convencionalidade diz respeito às leis regionais ou internacionais, pactuadas pelos Estados. Arménio da Roda (2020) e Dirley da Cunha (2015) utilizam a expressão *inconstitucionalidade internacional*, quando uma norma despreza os ditames ou conjuntos de normas internacionais de direitos humanos, ou pertencente ao constitucionalismo global, que é uma esfera que o poder político e as normas do direito constitucional que foge do controle exclusivo do Estado, passando a merecer um controle de dos órgãos de diferentes camadas, regionais, supranacionais em virtude da fragilidade dos sistemas internos<sup>202</sup>.

É válido frisar que existem diversas normas que protegem os direitos humanos das mulheres em nível nacional e internacional, podendo-se citar o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que versa sobre os direitos das mulheres na África, tal como a Carta de Maputo, que entrou em vigor em novembro de 2005, que garante igualdade perante a lei a não discriminação.

Nota-se que a maior parte dos países africanos no contexto anglófono, como Malawi, Zimbábue, Zâmbia; no âmbito francófono, como Congo, Togo, Benin; e no lusófono, como Angola, Guiné-Bissau e Moçambique, apresentam elevados níveis de discriminação e privação dos direitos fundamentais das mulheres, mesmo com textos constitucionais brilhantes que preveem o direito à liberdade plena. Com isso, é possível afirmar que as normas de direitos humanos encontram-se em uma reconstrução por conta das variadas formas de violências que foram sedimentadas pelo colonialismo, guerras civis, o que impulsionou uma pedagogia de violência, fazendo com que a África registre atualmente um abismo entre as pretensões normativas sobre os direitos humanos e a realidade, levados pelo poder político governamental em esferas nacional e regional, que acabam contradizendo as regras internacionais. Nesses sentidos, há meramente um valor simbólico concernente às normas de direitos humanos, cuja eficácia pouco importa para esses governos<sup>203204</sup>.

---

<sup>201</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Changv. Guatemala, Voto em separado do Juiz Sergio García Ramírez, 25 de novembro de 2003.

<sup>202</sup> RODA, A. A. R. DA; CUNHA JÚNIOR, D. DA. Direito internacional público, migrações em massa e constitucionalismo internacional. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, v. 12, n. 1, p. 18-49, 1 fev. 2020.

<sup>203</sup> RODA, A. A. R. DA. Entre a realidade e o simbolismo dos direitos humanos na África: uma análise do sistema regional africano de proteção aos direitos humanos. **Revista Humanidade e Inovação**. v. 8 n. 52 (2021): Novas Teses Jurídicas . Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4860> Acesso 20 de jul 2023.

<sup>204</sup> Ibidem.

São comuns as contradições de conteúdos normativos oficiais e alguns padrões de culturais que africanos, que vão a contraste das Declarações, Tratados e Convenções de direitos humanos adotados no plano internacional e que não têm sido fáceis de mitigar. Para a dogmática jurídica clássica, os costumes ou axiomas tradicionais contrários à lei devem ser rejeitados do ordenamento jurídico, configurando como *costumes contra legem*<sup>205</sup>. Que podem ainda contrastar com a ideia do pluralismo jurídico. Pois, a pluralidade não significa necessariamente uma inclusão de valores algezes, contrários a natureza da vida<sup>206</sup>. No entanto, há costumes ou axiomas tradicionais que violam escrupulosamente os direitos basilares na África, tais como: casamentos com menores de 18 anos, práticas de mutilação genital feminina, tratamento desigual, entre outras situações que limitam à liberdade de grupos específicos, no qual abordaremos como precisão quando abordamos sobre o constitucionalismo feminista.

O grande dilema no cenário dessa antinomia é encontrar mecanismos razoáveis capazes de assegurar os direitos emancipatórios, sobretudo das mulheres, privadas dos desenvolvimentos e outros conjuntos de direitos humanos e fundamentais. Um dos casos com elevada notoriedade, julgado pelo Tribunal Africano dos direitos Humanos e povos, diz respeito à Association Pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes (APDF) e ao Instituto de Direitos Humanos e Desenvolvimento na África (IHRDA) x Mali. Tratava-se do primeiro caso julgado pelo tribunal que aborda sobre questões de direitos das mulheres na África<sup>207</sup>.

Trata-se de um caso peticionado pelas duas organizações não governamentais que impugnavam a vigência de um código de família aprovado em 2011 pelo governo de Mali, que contrariava a lei anterior de 2009, mais favorável aos direitos das mulheres. O Código de família de 2011 foi um produto do Parlamento Nacional do Mali e várias organizações islâmicas que protestavam contra a lei anterior, de 2009, que resguardava os direitos das mulheres. Esse novo previa idade mínima para casamento das mulheres de 16 anos e para homens 18, com exceção de mulheres que poderiam casar com 15 anos de idade com consentimentos dos seus pais<sup>208</sup>.

O mesmo Código desobriga os ministros religiosos de obter consentimento de ambas as partes antes do casamento, ou seja, previa o casamento de mulheres sem o seu consentimento, bastando o consentimento dos progenitores. Nesse sentido, o código previa ser facultativa a

---

<sup>205</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>206</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 48, Junho de 1997: 11-32

<sup>207</sup> DAVI, Tetevi. **African Court on Human and Peoples' Rights Delivers Landmark Ruling on Women's Rights and the Rights of the Child in Mali**. 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/african-court-on-human-and-peoples-rights-delivers-landmark-ruling-on-womens-rights-and-the-rights-of-the-child-in-mali/> Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>208</sup> DA RODA, A. A. R. Entre a realidade e o simbolismo dos direitos humanos na África: uma análise do sistema regional africano de proteção aos direitos humanos. **Revista Humanidade e Inovação**. v. 8 n. 52 (2021): Novas Teses Jurídicas. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4860> Acesso em: 20 jul. 2023.

herança para crianças não nascidas no casamento, assim como previa a desigualdade nas regras de herança entre homens e mulheres, sendo que as mulheres podiam herdar a metade do que os homens herdavam. Esse código contava com o apoio majoritário da população local adepta das doutrinas islâmicas, que constituem maioria esmagadora da população do país. Portanto, como reposta, o Estado acusado alegou que suas leis devem refletir a realidade social, cultural e religiosa do país, sendo que seria difícil aprovar atos normativos que seriam de difícil efetivação na prática, o que provocaria um problema de ineficácia social.

Sem dúvidas, esse Código é totalmente contrário aos postulados normativos previstos pelo Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; à Carta Africana dos Direitos e Bem estar da Criança e à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, sendo os principais instrumentos de Direitos Humanos ratificados pelo Mali,<sup>209</sup> que se comprometeu previamente a fazer valer esses diplomas regionais. Dessa maneira, o Tribunal chegou à conclusão de que o Estado do Mali violou os instrumentos internacionais sobre os direitos humanos previamente adotados. O argumento do paroquialismo local das leis de acordo com as tradições não procedeu. Nesses termos, o Tribunal havia decidido que Mali deveria alterar o Código de Família e alinhá-lo com os padrões internacionais. Dessa decisão, estabeleceu-se um precedente ao uniformizar os aspectos sobre os direitos das mulheres no Continente que, ao nosso visto, goza de vinculação direta com os membros da União Africana que tenham ratificado os tratados sobre os direitos humanos, assim como aplicam-se aos tribunais locais que devem recorrer à interpretação da corte africana como um mecanismo de amenizar as antinomias existente no continente. Importa frisar que decisões do gênero são necessárias para mitigar os conflitos existentes na África. É de extrema importância frisar que houve aqui a aplicação de controle de convencionalidade, todavia com efeitos obrigacionais minúsculos, porque os Estados atrelam-se ao ideário de uma soberania absoluta.

Um dos grandes desafios para implementação do controle de convencionalidade na África, prende-se com o conceito de uma soberania absoluta<sup>210</sup>; que os Estados continuam nutrindo de maneira sistemática na qual órgãos jurisdicionais e políticos da União Africana, como Tribunal Africanos de Direitos e a Comissão Africana, acaba por ter um papel neutro, uma vez que as decisões, pareceres e recomendações destes órgãos não são observadas na íntegra pelos Estados. A pressão política e jurisdicional desses órgãos é de baixa intensidade. Nestes termos, a efetividade da proteção dos direitos humanos desvela-se fragilizadas, porque as sanções impostas pelos tribunais africanos demonstram-se como não vinculantes. E este problema é acompanhado por questões de baixa fiscalização dos instrumentos normativos regionais, também influenciado

---

<sup>209</sup> Ibidem.

<sup>210</sup> DUNNING, W. 1896. Jean Bodin on Sovereignty. *Political Science Quarterly*, 1896, p. 82-104.

pela fraca estrutura econômica dessas instituições, cujo seu funcionamento torna-se débil no sentido de materializar diversas questões de justiça que envolve o sistema de justiça Estadual, justiça tradicional e religiosa.

#### **6.4 Haveria a possibilidade de reinterpretar a cultura em benefício da Justiça?**

As experiências empíricas da humanidade, demonstra inequivocamente a evolução dos processos civilizatórios, em vários meandros da vida social, política, econômica e jurídicas, vem sofrendo transformações capazes de garantir ao Homem um desenvolvimento em todas as dimensões da vida, que tem em vista sustentar uma interação pacífica e estável entre as pessoas. E esse raciocínio também se aplica nas questões de culturas jurídicas, que também atravessam metamorfose em benefício de um argumento consistente que busca preservar valores humanos que resguardam à vida, como o fim último de todo ser humano.

O pretexto da cultura e dos sistemas tradicionais religiosos predominantes África, há ocorrência atípicas acabam corroborando para a massificação da atos injustos, que atentam contra a dignidade das pessoas e outros múltiplos direitos, não devem permanecer estáticos ou perene diante da fórmula dos direitos humanos, que cujo substrato nuclear mostram consensos relativos e universalizeis, de que o direito à vida, a dignidade humana<sup>211</sup>, integridade física e moral são atributos intrínseco inalienáveis ao homem.

O pluralismo jurídico e sociológico<sup>212</sup> é passível de processo argumentativo que possa legitimar práticas que vão além das subjetividades comunitárias ou paroquiais<sup>213</sup>. Nesse contexto, a pluralidade não deve manter-se cega ou omissa, enquanto vidas humanas atravessam riscos derivados de pretextos argumentativos calamitosos, advogados em favor da suposta cultura opressora e desumana, cujo fundamento ou racionalidade não são imunes às críticas porque em algumas ocasiões os pretextos culturais demonstram-se imparciais, não atendem à universalidade inerente aos membros da mesma comunidade, culminando no privilégio de determinados grupos, sobretudo os homens. Portanto, o pluralismo não pode ser subentendido como a regra de “tudo vale” ou um depósito de perversidade, pois o ambiente do pluralismo deve gerar seus próprios códigos de reciclagem de lixo produzido internamente. Dito de outro modo, a possibilidade de

---

<sup>211</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre :Livraria do Advogado. 2001.

<sup>212</sup> GUEDES, Armando Marques **O estudo dos sistemas jurídicos africanos: estado, sociedade, direito e poder** / Armando Marques Guedes. - Coimbra: Almedina, 2004. - 216 p. Descritores: Estado | Sociedade | Direito | África Cota: 34|IPAD.

<sup>213</sup> O autor acima citado aglutina o pluralismo jurídico e sociológico porque ambos são interdependentes e funcionam de maneira combinada.

controle de regras que atentam contra a vida, viabilizando um espaço de diálogo transversal e diatópico.<sup>214</sup>

Só para exemplificar as situações acima descritas, existem casos que uma mulher é acusada de traição e conseqüentemente podendo ser aplicada a uma pena de morte, ou mesmo resultar no seu apedrejamento, mutilação de órgãos etc. Não obstante, raramente alguns sistemas religiosos islâmicos ainda persistem ideias de mutilação de genital feminino involuntários e se a mulher se recusar corre risco de enfrentar certas penas severas aplicadas pelos tribunais tradicionais ou religiosos. algo que discutir-se-ia em outro capítulo, que falaremos sobre feminismo constitucionalista<sup>215</sup>.

#### **6.4.1 Por um diálogo multicultural dos direitos humanos para a complementação recíproca dos sistemas de justiça tradicional**

Para Boaventura Souza Santos, hermenêutica diatópica baseia-se na ideia que os *topoi* de uma cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Neste contexto, o autor introduz a ideia de multiculturalismo, que enfatiza a diferença e prevê direitos de grupos minoritários que podem ser integrados no diálogo global sobre os Direitos Humanos.

Nesta senda, tantos os direitos africanos e os direitos humanos globalizados pela Declaração Universal de Direitos Humanos não são completos, ambos se reportam a uma dimensão cultural, com seus valores e seus défices, como qualquer outra cultura, como ressalta Panikar, que povo nenhum, moderno ou ocidental tem o monopólio da verdade. Portanto, o autor escancara que as concepções de direito em todas as culturas são incompletas.

E olhando para sistema africano de justiça que temos abordado, compreende-se que; os mesmos oferecem meios eficazes, acessíveis e flexíveis para a resolução de conflitos, não obstante, algumas críticas que se levantam entorno desse sistema tradicional, por se demonstrar parcialmente incompatível com alguns direitos humanos universalizáveis, inerente à certa coercibilidade e meios perigosos empregues para a concretização da justiça consuetudinária.

E essa equiparação conjecturaria uma aceitação pacífica e colonial, nos termos postos por Boaventura Souza Santos, que entende os direitos humanos universais como direitos globalizados pelo localismo da cultura ocidental, no qual promanam as concepções liberais pós-guerra, cuja essência assenta no poder hegemônico, que defini unilateralmente o que deve ser

---

<sup>214</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 861.

<sup>214</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 48, Junho de 1997: 11-32.

<sup>215</sup> BBC NEWS BRASIL. **Documentário sobre mutilação de genital feminina em Serra Leoa**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-65764711>. Acesso em: 26 jul. 2023.

considerado como conteúdo universal. E essa concepção liberal hegemônica são postas como parâmetros de validação de outras lógicas culatrais de direitos não ocidentais.<sup>216</sup>

Portanto, críticas podem ser suscitadas em relação à posição que adotamos nos primeiros parágrafos desse capítulo, quando se assumiu a posição da dignidade humana, princípio da igualdade, devido processo legal, como questões que a justiça tradicional ou costumeira devesse adotar, para evitar o uso coercivo de meios de produção de provas, como pegar ferro quente ou consumir plantas venenosa com finalidade de provar a inocência.

Com isso, podersi-ai-a questionar por qual razão deve se utilizar a fórmula dos direitos humanos universais para limitar a atuação da justiça tradicional? Uma vez que esse raciocínio não satisfaria à questão de diálogos interculturais equilibrados, em que partem da premissa que todas as culturas são válidas e possuem seus próprios critérios endógenos sobre a dignidade humana e de concepção de justiça.

Para Panikar, uma cultura deve respeitar *os topoi* das outras para se perceber o construto da outra. Portanto, essa linha de pensamento resulta da hermenêutica diatópica, que admite que todas as culturas são incompletas e, hegemonia dos direitos humanos universais, não reconhece essa incompletude e por conseguinte, frágil para lidar com o multiculturalismo, que aceita as singularidades de cada cultura.<sup>217</sup>

Por outro lado, ainda persiste a questão sobre os défices dos sistemas tradicionais de justiça africana, que endogenamente também não são completos e com algumas práticas parciais e questionáveis, que ferem os atributos existenciais do próprio homem. Como por exemplo, a legitimação e naturalização da desigualdade de gênero, utilização de práticas perigosa à vida humana no âmbito de produção de provas como foi mencionado anteriormente.

Portanto, parece-nos que a dimensão multicultural e diatópica também é incompleta, para solucionar esses problemas relacionados à justiça costumeira. Embora reconheçamos a importância decolonial e necessária dos estudos multiculturais e interculturais, os mesmos também mostram dificuldades materiais para concepção de uma dimensão institucional dialógica entre diversas culturas do mundo, cujos consensos não se demonstrariam tangíveis e concretos. Aumentando ainda a complexidade dos problemas.

Para ilustrar com clareza essa proposição, imagine-se que haja possibilidade de se rescrever uma nova Carta sobre os direitos humanos e que se convocasse todas as pertenças culturais existentes no mundo, para se definir consensos mínimos sobre direitos humanos, visando estabelecer parâmetros básicos que devam nortear a vida humana. Acreditamos que pela

---

<sup>216</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461

<sup>217</sup> PANIKKAR, R. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?** In: BALDI, C. A. (org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-238.

complexidade cultural não se teria um um consenso. E à luz desse exemplo, pode se notar a incompletude do multiculturalismo, a não ser que se possa extinguir a ideia dos direitos humanos universalizáveis, que por seu turno trataria outras atrocidades.

Ressalve-se, que essa colocação não significa uma recusa metodológica contra postura hegemônica dos atuais direitos humanos ocidentais, todavia demonstrar que as variadas construções sobre direitos humanos também apresentam difíceis capaz de estipular um denominador comum pacífico.

Não obstante, a ideia de questões básicas universalizáveis é de interesse geral e fundamental para proteção das liberdades negativas, proteção da autonomia e a dignidade humana. Embora a ideia da dignidade seja apresentada em diferentes formas e culturas diversas, no entanto, deve se ter em conta que a proteção da vida e os seus atributos externos servem de meios para conversações ou diálogos transversais entre diversas culturas.

## **6.5 Considerações**

Embora a justiça tradicional seja um meio alternativo bastante significativo no contexto africano, também deve-se admitir que este órgão deve estar aberto ao aperfeiçoamento de caráter substantivo e processual, por meio de uma comunicação com o poder formal do Estado, com intuito de viabilizar um controle externos da justiça consuetudinária. Posto isso, haverá possibilidade de se respeitar o conteúdo do direito justo ancorado as normas dos direitos humanos, sem abandonar ou fragilizar a ideia do pluralismo jurídico. Em vista disso, haverá possibilidade de haver um crivo endógeno, capaz de selecionar resíduos comportamentais que colocam em risco à integridade física, mediante o controle de constitucionalidade e convencionalidade.

Portanto, os tribunais formais e cortes regionais devem assumir uma postura fiscalizadora, que coopere para o amadurecimento da justiça tradicional, porém sem imiscuir na sua autonomia funcional. Portanto, trata-se de diálogos transversais que cria um ambiente de autoaprendizado para ambos os sistemas, que se complementam em questões não pacificadas.

## 7. A POSITIVAÇÃO DO UBUNTU COMO UM PRINCÍPIO JURÍDICO E POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA

Parte-se da premissa que *Ubuntu* não configura apenas uma cosmovisão filosófica africana. Em vista disso, equipara-se a filosofia *Ubuntu* a uma categoria de princípios jurídicos abertos de natureza constitucional, que embora não estejam plasmados nas Constituições escritas dos países da África austral, que partilha da cultura bantu, vale frisar que essa categoria de pensamento está presente socialmente como uma norma de razão prática, da qual emana o conceito de justiça dos povos bantus, que preservam uma identidade cultural comunitarista ao invés do liberalismo ocidental individualista. A proposta desse estudo é associar essa cosmovisão a um fundamento constitucional dos Estados africanos, sobretudo os da África austral, equiparando com os princípios da dignidade humana, igualdade e liberdade etc., sendo importante para a consolidação dos direitos humanos na África. Por outra perspectiva, confronta-se essa cosmovisão em virtude dos paradigmas pós-modernos do liberalismo global, que também está amalgamado atualmente nos países africanos.

### 7.1 Questões preliminares

A dimensão política, social e jurídica pós-colonial dos Estados africanos é marcada por combinações de princípios locais indígenas e outros fragmentos axiológicos importados do modelo da democracia liberal europeia, baseado no individualismo da vida política e social do Homem, que propõe uma razão da vida parcialmente antagônica aos costumes ou valores político-sociais da África, que possui uma historicidade baseada no comunitarismo relacional, que representa a espinha nevrálgica das sociedades africanas, que compartilha a filosofia *Ubuntu*, na qual a valorização da comunidade ou do coletivo sobrepõe-se ao indivíduo, ou seja, enfatiza-se em primeiro lugar do *bem comum*, que pretere o interesse individual em benefício da coletividade. A compreensão comunitária da vida, não está imune às críticas, que podem ser deduzidas à luz das ideias da democracia liberal, que concebe um indivíduo como ser autônomo.

Em um contexto de recrudescimento global do capitalismo e neoliberalismo, torna-se difícil estabelecer dicotomias puras de regimes comunitaristas ou liberais, sendo que a pós-modernidade propõe uma estrutura mais voltada para políticas que maximizam o individualidade do Homem e por conseguinte, a difusão de ideários que mercantiliza a relação social para um parâmetro puramente econômico e egocêntrico; neste contexto as Constituições africanas, para

além conter diversos axiomas fruto da colonização europeia, também passam a incorporar princípios políticos e constitucionais extraídos das imposições da globalizações atuais.

Por outro ângulo, vislumbra-se nitidamente uma fraca preocupação dos Estados africanos em introduzir legislativamente os costumes, as dimensões filosóficas e normativas pré-coloniais dos povos africanos, que pregam a comunitariedade da vida, isto é, uma ideologia normativa pautada na partilha existencial ou ontológica vai repercutir materialmente nas interações humanas daqueles povos.

E neste trabalho, ressalta-se a importância jus-filosófica do *Ubuntu*, enquanto um princípio de natureza político-constitucional de matriz comunitária, ainda que a essa filosofia seja majoritariamente discutida no campo da filosofia política africana, enraizada na cultura banta; contudo, há uma importância de se invocar o *Ubuntu* para um debate jurídico-constitucional, pelo menos nos Estados africanos pós-coloniais, dada a sua importância ético-normativa.

E neste cerne de ideias, o objetivo do presente artigo é propor a constitucionalização do *Ubuntu* como um princípio de natureza jurídica, capaz de responder diversas demandas sociais, econômicas e políticas atravessadas no continente africano, tendo em conta que *Ubuntu* é concebido como uma maneira de vida que orienta os indivíduos inseridos nas sociedades africanas. Nesse sentido, cabe-nos a tarefa resgatar e ressignificar a dimensão ontológica e teórica do *Ubuntu*, para uma concepção deontológica, assumindo categoria de um princípio constitucional aberto, equiparado a dignidade humana e os demais princípios, visando constituir-se um fundamento dos Estados africanos, podendo ser útil no âmbito de questões hermenêuticas e argumentação jurídica. Não obstante, conferir o mesmo princípio uma posição barométrica da moralidade pública nos Estados africanos, ao invés de uma versão única derivada dos parâmetros unidimensionais de justiça, calcada no constitucionalismo liberal.

Para lograr os objetivos pretendidos, a pesquisa será baseada na revisão bibliográfica de natureza qualitativa. coadunando com uma abordagem interdisciplinar inerente a política, sociologia. Ademais, será necessário discorrer o trabalho através de uma discussão pautada na dogmática jurídica, como mecanismo de recepcionar às abordagens ético-filosóficas propostas pelo *Ubuntu*.

O estudo é dividido em três partes essenciais: a primeira dedicadas aos conceito do *Ubuntu* enquanto uma categoria ético-normativa e de pensamento africano, em segundo momento, o trabalho vai apresentar uma concepção dialógica entre questões da moral política e dogmática jurídico- constitucional, realçando deste modo o papel do desse princípio no âmbito hermenêutico, decisório e aspectos que tem a ver com os direitos sociais e difusos . E na terceira parte, voltar-se-ia para uma análise econômica do *Ubuntu* analisadas a partir da lógica capitalista e liberal amalgamada no neoliberalismo.

### 7.1.1 Questões conceituais sobre Ubuntu

A tradução do *Ubuntu* para línguas germânicas não apresenta um conceito tão preciso, tratando-se de uma cultura intrinsecamente banta e com um corpo de linguagem próprio, o que acaba não permitindo uma exploração cabal deste ideário filosófico africano. Portanto, no processo de tradução para língua portuguesa ou inglesa, alguns elementos não são aproveitados na sua totalidade para clarificar formular o sentido real dessa cosmovisão africana.

E por uma questão metodológica, *Ubuntu* é concebido como uma categoria de pensamento e forma de vida dos povos bantus, baseado no idealismo comunitário africano, que parte da premissa ontológica da famigerada frase: *motho ke motho ba batho ba bangwe / umuntu ngumuntu ngabantu*, que traduzido literalmente significa que uma pessoa só pode ser uma pessoa por meio das outras. Dito outra maneira, a concepção de humanidade centrada no Outro, como referencial central para existência dos Homens<sup>218</sup>. E quadro ontológica, *Ubuntu* refere-se à essência humana, que deve pautar-se no respeito mútuo, buscando preservar os valores como: a dignidade, compaixão, hospitalidade, generosidade perdão, solidariedade, compartilhamento e a honra para com o próximo, de maneira que todos os membros de uma sociedade tenham uma vida pacífica.

Para Magob Ramose (2002), *Ubuntu* são duas palavras que consiste no prefixo *ubu-* e a raiz *-ntu* que evocam a ideia geral de ser-sendo. É o ser-sendo encoberto antes de se manifestar na forma concreta ou no modo da existência de uma entidade particular. Na linguagem ordinária, ser sendo traduz o sentido de ser sendo humano o criador das leis morais, da política e da religião<sup>219</sup>.

*Ubuntu* usado numa linguagem coloquial de línguas não bantas, expressa a ideia de um indivíduo capaz sustentar um comportamento harmonioso, reconhecendo a dignidade do Outro. A essência do *Ubuntu* reside em tratar todo ser humano com mesma dignidade e igual valor. Na cultura *Ubuntu*, existe por assim dizer uma articulação relacional do indivíduo inserindo no âmbito de uma coletividade, que procura desenvolver-se com Outros de maneira sadia.<sup>220</sup> A ideia do *ubuntuismo*, também traduz o significado de togetherness na língua inglesa, que configura como unidade e solidariedade<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> Ibidem.

<sup>219</sup> RAMOSE, Mogobe B. A ética do ubuntu. Tradução para uso didático de: RAMOSE, Mogobe B. The ethics of ubuntu. In: COETZEE, Peter H.; ROUX, Abraham P.J. (eds). **The African Philosophy Reader**. New York: Routledge, (2002). Acesso em: 19 ago. 2021.

<sup>220</sup> SIBUSISO, Blessing Radebe; MOSES, Retselisitsoe Phooko. Ubuntu and the law in South Africa: Exploring and understanding the substantive content of ubuntu. **South African Journal of Philosophy**, 36:2, 239-251, DOI: 10.1080/02580136.2016.1222807. (2017). pag 241 Acesso em: 08 abr. 2021.

<sup>221</sup> KAYANGE, G.M. Conceptual Analysis of Ubuntu/Umunthu and Meaning. In: **Meaning and Truth in African Philosophy**. Philosophical Studies Series, vol 135. Springer, Cham. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-01962-4\\_8](https://doi.org/10.1007/978-3-030-01962-4_8) sbn 978-3-030-01962-4. (2018). Acesso em: 13 jul. 2022.

As narrativas conceituais sobre *Ubuntu*, enquanto um conceito pautado no escopo comunitário, não está imune às críticas elaboradas por alguns filósofos africanos, como Matalino ekindiwig<sup>222</sup>, que vão entender que *Ubuntu*, como uma concepção moral e política que não é compatível com o padrão da democracia liberal moderna, que corresponde ao padrão de socialidade dos povos africanos da atualidade e, que o seu funcionamento se distancia das cosmovisões paroquiais. E por outro lado, a mesma filosofia perde a essência diante de uma economia globalizada, que possui uma linguagem própria e um código de funcionamento autônomo, que independe das vontades das categorias societárias, impondo que os indivíduos ajam de acordo com a linguagem econômica, por exemplo: um comportamento ou ação baseada no lucro e a maximização do interesse próprio.

Nessa ótica, a concepção dessa filosofia demonstraria o retrocesso social, sendo equiparado a um socialismo esvaziado na lógica africana, permitindo um dogmatismo comunitário e que em certas circunstâncias pode ser manipulado pelas elites políticas para não conformação dos direitos e liberdades individuais, sendo assim, o mesmo autor entende que, a mesma filosofia encontra-se desaparecida ou a caminho de uma erosão plena no panorama das sociedades atuais africanas<sup>223</sup>.

O segundo momento, o mesmo autor alega que a concepção do *Ubuntu* não é compatível com os direitos individuais, e aceitar essa narrativa na modernidades pós-industrial, seria ir na lógica inversa do funcionamento dela, afetando à liberdade individual e dos direitos humanos atualmente conquistado,<sup>224</sup>tendo em consideração que a orientação coletiva proposta pelo *Ubuntu* não se adequa aos paradigmas estruturais do Estado neoliberal. Sendo assim, conceber a dimensão coletiva dessa cosmovisão abriria espaço para sacrifica-se autonomia do indivíduo em favor da coletividade abstrata, permitindo uma subjugação do indivíduo pelo critério majoritário embasado do dogmatismo cultural<sup>225</sup>.

Em terceiro momento, a rejeição dessa filosofia assenta no fato da mesma corrente, possuir um sentido semântico vago oriundo da linguagem dos povos *Nguni*, e que não fornece qualquer conteúdo específico, capaz de guiar a moralidade pública. Neste cerne, o *Ubuntu* traduz ideias típicas de sociedade primitiva, pré-colonial ou de grupos de comunidades de pastores de gados.

Por outra perspectiva, Metz <sup>226</sup>destaca a importância de *Ubuntu* enquanto cosmovisão africana, que enaltece a experiência do africano no universo, neste contexto Metz, justifica a

<sup>222</sup> MATOLINO, Bernard. A response to Metz's reply on the end of ubuntu, **South African Journal of Philosophy**. 34:2, 214-225, DOI: 10.1080/02580136.2015.1035857. (2015) P. 215-220. Acesso em: 04 abr. 2021.

<sup>223</sup> Ibidem.

<sup>224</sup> PETER, Mwipikeni. Ubuntu e a sociedade moderna. **South African Journal of Philosophy**, volume 37: edição 3, 2018. P.322-334. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02580136.2018.2>. Acesso em: 09 abr. 2021.

<sup>225</sup> MATOLINO, B.; KWINDINGWI, W. The end of ubuntu. **South African Journal of Philosophy**, 2013. p. 197–205

<sup>226</sup> METZ, T. Ubuntu as a moral theory and human rights in South Africa. **African Human Rights Law Journal** (11)2, 532–559. 2011 Acesso em: 28 mar. 2021.

relevância dessa categoria à luz da teoria moral normativa, partido do pressuposto que *Ubuntu* é uma forma de humanidade, uma razão prática, que ultrapassa limites semânticos do liberalismo pautado no sujeito individual, neste contexto, Metz argumenta que toda concepção do direito, é sempre resultado de uma concepção extraída materialmente de uma moralidade e experiências comunais, que vai conduzir as ações performativas no âmbito do convívio social.

Para Metz (2011, s/p), a afirmação de que *uma pessoa é uma pessoa por intermédio da Outra* é na verdade um chamado para desenvolver a própria personalidade (moral), uma receita para a construção e o desenvolvimento da humanidade. Como Desmond Tutu (2000) observa, quando queremos dar um grande elogio a alguém, dizemos *Yu u nobuntu*; O fulano tem *ubuntu*. A afirmação de que se pode obter Ubuntu “por meio de outras pessoas” significa, para ser mais explícito, por meio de relações comunitárias com outras pessoas. Nesse sentido, o autor trabalha em dois aspectos fulcrais da natureza de comunidade, que são a identidade e solidariedade<sup>227</sup>.

Para ele, a obrigação mais profunda de um indivíduo na sociedade é tornar-se cada vez mais humano, o que pressupõe um laço mais profundo com a comunidade, isto é, “os Outros<sup>228</sup>”. Ademais, Metz submete essa filosofia a um teste de racionalidade, questionando se o povo sul africano teria atualmente aderido a essa filosofia. Nesse caso, a resposta seria afirmativa, pois a maior parte dos sul-africanos diriam que uma pessoa que é incapaz de se relacionar com os outros não é pessoa. Esse enunciado só é possível se aferir à luz da ideia comunitária do *Ubuntu*.

Para Moeketsi, citando Louw, aponta que *Ubuntu* não é contrário aos direitos individuais, ou seja, *Ubuntu* garante o respeito pela particularidade dos outros que estão intimamente ligados, Ademais, Ubuntu condiz com o respeito às subjetividades individuais. Isto sucede porque essa cosmovisão define o indivíduo em termos de seu relacionamento com os outros<sup>229</sup>.

Sendo *Ubuntu* uma narrativa ética, que parte da ideia *Batho Pele*, que significa “primeiro às pessoas traduzindo um compromisso de o dever de cuidar todos os seres humanos, então o *Ubuntu* é desejável, para corrigir as injustiças presente nas sociedades africanas, como a pobreza, desigualdades sociais e econômicas.

Nessa concepção moral, *Ubuntu* assenta na ideia de que uma comunidade ideal é aquela que se manifesta através da solidariedade e identidade. Destarte, mostrar solidariedade, é demonstrar-se aptos para desenvolver ajuda mútua entre membros de um grupo, agir de maneira que cada membro se beneficie na proporcionalidade da vida. E facto das pessoas não estar aptas para demonstrar solidariedades não significa que não estão interessadas no florescimento do Outro.

<sup>227</sup> Ibidem.

<sup>228</sup> METZ, T. Just the beginning for ubuntu: reply to Matolino and Kwindigwi, **South African Journal of Philosophy**, 2014.p. 65–72.

<sup>229</sup> LETSEKA, Moeketsi. Ubuntu and Justice as Fairness. **Mediterranean Journal of Social Sciences**, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 544, may. 2014. ISSN 2039-2117. Available at: <https://www.mcseser.org/journal/index.php/mjss/article/view/2670>. Date accesse: 08 Apr. 2021.

Esta dimensão moral extraída deste princípio africano, é um paradigma moral para afastar as atitudes egocêntricas proposta pelo liberalismo e capitalismo ocidental.

Enquanto a identidade é a medida que permite que as pessoas se sintam pertencidas como membros do mesmo grupo, que podem se orgulhar e ou se envergonhar do padrão da moralidade do grupo. Os indivíduos se consideram parte integrante de toda comunidade. *Ubuntu* desencoraja as pessoas de buscarem o seu próprio interesse, entretanto, encoraja o espírito que de as pessoas devem viver para si e para outros<sup>230</sup>. Nas sociedades africanas, a imoralidade é a palavra ou ação que mina a comunhão. Neste sentido deve-se evitar hostilidade ou o agir de forma que ameaçaria os laços comunitários.

Partindo para uma dimensão jurídica do *Ubuntu*, é possível constatar que uma esta perspectiva se enquadra como uma teoria normativa e moral, que abarcar outras categorias dos direitos humanos, por exemplo e interesse difusos e coletivos da sociedade tais como o respeito pelo meio ambiente. Que é um campo menos respeitado pela lógica da economia de mercado liberal, que permite o desflorestamento e outras catástrofes ambientais em prol de lucro de uma minoria que controla o capital global.

Para Metz, uma das relevâncias do *Ubuntu* na contemporaneidade africana demonstra-se com a ideia dos direitos humanos, na medida em que os direitos humanos são passíveis de eficácia quando os indivíduos de uma sociedade têm o dever de respeitar com base no paradigma compartilhado com outros seres humanos. Nesse sentido, a violação de um direito humano é uma violação de direito moral contra os outros<sup>231</sup>. A espinha dorsal dos direitos humanos repousa em tratar o outro com dignidade. E uma violação de direitos humanos é uma falha em honrar a natureza especial das pessoas. A dignidade no contexto sul africano repousa na ideia de relacionamento com os outros indivíduos. Para um conceito de dignidade extraído à luz da África austral, os indivíduos têm dignidade em virtude de sua capacidade de comunhão. Enquanto na teoria kantiana, o indivíduo tem valor porque tem capacidade de autonomia. Já numa narrativa afrocentrista, o indivíduo tem capacidade quando pode reciprocamente manifestar a solidariedade e identidade para com os outros, ou quando possui capacidade de amar, respeitar os outros e de se relacionar de maneira comunitária.<sup>232</sup> Fica clara a relevância desse princípio filosófico na contemporaneidade, que pode ser útil para fundamentar a moralidade pública, bem como desempenhar um papel na resolução dos conflitos, assim como fornecer elementos de justiça capazes de orientar o judiciário à luz de uma concepção ética universalizável proposta por Metz.

---

<sup>230</sup> METZ, T. Ubuntu as a moral theory and human rights in South Africa. **African Human Rights Law Journal**. p. 532–559. 2011 Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>231</sup> Ibidem.

<sup>232</sup> Ibidem.

Desses argumentos acima apresentado, constata-se -se que o conceito de *Ubuntu*, até então tratados é baseado numa concepção ética-moral e política, e o esforço que tomaremos em seguida, é de reaproveitar esses conceitos para conferir ao *Ubuntu* uma dimensão do dever ser, transformando-o numa normatividade constitucional, capaz de orientar vários aspetos de natureza econômica, social e político-constitucional e servir como parâmetros ou fundamento das Repúblicas africanas.

## 7.2 A concepção do Ubuntu como um princípio do direito

Conceber a ideia de *Ubuntu* como um princípio de Direito Constitucional, pressupõe antes demais aceitar essa ética como um princípio, situado no plano do dever ser, ou seja, uma norma abstrata porém de conteúdo deontico, cuja a sua efetividade dependerá da possibilidade argumentativa da mesma, neste contexto, o princípio *Ubuntu* será capaz de orientar vários aspectos, no âmbito do ordenamentos jurídico, o que significa ultrapassar a dimensão ontológica do ou do ser; para propor uma dimensão normativa, com potencial para fundamentar às questões de justiça e direitos fundamentais, contudo não poder-se-ia desvincular-se totalmente da dimensão ético-normativa aferida anteriormente, porém, chamar a colação para um debate situado no campo da dogmática constitucional de maneira a amparar este pensamento as Constituições africanas, especialmente nos países da África austral e os demais que compartilha dos mesmos valores.

Para Guastini, citado por Paulo Bonavides (2001), ressalta que princípios são normas ou disposições que exprimem normas providas de alto grau de generalidade. Para filósofos contemporâneos da filosofia de direito como Alexy (2009) e Dworkin (2010), compreendem princípios primeiramente como razões morais, que são institucionalizadas pelo direito. E nesta esteira de ideias, a filosofia do ubuntu *dispõe de mesmas razões morais de um princípio, pese embora* ainda não positivado nas Constituições africanas <sup>233</sup>.

De acordo com Paulo Bonavides (2001), os princípios são valores dos critérios diretivos para interpretação dos critérios programáticos, com o intuito de progresso da legislação. Nessa senda, o *Ubuntu* partilha das mesmas qualidades dos princípios abertos equiparados à liberdade, igualdade e dignidade humanas etc. Sem embargos, são características dos princípios possuir a dimensão ética, cuja juricidade emana da constitucionalização desses<sup>234</sup>.

Em um panorama constitucional dos pós-positivismo, no qual verifica-se o diálogo entre o direito e a moral, não nos parece problemático conceber *Ubuntu* como um princípio constitucional, que aperfeiçoa o conceito de justiça, a dignidade humana à luz da cosmovisão africana, ampliando a concepção dos direitos humanos. Ademais, concebido *Ubuntu* como

---

<sup>226</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo:Malheiros, 2001.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

princípio constitucional, ele pode estar associado a ideia *bem comum e bem-estar*, que são valores já reconhecidos pelo constitucionalismo liberal.

A invocação da moral pelo direito constitucional não constitui uma novidade, todavia, com ascensão da corrente pós-positivista e neoconstitucionalismo, que veio quebrar o monopólio do direito lógico de dedutivo, formal, metódico e normativista, passando a compreender argumentações morais, decorrente de princípios abertos. E neste leque de ideias, torna evidente e cabível compreender a dimensão principiologia do *Ubuntu*, enquanto fundamento constitucional dos povos da africanos.

Os pós-positivistas Alexy (2009)<sup>235</sup> e Dworkin (2010) vão admitir uma forte conexão entre o direito e a moral, sendo que o direito, do ponto de vista substantivo e procedimental, vai buscar elementos da moral para fundamentar as questões jurídicas em casos difíceis por meio de princípio jurídicos,<sup>236</sup> que revestem uma substância moral que tem auxiliado na operacionalização do direito e que funciona de maneira aberta aos princípios morais<sup>237</sup>.

E apaziguada a dicotomia entre o direito e a moral, cabe-nos aproximar a dimensão do *Ubuntu* enquanto um princípio moral não incorporado nas Constituições jurídicas africanas, todavia encontrando-se vigente na lei em ação, isto é, nas interações dinâmicas dos povos que prezam por esse princípio.

Neste âmbito, seria razoável afirmar que *Ubuntu*, constitui um princípio material das Constituições africanas, que não foi assumido ou recepcionados pelas Constituições socialistas e liberais pós-independência em países como Moçambique, Malawi, Botsuana, África do sul e Zimbábue e outros. A ideia dos reconhecimentos dos direitos africanos não venceu, preferindo-se uma lógica totalmente importada dos modelos europeus de um direito monista e de conteúdo europeu.

Nessa senda, essa cosmovisão enquanto princípio, ocuparia aqui uma função *ratio legis*, assumindo o caráter de normas constitucionais norteadoras, ou seja, princípio do *Ubuntu* não estará vinculada ao conceito de norma no sentido regras jurídicas e com eficácia imediata. Todavia, como diretriz orientadora do pensamento jurídico africano.

Frisa-se que advogamos a constitucionalização da filosofia como princípio constitucional aberto, o qual detém uma importância capital dos povos africanos da parte austral da África, que caracteriza a forma e o estilo de vida dominantes dos povos Bantu. Se olharmos para a singularidade histórica dos povos bantu na África austral, encontraremos a presença do *Ubuntu*

---

<sup>235</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>236</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>237</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

na Constituição social não escrita dos povos africanos, isto é, com costume indígena. Entretanto, a sua não captação pelas Constituições pós-coloniais justifica-se com a continuidade do projeto constitucional da lógica eurocêntrica, assentada na ideologia política liberal e capitalista de uma democracia de baixa densidade participativa, que exclui os valores dos povos indígenas na órbita constitucional e continua reproduzindo os modelos coloniais do centralismo jurídico.

O exemplo que temos vindo a defender reflete-se na jurisprudência sul-africana, na sequência da Constituição Provisória que teve interesse em absorver o *Ubuntu* como um princípio de valor constitucional, mas não foi incluído na Constituição final. Sua inclusão agora é um ponto discutível, mas é curioso que não tenha sido incluído. No entanto, A Jurisprudência sul africana, admitiu o valor constitucional do *Ubuntu*.

No entanto, esse posicionamento de considerar *Ubuntu* como princípio constitucional não está imune às críticas, porém alguns juristas sul africanos alegam a falta de conteúdo substancial em relação ao *Ubuntu*. Não obstante, Radebe e Phooko (2017) citando Irma J Kroeze, entendem, que há um conjunto de obrigações que podem orientar questões de justiça extraído do *Ubuntu*, tais como a obrigatoriedade dos membros da família ajudar uns aos outros, a priorização da vida em detrimento de qualquer outra coisa, outro aspecto é, o dever que todas as crianças e os adolescente devem manter em respeitar os adultos; assim como os adultos devem cuidar de todas às crianças. Ademais, incumbe aos adultos poderem disciplinar todas as crianças, para garantir uma conduta social e moralmente aceitável.

E outro argumento associado a este princípio, radica no âmbito penal, no qual, Radebe e Phooko, fazem a questão mencionar que: crime não é cometido contra um indivíduo, mas sim contra toda comunidade. Portanto, o criminoso deve buscar a absolvição da comunidade e não do indivíduo, estabelecendo a importância da justiça restaurativa. Ademais, este princípio dá primazia os acordos e reconciliação como mecanismos de resolução de conflito, sem olhar para caráter retributivo em primeiro plano<sup>238</sup>.

Mokgoro (1998) sublinha que a ausência de *Ubuntu*, só é vislumbrada quando as pessoas percebem que mesmo com uma Constituição formal declarando direitos e que proíbe violações de direitos, no entanto, o crime continua sendo proliferado, daí que; constata-se que as pessoas não agem em conformidade com os ditames proposto pelo *Ubuntu*, não obstante, lembram-se que é pertinente a que a comunidade haja de acordo com os padrões propugnados por esse princípio<sup>239</sup>.

Ainda que alguns juristas sul africanos considerem esse ideário como um pensamento incompatível com a Constituição formal, na prática vai se constatar que esses princípios estiveram materialmente presentes na constituição costumeira, justificados pela prática social reiterada.

---

<sup>238</sup>MOKGORO, J. Y. Ubuntu and the law in South Africa. **African Journals Online**, Vol. 1 No. 1 (1998), DOI: 10.4314/pej.v1i1.43567 Disponível em: <https://www.ajol.info/index.php/pej/article/view/43567>. Acesso em: 10 ago. 2022.

<sup>239</sup> Ibidem.

Outrossim, o princípio *Ubuntu* foi instrumento primordial no período de transição na África do Sul, sendo instrumento de justiça utilizada pela Comissão de Verdade e Reconciliação, que julgou os criminosos de guerra na época do *Apartheid*, no governo de presidente Nelson Mandela. Além disso, o *ubuntu* assumiu a dimensão deontológica, no qual a Constituição interina do período de transição sul africano de 1993, concebeu o *Ubuntu* como pilar da nova democracia na África do Sul, entretanto, essa previsão foi suprimida nas Constituições posteriores<sup>240</sup>.

Partindo do raciocínio que várias Constituições africanas, como a sul africana de 1996, a Constituição moçambicana de 2004 entre outras, admitem o pluralismo jurídico, reconhecendo a existência de comunidades indígenas ou tradicionais, que possuem diferentes manifestações do direito consuetudinário da sociedade, é mister compreender que *Ubuntu* como é um princípio constitucional implícito e material, amparado pelo pluralismo jurídico, identificado no direito das comunidades indígena ou não o direito tradicional.

O reconhecimento do pluralismo jurídico como um princípio constitucional emancipador, pressupõe o reconhecimento dos princípios informais presente dos povos africanos. *Ubuntu*, não se trata apenas de um mero ideal de uma moralidade social, pelo contrário, um fundamento intrínseco dos povos bantus, que atualmente ganha notoriedade epistêmica, sendo objeto de diversas discussões políticas, filosófica e jurídicas. A constitucionalização do *Ubuntu* como um princípio norteador da sociedade africana, é um mecanismo que demonstra a importância deste princípio, enquanto um instrumento de argumentação jurídica.

A não integração constitucional desse princípio moral pelas constituições africanas, sobretudo nos países da África Austral - exceto a África do Sul, que teve essa iniciativa na Constituição provisória de 1994 -, associa-se ao fato do projeto de colonialidade epistêmica e jurídica, que não contempla os direitos indígenas ou tradicionais como normas do Estado, preferindo a reprodução colonial. A absorção desse princípio nas Constituições africanas configura uma forma de descolonização de um direito totalmente liberal, propondo um equilíbrio entre valores que fortalecem a ideia de um Estado social.

O processo de pós-colonial de constitucionalização, revestiu-se de fragilidades participativas, ondes a lite nacionalista não deu conta de conceber os princípios do Direito tradicional e os padrões políticos e sociais das comunidades, estes preferiam importar e dar continuidade de um modelo político constitucional europeia.

---

<sup>240</sup> RAMOSE, Mogobe B. **Sobre a Legitimidade e o Estudo da Filosofia Africana**. University of South Africa. Tradução Dirce Eleonora Nigro Solis; Rafael Medina Lopes; Roberta Ribeiro Cassiano.

### 7.2.1 Ubuntu como parâmetro de justiça afrocêntrica

Justiça é um termo polissêmico que discutido em diversos campos da ciência, na filosofia, direito, economia literatura entre outros, com vistas a encontrar critérios de equilíbrio ou proporcionalidade aplicados em diversas esferas das relações humanas, assumindo diversas modalidades de justiça.

Perelman (1996) trata de diversas modalidades de justiça, agrupadas de seguinte maneiras, a) A cada qual a mesma coisa, segundo este modelos todos seres devem ser tratados da mesma forma sem nenhuma distinção, b) A cada qual segundo seus méritos, aqui vale o esforço e aptidão, c) cada qual segundo as suas obras, levando em conta o resultado da ação, d) a cada qual segundo suas necessidades , nesta não se se leva em conta os méritos nem os resultados mas sim reduzir os sofrimentos do que necessita. Por outro lado, tem a justiça distributiva e comutativa, a primeira pauta-se numa igualdade, contudo, levado o esforço individual para concessão de vantagens, e segunda modalidade, busca proporcionar igualdade em cada ato jurídicos, no qual um contrato não pode beneficiar apenas uma parte e arruinar outra<sup>241</sup>.

Ainda no debate sobre justiça, é pacífica a ideia de justiça como igualdade formal entre os indivíduos, reafirmada pela teoria política de Jonh Rawls (2002) na justiça como equidade, fruto de um contrato social em que os cidadãos estariam aptos a agir de acordo com os princípios de justiça eleitos pelos membros de uma sociedade na posição inicial em que todos os indivíduos se encontram à luz de um veio da ignorância, assentado no contrato social hipotético em situações em que os indivíduos desconheçam as vantagens sociais inerentes a cada um.

Amartya Sen argumenta que a noção de Rawls (2002) de justiça como equidade está ligada a uma justiça baseadas nas instituições perfeitamente justiça, no qual estaria ligado a uma ideia de justiça extraído de uma concepção indiana antiga que é *niti* associado a adequação organização e à correção comportamental.<sup>242</sup> Entretanto, a maior preocupação da teoria moral de Sen sobre justiça, assenta no *nyaya*, que diz respeito ao modo em particular das vidas que as pessoas são realmente levam<sup>243</sup>. Não obstante, *Ubuntu* oferece uma concepção de justiça voltada para ambas as categorias, que vai se preocupar com a justiça institucional, assim como justiça voltada na humanidade do outro, neste caso o indivíduo inserido no mesmo átomo.

Moeketsi, assemelha *Ubuntu* como justiça proposta por Rawls, sugerindo que se possa aproveitar os elementos tradicionais oferecidos pelo *Ubuntu* e combiná-los de forma a consolidar a democracia nos países da África austral.

<sup>241</sup> CHAIM, Perelman. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira, editora Martins Fontes, são Paulo 1996. Pag. 6-20.

<sup>242</sup> SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelle Mendes. Companhia das Letras, 2009. P. 266-270.

<sup>243</sup>NUSBAND, Martha. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge;London: The Belknap, 2011. Pag.21-28

*Ubuntu* como uma concepção de justiça comunitária africana incorpora valores morais que dita o que é fazer o certo no âmbito africano, neste contexto, Moeketsi não para por aí, entende que a justiça como equidade está ancorada ao contrato social. E a cosmologia africana do *Ubuntu*, é ao mesmo tempo um contrato social e compromisso moral público, que sujeita os cidadãos e os seus líderes.

Historicamente, os chefes africanos eram obrigados a governar mediante as leis costumeiras com o consentimento do povo. O *Indaba, lekgotla*, eram tidos como fóruns cujos assuntos de interesse público eram debatidos abertamente e tomando-se decisões coletivas, o que se assemelha com as teorias do contrato social Rawls<sup>244</sup>.

### 7.2.2 *Ubuntu* e os direitos fundamentais de segunda e terceira geração

*Ubuntuismo* enquanto uma construção epistemológica e filosófica africana não está dissociada do teor jurídico dos direitos fundamentais, pois é possível associar essa cosmologia africana à gramática dos direitos fundamentais, mormente, os direitos de segunda e terceira geração, que são direitos que pressupõem a concretização do princípio da solidariedade e igualdade e universalidade.

A função social desses direitos é de resolver a profunda crise de desigualdade social, que se notabiliza no mundo pós-segunda guerra, visando acomodar a justiça social. E para Ramose, a filosofia *Ubuntu* é a síntese da justiça social de acordo com a linguagem dos povos bantus.

Os direitos de segunda geração desembocam na ideia de distribuição dos bens constitucionais básicos, aos membros de uma sociedade. Todavia, essa distribuição dos bens sociais, alicerça-se numa distribuição equitativa dos bens constitucionais dos membros de uma sociedade, tal como pondera o Rawls.<sup>245</sup> E *Ubuntu* enquanto um instrumento de justiça a serviço de uma comunidade, apresenta uma linguagem semelhante à de direitos fundamentais, baseada na igualdade e solidariedade e, sem dúvidas, esta cosmologia contempla o somatório dos direitos básicos como: o direito ao trabalho, direito à educação direito à saúde etc.

No tocante aos direitos de fraternidade, conhecidos como direitos de terceira geração ou dimensão, que segundo Bonavides, trata-se de direitos dotados de altíssimo teor de humanismo, sendo direitos destinados a um grupo e não indivíduo em si, tem como destinatário o gênero humano, em qualquer lugar a que se encontre. Por conseguinte, São direitos desta dimensão, direito à paz, desenvolvimento, ambiente equilibrado, direito ao patrimônio comum da

<sup>244</sup> LETSEKA, Moeketsi. *Ubuntu and justice as Fairness*. **Mediterranean Journal of Social Sciences**, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 544, may. 2014. ISSN 2039-2117. Available: <https://www.mcser.org/journal/index.php/mjss/article/view/2670>. Date accessed: 08 Apr. 2021

<sup>245</sup> RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

humanidade, que na sua substância, não se dissocia-se com a espinha dorsal do conteúdo pregado pelo *Ubuntu*.

Para Metz um dos teóricos africano, que enfatiza o resgate do *Ubuntu* como cosmovisão africana, sugeri que a compressão dos direitos difusos, acima mencionados só são eficazes por meio de uma compressão da cooperação e iteração dos membros de uma comunidade, que é a base do *Ubuntu*, enquanto forma de vida que parte desta dimensão comunitária, que visa ressalvar os interesses gerais da c que garante e preservação da humanidade.

O direito ao meio ambiente equilibrado, à paz, ao respeito pelo patrimônio cultural, em geral, pressupõe um dever coletivo em que cada cidadão se compromete a defender a natureza, garantir a reciprocidade, para manter os interesses das coletividades intactas. Ou seja, são direitos que também merecem uma intervenção do Estado, mas sobretudo uma ação ou omissão dos particulares para a efetividade plena desses direitos. E *Ubuntu* oferece um arcabouço teórico capaz de compreender o dever de cada membro do grupo com maior profundidade.

### 7.2.3 Deveres jurídicos e os direitos fundamentais à luz do Ubuntu

A ontologia proposta pelo *Ubutismo* tem como paradigma fulcral a observância dos deveres para com outro, ou seja, o compromisso moral com deveres, pressupõe uma garantia plena para a fruição dos direitos civis e políticos. E no âmbito africano, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal como: a vida, integridade física, psicológica etc. só são plenamente resguardadas quando os membros de uma sociedade limitam a sua liberdade externa em favor do Outro. E isto, ocorre quando a sociedade está atenta aos seus deveres.

Nas culturais liberais, vislumbra-se o oposto, dando-se primazia a existência dos direitos em relação aos deveres,<sup>246</sup> que não tem recebido o mesmo tratamento. Dito de outra maneira, maior parte dos Cartas constitucionais de modelo liberais são prolixas em exprimir os direitos que os indivíduos possuem, sublinhado de forma módica o compromisso com os deveres dos cidadãos. Já na cultura africana, a ideia de deveres é tratada com maior em fase, de tal forma que um dos instrumentos normativo regional africanos como é a Carta Africana dos direitos Humanos e dos Povos de 1981, consagra com mesmo grau os direitos e os deveres dos cidadãos, sublinhando

---

<sup>246</sup> AU. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos**, preâmbulo e artigos 2º e 19. 1º de junho de 1981. Disponível em: [https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7770-file-banjul\\_charter.pdf](https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7770-file-banjul_charter.pdf). Acesso em: 05 mai. 2017. O documento trata de maneira contundente a consagração dos deveres e os direitos.

A dimensão moral da norma é trazida pelo Kant, quando reconhece a ideia do dever ser como imperativos categórico. E quando Kant aborda essa dimensão moral da Norma, ele não se refere a uma norma positiva, porém fala de razões morais para obediência à uma norma positiva ou escrita. A natureza moral do homem, que se traduz na capacidade de estabelecer escolhas próprias, manifesta a intenção de reconhecer normas e distingui-las quanto a sua imperatividade.

que indivíduo tem deveres com sociedades, família, as instituições e dever de respeitar a natureza. Esta consagração, decorre de um princípio extraído da cultura do *Ubuntista*

Do ponto de vista dogmático, a eficácia da dignidade humana, o direito à vida, integridade física e moral, direito a imagem e bom nome, às liberdades negativas de não intervenção ou privação, decorrem essencialmente pela observância dos deveres dos indivíduos, em não prejudicar o direito do outro. O sujeito idealizado pelo *Ubuntu* para a existência do Eu. Os direitos individuais, maior parte são eficazes quando os indivíduos se comprometem com o dever de respeitar os direitos do outro.

A inobservância dos deveres na interação pública ou coletiva conduz a um constitucionalismo de meras declarações e promessas constitucionais sem margem de elevado grau de efetividade, ainda com os direitos e as garantias previstos em texto constitucional e em leis ordinárias. Não obstante, as atrocidades e violações continuam ocorrendo. O exemplo disso pode ser observado facilmente em vários países, como Honduras, Venezuela, Lesoto, El Salvador, México, Brasil, Colômbia, entre outros, que mesmo com uma Constituição brilhante, que consagra a soma de direitos fundamentais, a cada minuto há um homicídio, violência doméstica, estupro e outros crimes hediondos, o que não ocorre com a mesma frequência e proporcionalidade nas sociedades indígenas e tribais, seja na América latina ou África, com toda ressalva de ser uma comparação numericamente desproporcional. Porém, pretende-se com isso ilustrar empiricamente o compromisso moral que se tem em relação à integridade e dignidade do Outro.

O constitucionalismo liberal na África pode reaprender a lidar e aceitar os *in puts* da tradição jurídico-filosófico africana, enquanto uma concepção moral e política daquele povo. Frise-se que, que essa concepção arraigada fortemente em deveres, não reduz a importâncias dos direitos individuais, portanto, configura-se um ideário capaz de combinar a lógicas dos direitos e os deveres, dando-se a primazia das ambas as categorias.

#### **7.2.4 Ubuntu como fundamento do Estado**

A defesa do *Ubuntu* como um princípio aberto de matriz político constitucional, não esgota em questões de juricidades, antes de mais, o *Ubuntu* constitui um parâmetro, político, econômico e ideológico de um Estado. Mesmo que alicerçado em democracias liberais.

E pensar no resgate epistemológico do *Ubuntu*, demonstra-se pertinente em contexto em que se agudiza a crise da desigualdade social, corrupção, pobreza extrema e depredação da natureza, que tem se tornado maior óbice do desenvolvimento na África, em que as políticas de globalização econômicas, assente no liberalismo e capitalismo vai imperando nos países globalizados. Pois, torna-se crucial o resgate desta cosmovisão de matriz africana proposta pelo

*Ubuntu*, visando maximizar a ideia de solidariedade nacional, o bem-estar comum, a valorização da justiça social, transparência pública e boa governação<sup>247</sup>.

Para Peter (2018), citando Ramose, há a importância de resgatar o *Ubuntu* enquanto um princípio distributivo econômico, orientado para o seguinte aforismo africano: “*Feta kgomo tshware motho*”, que se traduz em postulado distributivo que coloca o compartilhamento mútuo, o cuidado e a preservação da vida acima da acumulação individualista da riqueza<sup>248</sup>.

E um cenário em que os países africanos tendem a seguir o processo da globalização e a internacionalização dos seus Estados, tal como foi aludido preliminarmente e que tem culminado com uma onda do elevado grau de privatização das instituições do Estado e da pluralização de economia de mercado, deste modo, urge capturar historicamente e culturalmente o âmago das políticas tradicionais dos Estados africanos, que desconheciam a propriedade privada na lógica de acumulação do capital e de linguagem baseada no lucro e nos interesses individuais, que contrastam com a cosmovisão propalada pelo *Ubuntu*. Pois, essa categoria da razão prática,<sup>249</sup> desvela-se como um verdadeiro fundamento das Repúblicas dos países da África austral, servindo de meio para conter às desigualdades estruturais, que vai se alargando nos Estados africanos, assente numa política neoliberal, onde há a distribuição das riquezas e de outros bens constitucionais, como a saúde e educação, tem sido distribuído de maneira proporcionalmente desigual.

No dizer de David McDonald (2010), *Ubuntu* e capitalismo são como óleo e água, eles não se misturam. Para o mesmo autor, a linguagem do *ubuntu* tem sido apropriada e ressignificada para reforçar formulação das políticas neoliberais, desenvolvida no período pós-apartheid, mormente na África do Sul, desejando tornar o país mais favorável para negócios. Sem embargo, a uma política de mercado e a propriedade privada, é tão importante quando equilibrado com o interesse geral da sociedade e, não uma política de mercado que serve para acomodar um grupo minoritário de indivíduos. O autor argumenta, que as atuais políticas do mercado capitalista, são depredadoras dos recursos naturais e que maximiza a riqueza das minorias e o empobrecimento de massas, sendo incompatível como a ideário propugnado pelo *Ubuntu*, que tem supedâneo no altruísmo para com o próximo. *Ubuntu* tem sido adaptado para colher uma filosofia de gestão local, levando a melhor governança corporativa, ligadas a

<sup>247</sup> MCDONALD, David A. Ubuntu bashing: the marketisation of ‘African values’ in South Africa. **Review of African Political Economy** Volume 37, 2010 - Issue 124. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03056244.2010.483902>. Acesso em: 08 abr. 2021.

<sup>248</sup> MWIPIKINI, Peter. Ubuntu e a sociedade moderna. **South African Journal of Philosophy**, volume 37: edição 3, pag. 322-334, DOI: 10.1080 / 2018. 02580136.2018.1514242 Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02580136.2018.1514242>. Acesso em: 15 abr. 2021.

<sup>249</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2016.

responsabilidade social.<sup>250</sup> Há uma onda do liberalismo individualista, que atua em favor das grandes corporações e, que tem sido um problema crucial na África, culminando com exorbitantes níveis de desigualdades sociais, apropriação de riqueza pelas multinacionais, que por vez não se converte em melhoramento de vida da população nativa, que vive fustigada pela pobreza.

Num cenário político conturbado como sucede na África, invocar o princípio do *Ubuntu* como um instrumento constitucional, que fundamenta os Estados africanos, especialmente na África Austral, pode idealizar de uma melhor maneira a justiça social com base na igualdade formal e material e quiçá vários meandros da atividade política do Estado, começando por questões ligadas às políticas públicas, econômicas administrativas e financeiras para a formação de uma Estado mais comprometido com o desenvolvimento e bem estar da população.

*Ubuntu* como um fundamento de moralidade pública, contrapõe-se aos atos de má governação, corrupção ativa e passiva etc. O ideário desta filosofia pode ser ressignificado para uma linguagem coloquial moderna, coadunado com os padrões de transparência das atividades administrativas e políticas do Estado, com base da concepção de justiça ubuntuana.

## 7.5 Considerações

A incorporação do *Ubuntu* como um princípio constitucional, não esgota somente na ideia de decolonização do liberalismo constitucional, antes demais, apresenta uma fórmula que compreende múltiplas dimensões da justiça, ligada ao conceito da dignidade, igualdade e liberdade, pautada na alteridade. Por outro lado, este princípio oferece um padrão de moralidade pública e privada, podendo servir como um parâmetro de argumentação políticos constitucional para diferentes fins. A deia do *Ubuntu* enfatiza a consolidação e o respeito pelos direitos, liberdade e garantias fundamentais, ao mesmo tempo *Ubuntu* corrobora para um Estado de justiça social, que visa diminuir a desigualdades sociais e econômicas, dos países africanos que partilham dessa visão.

Embora este princípio estivesse sempre presente materialmente nas interações sociais dos povos africanos, contudo a sua positivação no texto constitucional, massificará o grau do seu reconhecimento pelos cidadãos, servido de uma identidade cultural memorável, que de certa maneira influenciará as ações dos indivíduos nos países aqui apontado

---

<sup>250</sup> MWIPIKENI, Peter. Ubuntu e a sociedade moderna. *South African Journal of Philosophy*, volume 37: edição 3, pag. 322-334, DOI: 10.1080 / 2018. 02580136.2018.1514242 Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02580136.2018.1514242>. Acesso em: 15 abr. 2021.

## 8 CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA PARA A ÁFRICA: UMA BUSCA EMANCIPATÓRIA PARA REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Demonstra-se neste capítulo o retrocesso do constitucionalismo africano em acompanhar de maneira igualitária a evolução dos direitos civis e políticos das mulheres naquele continente, na medida em que o direito tem se apresentado como um instrumento de manutenção de poder, que garante os privilégios sociais e políticos aos homens, que se valem de pretexto cultural para reafirmar a posição hegemônica como único sujeito universal e que, simultaneamente, determina meios de legitimação de uma normatividade patriarcal, sexista e misógina, que continua oprimindo a dignidade das mulheres. Isso é veiculado por um discurso falocêntrico que limita diversos direitos às mulheres, vítimas de uma política e narrativa jurídica ligadas à maternidade compulsória, à redutibilidade das liberdades negativas e a não inclusão das mulheres no processo democrático, que acaba afetando os direitos reprodutivos, direito ao desenvolvimento, direito ao trabalho, direito à participação política e econômica no âmbito estatal etc. Por outro lado, vislumbra-se uma naturalização da cultura androcêntrica e machista, o que tem contribuído para elevados níveis de violência doméstica e sexual. E, nesse sentido, o estudo apela para uma comunicação legislativa, hermenêutica e de políticas públicas que possam ser desencadeadas pelo constitucionalismo africano, com vistas a alçar-se a justiça de gênero nos Estados africanos, revertendo a dimensão estrutural do sexismo naturalizado.

E propõe-se como objetivo fulcral desse capítulo, perquirir sobre a transformação que o constitucionalismo e às políticas públicas do Estado podem oferecer, para garantir à justiça de gênero nos países africanos, mormente os de expressão portuguesa. E por outro lado, esse capítulo visa propor uma argumentação que absorva a linguagem e as reivindicações do feminismo no direito, para viabilizar o acesso dos direitos fundamentais das mulheres naquele continente.

Antes de compreender a questão do constitucionalismo dogmático na África, é de extrema importância retornar à história africana, que foi marcada por aproximadamente quinhentos anos de escravidão, calcada na opressão, exploração e a marginalização dos povos africanos; que se viram à margem da humanidade. E nos dias atuais, várias formas de opressão continuam reverberando socialmente, atingindo principalmente às mulheres, que perpassam multifacetadas formas de discriminação de gênero, produto de uma reprodução do pensamento colonial escravocrata, opressor e patriarcal, que taxonomizou pessoas humanas pelo estereótipo racial, classe e gênero e que, hodiernamente tem corroborado para à massificação de sociedade sexista, misógina e extravagantemente desigual entre homens e mulheres nos Estados africanos.

No dizer de Amina Mama (2010), o imperialismo europeu não interferiu apenas na espoliação dos recursos matérias africanos, como também introduziu um modelo civilizatório violento, de caráter machista, oriundo de uma ideologia de gênero misógina, que já se orquestrava

na Europa no sec. XIV e XVII, tal como: à caça às bruxas no período da inquisição na idade média, que durante o mesmo século, milhões de mulheres foram sistematicamente torturadas antes de serem queimadas vivas. A opressão da mulher na Europa, teve uma repercussão direta no tratamento das mulheres nas colônias. A desigualdade de classe, gênero e raça que atuava na Europa no sec. XVIII e passou a ser um modelo de masculinidade imperial transferido para as colônias. E estupro das mulheres africanas pelos militares europeus, muitas vezes representou como símbolo de conquista e de reafirmação hegemônica racial, que visa humilhar o colonizado<sup>251</sup>.

E outro exemplo alinhado a essa prática, pode ser notado a partir dos anos de 1909, em que os britânicos passaram a instituir leis que proibiam o concubinato com as mulheres africanas, inclusive impôs-se uma penalidade para homens britânicos que viessem a manter relações sexuais com a mulheres africanas. E essa contradição entre o desejo da mulher africana e menosprezo imposto a elas, tornou-se uma dinâmica social de masculinidade europeia, que tinha como função exaltar a branquitude imperial diante homens africanos, supostamente inferiores, que tinha que absorver a violência corporal dos chicotes e por outro lado, arcar com o sofrimento emocional e psicológico que emanava da violência de gênero, que consubstanciava-se no estupro da mulher africana, que também era alvo dessa tortura multifaceda<sup>252</sup>.

Já no período pós-colonial, continente africano encontra-se mergulhado no ciclo elevado de violências contra mulheres, como índice alto de violência doméstica, assédio sexual, estupro, feminicídio, mutilação de genital feminino, em algumas regiões como a Serra leoa. Também se assiste uma alta precarização do trabalho feminino e<sup>253</sup> outras questões não mitigadas como: o aborto resultante de estupro, o que tem contribuído para a violação da dignidade da mulher africana atualmente.

Diante disso, questiona-se até que ponto o constitucionalismo jurídico avançou no continente africano e qual é o nível de efetividade dos direitos fundamentais? Sobre essa questão, cabe referir que o papel do constitucionalismo enquanto uma técnica de limitação de poder que visa à salvaguarda dos direitos fundamentais<sup>254</sup>, encontra-se forjada do seu real significado e sua função primordial nos países africanos, em que as mulheres veem a sua liberdade restringida e

---

<sup>251</sup> MAMA, Amina. Heroínas e vilões: conceituando a violência colonial e contemporânea contra as mulheres na África. In: ALEXANDER, Jacqui; MOHANTY. **Chandra Talpade**.p.3-8

<sup>252</sup> Ibidem.

<sup>253</sup>BBC NEWS BRASIL. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1iRaKep87fM> Acesso em: 05 jul. 2023. Estima-se que 80% das mulheres jovens na serra Leoa já sofreram mutilação genital. A perenização cultural dessa prática que desumaniza o corpo feminino e que inibi de prazeres sexual da mulher, é considerada como um ritual para purificar a mulher. E esse discurso não passa de uma manutenção de privilégios e direitos que homens têm, em virtude de um machismo sistêmico. Ademais, a mulher não goza de nenhum poder de consentir em relação ao ato. E mesmo que muitas mulheres recusem à prática elas são forçadas e realizar o rito como uma condição para o casamento e ser respeitadas como sujeito naquelas sociedades.

<sup>254</sup> MELLO DO AMARAL JUNIOR, J. L. Constitucionalismo e Conceito de Constituição. **Revista de Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 98, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i98.5583. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5583>. Acesso em: 6 jul. 2023.

seus múltiplos direitos limitados, tais como: direitos reprodutivos, direito à educação, à igualdade, direito à trabalho digno e direito ao desenvolvimento etc.

Embora as discussões do feminismo no âmbito histórico não transitem diretamente no diálogo com a dogmática jurídica constitucional, é papel do Estado aferir o grau de eficácia das normas jurídicas produzidas internamente e identificar políticas públicas para efetivá-las. A ideia da força normativa da Constituição<sup>255</sup> não deve configurar uma mera retórica constitucional e pretensões parciais que beneficiem um determinado grupo social - nesses casos, os homens. Diversas Constituições de países africanos afirmam formalmente a adoção da igualdade como um princípio formal; não obstante, também se constatam empiricamente elevados níveis de injustiças e sofrimento humano que as mulheres sofrem no mesmo continente.

Por uma questão metodológica, cabe referir que o constitucionalismo moderno na África começa entre os anos 1950 e 1960, quando maior parte dos países africanos começam a conquistar independência e constituir novos governos pós-coloniais. E no panorama hodierno, nota-se um retrocesso inerente aos direitos civis e políticos das mulheres, enquanto a classe dos homens disputa esses direitos de maneira minimamente igualitária, embora haja outros desdobramentos em função da estratificação social, que não cabe a este trabalho. Sem embargos, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, reconhece no art. nº 03, que todas as pessoas se beneficiam de uma total igualdade perante a lei.<sup>256</sup> E protocolo de Maputo vinculado ao mesmo instrumento normativo, reafirma a igualdade entre homens e mulheres e, proibi toda forma de discriminação. Outrossim, inúmeras Constituições jurídicas dos países africanos, reconhece o princípio da igualdade e liberdade como direitos universais, mesmo assim, se verifica um fosso entre a declaração constitucional e a vida político-social, preenchida de um construto social que subalterniza e limita direitos às mulheres.

O princípio da igualdade e liberdade na perspectiva africana, está enclausurado a uma dimensão semântica, restrita à parâmetros formalísticos e ilusórios, que não almeja pretensões de equidade material política e social. E ainda no âmbito formal, a igualdade, não ocorre de forma plena. Porque o direito encontra-se submetido a uma ordem sexista, do falo masculino<sup>257</sup>, que controla e manipula os limites de eficácia das normas jurídicas naqueles espaços, estabelecendo o desejável socialmente e o indesejável, portanto, a igualdade é um objetivo político e social, pois não se confina a formalidade jurídica apenas, devendo ser concebido como um programa ou objetivo de Estado democrático. Nessas circunstâncias, o direito passa a exercer uma função legitimadora do sofrimento humano imposto às mulheres.

---

<sup>255</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

<sup>256</sup> CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS DE 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 05 jul. 2023.

<sup>257</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

O movimento constitucional africano, mante-se neutro à essas realidades socioculturais, que violam o conteúdo das normas fundamentais, que negam à mulher a posição de sujeito Universal, excluindo-as da órbita dos humanos considerados politicamente plenos. Nesta senda, o papel do direito mostra-se forjado num mecanismo de controle social, que demarca relações de poder a serviço de privilégios dos homens nesses países, que detém a força social e legal, de se perpetuar como sujeitos hegemônicos, enquanto às mulheres vivem debaixo do controle da masculinidade africana, despido de quaisquer autonomia<sup>258</sup> e liberdade negativa<sup>259</sup> em relação ao seu corpo. Sem embargo, as limitações impostas às mulheres transcendem abusos físicos, destarte, é possível notar ainda, uma limitação que pretende a consciência feminina enquanto ser-moral, de puder controlar a sua existência e seus desejos políticos e morais.

A violência e discriminação praticadas contra mulheres devido a sua condição biológica deriva das representações sociais em torno do sexo, o que tende a crescer em países como Moçambique<sup>260</sup>, Angola<sup>261</sup> e Guiné Bissau. A legitimação da cultura do assédio, estupro, da violência doméstica nesses locais é amparada socialmente e integrada como dimensão cultural, que inferioriza a humanidade desse ser invisibilizado, desfigurado de inteligência racional. Esse fenômeno vai além dos limites semânticos jurídicos, e está intrínseco no modelo cultural machista e patriarcal que a sua perpetuação gera benesses aos homens, o qual ignora a problemática da desigualdade de gênero, colocando a desigualdade como princípio normativo vivo associado à causa natural que permite ideologias sociológicas equivocadas e concebe o feminino como um sujeito subalterno de serventia masculina.

Em um primeiro momento, essa violência estrutural contra às mulheres, reporta-se à uma discussão voltada para a sociologia comportamental, que pode ser minimizada à luz de uma educação libertadora e um progresso das leis fundamentais coadunadas com lentes hermenêuticas de consciência do empoderamento feminino<sup>262</sup>, que podem valer-se do argumento da discriminação positiva<sup>263</sup>, a fim de reduzir a dissonância jurídica e política entre homens e mulheres. E deste modo, viabilizar a emancipação das mesmas e, reconhecendo a diversidade como parâmetro de justiça de gênero, conferindo as mulheres os direitos e garantias fundamentais equitativas. Entretanto, o movimento constitucional não deve manter-se cego propositalmente à

<sup>258</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa: Ed. 70, 1999.

<sup>259</sup> PETTIT, Philip. El Giro Republicano. In: PETTIT, Philip. **Republicanism** – Una teoria sobre la libertad y el gobierno. Trad. Toni Domènech. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

<sup>260</sup> NHAMPOCA, E. C. EDUCAÇÃO E DIREITOS DAS MULHERES EM TEMPOS DE PANDEMIA EM MOÇAMBIQUE. **Revista de Educação Pública**, [S. l.], v. 30, n. jan/dez, p. 1–21, 2021. DOI: 10.29286/rep.v30ijjan/dez.11848. Disponível em:

<https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/11848>. Acesso em: 5 jul. 2023.

<sup>261</sup> BRITO, Margarida João de. **A violência doméstica em Angola: análise do regime jurídico angolano**. 2018. Dissertação de mestrado da Universidade de Minho, Portugal. Disponível em; <https://hdl.handle.net/1822/60752>.

<sup>262</sup> BERTH, Joice. **Empoderamento**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Pólen, 2019.

<sup>263</sup> Discriminação positiva, trata-se de um argumento de natureza jurídica que tem como finalidade de promover determinados grupos ou categorias de pessoas que não estão em situação ou em condição de igualdade plena. Isso dá-se quando uma lei enuncia que; reforça-se a candidatura das mulheres para determinados postos de trabalho.

essas atrocidades, devendo captar as discussões do feminismo como um instrumento para elaboração de novos paradigmas normativos, que culmine em leis específicas que protegem e promovam o bem-estar das mulheres.

### 8.1 Por que o constitucionalismo deve ser feminista?

Muitas vezes, o direito mante-se conivente diante das injustiças sociais que acomete às mulheres, isso acontece porque direito passa pertencer um interesse de uma classe, categoria ou grupo, ignorando outros problemas sociais. O exemplo disso é refletido no direito à voto,<sup>264</sup> que estava circunscrito à determinada categoria de classe, de homens brancos e com propriedade. O sistema de Apartheid na África do Sul de 1948, demonstra empiricamente esta premissa, dos quais os seus efeitos se fazem presentes aos dias atuais. Outro exemplo que pode ser citado é tem a ver com a questão do consentimento do homem, para que a mulher pudesse realizar ou praticar determinados atos jurídicos, e não se restringe apenas a isso, a história do direito e a sua evolução mostra diferenças injustas que limitava direitos das mulheres, consideradas adúlteras, das quais os filhos não poderiam figurar como legítimos e conseqüentemente deserdados dos direitos de herança e outros direitos relacionados à paternidade e maternidade dos filhos provenientes de relações extraconjugais.

À luz desses exemplos, é possível perceber que a normatividade jurídica, em alguns casos, é o resultado de uma cultura social, na qual o direito passa a corresponder como um meio de poder legitimador de interesses. No dizer de Bonatto; Girardi Fachin *et al.* (2022)<sup>265</sup> citando Lopes e Lima (2012), o direito é uma prática discursiva que age no meio social e como mecanismo para legitimar o poder daquele que domina. E direito como discurso cria e separa as identidades, podendo incluir e excluir grupos.<sup>266</sup>

A cultura do patriarcado é uma estrutura de linguagem, que permite estabelecer um discurso falocêntrico<sup>267</sup>, que pode se manifestar ao nível das distribuições econômicas, dos direitos sociais, civis e políticos. E essa estrutura não atravessa exclusivamente os países africanos, entretanto sendo os mais recentes a construir uma história do constitucionalismo, democracia e direitos humanos, eles registraram inúmeras truculências dessa natureza, o que não

---

<sup>264</sup> As discussões sobre o direito ao voto tiveram origem na França do século XVIII. Somente em 1893 a Nova Zelândia se tornou o primeiro país a garantir o sufrágio feminino, graças ao movimento liderado por Kate Sheppard.

<sup>265</sup> BONATTO, M.; GIRARDI FACHIN, M.; DE QUEIROZ BARBOZA, E. M. Constitucionalismo feminista: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, n. Edição Especial Mulheres e Justiça, p. 213–224, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/312>. Acesso em: 5 jul. 2023.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ocorrem em mesmas proporcionalidades como nos países ocidentais, que ultrapassaram alguns problemas semelhantes.

Ao mesmo tempo que o direito pode corroborar com questões opressoras, da mesma forma que o mesmo pode ser um elemento emancipador, como uma espada de dois gumes, visando quebrar condão social das injustiças e opressões cíclicas, criando normas protetivas e promocionais que tende a criar uma sociedade livre e justas. E um constitucionalismo imparcial responsivo, oferece mecanismos para romper com essas questões que colocam em causa o progresso dos direitos fundamentais das mulheres.

Idealizar um constitucionalismo feminista consiste em romper com paradigmas vagos e abstratos os direitos civis, políticos e sociais para uma perspectiva concreta, capaz de fazer face aos ideários que naturalizam todas as formas de violência contra essa categoria. Ser mulher nos parâmetros culturais africanos traduz-se quase numa negação das promessas constitucionais.

Um constitucionalismo feminista procura ressignificar a Constituição e as demais normas ordinárias com uma ampliação de discursos e propostas libertárias do feminismo contra sexista, de forma que mesma sirva hiato para aquisição da liberdade, autonomia, capaz de empoderar as mulheres face aos direitos constitucionais importantes.

## **8.2 A questão dos direitos reprodutivos na África**

A questão do aborto ou direito da mulher dispor do seu próprio corpo, ainda gera polêmicas na África, gerando um debate que perpassa diversas esferas, como a religião, tradição, filosófica e direito. Atualmente existem uma onda de movimentos feminista na África, que advoga que poder sobre o corpo feminino derivaria da mesma, no âmbito da sua autonomia,<sup>268</sup> e este poder decisório sobre o corpo não deve ser relegado às autoridades, tradicionais, religiosas, ao marido e tampouco Estado. E na perspectiva conservadora o aborto representa risco à saúde da própria mulher e interrupção de gravidez constitui uma violação à vida humana, neste caso do nascituro, constituindo um fenômeno iníquo à moralidade pública. Aí se questiona, se o feto pode ser considerado de vida humana.

Por outro ângulo, a criminalização do aborto tem consequências graves à saúde pública das mulheres, às quais não são garantidos métodos terapêuticos seguros para a realização de aborto, culminado no risco de morte dessas, sobretudo jovens, que não possuem condições econômicas para criar uma criança e tampouco condições para arcar com os custos médicos para um aborto seguro.

---

<sup>268</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Textos selecionados**. São Paulo, 1994.

Na Nigéria, o aborto é ilegal e ainda proibido em caso de estupro, só é permitido em caso de risco da perda de vida da gestante.<sup>269</sup> Em Angola o aborto continua sendo punível. Já na África do Sul, Cabo-verde, Tunísia e Moçambique o aborto foi despenalizado, ou seja, é permitido o aborto nas primeiras semanas. Essa reforma foi feita como forma de reduzir riscos de abortos clandestinos e inseguros que colocava em riscos números consideráveis de mulheres. Resta frisar que maior parte dos países africanos o aborto continua sendo criminalizado.

Por exemplo, em Angola o aborto é criminalizado. Como decorre do texto abaixo:

2. Quem, com o consentimento da mulher grávida, interromper a gravidez ou ajudar a interrompê-la fora dos casos previstos no n.º 1 do artigo 156.º é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

4. A mulher grávida que, por facto próprio, interromper a sua gravidez ou, de qualquer modo, participar na interrupção ou consentir que terceiro a interrompa, fora dos casos previstos no n.º 1 do artigo 156.º, é punida com pena de prisão até 5 anos.<sup>270</sup>

O direito ao aborto na África ainda se mostra como uma questão contraditória, que no imaginário social conservador, constroem-se narrativas morais nas quais propaga-se uma ideia de que a prática de aborto é iníqua e perigosa à saúde pública das mulheres. Por outro lado, os dados de países como Moçambique apresenta um percentual de 11% de mulheres que morrem devido à prática de aborto clandestino.<sup>271</sup>

As experiências humanas em relação aos corpos femininos, representa um território ou espaço de batalha ideológica, jurídica e filosófica, que idealiza os parâmetros da legitimidade do aborto, muitas vezes confinadas numa discussão por expectadores externos, em que as mulheres permanecem silenciadas para determinar as opções com o seu próprio corpo. E nesta senda, vale afirmar que o direito de dispor sobre o corpo, apresenta uma característica de um direito potestativo<sup>272</sup>, cuja à sua manifestação independe da autorização do terceiro. A acrescenta-se ainda, que à questão do aborto reside no espaço ou no âmago das liberdades negativas, que excluem o próprio Estado de interferir nos espaços exclusivamente da moralidade privada do indivíduo.

E na mesma esteira de raciocínio, há que compreender que a legitimidade discursiva e política sobre o corpo feminino, deve partir da decisão unilateral do sujeito participante, em função das suas convicções, religiosas, filosóficas ou tradicionais. Todavia, esse espaço de autonomia do sujeito mulher, tem sido ocupado por conjunturas aquém das próprias mulheres.

<sup>269</sup> EREIRA, Charmaine. Promover uma agenda feminista para a mudança, um ponto de vista da Nigéria. *Série Diálogo Feminista*, #2, Nov, pp. 1-5, 2016. Acesso em: 05 jul. 2023.

<sup>270</sup> ANGOLA, **Lei n.º 38/20 de 11 de novembro**. Assembleia Nacional prova novo Código Penal.

<sup>271</sup> MOÇAMBIQUE, Agência de Notícia DW. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/aborto-em-mo%C3%A7ambique-entre-a-legalidade-e-a-clandestinidade/a-63240298> Acesso no 05 de jul 2022.

<sup>272</sup> Direito potestativo é o direito sobre o qual não recai qualquer discussão, ou seja, ele é incontroverso, cabendo a outra parte apenas aceitá-lo, sujeitando-se ao seu exercício. Desta forma, a ele não se contrapõe um dever, mas uma sujeição. Disponível em: Dicionário Houaiss. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm>. Acessado em 16/07/2023.

À vista disso, a punibilidade jurídica do aborto, em códigos penais ou criminais, acaba não demonstrado efeitos práticos por se tratar de uma norma, imbuído de um caráter totalmente simbólico, que visa atenuar álibis de grupos sociais<sup>273</sup>, entretanto sem possuir condições de eficácia, corroborando para a aumento de saúde pública com os abortos clandestinos e precários.

### 8.3 Perigos excludentes de uma maternidade compulsória

Em países com democracias de baixa densidade<sup>274</sup>, tal como é nos países africanos da África subsaariana, as liberdades políticas e civis das mulheres tendem a ser limitadas. Ocorre nesses contextos uma limitação de as mulheres não exercerem escolhas individuais, de como podem conduzir o destino da sua vida. E a maternidade compulsória imposta às mulheres em determinadas situações conjugais tem culminado no retrocesso social da maior parte das mulheres, que devem atender anseios de uma masculinidade que detém o controle sobre seus corpos, capturado por razão sexuada da masculinidade africana.

A maternidade enquanto o poder de gerar a vida, cumpre em primeiro plano uma função social<sup>275</sup>, entretanto a maternidade compulsória transcende a função social originária, ela fica camuflada dentro de um discurso biológico que acolhe o privilégio masculino, que não assiste diretamente as restrições de direitos e oportunidades, que podem estar implicados pela maternidade.

No século XIX, os países europeus buscaram assegurar o bem-estar e proteção das mães, o que se demonstrava obvio. Todavia o direito político do voto conferido as mulheres mães e casadas, demonstrou-se como um prêmio simbólico conferidos às mulheres “tidas como responsáveis, de boa conduta social, que garante à estabilidade familiar e sendo merecedoras de direitos, ignorando as que não estivessem em mesmas situações.

Entendemos a maternidade compulsória em duas perspectivas: a primeira, quando os homens no âmbito conjugal tomam decisões unilaterais em relação à procriação do casal. Nessa situação, o que a mulher pensa pouco importa, ela é um meio para um determinado fim, e ela é esvaziada do seu próprio ser, ausente da sua consciência, figurando uma relação de sujeito e objeto, à disposição do poder patriarcal do homem “chefe da família”, como se diz no seio trivial. A segunda perspectiva da maternidade compulsória prende-se às exigências morais que emanam da coletividade ou da comunidade. Na África isso acontece com frequência quando o casal contrai o matrimônio e os terceiros, como membros da família, amigos e vizinhos, exigem no sentido

<sup>273</sup> NEVES, Marcelo (1996). “Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder”. **Revista de Informação Legislativa**, 132 (33): 321-330.

<sup>274</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução Geral à Coleção. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Democratizar a democracia: caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

<sup>275</sup> HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise et al. **Dictionnaire critique du féminisme Paris**, PUF, 2004 (edição ampliada).

moral que haja filho como resultado do enlace para que o casamento se consolide. A mulher é alvo de diversas pressões sociais. A questão de ter filho concebe-se como uma questão de proteger a sua honra e dignidade pública. E no polo masculino, o homem deve provar a sua virilidade e fecundidade para ter atributos ou *status* de verdadeiro “macho”, o que poderia ser um domínio de uma sociedade androcêntrica, que define a liberdade de escolhas das mulheres de preferirem ou não ter filhos<sup>276</sup>.

O direito como um médium entre os fenômenos social e o político, deve acompanhar essas dinâmicas de poder, que impõe a determinada categoria custos políticos e sociais advindos da maternidade, o que de certa forma acaba pesando mais para o lado da mulher, negando-as o direito às mesmas oportunidades, dificultando o acesso à educação, trabalho, mercado e outras participações políticas. Em vista disso, vislumbra-se uma necessidade de regulamentação de leis, que promova métodos anticonceptivos gratuitos, acompanhado de políticas públicas capaz de assegurar acesso pleno da educação formal.<sup>277</sup> A educação aqui referida não esgota nos conteúdos tradicionais, porém um tecido de linguagem emancipatória de uma consciência de empoderamento feminino<sup>278</sup>.

#### **8.4 Direito ao desenvolvimento, trabalho e as relações econômicas sexistas**

Segundo Hirata; Laborie, Françoise *et al.* (2004), o desenvolvimento refere-se a uma mudança social gerada pela economia e conduzida pelo Estado, envolvendo uma multiplicidade de processo, econômicos, culturais e demográfico. E maior parte países africano da África subsaariana são considerados em via de desenvolvimento, todavia neste trabalho, a questão do direito ao desenvolvimento merecerá uma análise entre o desenvolvimento e relações econômicas sexuadas e suas implicações.

Em primeiro lugar, é preciso admitir que às mulheres, ao longo da história, foi atribuída uma função econômica reprodutiva e não produtiva, em sentido econômico amplo, e o continente africano não está imune a essas dinâmicas sociais, que definem os papéis econômicos dos sujeitos<sup>279</sup>. À mulher passa a ser confinada uma posição de doméstica, que é na verdade um espaço

---

<sup>276</sup> HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise et al. **Dictionnaire critique du féminisme Paris**, PUF, 2004 (edição ampliada).

<sup>277</sup> MELO, Catarina; SUBUHANA, Carlos. Acesso à Educação Formal como Alternativa às desigualdades de Gênero em Moçambique, **Revista África e Africanidades**, DO - 10.46696/issn1983-2354.RAA.ago2020v13n35.1-15, PY - 2020/08/10 . Acesso em: 10 jul. 2023.

<sup>278</sup> BERTH, Joice. **Empoderamento**. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019. Este trabalho discorre sobre a questão de conscientização e de empoderamento da mulher, fazendo alusão de um diálogo entre a educação e questões de linguagem. Portanto é um ensaio com perspectiva feminista, que acaba sendo útil para fazer-se perceber a relevância de um empoderamento feminino nas perspectivas educacionais, e assim trazer um debate à luz da realidade moçambicana, que se enquadra nesta questão de conscientização e empoderamento.

<sup>279</sup> ADICHE, Chimamanda Ngozi. **Para Educar Crianças Feministas**. São Paulo, 1ª edição, Editora: Companhia das Letras 2017.P5-12

delimitado para gestão do agregado familiar. Nesse sentido, ela fica excluída no panorama da economia formal para a contabilização do Produto Interno Bruto ou Nacional.

Numa leitura histórica, a mulher torna-se uma figura inativa no quadro dos processos macroeconômicos, enquanto os homens passam a ter papel ativo na economia. Ademais, dimensão da econômica doméstica ela é invisibilizada, destituída de uma importância no contexto social.

A ideia do feminino como o padrão adequado para questões de gerência doméstica, reflete o espectro estruturante da sociedade africana na atualidade. Na qual, a economia passa ser controlada pela hegemonia masculina, que controlam o Estado, as empresas, as multinacionais etc. que coloca a mulher como sujeito neutro ou passivo à processos econômicos. E esses arranjos políticos-soais, tem uma relação direta com os direitos trabalhistas, que são reféns dessa construção simbólica, que oprimem e desumanizam as mulheres. Neste sentido, as oportunidades de trabalhos para mulheres, passam a ser definidas pelos critérios dos homens que detém o capital, E por meio delas, traça-se as lógicas binárias de distribuição de renda e trabalho entre homens e mulheres. Nesta senda, o gênero revela-se como um marcador social<sup>280</sup> distributivos de direitos e oportunidades. Essas constelações discursivas e performativas vão definir ideia de posições econômicas hegemônicas e subalternas.

O acesso ao mercado de trabalho, aos cargos de gerência, administração são previamente reexaminados à luz dessa masculinidade social. E no âmbito africano, genericamente os direitos trabalhistas são restringidos às mulheres, e isso deve-se fato histórico da ideia de divisão de trabalho por categorias de gênero. As constatações de grupo caçador e coletor, constituem formas de representações simbólicas que rescrevem os papéis políticos em novas fórmulas capitalistas, que articula a economia em função do binarismo “macho” e “fêmea”.

E o direito de trabalho como parte de processo econômico, possui o mesmo sustentáculo capitalista do modelo patriarcal, composto por uma masculinidade ativa, com suposto potencial para acessar livremente os direitos trabalhistas, e com legitimidade de transacionar na economia do livre mercado<sup>281</sup>, o mesmo torna-se detentor do capital econômico, que controla os espaço e *modus operandis* da economia e por outro ângulo, as mulheres permanecem com capacidade inativa, fora da linha do jogo econômico e trabalhista, sendo reféns dos homens, que as confinam no lar doméstico.

Amartya Sen compreende que o direito ao desenvolvimento, como o acesso à saúde, educação trabalho, alimentos podem ser conquistados com o exercício plenos das liberdades

---

<sup>280</sup> A expressão marcador social poder ser aferida com exatidão na seguinte obra; BATISTA, M. C. A., & PEREZ, O. C. (2016). Participação política e marcadores sociais da diferença: reflexões sobre o tema no campo da ciência política. **Conexão Política**, 5(1), 23-34.

<sup>281</sup> MAMA, Amina. **Heroínas e vilões**: conceituando a violência colonial e contemporânea contra as mulheres na África. In: ALEXANDER, Jacqui; MOHANTY, Chandra Talpade.

políticas civis dos cidadãos. E um ambiente em que a democracia igualitária não se verifica, a capacidade e oportunidade de grupos com menos liberdades. Segundo o mesmo autor, liberdade substantiva condiciona à melhor qualidade de vida dos membros de uma sociedade<sup>282</sup>.

Retomando o debate para as questões de gênero no âmbito africano, é notório os efeitos da restrição das liberdades políticas. portanto, maior parte das mulheres conseguem transacionar economicamente ao nível informal, porque as capacidades políticas lhe permitem acessar esses lugares, isso sucede muitas vezes pelos imperativos de sobrevivência do agregado familiar, de forma a possuir uma renda acrescida. Contudo, a maior parte das vezes o acesso ao mercado informal é viabilizado pela autorização da figura masculina patriarcal.

Já as mulheres solteiras, que não tem um amparo de uma economia de masculina tende a ter mais sofrimento, ou seja, são mais acometidas, pela pobreza absoluta, fome, desnutrição crônica e doenças. O desequilíbrio da renda relacionada à improdutividade profissional, fruto da contenção dos direitos civis e políticos, faz com que inúmeras mulheres não tenha uma vida digna e feliz, em razão desses fatores, que atuam de maneira interseccional,<sup>283</sup> impedindo o acesso a riqueza, segurança econômica e de trabalho, de certo modo, influi diretamente nos corpos femininos, que não gozam a mesma qualidade vida e o bem-estar equânime.

#### **8.4.1 Desregulamentação consciente do trabalho doméstico feminino**

A continuidade da informalização racional e consciente pelo Estado, em relação ao trabalho doméstico, abre espaço para crescimento de exploração laboral das mulheres, exploração sexual, o tráfico de mulheres, recrudescimento do trabalho análogo à escravidão e questões de discriminação sistêmicas em diversas dimensões, envolvendo gênero e classe. E A neutralidade do Estado em Inspeccionar essa modalidade de ocupação profissional, que afeta aproximadamente maior parte das mulheres no continente africano, acaba sendo conivente com as barbáries perpetradas sobre as mesmas.

O Trabalho doméstico muitas vezes inclui as atividades de passar roupa, lavar (faxina), arrumar a casa, confeccionar alimentos ect. Ela é exercida no ambiente privado, que dificilmente são fiscalizados, o que em regra, exigiria maior preocupação do Estado. Entretanto, ocorre o inverso, pois, há um abandono do Estado neste setor. Essa omissão, promana das representações simbólicas entre público e privado. Neste cerne, o privado é um domínio que particulares que convencionam os próprios negócios jurídicos, mediante o princípio da autonomia e liberdade contratual. E essa percepção normativa estruturante, delineada pelo raciocínio clássico dogmático

---

<sup>282</sup>Sem, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>283</sup> CRENSHAW, Kimberlé. **Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feministcritique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics**. u. Chi. Legal. 1989.

do direito, influi diretamente nas relações sociais privadas. Dessa maneira, os contratos verbais de trabalho domésticos que ocorrem nos países africanos, são atribuído esse caráter do direito privado, que parte de interpretação forçada, que visa subverter a verdadeira natureza desse trabalho, de forma a garantir a manutenção de uma democracia trabalhista subalterna, que compreende essa relação jurídica como um capô da autonomia dos sujeitos privados e por tal razão, ela fica descoberta da proteção legal pública.

Posto esse argumento, é possível questionar a natureza jurídica do trabalho ou ocupação profissional doméstica, questionando se o mesmo faz parte do domínio do Direito civil privado ou uma relação jurídica trabalhista? Por muito tempo, a omissão de não regulamentação dessa modalidade empregatícia foi sustentada por esse entendimento jurídico, que situava o trabalho doméstico, como um trabalho de prestação de serviços e por conseguinte, regulado pelo regime do direito privado comum, no qual impera a autonomia das partes. No entanto, este raciocínio não procede, por falta de embasamentos jurídicos que sempre estiveram presentes na construção da relação do trabalho doméstico, que congrega o seguintes elementos: Um posto ou Local de trabalho permanente, subordinação ao empregador, pagamentos da salário contínuo, uso de equipamento do empregador para execução das atividades e uma direção do empregado inerentes as atividades a serem exercidas. E a soma desses elementos escancara de maneira cabal, que se trata de uma relação trabalhista.

E problema central do trabalho doméstico nos países africanos, não esgota na estrutura da divisão do trabalho em si, porém, na crescente precarização do trabalho exercido pelas empregadas domésticas, que não conta um aparato de segurança jurídica, enquadramento no setor previdenciário, sindicalização organizada dos trabalhadores domésticos, compensação por acidentes de trabalhos, descanso semanal, falta de contratos formais, não regulamentação de décimo terceiro salário, férias bonificações, subsídios etc. pode se deduzir que o trabalho doméstico não é cabalmente contabilizado para efeitos jurídicos e econômicos, embora seja trabalho árduo e com horas superiores ao trabalho normal. E comum em vários países, não somente africanos, Anão fixação do percentual do salário mínimo do trabalho doméstico, na tabela geral salarial do Estado.

A precarização e a marginalização de trabalho doméstico parte do substrato de gênero, influenciados por marcadores sociais que definem “o feminino e masculino” na verdade marcadores e construções linguísticas, que performatizam as relações de trabalho, por meio de ações subalternizadas.

O Estado soberano, regido por uma androcracia tonam-se voluntariamente consciente, despreocupado e omissos com a regulamentação do trabalho doméstico. Pois, trata-se de omissões baseadas em jogos de interesses e não por falta de meios econômicos e políticos. Neste sentido,

a androcraia atua como princípio político que influencia a forma de funcionamento das instituições públicas do Estado.<sup>284</sup>

Em Moçambique, a regulamentação do trabalho doméstico só se tornou possível em 2008, isso depois de 33 anos após a independência do país, culminado com a aprovação do Decreto 40/2008. Que estendia os direitos trabalhistas aos empregados domésticos. Frise-se que, o Decreto ainda não tem uma eficácia plena, ou seja, ainda não consegue abarcar de maneira práticas as previsões legais que consta do texto normativo. Portanto, verifica-se ausência de uma definição sobre Salário mínimo, Falta de u órgão de inspeção Estatal aos trabalhadores domésticos, também há ausência de definição de mecanismo de cobrança do INSS. Outra incompatibilidade deste regulamento, é afixação de jornada de trabalho que estipula 9 horas diárias, que é contrária a Lei Geral de Trabalho, que prevê 8 horas diária para o regime geral, exceto em certas modalidades extras.<sup>285</sup>

Já em Angola, a aprovação um instrumento legal que que viesse a regulamentar o trabalho doméstico, só foi possível em 2016, período que foi aprovado a Lei 155/16 de 9 . E a lei angolana nos parece mais detalhada e evoluída em algumas matérias, como a questão de Regime de contribuição para à segurança social, que prevê que a recolha de 6 % por parte do empregador e 2 % para o trabalhador. Ademias, a mesma lei prevê obrigatoriedade do Registro do Contrato do trabalho no Instituto de Segurança social. Portanto, isso permite uma fiscalização adequada aos setores ou locais de trabalhos pelo poder público, que passam a conhecer o domicílio profissional dos trabalhadores e dos empregadores. Obrigatoriedade formal do registro do contrato, facilita a verificação de cláusulas abusivas, que na sua maioria estipuladas unilateralmente pelo empregador, devido à posição econômica privilegiada a que se encontra.

O outro aspecto que consta da Lei angolana, assenta na proibição de contrato ser contraído por empregador solteiro, viúvo ou divorciado com sexo oposto, em caso de regime de alojamento, ou seja, na modalidade em que a trabalhadora ou trabalhador passa a residir no local do trabalho do sexo oposto. No entanto, essa previsibilidade nos parece ser um mecanismo de prevenção de violência doméstica, exploração sexual e tráfico humanos, especialmente praticadas contra mulheres.

Embora haja essa previsibilidade, é preciso ressaltar que a previsão legal, por si só é não suficiente para evitar violação dos direitos trabalhistas, sobretudo em relação às mulheres. Portanto, há necessidade permanente de fiscalização para aferir a legalidades dos contratados e

---

<sup>284</sup> CHIPENEMBE, M.J.M. **Dinâmicas de gênero no mercado de trabalho doméstico na cidade de Maputo**. In: Teles, N; Brás, E.J (orgs) *Gênero e direitos Humanos em Moçambique*. Departamento de Sociologia, faculdade de letras e ciênciassociais, Universidade Eduardo Mondlane. (2010).

<sup>285</sup> ALI, Abobacar Mumade. **Empregadas domésticas em Moçambique: classe e trabalho numa sociedade pós-colonial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.8.2014.tde-11062015-154942. Acesso em: 2023-10-06.

ambiente do trabalho, principalmente nas questões referentes às condições de trabalho (salubridade, segurança etc).

#### 8.4.2 Direito à educação nas relações de gênero

Antes de mais nada, torna-se necessário perceber os processos sociológicos inerente a educação no cenário africano. Nisto, cabe salientar que a educação informal movidas pelos progenitores, muitas vezes reproduz ciclicamente juízos subalternos de que as mulheres devem priorizar o aprendizado doméstico, como lavar roupas, engomar, cozinhar, costurar e organizar a casa etc.<sup>286</sup> O acesso à educação formal fica relegada para segundo plano, figurando um espaço reservados aos homens. E esse imaginário social, reflete na efetividade desproporcional desse direito, usufruído preferencialmente pelos homens<sup>287</sup>.

Isto posto, importa referir que o direito à educação é um direito de segunda geração, cuja eficácia depende da prestação positiva do Estado, para assegurar esse direito. E é de extrema importância perceber o acesso à educação no âmbito das relações de gênero nos Estados africanos, porque a pretensão da universalidade deste direito, demonstra-se defasada e capturada por um ideário social sexista, que influencia o acesso igualitário deste direito entre homens e mulheres.

O ambiente social sexista e androcêntrico, legitimado à luz dos pretextos culturais, forja e impede que as mulheres tenham um acesso amplo a esse direito. Essa restrição é legitimada através das posições sociais que as mulheres são forçadas a aceitarem como seu lugar natural, no qual a mulher deve se preocupar em ser uma boa esposa para seu futuro casamento. Dessa maneira, propaga-se a ideia de que a mulher não goza de mesma aptidão de inteligência para compreender e interferir em ambientes científicos. E o direito constitucional universal à educação vê-se frustrado pelo particularismo cultural, que afasta a mulher da esfera desse direito em virtude do seu gênero feminino criado pela sociedade<sup>288</sup>, diminuindo-lhe a condição de agente racional.

Por outro lado, existem outras práticas que contribuem para o não acesso igualitário da educação formal, como os casamentos prematuros, o lobolo<sup>289</sup>, ritos de iniciação, na qual projeta-se que práticas tradicionais que proliferam uma matriz de pensamento que auxiliam no

---

<sup>286</sup> ADICHE, Chimamanda Ngozi. **Para Educar Crianças Feministas**. São Paulo, 1ª edição, Editora: Companhia das Letras 2017.P5-12.

<sup>287</sup> KANYORO, Musimbi. **Para solucionar os maiores problemas do mundo, invistam nas mulheres e nas garotas**. Palestra disponível em:[https://www.ted.com/talks/musimbi\\_kanyoro\\_to\\_solve\\_the\\_world\\_s\\_biggest\\_problems\\_invest\\_in\\_women\\_and\\_girls?language=pt](https://www.ted.com/talks/musimbi_kanyoro_to_solve_the_world_s_biggest_problems_invest_in_women_and_girls?language=pt).

<sup>288</sup> BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: A experiência vivida**. Vol. 2. Rio de Janeiro, Nova Fronteira. 1967.

<sup>289</sup> O "Lobolo", é um tipo de cerimônia comum em Moçambique, que tem o mesmo significado semelhante dote. Normalmente ocorre o homem quando pretende celebrar patrimônio com a sua namorada. Nesta senda, o noivo é obrigado a oferecer conjuntos de bens e valores pecuniários à família da Mulher, como um gesto de agradecimento aos Pais, por terem cuidado de tela criado em melhor condições. Todavia, algumas vezes esse rito tradicional acaba tendo outra finalidade paralela ao agradecimento dos pais, que oferece a filha enquanto menor para um home em troca de ganhos econômicos ou financeiro, o que leva com que muitas mulheres abandonem os estudos em virtude de um casamento oriundo de uma coação moral e social realizada pelos pais.

reducionismo do sujeito mulher, o que tem corroborado na exclusão das mulheres, no âmbito do acesso à educação.

Portanto, essa leitura sociológica, evidencia uma erosão que afeta diretamente a pretensão de eficácia plena do direito à educação, enquanto um direito de crédito ao cidadão. nesta ótica, o direito acaba apresentando capacidades mínimas de sobrepor-se a esse construto social, desvelando funções latentes da norma constitucional. O caráter universal e igualitário do direito à educação é transformado para uma natureza parcial. Sendo assim, o direito fundamental à educação torna-se uma norma programática de eficácia limitada, e não por razões do princípio de reserva de possível, mas uma questão decorrente do pensamento sexista, que faz com que considerável número de mulheres não sejam abrangidas plenamente com a promessa constitucional do direito à educação formal.

Posto isso, evidencia-se de maneira nítida, uma relação truculenta entre o direito e questões sociológicas assente no âmago cultural africano. E a questão que surge inerente a esse conflito é, saber o limite da operatividade na norma constitucional munida de força normativa, diante dos embaraços sexistas, machistas e patriarcais. Para essas questões, a resposta razoável para o problema estar-se-ia associadas às políticas públicas, como frisamos anteriormente, no qual o Estado deve levar em conta junto do Ministérios da Educação e outros autores da sociedade civil, de maneira à assegurar-se igualdade de oportunidade de gênero, no âmbito do direito à educação formal, mormente em países de língua portuguesa.<sup>290</sup>

Ademais, a falta de educação igualitária tem diversas consequências à curto e ao longo prazo, na qual pesam sobre o sujeito do sexo simbólico feminino, como caracteriza a Judith Butler, pois as “mulheres” que foram construídas como sujeitos serventes em diversas culturas patrilineares, tendem a não emancipar-se ao longo prazo e também perdem diversas oportunidades emancipatórias, que condicionaria à dignidade humana e desenvolvimento das mesmas à curto prazo, que se vê impossibilitada pela falta do acesso igualitário à educação e o ensino formal em maior parte dos países africanos.

Destarte, é preciso sublinhar que o fundo problema da exclusão das mulheres no acesso à educação em Moçambique, prende-se com uma construção de gênero de matriz sociológica, que produz sujeitos legítimos para possibilidade de oportunidades. E fabricação do discurso sexista com base no sexo biológico, ela corrobora para criação de papeis sociais úteis socialmente, que possibilita a legitimidade de qual sujeito possui inteligência e para com isso, presumi-lo como favorável ao direito à educação, como também pode excluir sujeitos não considerados aptos para à ciência, tal como ocorre com as mulheres em diversos países africanos. Não obstante, a

---

<sup>290</sup> MELO, Catarina; SUBUHANA, Carlos. Acesso à Educação Formal como Alternativa às A desigualdades de Gênero em Moçambique. *Revista África e Africanidades*, DO 10.46696/issn1983-2354.RAA.ago2020v13n35.1-15, PY - 2020/08/10 Acesso em: 11 jul, 2023.

modernidade questiona os parâmetros culturais sexistas que viabilizam violência simbólicas excludente, que atualmente passa a ser questionada com mais veemência.

### 8.4.3 Direito à participação e Representatividade política

O gênero constitui uma linha divisória que incide diretamente no exercício da cidadania ativa, que se traduz no exercício de direitos políticos passivo e ativos, ou seja, direito de participação nos processos políticos e nos órgãos governamentais e direito de escolher seu representante. Exemplo desses direitos são; direito à voto ou ser votado, direito de associação a um partido político, entre outros<sup>291</sup>.

Os seres feminino e masculino não são meras diferenças construídas em torno do sexo biológico, portanto, essas relações binárias correspondem a espaços políticos e sociais que desempenham funções de inclusão e exclusão nas mediações de poder. O ser feminino é cooptado dentro de uma esfera de sujeito desfigurado do papel politicamente ativo, enquanto o ser homem representa um imaginário biológico e natural, que tem legitimidade assegurada para gozar de uma cidadania plena de Homem universal, extraída de uma interpretação hipostasiada.

Na perspectiva aristotélica, todo ser humano é um animal político, pertencente à *polis*, e essa constatação inclui os homens e as mulheres como seres humanos, que desempenha interações políticas no seu cotidiano. A palavra política tem dois desdobramentos na língua francesa, primeiro é *le politique e la politique*. E a primeira, se refere ao poder explícito instituído em uma sociedade, isto é, conjunto de instituições que representam à autoridade do Estado, compreendendo diversas formas de poder, executivo, legislativo. Judicial e, partidos políticos etc.<sup>292</sup> que estabelecem regras de funcionamento de uma determinada sociedade, e a segunda, compreende formas de relações sociais em que às pessoas estão sujeitas, e essa perspectiva combina com o sentido aristotélico acima aludido. Indubitavelmente, os homens são partes do primeiro conceito, que organizam, estruturam e compõe os espaços políticos do poder. E quanto que o feminino apenas vive a política e consequência de *le politique*, sem exercer o papel ativo em mesmas proporcionalidades em relação aos homens.

Judith Butler defende que a questão do sujeito é crucial para a política, principalmente para a política feminista, isso porque, segundo ela, os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não aparecem, uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política<sup>293</sup>.

<sup>291</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed, São Paulo, Editora Malheiros editores. 2002.

<sup>292</sup> TONGUINO, Roman. **Quelle est la différence entre la politique et le politique?**

<sup>293</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

No âmbito genérico, as representações políticas têm como referência o homem, um cidadão que abarca três dimensões da cidadania: como estatuto, que envolve direito e deveres; como identidade, que corresponde ao pertencimento a um grupo específico; e como participação política. O feminino aparece como indivíduo de menor capacidade natural para figurar como um político ativo, o último elemento da cidadania, em que esse direito político se desvela de maneira abstrata.

No tocante à representatividade política, Moçambique tem sido um país africano com grau elevado número de mulheres que fazem parte do governo e outros setores da Administração Pública. E isso deve-se ao fato histórico das mulheres terem participado ativamente na luta da independência, fazendo parte do corpo militar, como Josina Machel, algo que não foi desmembrado no quadro político moçambicano até hoje.

África do Sul, Moçambique Ruanda, Senegal tem números expressivos de mulheres que fazem parte da governação do País. Joyce Banda foi eleita presidente da República do Malawi e Catherine Samba-Panza foi eleita presidente interina da República Centro Africana, Samia Suluhu Hassan foi a primeira vice-Presidente na história do país africano a se tornar presidente da República em 2021<sup>294</sup>. Ademais, advogada Sahle-Work Zewde assumiu o cargo de presidente da Etiópia em 25<sup>295</sup>.

Nesse quesito, os Estados Africanos têm se demonstrado um exemplo mundial para efeitos de representação política com expressividade numérico do mundo. Muitas vezes ainda ocorrem críticas infundada em relação à representação política feminina, que busca descaracterizar o continente africano nesse sentido<sup>296</sup>.

A classificação, realizada a partir dos dados informados por 189 parlamentos no mundo, evidencia um dado histórico e surpreendente: o país com a maior representatividade feminina do mundo é um país africano – Ruanda -, com 63,8% das cadeiras. Entre os 10 primeiros, ainda se encontram mais três países africanos: Seychelles (4º lugar), com 43,8%; Senegal (6º lugar), com 43,3%; e a África do Sul (10º lugar), com 40,8% das cadeiras parlamentares<sup>297</sup>.

## 8.5 Por uma hermenêutica judiciária feminista para a segurança dos direitos subjetivos das mulheres

As mulheres não têm apenas os direitos objetivos<sup>298</sup> restritos, sem embargos, os direitos subjetivos também sofrem ataques sexista, proliferado pela cultura androcêntrica, e isso se

<sup>294</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

<sup>295</sup> Informações disponíveis em: <https://www.pordentrodaafrica.com/noticias/conheca-a-primeira-mulher-presidente-da-etioopia>.

<sup>296</sup> DE TARSO, Paulo, Projeto Afreka. **Representatividade políticas das mulheres em África**. Disponível em: <http://www.afreka.com.br/notas/um-exemplo-para-o-mundo-participacao-feminina-na-africa/>.

<sup>297</sup> Ibidem.

<sup>298</sup> Direito subjetivo é a situação jurídica consagrada por uma norma, através da qual o titular tem o direito de exigir ou fazer valer um direito individual que foi previamente previsto. Por exemplo: quando uma mulher recorre a um

verifica muitas vezes, quando as mulheres ingressam nas cortes ou aos tribunais, no fito de fazer valer um direito subjetivo ou de autodeterminação, associado um crime de violência doméstica, assédio sexual, estupro etc., ou em questões civis como: direito à herança, guarda dos filhos menores e caso de meação dos bens familiares adquiridos na constância de casamento, divórcio, visitas aos filhos menores, prestação de alimentos etc. as mesmas veem-se prejudicadas majoritariamente, e isso deve-se ao machismo e sexismo estrutural, que tem impacto em várias camadas da vida social que envolve posições de poderes ocupados pelos homens.

Uma das variáveis interseccional que pode estar associado aos prejuízos dos direitos subjetivos das mulheres tem que ver com a situação econômica que são reservadas às mesmas, o que impede os corpos femininos de financiar os custos altíssimos na justiça formal, para reaver um direito violado, e essa premissa estende-se as questões relacionadas com o temor da mulher perder o matrimônio, que em regra, é sustentado com os rendimentos econômicos dos homens, sendo o grupo incluído no âmbito transação econômica de livre mercado, e reservados amplas oportunidades de trabalho formal.

Nessa ótica, o acesso aos tribunais e as expectativas jurídicas esperadas dos mesmos, são em maior parte desfavoráveis para as mulheres, cujas interpretações e aplicabilidade das leis formais tendem preservar o estatuto patriarcal. Na mesma esteira de raciocínio, conjuntara-se que os homens têm maior probabilidade de valer-se de artifícios arditos como a corrupção para corromper os juízes e outros autores de justiça e manter o *status quo* da posição hegemônica e com isso controlar as liberdades externas das mulheres<sup>299</sup>.

Outro aspecto crucial que prejudica o acesso justo aos tribunais para a efetivação dos direitos subjetivos, em matérias de direito e sucessões, prende-se com atitudes e consciência política e filosóficas de juízes, que possuem uma razão pré-definida moldadas pelo patriarcado, sexismo e machismo, que vai de certa maneira influir nos *modus operandis* dos tribunais, cujas as sentenças obedeceram o mínimo dessa lógica, neste contexto, o princípio da legalidade sofrerá uma influência externa que dependerá da vontade subjetiva do interprete.

Partindo do pressuposto de que o ambiente que juízes e outros operadores da justiça, não comungam com os ditames de justiça de gênero, haverá possibilidade de embaraços que afetaram a deliberações judiciais no tange as matérias que envolve os direitos subjetivos das mulheres,

---

tribunal para ajuizar ou peticionar sobre direitos de alimentos ou aguarda dos filhos, isto configura-se como um direito subjetivo.

<sup>299</sup> VOA PORTUGAL. Moçambique: Expulsão de juízes por corrupção preocupa a sociedade. 2023. Disponível em: <https://www.voaportugues.com/a/mo%C3%A7ambique-expuls%C3%A3o-de-ju%C3%ADzes-por-corrup%C3%A7%C3%A3o-preocupa-a-sociedade/7085107.html>. Acesso em 11 jul de 2023. Ademais, Moçambique é considerado um dos países mais corrupto do mundo, em que Administração pública e judiciário encontra-se mergulhado. E essas questões vai repercutir nas questões de genro e o acesso ao direito, especialmente quando se trata das mulheres. A corrupção ativa muitas vezes é perpetrada por um indivíduo que tem capacidade econômica, e sendo a sociedade moçambicana uma sociedade de desigualdade material, as mulheres não possuem condições de cometer o crime em mesma proporcionalidade.

como divórcio, divisão de bens e guardas dos filhos. E com ausência da alteridade em relação ao compromisso feminista, a interpretação do direito, corre risco de ser interpretado de maneira sexista e machista, corroborando para a marginalização social das mulheres.

Também é comum, em alguns julgamentos a mulher ser considerada preliminarmente de uma pessoa de má conduta, pelo fato de impetrar um processo contra o cônjuge masculino. E outras situações, de violações de direitos contra mulher, a própria escusa-se de abrir o processo para outro cônjuge, no intuito de proteger o matrimônio e honra pública. Neste caso, o infrator goza de prerrogativas de ser protegido pela própria vítima que reproduz o comportamento patriarcal que a oprime.

Um dos casos notórios e chocantes que Amina aponta revela o seguinte:

Piah Njoki foi cegada em 1983, quando seu marido keniano, ajudado por dois outros homens, arrancou seus olhos, por ter dado à luz filhas e não filhos. A senhora Njoki implorou o juiz de não condenar o marido à prisão, pois neste caso, ela seria deixada sozinha para cuidar de si mesma e de suas filhas na condição de cega<sup>300</sup>.

Devido à escassez de informações disponíveis inerente a violência institucional do gênero, no âmbito do judiciário em moçambicano, que é nossa principal referência, houve a necessidade de se realizar algumas entrevistas, e a primeira, deu-se no bairro da Munhava<sup>301</sup> para aferir o nível de violência que afeta os direitos subjetivos das mulheres em Moçambique. E a entrevistada, chamava-se Cristina, uma mulher de 37 anos de idade, que vivia em união estável ou união de fato por 15 anos, e concomitante o companheiro convivia em mesma situação com a outra mulher. E num dia inesperado, o parceiro decide mudar definitivamente para morar com outra companheira, tendo levados todos os bens adquiridos do casal. E na tentativa de reverter a situação, ela tentou que protocolar uma ação junto Instituto de Assistência Jurídica gratuita de Moçambique, porém, não logrou sucesso porque o assistente que lhe terá atendido pediu uma quantia financeira para peticionar o caso no tribunal judicial, contudo, ela não dispunha de condições financeiras para este efeito e tampouco contratar um advogado, tendo desistido do caso”.

E a segunda entrevistada é residente do Bairro da Manga<sup>302</sup>, que não quis revelar o nome por medo de represália social e de retaliação do ex-cônjuge. E, ela revelou que sofreu uma agressão física grave advinda do esposo, e que lhe deixou com sequelas até hoje, disse que: “Foi denunciar o caso à polícia e em que marido foi ouvido na mesma delegacia. E o agente policial disse que abriu um processo judicial contra ele, e que deveria aguardar a notificação em sua casa

<sup>300</sup> MAMA, Amina. **Heroínas e vilões**: conceituando a violência colonial e contemporânea contra as mulheres na África. In: ALEXANDER, Jacqui; MOHANTY, Chandra Talpade, p.2-6

<sup>301</sup> WIKIPÉDIA. O bairro da Munhava é o bairro mais populoso da cidade da Beira, que se localiza na província de Sofala, Moçambique, que conta com mais de 121 mil habitantes dos quais 633 mil existentes nos 26 bairros do Chiveve. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Munhava> . Acesso em 06 de jul 2023

<sup>302</sup> Bairro da Manga é um bairro periférico, que faz parte da cidade da Beira, província de sofala, Moçambique.

por algumas semanas. Após essas declarações do agente policial, ela não recebeu nenhum documento que comprovasse a denúncia e que vive aguardando do processo há 10 anos e até presente data nada aconteceu”.

O terceiro caso do âmbito das entrevistas, fora contada pela mãe da vítima de 53 anos de idade, que também preferiu ocultar o nome, e o caso foi registrado no Distrito de Marromeu, Bairro Mateus Sansão Mutemba, que fica localizado da província de Sofafa, Moçambique. Tratava-se de uma jovem de 15 anos que foi abusada sexualmente por um homem de 31 anos, depois que progenitores da jovem passaram a ter conhecimento da situação, somente a mãe estava disposta a ir ao tribunal para denunciar o caso, entretanto, o pai preferiu resolver a situação de “maneira familiar” em outras palavras; aquele assunto deveria ser resolvido extrajudicialmente com base no pagamento de multa pecuniária pelo sucedido, feito isso problema estaria apaziguado.

No âmbito das entrevistas, cabe mencionar o caso da senhora Joana, que sofria espancamento e traições sucessivas do seu esposo, e questionada, respondeu:

Eu sou uma mulher honrada e de família, não vou procurar a polícia para condenar meu marido, os nossos problemas são resolvidos em casa e com nossa família. Também não posso fazer queixa, porque quando ele for preso, passaremos à fome e eu não possuo condições de cuidar meus filhos sozinha, eles precisam dos pais para poder comer e estudar.

Sem dúvida, existem inúmeros casos, que envolve uma violência de gênero mantida e viabilizada institucionalmente, não só pelo judiciário, mas por outros diversos órgãos de justiça, constituído majoritariamente pelos homens na cadeia de gestão desses cargos, e que assume uma razão prática ideológica do falo que contamina a condução das atividades e as deliberações jurisdicionais.

Em países com tribunais islâmicos, que aplicam a Sharia e locais com tribunais tradicionais ou comunitários, tona-se ainda difícil garantir os direitos subjetivos das mulheres, quando ela interpõe ações nessas jurisdições. Portanto, esses casos não são peculiares a Moçambique, outrossim, o Instituto de Desenvolvimento e Gênero e de Dados da Gâmbia, ilustra o excesso da antinomia de normas naquele país, que é um Estado que congrega três sistemas de justiça, religioso islâmico, que aplicam a Sharia, tradicional e formal do Estado. E com uma Constituição<sup>303</sup> que garante a não discriminação das pessoas, que incluem matérias civis como casamento, divórcio herança e regimes de bens, cuja aplicação depende da lei pessoal de cada cidadão. Ou seja, o casamento cristão sujeita-se as mesmas leis como por exemplo, a lei de 1862 e quem for do islão também se sujeita as essas leis de casamentos islâmicos de 1941<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> REPÚBLICA DA GÂMBIA, **Constituição de 1997**, alterada em 2001. Disponível em; <https://www.cabri-sbo.org/pt/documents/constitution-of-the-republic-of-the-gambia-1997>. Acesso em 12 jul 2023.

<sup>304</sup> REPÚBLICA DA GÂMBIA. **Lei muçulmana sobre o casamento e o divórcio**, 1941.

O problema desvela-se gravíssimo no âmbito islâmico, em que os tribunais Cadis, aplicam a Sharia, porém muitas vezes não concede as mulheres as mesmas prerrogativas por exemplo: de divorciar-se sem autorização do homem. E quando a mulher pedi o divórcio e voltar a casar-se, ela fica restringidas de ter a guarda dos filhos. E em caso de disputa da guarda de menores, os homens são favorecidos muitas vezes, por serem responsáveis pela segurança econômica da família.<sup>305</sup>

Muitas sentenças dos tribunais Cadi os muçulmanos, a questão do divórcio e a guarda de uma criança do sexo masculino com 7 anos de idade, é conferida ao pai, enquanto à mãe é concedida a guarda da criança do sexo feminino. E no que tange à educação dos filhos, a Sharia não faz distinção de responsabilidade entre pais casados ou divorciados, contudo os pais levam vantagens<sup>306</sup>.

E nesses meandros de relações jurídicas truculentas, que habitam em torno do gênero, envolvendo o sistema de justiça, as mulheres acabam não sendo legalmente assistidas, ou representadas por advogados, que a princípio não possuem formações jurídicas plurais do sistema religioso e tradicionais<sup>307</sup>.

## 8.6 Considerações finais

O direito como uma prática social e discursiva, amparada pelo constitucionalismo na África, tem corroborado para naturalização do patriarcado e sexismo e o machismo, que por sua vez, oprime um considerável número de mulheres, sobretudo as que vivem em locais rurais, no âmbito econômico, político e social, cerceando direitos básicos, gerando a pobreza, violência sexual e física etc. Nesse sentido, vislumbra-se à necessidade de o constitucionalismo possuir lentes capaz de observar a dinâmica da crise dos direitos fundamentais no continente africano. Nessa linha de pensamento, a efetividade e o progresso dos direitos fundamentais ou humanos das mulheres, concretizar-se-ia em condições em que o constitucionalismo possa abrir-se à uma linguagem das reivindicações feministas, no fito de reverter a ideia de uma universalidade parcial, excludente e opressora, que apenas funciona na lógica que beneficia os privilégios dos homens, como únicos sujeitos potenciais que criam, interpretam, controlam e usufruem as promessas constitucionais, e por outro lado nega às mulheres os mesmos direitos, mantendo-as em situações de subordinação natural. Portanto, amenização do sofrimento das mulheres, dar-se-ia por políticas públicas educativas de conscientização e empoderamento das mulheres ao longo prazo. Enquanto

<sup>305</sup> GAMBIA, OECD. **GENDER, INSTITUTIONS AND DEVELOPMENT DATABASE**, 2019. Disponível em: <https://oe.cd/ds/GIDDB>. Acesso em: 07/07/2023.

<sup>306</sup> MUSAWAH. **Relatório Temático sobre o Direito da Família Muçulmana: Gâmbia**, 61.ª Sessão da CEDAW, 2015. Disponível em: <http://www.musawah.org/sites/default/files/MusawahThematicReportGambia61.pdf>. Acesso em 06 de jul de 2023.

<sup>307</sup> Ibidem.

isso, o direito deve ser um instrumento transformador, libertador, emancipatórios e responsivo, aplicado de maneira equânime com fito de alcançar a justiça de gênero, por meio de leis de discriminação positiva e interpretações objetivas, ausente de dogmas patriarcais, sexista e machista.

## 9 A CONSTITUIÇÃO SEM O CONSTITUCIONALISMO: UMA EXPERIÊNCIA PROLONGADA DOS PAÍSES AFRICANOS

Neste capítulo, abordar-se-ia a dimensão simbólica das múltiplas Constituições africanas, que à princípio declaram a limitação de poder político e reconhecem os direitos liberdades e garantias fundamentais, entretanto, no seu âmago operacional nega as possibilidades mínimas de efetividade das normas constitucionais. Isto deve-se ao fato de o poder político ser exercido de maneira ilimitada e abusiva. De mais a mais, far-se-ia uma incursão para aferir os modelos das cortes constitucionais dos Estados africanos de expressão portuguesa e o seu papel para a efetivação dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a existência de uma Constituição escrita não pressupõe automaticamente a existência do constitucionalismo típico do modelo pós-guerra, embasado na limitação do poder político e na promoção dos direitos fundamentais. No entanto, para que haja um verdadeiro constitucionalismo, exige-se um conjunto de pressupostos políticos e jurídicos a serem observados em um determinado Estado, cuja inexistência, conduz a uma situação da Constituição sem constitucionalismo. A ideia do constitucionalismo visa evitar a tirania, o exercício arbitrário do poder político e as violações dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos<sup>308</sup>.

A experiência dos países africanos, sobretudo os países lusófonos, registram o maior grau da ausência do constitucionalismo, embora haja Constituições escritas muito bem elaboradas do ponto de vista formal, sem embargo, continuam registrando um déficit material, que não propõe um compromisso político e social, seja do ponto de vista vertical ou horizontal. Dir-se-ia que são meras Constituições documentais, despidas de pretensão de eficácia ou de força normativa,<sup>309</sup> culminando num distanciamento entre a Constituição e as ações políticas do Estado<sup>310</sup>.

Para entender essas incongruências, é imprescindível relembrar o conceito da Constituição, que se traduz numa norma fundamental de um determinado Estado, que determina a organização e a composição do poder político, definindo os limites de atuação do mesmo poder. Entretanto, a Constituição é também conhecida como um documento escrito, fundamental que

<sup>308</sup> HWO, Okoth-Ogendo. **Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox**.em Douglass Greenberg e outros (eds), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (Oxford University Press, 1993), 65-80. A Constituição sem Constitucionalismo é uma descrição do centralismo legal das Constituições e do constitucionalismo em África. Capturada pelo movimento constitucional que transforma a Constituição em documento legal, de diretrizes meramente declaratória sem um compromisso dirigente, distante de ser uma Constituição cidadã, formulada pelo Jorge Gomes Canotilho.

<sup>309</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

<sup>310</sup> OLASUNKANMI, A. Constitution without constitutionalism: interrogating the Africa experience. **Art Human Open Acc J.** 2018;2(5):272-276. DOI: 10.15406/ahoaj.2018.02.00069

exprime e prescreve direitos e deveres dos cidadãos, bem como o limite de atuação dos órgãos governamentais do Estado.<sup>311</sup> Por outra perspectiva este documento deve ser levado a sério pela elite dirigente e o povo. A fé na Constituição é uma questão crucial para a concretização do constitucionalismo, no qual todos autores sociais têm obrigações de corroborarem para a idealização do constitucionalismo. O incumprimento sistemático da Constituição na relação vertical e horizontal, gera consequências negativas para o Estado, tais como o aumento da desigualdade, pobreza, retrocesso econômico, criminalidade, impunidade, guerras civis, golpes de Estado e outras catástrofes. As manobras políticas utilizada pelas elites dirigentes para benefício próprio, como atos de corrupção passiva, é um dos exemplos nítidos do que se tem vindo afirmar.

Além da Constituição impor comandos vinculativos e obrigatórios, ela deve ser percebida a prior como conjunto de obrigações ético- morais, na qual os cidadãos são chamadores a uma conscientização sobre a mesma, independentemente de sanções jurídicas decorrente da sua violação, é necessário que ações públicas e privadas se pautem no compromisso ético.

Além dos pressupostos jurídicos políticos já mencionados, a ideia do constitucionalismo, exige por sua vez, condições necessárias tais como a consolidação do *Rule of law*, separação de poderes, a independência do poder judicial diante dos outros poderes, mecanismo de controle dos atos governamentais, garantindo *check and balance*, (sistema de freios e contra pesos), ademais, deve existir instituições comprometida para a promoção da democracia<sup>312</sup>. Portanto, a democracia é um bem jurídico fundamental, que possibilita acesso à vários direitos civis, políticos e sociais, cuja plena fruição dependente inteiramente de uma democracia substantiva-participativa e representativa.

Ao invés de os Estados promoverem os direitos sociais básicos e assegurarem a segurança econômica dos cidadãos, executam-se com maior proporcionalidade atos de má governação, que impossibilitam o progresso econômico, social e político, tendo muitas vezes a sua não materialização como pretexto a falta de recursos econômicos.

Além do que foi mencionado, cabe frisar que maior parte dos Estados africanos têm sido palco de atos de nepotismos, fraudes eleitorais constantes, perseguição aos opositores políticos, sucessivos golpes de Estado, terrorismo, guerras civis, tirania, perpetuação de poder, nepotismo, limitação da liberdade de expressão, opinião etc.

E o passado recente dominado pelo *apartheid* institucionalizado dos 1948, na África do Sul, também prova-nos as ideia da existência do documento constitucional com ausência do

---

<sup>311</sup>ANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>312</sup> CHIRWA, M. Constitutions without Constitutionalism, Government without Governance: Critique and Hope for Malawi, **Journal of Southern African Studies**. 2022 48:6, 1119-1128, DOI: 10.1080/03057070.2022.2151774

constitucionalismo, em que as inconstitucionalidade decorria da própria constituição, qual legitimava-se legalmente aspetos como a divisão os espaços públicos para os brancos e não brancos, acompanhado se series de violência e discriminações racial em relação as pessoas negras. Diga-se que segundo Bachof, Otto, esta situação configuraria nas normas constitucionais inconstitucional<sup>313</sup>. E para nós, um exemplo típico de um Estado com uma Constituição e sem o constitucionalismo.<sup>314</sup>

Ademais, no cenário atual também é possível referenciar a Guiné Bissau, que conta com uma instabilidade política e jurídica, que desde a transição do governo colonial para governos pós-coloniais independentes, registra crise política e social cíclica acompanhada por golpes de Estado. Também, o mesmo país se registra um crescimento da pobreza, o que conduz a um estado inconstitucionais de coisas, que se instalaram perenemente.

Nos países anglófonos como o Zimbábue, também perpassou por momentos similares, sob direção do Robert Mugabe, que permaneceu no poder por aproximadamente 37 anos, e durante esse período a Constituição não foi observada, tendo o país registrado um retrocesso econômico e político que resultou na fome coletiva grave, dinamizando várias ondas de protesto políticos. Nessa época, o titular do poder executivo e os seus aliados políticos poderiam rever ou criar emendas constitucionais para garantir a manutenção do presidente no poder; caso esse processo não lograsse sucesso, o Presidente da República na época poderia fazer uso da força militar para controlar quaisquer manifestações contrárias.

A mesma situação reporta-se quase a todos países falante de língua portuguesa, como Moçambique São-Tome e Príncipe e Angola. Nesse último, o antigo titular do poder executivo, permaneceu no poder proximamente a um período de 38 anos, tendo sido acusado de vários crimes de corrupção, que envolvia outros agentes públicos<sup>315</sup>.

Além do mais, assiste-se nestes países a confusão do papel do Estado, de governo e dos partidos políticos, que se confundem totalmente, que tem esbarrado a consolidação do constitucionalismo, dito doutro modo, a máquina política do governo, se imiscui no poder legislativo e judicial, que, em regra, não gozam de independência e autonomia, funciona sob ordens do titular máximo do executivo, nesse caso, o Presidente da República.

Por outro lado, vislumbra-se com ocorrência que os governos eleitos não se demonstram aptos para executar os programas do Estado, que são ações estabelecidas pela Constituição e que devem ser cumpridas pelos governos eleitos. Muitas vezes, tem se priorizados programas e

---

<sup>313</sup> BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso daCosta. Coimbra: Almedina, 1994, pp.41-45.

<sup>314</sup> OLASUNKANMI, A. Constitution without constitutionalism: interrogating the Africa experience. **Art Human Open Acc J.** 2018;2(5):272-276. DOI: 10.15406/ahoaj.2018.02.00069

<sup>315</sup> CASADO, Leticia; FABIO, M. P. F Suspeita de governo angolano. **Murakawa** Valor econômico, v. 17, n. 4117, 24/10/2016.

agendas de partidos políticos, arcadas pelo erário público advindo dos impostos da população. E sendo assim, os governos não se diferencia-se dos partidos políticos.

O poder político na África é exercido de maneira incompatível com o princípio republicano e a lógica do constitucionalismo moderno, adotado no período pós-segunda guerra mundial. Os titulares de poder político, o exercem de forma ilimitada e arbitrária para prossecução de fins privado, gerando um círculo de desobediência constitucional, especialmente no âmbito vertical, que começa do topo a preferia. Infidelidade constitucional verifica-se também no âmbito horizontal, isto é, no seio das relações privadas, na qual a sociedade no geral descredibiliza o pacto constitucional.

O desrespeito pelas regras e pelos princípios constitucionais constitui o meio natural pelo qual o sistema jurídico opera, em que os remédios constitucionais e os instrumentos democráticos, como as eleições, plebiscito, referendun, as emendas constitucionais, o controle dos atos políticos, assim como as votações no parlamento, são manipulados para satisfazer interesses do poder político dominante, que atua quase de forma absoluta. Indubitavelmente, essas ações enfraquecem a almejada ideia de boa governação.

Olasunkanmi perfila na ideia de que a ausência da fé na Constituição, não afeta apenas a arena política, contudo, a crise ocorre no âmbito do poder judicial, que são incapazes de corrigir as arbitrariedades do poder político, uma vez, que estes atuam sob o manto da política contaminada, deixando de cumprir as funções constitucionais que lhe são inerentes por natureza. E a falta de um judiciário independente, contribui massivamente para este genocídio social que acomete grande parte dos Estados africanos, porque os autores políticos dos executivos e do parlamento são imunes às reponsabilidades jurídicas, mesmo quando violam os direitos fundamentais ou políticos de maneira escancarada. Eles mantêm-se neutro com os atos de corrupção cometidos pelos titulares dos poderes públicos. E lembre-se que a impunidade é a inimiga da justiça e as injustiças nega a núcleo duro do constitucionalismo.<sup>316</sup>

A fragilidade do poder judicial no que concerne ao controle dos outros órgãos estatais, mediante *judicial review*, coopera para que os Estados africanos no continuem no estado de crise política e de direitos, distante de materializar os princípios inerente ao Estado de direito, separação de poderes, transparência pública e a efetividade dos direitos e liberdades fundamentais<sup>317</sup>.

## 9.1 Por uma sustentabilidade constitucional

---

<sup>316</sup> OLASUNKANMI, A. Constitution without constitutionalism: interrogating the Africa experience. **Art Human Open Acc J.** 2018;2(5):272-276. DOI: 10.15406/ahoaj.2018.02.00069

<sup>317</sup> TATE, C. Neal. Judicial review. **Encyclopedia Britannica**, Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/judicial-review>. Accessed 17 July 2023.

Um dos grandes problemas de insustentabilidade constitucional repousa na maneira de como a revisão ou emendas constitucionais são exercidas pelo titular de poder político, que abusam e forja o sistema, sobretudo, no âmbito do poder legislativo, para impor as vontades pessoais do dirigente ou da elite política dominante. Algumas Constituições impõe um limite temporal para a revisão ou emendas constitucionais, bem como proibem a revisão constitucional no âmbito de estado de exceção ou de anormalidade pública, que serve para impedir os abusos em relação a revisão e as emendas constitucionais. Inobstante que a revisões constitucionais ou emendas, são invocadas inconstitucionalmente pelos chefes de Estado para aumento de tempo de legislatura, mesmo havendo regras claras que impeça atos dessa natureza, o Congresso coopera para esta iniciativa e o judiciário se omite perante esses abusos<sup>318</sup>.

Por outro lado, há necessidade de engendrar-se arranjos institucionais, que sejam capazes de limitar o exercício do poder político, sobretudo do Presidente da República nos países lusófonos, mormente Angola e Moçambique e Angola que são sistemas presidencialistas, enxertados nesses países, que acabam cooperando para o fracasso do constitucionalismo. O limite de competência e atribuições do chefe do poder executivo é crucial para a existência de um corpo orgânico independente, para sustentabilidade do constitucionalismo nos países da África lusófona, francófona. Título de exemplo, em Moçambique, o Presidente tem competência de dissolver a Assembleia da República nos termos da linha e) do artigo 159, conjugado com artigo 188 da Constituição, ademais o Presidente, na senda do mesmo artigo, compete ainda ao Presidente da República decidir sobre possibilidade de se realizar referendun. Por conseguinte, é razoável deduzir que esses dois países caminham quase para uma autocracia. E esta uma ampliação de competência na figura do titular do poder executivo, tem resultado na tirania governamental, pelo menos nesses Estados<sup>319</sup>.

As intuições democráticas devem desempenhar as suas funções de acordos com as diretrizes constitucionais, alinhadas com o princípio de separação de poderes, transparência administrativa, prestações de conta, autonomia funcional. Esses pressupostos são necessários para a materialização da sustentabilidade constitucional e boa governação nos países africanos.

A outra questão que pode se perder de vista assenta na centralização decisória do Presidente da República, que introjeta no interior do Estado um modelo de decisões monocráticas, tais como a nomeação de certos titulares públicos sem o parecer ou aprovação da Assembleia da República. Isso, de certa maneira, reduz o teor da democracia com um regime participativo de decisões majoritárias, pelo menos para essas questões.<sup>320</sup>

---

<sup>318</sup> CHEN, Albert H. Y. 2014. **The achievement of constitutionalism in Asia**. Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century, pages 1-31.

<sup>319</sup> MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de 2004**.

<sup>320</sup> Consultar o artigo 159,160 e 161 da Constituição da República de Moçambique 2004.

Ainda no cerne da crise política, podemos apontar para a crise de representatividade que um problema candente. Esse problema atinge escalas gigantesca inerente as instituições políticas, que não exprimem as vontades dos eleitores, tampouco honram o compromisso que lhes são conferidos pela população nas urnas.

## 9.2 A quebra do contrato social

É sob a ficção contratualista que se justifica a essência dos Estados modernos, no qual os indivíduos se desfazem do Estado da natureza para formar uma nova sociedade, fruto de agremiação voluntária dos indivíduos por meio de um contrato social implícito que dá lugar ao soberano conduzir legitimamente um governo para todos.

Thomas Hobbes (1968) concebe o Estado de natureza como um imaginário ou uma hipótese lógica caracterizada por um Estado de guerra permanente de todos contra todos, em que pela força ou pela astúcia, o homem é tido como o lobo do outro homem. Entretanto, o contrato social daria o fim deste conflito egoístico do homem, em que cada homem persegue os interesses individuais. E no contrato social os indivíduos transfere o poder a um terceiro, neste caso o soberano que dirige o Estado (Leviatã), visando acautelar interesses comum como a segurança e paz dos membros de uma determinada sociedade. Em vista disso, do Estado emanariam todas as leis civis que garantiriam o controle e coesão social.<sup>321</sup>

Para John Locke (1998), o Estado de natureza é caracterizado pela relativa paz, em que cada homem desfruta do direito natural à propriedade, o qual não deve ser violado pelo Estado, e o limite da propriedade será definido pelo trabalho individual<sup>322</sup>. O contratualismo do Locke assenta na matriz liberal possessiva, em que a vida, a propriedade e a liberdade são bens inalienáveis ao indivíduo, e o Estado não tem um poder limitado diante desses direitos.

Já para Jean-Jacques Rousseau (1987), assume uma concepção distinta dos seus predecessores, no qual o Estado da natureza seria marcado pela felicidade e equilíbrio. Para este, o contrato social é uma forma de associação que visa alcançar o bem comum determinado pela vontade geral, que emana da soma da vontade dos particulares. E daí que surge o soberano, que será entidade legitimada para fazer valer as convenções estabelecida pelo contrato social. Destarte, o Estado só subsistirá se o soberano, tanto quanto seus súditos, observarem a convenção, neste sentido, a legislação será o reflexo da vontade geral, que servirá de um mecanismo para assegurar a liberdade públicas e autoridade dos governos<sup>323</sup>.

<sup>321</sup>HOBBS, Thomas. **Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil**. Ed. C. B. Macpherson. Harmondsworth: Penguin Books, 1968.

<sup>322</sup> RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo** – Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2ª Ed. 1ª Reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 132.

<sup>323</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**; Ensaios sobre a origem das línguas (Os Pensadores, Volume I). Tradução de Lourdes Santos Machado; introduções e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.p36-40

Desse modo, surge um pacto social que assenta na associação dos membros visando a defesas dos interesses comuns dos partícipes, que passarão a deter a liberdade e igualdade de todos. Nesta senda, o soberano por mais absoluto que seja, não lhe é permitido agir além dos limites impostos pela vontade geral ou pela convenção estabelecida.

Postas essas premissas contratualistas, que se alinham historicamente com as democracias liberais modernas, figura-nos importante perceber a legitimidade dos pacto democrático realizado pelo poder constituinte e poderes instituídos através do sufrágio universal e outras regras democráticas para a composição dos governantes nos dias atuais, especialmente nos Estados africanos de expressão portuguesa, nos quais os pactos passam a representar a vontade geral e assemelhando-se a um contrato<sup>324</sup>.

Um dos aspectos caracterizadores da crise dos Estados modernos, especialmente nos Estados aqui gizados, versa na precariedade da relação dos poderes constituídos, instituídos e os cidadãos, que tem confianças e expectativas legítimas de que os interesse comuns estabelecidos pela vontade constituintes serão concretizados pelo poder público escolhido, para fazer valer os pactos ou os acordos públicos postos na Constituição.

Entretanto, é notório no período pós-colonial a continuidade de um Estado de crise política, em que a entidade representativa é o principal autor nas rupturas do contrato social imposto mediante as diretrizes constitucionais, que enfraquece as regras do jogo democrático, cooperando apenas para manter os privilégios ou prerrogativas de agentes políticos.

Nesse contexto a legitimidade política é furtada e utilizada simbolicamente para se chegar ao poder. Os governantes não têm uma preocupação em manter uma estabilidade da democracia, que vise levar a cabo a prossecução dos interesses gerais do povo. Também fica claro, que a falta da participação popular nos procedimentos democráticos de maneira a fiscalizar os atos do governo. Pode-se presumir que o ideário contratual nos moldes constitucionais, serve apenas para mediar e viabilizar às vontades pessoais dos dirigentes.

### **9.3 Sim ou não à judicialização e ao ativismo judicial na África lusófona?**

O Judiciário pode ter um papel importante para reverter o atual quadro sistêmicos má governação nos países africanos, encharcados pelos altos níveis de corrupção passiva, o que de certo modo, afeta a concretização dos direitos sociais, que são inteiramente dependentes da economia do país, da qual, vive capturada pelo poder político. E o Estado só pode dar aquilo que tem. Daí a necessidade de compreender o fenômeno da judicialização da política e ativismo, que

---

<sup>324</sup> NASCIMENTO, Milton Meira do. O contrato social – entre a escala e o programa. **Revista Discurso**. Departamento de Filosofia, USP/São Paulo, n. 17, 1988. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.1988.37933>.

pode vir a oferecer algumas soluções ou como também pode arruinar os limites democráticos de separação de poderes.

Nos últimos anos, assistiu-se a um grande crescimento da judicialização nos países como Brasil, Colômbia e África do Sul, no qual o judiciário teve um papel ativo para efetivação de direitos sociais, precisamente o direito à saúde. Portanto, entende-se como judicialização atos que em regra são decididos e executados pelos órgãos políticos da Administração e acabam sendo decididos pelos tribunais e juízes em última instâncias<sup>325</sup>.

Enquanto o ativismo consiste em um leque de interpretações, criativas e audaciosas da Constituição pelo judiciário de modo a sanar as omissões e a moratória do poder legislativo, neste sentido os tribunais superiores passam a exercer funções atípicas, criando ou editando normas por meio de interpretações hiper extensivas.

E no tocante à possibilidade de judicialização nesses países, cabe referir que não é tarefa fácil responder de forma conclusiva ao questionamento supra, se cabe aos países africanos de língua portuguesa começar a pensar nesta lógica paradigmática ou se deve permanecer amarrado às estruturas tradicionais, que por seu turno, são ineficazes para concretizar os direitos sociais básicos.

A judicialização tem diferentes contornos, que varia de Estado para Estado, sendo que em alguns casos, a judicialização tem logrado efeitos positivos no âmbito da efetivação de certos direitos sociais, e por outro lado, há uma crítica intensa sobre a intromissão do judiciário, que atua como um Messias, interferindo intensamente na atuação dos outros órgãos de soberania<sup>326</sup>.

A África do Sul seria um exemplo adequado para aferir a contribuição levada a cabo pela judicialização, tendo massivamente logrado efeitos positivos como o acesso a direitos da saúde e habitação, no sentido os juízes e os tribunais fizeram cumprir ordens direcionadas aos órgãos de gestão para prestação de direito à saúde<sup>327</sup>.

No Brasil, a judicialização tem suscitado opiniões diferentes. Para alguns, a judicialização constitui a emancipação do judiciário que se desfaz da função técnica e específica para fazer valer a Constituição na esfera cidadã; e para outro grupo, a judicialização corresponde à violação do princípio democrático de separação de poderes, que viabiliza a decisões monocrática. Outro problema atrelado à judicialização no Brasil tem a ver com as desigualdades incrementadas pelo judiciário no acesso à saúde, tornando-se uma forma de biopolítica, isso devido à carga

---

<sup>325</sup>YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur**. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 4, n. 6, p. 52–69, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>.

<sup>326</sup> DA RODA, Arménio Alberto Rodrigues. Direito à saúde, Escassez e Ineficácia da Administração Pública: Caminhos para a Judicialização Administrativa em Moçambique.2020 **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPeL)** ISSN -2448-3303.

<sup>327</sup> ROSEVEAR, Evan. Interpretação de direitos sociais no Brasil e na África do Sul. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 149-183, set./dez. 2018.

orçamentária destinada a uma minoria da população<sup>328</sup>. A interferências no orçamento público dos órgãos de gestão tem sacrificado o interesse singular em detrimento do interesse coletivo.

Ainda no contexto Brasileiro, o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, sendo que o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016. Tal montante, ainda que pequeno frente ao orçamento público para a saúde, representa parte substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judicial.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, No entanto, a judicialização da saúde é também um fenômeno de elevada complexidade. A literatura científica, por exemplo, diverge sobre quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde (pobres ou ricos?), diverge sobre o que requerem (medicamentos e serviços que são parte das listas, protocolos e contratos ou fora destes?) ou ainda diverge sobre os efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir.

Destarte, há um temor para que tribunais e juízes não possam exercer funções de deuses, assumindo a responsabilidades executivas. Ou seja, o limite do judiciário circunscreve no ato de julgar e no exercício da fiscalidade, e não de implementar às políticas públicas.

Retornado ao nosso objeto central, sobre a judicialização na África de expressão portuguesa, é preciso antes demais compreender a maturidade do judiciário dos países aqui mencionados, se o judiciário exerceria um papel efetivo no âmbito da crise dos direitos fundamentais que vivencia no continente africano, ou se converteriam em messias arbitrários, provocando outro caos institucional perpetrado pelo judiciário.

Por outra perspectiva, não se descartaria de primeira a questão da judicialização, quiçá essa geraria efeitos atenuadores, pelo menos nesses países, visto que a maior parte da crise dos direitos fundamentais decorre da inércia dos órgãos políticos, isto é, o executivo e parlamento. Nesse âmbito, não nos seria razoável assistir ao sacrifício dos valores constitucionais básicos perante a inércia da política africana, pautada na autocontenção do judiciário, que é o posto da judicialização<sup>329</sup>. Tradicionalmente, o judiciário ocupava pura e simplesmente a função técnica, obedecendo estrita legalidade jurídica sem intervencionismo político.

---

<sup>328</sup> BIEHL, João. PATIENT-CITIZEN-CONSUMERS: JUDICIALIZATION OF HEALTH AND METAMORPHOSIS OF BIOPOLITICS. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, n. 98, p. 77-105, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-6445077-105/98>

<sup>329</sup> CUNHA JÚNIOR, *Dirley*. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed.. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.195

Para Dirley da Cunha, ressalta a transformação do Estado no contexto social, conduziu inevitavelmente à superação da sua tradicional função de proteção e repressão, passando para um paradigma libertário do Estado de vigia noturno (*watch night state*).<sup>330</sup>Tendo em consideração que maior parte dos textos constitucionais dos Estados aqui estudados, adotaram o modelo *État providence* de inspiração francesa ou *welfare State*, isto é, o Estado do bem estar social. Nesse âmbito, o Estado assume um compromisso de responsabilidade na realização dos direitos sociais, demandadas pela justiça social. E quando o Estado demonstra-se omissivo da sua responsabilidade compromissória com os direitos sociais, tornasse legítimo que um dos órgãos da soberania do Estado faça jus a essa responsabilidade, e no contexto da crescente mundialização da judicialização, caberia ao juízes e tribunais fazer valer os direitos sociais quando haja condições fáticas e jurídicas para a sua efetivação.

O Judiciário dos Estados africanos de língua portuguesa, em maior parte, compactua com as ideologias funesta, inerte a realização do bem-estar, permitindo a maior onda do ataque dos das premissas fundamentais do constitucionalismo moderno, arraigado nos valores como a dignidade humana, justiça, a igualdade e liberdade. Há uma proliferação o que chamamos da *politização partidária do judiciário*, isso é, o Judiciário subordinado às ideologias dos partidos políticos.

### **9.3.1 Possibilidade da judicialização administrativa em Moçambique e nos outros países de expressão para facilitar o acesso à saúde**

Em relação a Moçambique e outros países de língua portuguesa, que possuem modelo de contencioso Administrativo, a judicialização seria em princípio apreciada pelo Conselho Constitucional, que é o órgão que exerce a jurisdição constitucional naquele país. Entretanto, essa hipótese não se demonstra adequada, face aos obstáculos formais estabelecidos na Constituição para o acesso ao Conselho constitucional (espécie de um tribunal constitucional), que não admite cidadãos, a título individual, como legitimados passivos. E os outros obstáculos situam-se no âmbito funcional deste órgão, que não atenderia as demandas peticionadas pelos particulares no âmbito da judicialização da saúde em tempo razoável, ademais, haveria também um embaraço geográfico para o acesso a este tribunal, que se encontra situado na província de Maputo.

Partilha-se neste trabalho a tese da judicialização administrativa, solicitada aos tribunais administrativos localizado em diversas regiões de Moçambique e que têm competência material de fiscalizar a legalidade dos órgãos administrativos públicos do Estado, sendo, desse modo,

---

<sup>330</sup> DA CUNHA JR, D. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, [S. l.], v. 26, n. 28, 2016. DOI: 10.9771/rppgd.v26i28.18274. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274>. Acesso em: 17 jul. 2023.

acessíveis em termos funcionais e geográficos. E, portanto, a judicialização requerida pelos particulares, aos tribunais administrativos, reforçaria a tutela administrativa já existente, sanando o deficit dos atos de corrupção sistemáticas, discriminação em função das classes, entre outras práticas que negam o acesso universal à saúde das pessoas socialmente vulneráveis. Todavia, essa pretensão não encontra amparo no ordenamento jurídico moçambicano.<sup>331</sup>

Colocadas as premissas acima, cabe-nos frisar o binarismo e o metodologismo jurídico, que é a principal razão para a negação ampliada da jurisdição administrativa receber pedidos de particulares exigindo o cumprimento direito à saúde, veiculado pela legítima e necessária intervenção dos tribunais administrativos, no âmbito gestão pública ineficiente. Pois, é este neste contexto que se desvela a importância do judicial review (revisão dos atos judiciais) dos atos da administração contrários aos interesses públicos do Estado, que também integram as questões relacionadas ao acesso integral e universal à saúde dos cidadãos.

Em Moçambique, inexistente espaço para disputas judiciais ou jurisdicionais no âmbito da concreção do direito à saúde. Mesmo em caso iminente do risco à vida ou saúde humana, o paciente não goza de um mecanismo jurídico eficaz para reaver uma decisão médica provinda do órgão de gestão hospitalar, salvo em caso dos recursos gratuitos administrativos que se demonstram fragilizados.

O sistema moçambicano de controle de legalidade dos atos de administração pública dizem respeito à competência material do Tribunal Administrativo, assim como fiscalização dos orçamentos de despesas dos entes públicos e sem olvidar dos atos de gestão do Sistema Nacional de saúde, que também estão sujeitos a jurisdição deste tribunal, e de acordo com a Lei n.º 8/2015, que altera a Lei n.º 14/2014, de 14 de Agosto, e que regula os limites de competência e atribuições do Tribunal Administrativos e os demais tribunais administrativos.

A questão da judicialização administrativa da saúde, por meio de uma ação requerida por um cidadão, exigindo ao Estado o cumprimento do direito subjetivo público à saúde, não é a objeto de materialização jurídica por parte dos cidadãos.

A judicialização administrativa<sup>332</sup> transparece ser um mecanismo idôneo, e importante, para mediar certas questões que envolve a Administração Pública e cidadão, quando se demonstre ineficácia ou graves violações dos direitos subjetivos públicos à saúde, ocasionadas pelas falhas da Administração Pública, podendo garantir ao cidadão recurso jurídico para pedir ao tribunal

---

<sup>331</sup> DA RODA, Arménio Alberto Rodrigues. Direito à saúde, Escassez e Ineficácia da Administração Pública: Caminhos para a Judicialização Administrativa em Moçambique.2020 **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)** ISSN -2448-3303.

<sup>332</sup> Segundo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, 2008).

competente uma revisão jurisdicional, que poder ser requerida pelo cidadão, em caso de não satisfação de determinada decisão de um ente administrativo que viola o direito à saúde.

#### **9.4 Sistemas de controle Constitucional: Uma Busca de aprimoramento institucional para a realização dos direitos fundamentais**

##### **9.4.1 Cabo Verde**

A ideia de iniciar-se com a República cabo-verdiana assente no fato de ser um país que tem vivido melhorar ambiente democrático como frisamos no final do primeiro capítulo, que conta com alternância de poder, liberdade de expressão e opinião da população etc., acompanhada por sistemas judicial efetivo, que influencia na concreção dos direitos fundamentais.

Concernente a matéria de controle de constitucionalidade, a Constituição passada de Cabo-verde estipulava o seguinte: competia ao Supremo Tribunal de Justiça reunido em Plenário: apreciar a constitucionalidade das normas e das resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto. Frise-se que a corte constitucional cabo-verdiana nesta época não era um tribunal de jurisdição especializada. Ademais, cabia o mesmo órgão a apreciação e julgamentos de outras causas comuns, também como último órgão recursal e com competência originária para julgar titulares que gozam de fórum privilegiado como presidente da República, vice e outros titulares de cargo de soberania, o que foi mantido até hoje<sup>333</sup>

Cumpri esclarecer que o modelo de constitucionalidade adotado na Constituição de 1992, caracteriza-se por ser um modelo misto, reconhecendo o controle difuso e concentrado. Por fim, o texto constitucional de 1992 sofre uma alteração constitucional, e que traz grande novidade, portanto, cria-se uma corte específica para julgar a matéria constitucional, conhecido como Tribunal Constitucional, e todas competência do Tribunal Supremo que apreciava e julgava a causas constitucionais passam a ser julgados pelo Tribunal Constitucional, que detêm competência especializada. neste âmbito manter a natureza do controle misto, isto é difuso e concentrado.

Cabo-verde tem se destacado na matéria inerente justiça constitucional, sendo o país com uma corte constitucional que mais julgou casos relacionados as constitucionalidades das normas.

Segundo a Constituição, tem legitimidade para requer a fiscalização abstrata da constitucionalidade o Presidente da República, o Presidente da Assembleia Nacional, os Deputados, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral da República e o Provedor da Justiça. No entanto, importa frisar que há uma questão crucial a ser levantada, relacionada à inexistência de

---

<sup>333</sup>EITÃO DA GRAÇA, José André. A Constituição Cabo-verdiana de 1991 revista pela Lei Constitucional n. 1/V/99; in *As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

uma parcela da população e outros autores da sociedade civil com legitimidade para provocar o tribunal, diferentemente do que ocorre em Moçambique, que legitima o número de dois mil cidadãos como parte ativa para propor um controle concentrado de constitucionalidade. Isso demonstraria eficaz no plano participativo da população, que muitas vezes encontra barreiras processuais para terem acesso ao sistema jurisdicional. Olhando para o atual cenário da incerteza democrática na África, é preciso se ter atenção em relação ao instrumento democrático dos quais os cidadãos podem desempenhar um papel mais interventivo na defesa dos direitos fundamentais. A crise institucional que perpassa na África só pode ser reduzida na medida que os cidadãos puderem exercer mais direitos políticos. Seria de extrema importância que o legislador Cabo-verdiano pudesse acrescentar o rol dos legitimados ativos, bem como as associações de caráter nacional.

#### 9.4.2 O controle de constitucionalidade na Guiné-Bissau

Segundo Filipe Falcão (2005), o modelo de fiscalização da constitucionalidade da Guiné-Bissau é um modelo concentrado, por via incidental, primeiro quando apreciado pelo Tribunal Supremo e as suas decisões têm força obrigatória geral, segundo quando exercido pelos tribunais inferiores, em questões supervenientes,<sup>334</sup>. Como decorre do artigo 126 que estipula o seguinte:

- Art.126: 1. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados.
- 2.A questão da inconstitucionalidade pode ser levantada oficiosamente pelo tribunal, Ministério Público ou por qualquer das partes.
3. Admitida a questão de inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado ao Supremo Tribunal de Justiça, que decidirá em plenário.
4. As decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pelo plenário do Supremo Tribunal de Justiça terão força obrigatória geral e serão publicadas no Boletim Oficial.

A Constituição guineense não contempla um tribunal especializado, para apreciar e decidir as causas inerente a justiça constitucional, existindo uma acumulação de competência de causas comuns e constitucionais, julgadas pelo Tribunal de Justiça. Ademais, o mesmo órgão atual opera como a última instância recursal ligadas às matérias constitucionais difusas e comuns.

Embora a Constituição não apresente uma previsão de Tribunal Constitucional<sup>335</sup>, para todos os efeitos, o Supremo Tribunal supre esta necessidade, contudo, o texto constitucional deveria ser claro e exaustivo em relação a competência do Tribunal Supremo nas matérias que

<sup>334</sup> OLIVEIRA, Felipe Falcão. **Direito Público Guineense**, Coimbra, Almedina, 2005, p. 176.

<sup>335</sup> FERREIRA, Átila Djawara Moreira. **Normas Constitucionais Programáticas na ordem Jurídica Guineense**.2008 (Dissertação de mestrado em direito público Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito Programa de Pós-graduação em Direito) Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/9280/1/%C3%81TILA%20DJAWARA%20MOREIRA%20FERREIRA%20-%20disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

dizem respeito e mais exaustivo sobre controle de constitucionalidade. Outro aspecto tem a ver com os legitimados ativos, que contempla um número reduzido de órgãos.

### 9.4.3 Controle de constitucionalidade no sistema de São Tomé e Príncipe

A Constituição de São Tomé e Príncipe é um dos textos que compreende um valor excepcional diante das demais Constituições dos países africanos de língua portuguesa e que veio a ser aperfeiçoada, com revisão (emenda) constitucional de 2003, em que introduziu um sistema de fiscalização de constitucionalidade por uma corte especializada, e neste caso a o Tribunal Constitucional, que passou a deter jurisdição específica para apreciar a deliberar sobre uma matéria constitucional em sede de um controle sucessivo abstrato, nos termos do artigo (art.º 147.º CRDSTP-2003).<sup>336</sup>

Outrora, caberia à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça apreciar e declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo incompatível com a Constituição. Como nova revisão constitucional, a jurisdição foi transferida ao mais recente órgão, que detém um modelo de fiscalização jurisdicional inserido no âmbito do poder judicial, que fiscaliza a matéria constitucional de forma especializada, marcando, com isso, um enorme avanço no âmbito da justiça constitucional. Esse nos parece um ser um modelo mais desenvolvido porque diminui a sobrecarga dos tribunais superiores, tornando-os exímios em questões de justiça constitucional, que tem reflexos positivos para celeridade processual. Por outro lado, essa Constituição admite o controle preventivo.

Figura como os legitimados ativos para requer a inconstitucionalidade de um ato normativo seguintes órgãos: O Presidente da República, Presidente da Assembleia da República; um décimo dos Deputados à Assembleia Nacional; Assembleia Legislativa Regional e o Presidente do Governo Regional do Príncipe (art.º 147.º, n.º 2, alíneas. a), b), c), d), f) da CRDSTP-2003<sup>337</sup>.

### 9.4.4 Modelo moçambicano de Controle Constitucional

Moçambique constitui um caso peculiar no tocante ao sistema de controle de constitucionalidade, contrariamente aos outros países falantes de língua portuguesa. O desenho orgânico de sistema de fiscalização constitucional moçambicano tem inspirações francesa e por seu turno, admite controle concentrado, difuso e admite controle por omissão e preventivo, este

<sup>336</sup> COUTO, A. P. A LIBERDADE E A LEI NA CONSTITUIÇÃO DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 15–25, 2023. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/450>. Acesso em: 18 jul. 2023.

<sup>337</sup> República Democrática de S. Tomé e Príncipe. Revisão constitucional de 2003, **Diário da República** n.º2, de 29 de janeiro de 2003, pp. 13 a 48.

último suscitado pelo Presidente da República. E o nome do órgão com competência para fiscalizar designa-se por Conselho Constitucional. Portanto, a Constituição da República de Moçambique foi omissa em distinguir a natureza destes órgãos, se é política ou judicial, entretanto para maioria esmagadora doutrinária, este órgão tem uma natureza política, que exerce uma função jurisdicional, sendo que este órgão não é um órgão que compõe o judiciário e muitos o menos o legislativo,<sup>338</sup> todavia configura-se em um órgão político dotado de jurisdição para exercer exclusivamente controle da Constituição. Sistema moçambicano é dos únicos que admite dois mil cidadãos como rol de legitimados ativos para acionar o Conselho Constitucional<sup>339</sup>.

Nos termos do 02 artigo 145 da CRM, podem solicitar ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade das leis ou de ilegalidade dos atos normativos dos órgãos do Estado:

- a) o Presidente da República;
- b) o Presidente da Assembleia da República;
- c) um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República;
- d) o Primeiro-Ministro;
- e) o Procurador-Geral da República;
- f) o Provedor de Justiça;
- g) dois mil cidadãos.

Embora a Constituição preveja dois mil cidadãos para mover uma ação concentrada de constitucionalidade, esse instrumento tem sido difícil de ser concretizado na prática. A reunião de duas mil assinaturas para uma sociedade com déficits digitais e educacionais acaba sendo um enorme obstáculo. E isso afeta questões de acesso à justiça, por exemplo, quando se pretende ajuizar ação concentrada para impugnar constitucionalidade de um ato normativo, que viola direitos difusos, o que, de certa maneira, prejudica a concretização dos direitos fundamentais.

Além da competência da competência acima aferida, este tribunal também atua como Tribunais de Justiça Eleitoral, cabendo-lhe apreciar todas as matérias controvertidas de questões eleitorais. E um dos grandes problemas desse órgão é a não admissibilidade de recurso das suas decisões, de acordo com artigo a 248 da CRM.<sup>340</sup> O e que figura para nós, como um atendado ao valor relacionado à justiça e o Estado de direito. esta regra carece de fundamentação processual, uma vez que os recursos têm um papel crucial para efetividade do contraditório e devido processo

<sup>338</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>339</sup> CISTAC, Gilles. O Conselho Constitucional como Regulador do Sistema Jurídico -Político Moçambicano, In José Pina Delgado e Mário Silva (orgs). **Estudos em Comemoração do XXAniversário da Constituição da República**, Praia 2013.

<sup>340</sup> DA RODA, A. A. R. A garantia do contraditório *aos autores do ato normativo nas ações concentradas de constitucionalidade e inconstitucionalidade no direito comparado*.2020 **Revista de Direito público**. ° 0 4 | Volume n ° 01 | Edição Nº 0 2 | Jan / Jun 2020. Disponível em a: <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/81/94> acesso em 18 de julho de 2023.

legal, enquanto armas de equilíbrio democrático. Recurso tem importância inclusive em questões de equívocos materiais e processuais. Este tribunal não é um Deus para não cometer erros de julgamento.

Em matéria eleitoral, especialmente nas disputas eleitorais com partidos da posição, pode-se deduzir empiricamente que maior parte das decisões desse órgão são favoráveis ao partido no poder. Demonstrando como um órgão parcial, que funciona reboque do atual governo.

### **9.5 Considerações finais**

O progresso do constitucionalismo, Estado de direito, democracia, boa go governação e desenvolvimento, goza de uma relação simbiótica inerente ao valor e respeito que se atribui a Constituição jurídica. Portanto, há uma necessidade de se conceber a constituição como um ato normativo dotado de força normativa, que vincula aos titulares dos poderes públicos e aos cidadãos. E falta deste compromisso constitucional, permitirá que maior parte do continente africano continue mergulhado na ditadura, nepotismo, golpes de Estados sucessivo, fraudes eleitorais, perseguições e falta de alternância democrática.

De maneira a mitigar-se esses problemas, as cortes constitucionais devem ter um papel ativo como último guardião da Constituição, devendo agir com justiça e imparcialidade quando provocadas. Nessas circunstâncias, o ativismo judicial e a judicialização serão necessários para conter os abusos de poder perpetrados pelos titulares de poderes políticos.

## **10 ENTRE A REALIDADE E O SIMBOLISMO DOS DIREITOS HUMANOS NA ÁFRICA: UMA ANÁLISE DO SISTEMA REGIONAL AFRICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

No primeiro momento, o capítulo explora o estado da arte do sistema africano de proteção aos direitos humanos, analisando os principais órgãos com poderes jurisdicionais, sem descuidar de mencionar as peculiaridades dos principais instrumentos normativos sobre direitos humanos na África. No segundo momento, a análise é voltada para a democracia e a efetividade das normas dos direitos humanos, bem como as fragilidades institucionais que cercam o sistema africano. Por fim, o artigo volta-se ao problema substantivo e prático de conflitos das normas oficiais e tradicionais, cujo conteúdo é incompatível com os direitos humanos.

No entanto, a inefetividade dos direitos humanos na África constitui um problema crônico que emerge de longa data e que está longe de tornar-se uma realidade material naquele continente, marcado por um passado colonial de escravidão, genocídio, tortura, discriminação, *apartheid*, entre outros males que deixaram sequelas à população africana, esta que ainda digladiava-se com a falta de concretização dos direitos fundamentais básicos como: saúde, alimentação, educação, saneamento básico, trabalho, que são direitos de pretensão, cabendo aos Estados prestá-los com maior eficácia possível, sendo que a ideia de uma vida digna depende, inteiramente, da eficácia desses direitos fundamentais.

Com a emancipação dos Estados pós-coloniais na África, criou-se a expectativa de maior gozo dos direitos fundamentais políticos e sociais. Entretanto, do ponto de vista real, não se assistiu a essa mudança, pois ainda se registra um fosso entre as declarações normativas de direitos humanos e fundamentais, e a realidade vivida pela maior parte da população africana, que enfrenta problemas como: fome, miséria, privação dos direitos políticos, tais como a discriminação da mulher, dos grupos tribais, entre outras categorias assombradas pelo ditatorialismo estatal.

A crise dos direitos humanos e fundamentais na África gravita no interior dos sistemas internos que abarcam os Estados e as suas instituições como órgãos fundamentais para execução das políticas públicas inerentes aos direitos de segunda dimensão, bem como as liberdades e garantias fundamentais. E por seu turno, a crise alastra-se no sistema regional, que goza de prerrogativas deliberativas e de fiscalização dos tratados e convenções internacionais, que também têm se demonstrado falho na resposta para efetivação dos direitos fundamentais naquele país.

A negação dos direitos humanos na África também está vinculada ao paroquialismo cultural local que cerceia o núcleo da liberdade, igualdade e dignidade das pessoas. Estas, coercivamente, devem responder aos imperativos coletivos ou comunitários opressores às minorias como mulheres e crianças, subjugadas em nome de imperativos culturais majoritários.

Daí, a indeclinável importância dos órgãos de proteção de direitos humanos para tecer recomendações e pareceres sobre questões controversas acerca do paroquialismo cultural e dos direitos humanos estabelecidos nos instrumentos normativos sobre direitos humanos.

### **10.1 Composição e estrutura do Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos em África**

A luta pela liberdade, igualdade, dignidade humana, justiça social e autodeterminação dos povos africanos, no contexto de pós-independência, abriu espaço para a criação da organização da Unidade Africana em 1963, posteriormente transformada em União Africana em 2001, que tem como principais objetivos: a integração e cooperação dos Estados africanos; a consolidação da democracia; a promoção dos direitos humanos; a promoção da paz e segurança no continente; o desenvolvimento econômico na região; e a defesa da soberania e integridade dos Estados africanos, pautada na autodeterminação dos povos.<sup>341</sup>

O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos e dos povos, tem como base a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, um dos principais instrumentos estruturantes adotado em 27 de julho de 1981, em Banjul, Gambia, durante a conferência Ministerial da então OUA, entrou em vigor em 21 de outubro de 1986 e conta com a adesão dos 54 Estados africanos. A Carta Africana dos Direitos humanos e dos povos goza de peculiaridades em relação a vários aspectos que não têm o mesmo tratamento em outros sistemas regionais. Uma das novidades desse instrumento, é que Carta não faz quaisquer distinções entre direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que tem reforçado o paradigma de que os direitos humanos são indivisíveis, atribuindo-lhes igual força jurídica e sujeitos ao mesmo controle dos órgãos africanos dos direitos humanos e dos povos.<sup>342</sup>

O outro diferencial da Carta africana é que afastou a visão liberal dos direitos fundamentais concebidos na perspectiva individualista, preferindo uma visão coletivista dos direitos humanos visto como um todo<sup>6</sup>. Esse ideário parte de uma concepção cultural assente no continente africano, que pauta suas relações com base na categoria de pensamento arraigado no *Ubuntu*, compressão filosófica de sociedade como massa de indivíduos, cujo núcleo central é a valorização do outro para existência singular do Eu.

A Carta distingue-se, na sua composição, dos demais instrumentos internacionais, à medida que faz forte referência aos deveres dos indivíduos com a sociedade, a família, o Estado e os outros entes que fazem parte do corpo social, visando a coesão social<sup>7</sup>. Neste sentido, a Carta

---

<sup>341</sup> HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. **The African Regional Humans Rights System**. In: Penn State Law Review, 679, 2004.

<sup>342</sup> ACHPR. **História da Carta Africana**. Disponível em: [https://www.achpr.org/pr\\_hotac](https://www.achpr.org/pr_hotac) Acesso em: 12 nov. 2020.

compartilha a ideia de que os direitos se tornam eficazes no âmbito horizontal, quando todos os membros estão comprometidos com seus deveres de sujeição ou ação para com outro, não obstante, a exigência vertical do Estado e do cidadão também é importante para o respeito dos direitos, sobretudo, de liberdades fundamentais. Ademais, a Carta foi promissora ao estabelecer o direito ao desenvolvimento, no quadro dos direitos humanos e fundamentais. Neste sentido, a Carta demonstra um atrevimento do ponto de vista jurídico e político, ao afirmar o desenvolvimento como um direito humano. E essa concepção é de suma importância no continente africano, onde a fome e a pobreza continuam abrangendo maior parte da população, que vê o seu desenvolvimento limitado por vários fatores econômicos, sociais e políticos.<sup>343</sup>

Ao estabelecer o desenvolvimento como um direito humano, presume-se que a Carta também estava preocupada com a nefasta colonização no continente africano que deixou sequelas à população, esta que vivia distante do desenvolvimento humano.

O direito dos cidadãos ao desenvolvimento é jurídico e político e, para sua eficácia, depende de maior intervencionismo do Estado através das políticas públicas, que visam a distribuição equitativa dos bens fundamentais básicos, como: saúde, educação, alimentação, etc.

No que tange aos órgãos de proteção dos direitos humanos, é imprescindível analisar o papel da Comissão Africana dos Direitos Humanos, órgão criado pela Carta em 1987, que visa promover e assegurar os direitos humanos e dos povos de acordo com o artigo 30. Ademais, cabe à Comissão emitir pareceres, recomendações aos governos e por sua vez, goza de competência para interpretar todas as disposições da Carta nos termos de artigo 45. E, nos termos do artigo 47, cabe à Comissão apreciar as comunicações apresentadas por um Estado parte, contra outro Estado parte, nesta senda, estipula o artigo 55 da Carta que a Comissão receberá comunicações de outras entidades que não sejam Estados. Essa disposição suscitou o problema de saber se os indivíduos teriam legitimidade de apresentar comunicações à Comissão contra um determinado Estado, quando este tenha violado os direitos humanos previstos na Carta e outros instrumentos sobre direitos humanos na África. Todavia, essa questão ficou sanada na medida em que a própria Comissão teve a oportunidade de apreciar um considerável número de comunicações dos indivíduos, algumas consideradas admissíveis e outras inadmissíveis, sendo as últimas em maior número.

Importa frisar, que o sistema africano de direitos humanos não previu a existência de um tribunal ou corte de direitos humanos quando da sua formação, entretanto, para maioria esmagadora da doutrina africana, esse posicionamento parte da ideia que não haveria necessidade da existência de uma corte no continente africano, sendo que os litígios no âmbito da tradição africana são resolvidos por via de mediação, conciliação e arbitragem e não por via judicial. Neste contexto, a ideia de uma Corte foi intencionalmente afastada no contexto da idealização da Carta

---

<sup>343</sup> Cf. PIRES, Maria José Morais. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. In: Documentação e Direito Comparado, n. 79/80, Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1999

Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Esse entendimento tinha a sua razão de ser em determinado contexto histórico e social.<sup>344</sup>

No tocante à sociedade africana, a ideia de resolução de litígios por via de acordos representou uma identidade de justiça própria da África, que tem como núcleo central a compensação dos danos como forma de fazer justiça e não a retribuição em si. Não obstante, essa compressão, não se sustenta na contemporaneidade africana onde os conflitos e as violações de direitos humanos vêm se proliferando cada vez mais.<sup>345</sup>

Em 1998 foi adotado o Protocolo da Carta África dos Direitos Humanos e dos Povos, o qual estabeleceu o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos que entrou em vigor em 2004, tendo sua sede em Arusha Tanzânia, composta por onze juízes eleitos entre figuras ou personalidades africanas que gozem de alta consideração e sejam conhecidas pela sua alta moralidade, integridade e imparcialidade, e que possuam conhecimento em matérias dos direitos humanos e dos povos por mandato de seis anos podendo ser renovável. O tribunal foi criado para complementar as atividades da Comissão, entretanto, essa ideia de complementaridade demonstra-se deficitária ao relegar a corte este papel complementar, sendo imprescindível a autonomia e independência da corte para funcionamento pleno para a efetivação do próprio sistema Regional.

<sup>346</sup>A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos é uma Corte de status continental ou regional, criado pelos Estados africanos, com finalidade de garantir a defesa dos direitos humanos e dos povos no continente africano.

É de extrema importância sublinhar que, os juízes da Corte são eleitos após nomeação pelos seus respectivos Estados, na sua qualidade individual, de entre juristas africanos de comprovada integridade e reconhecida competência prática, judicial ou acadêmica e experiência em matéria de direitos humanos. Cabe mencionar que os juízes são eleitos para um mandato de seis ou quatro anos, renovável uma vez. Os mesmos elegem, de entre si, o presidente e o Vice-Presidente podem ser reeleitos apenas uma vez.<sup>347</sup>

Importante que frise que, para se constituir membro da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos não é necessário possuir o título de Jurista(formado em Direito), basta que seja um indivíduo que goze da mais alta consideração, conhecida pela sua alta moralidade, sua integridade e sua imparcialidade, e que possua competência em matéria dos direitos humanos e dos povos, devendo ser reconhecido um interesse particular na participação

---

<sup>344</sup> BELLO, Emmanuel G., **The African Charter on Human and Peoples' Rights: a legal analysis**. In: Recueildes Cours, vol. 1 94 (1985-V).

<sup>345</sup> Ibidem

<sup>346</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>347</sup> BACIÃO, Domingos Nhamboca Hale. **O sistema Africano de Proteção de Direitos humanos: uma análise crítica**. v. 2 n. 2 (2019): [Revista Direitos Humanos e Sociedade](https://periodicos.unesc.net/ojs/index.php/dirhumanos/article/view/5687), Disponível: em <https://periodicos.unesc.net/ojs/index.php/dirhumanos/article/view/5687>. Acesso em 06 de out de 2023.

de pessoas possuidoras de experiência em matéria de direito. Já para ser Juiz da Corte é imprescindível o título de Jurista.<sup>348</sup>

O Presidente do Tribunal tem sua residência e trabalha e regime de tempo integral na sede do tribunal, enquanto os outros dez (10) juízes trabalha a tempo parcial. No exercício das suas funções, o Presidente é apoiado pelo Secretário, que assegura as funções de Secretariado, gestão e administração do Tribunal.

De acordo com Domingos Bacião Nhamboca , a corte A Corte africana deu início as suas atividades oficialmente em Adis Abeba, Etiópia, em novembro de 2006, porém, em agosto de 2007, a sua Sede foi transferida para Arusha, Tanzânia como foi frisado anteriormente, tendo o Governo daquele país disponibilizado instalações temporárias, enquanto se aguardava a construção de instalações permanentes. Entre 2006 e 2008, a Corte lidou principalmente com questões operacionais e administrativas, incluindo o desenvolvimento da estrutura orgânica da sua Secretaria, a preparação do orçamento e a elaboração do Regimento Interno provisório. Em 2008, durante a sua 9ª Sessão Ordinária, juízes aprovaram o Regimento Interno provisório da Corte, esperando então a realização de consultas com a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, com sede em Banjul, Gâmbia com finalidade de harmonizarem os seus Regimentos no âmbito da prossecução dos dispositivos do protocolo que cria a Corte, que exigem que as duas instituições devem harmonizar os seus regimentos respetivos para lograrem a almejada complementaridade entre a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Ademais, de acordo Domingos Nhamboca(2019), o mesmo entende que a Corte tem a competência Consultiva e a competência Contenciosa. Só para lembrar, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos também tem a competência consultiva. A competência consultiva consiste em interpretar qualquer disposição da Carta a pedido de um Estado Parte, de uma instituição da Organização da Unidade Africana ou de uma organização africana reconhecida pela Organização da Unidade Africana (art. 45, nº 3)<sup>30</sup>. A competência consultiva da Corte encontra-se prevista no art. 4º do Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

As competências da comissão vêm elencadas no art. 45, § 1º ao 4º, da Carta Africana. Dentre elas, destacam-se: a) reunir documentação, fazer estudos e pesquisas sobre problemas africanos no domínio dos direitos humanos e dos povos, organizar informações, encorajar os organismos nacionais e locais que se ocupam dos direitos humanos e, se necessário, dar pareceres ou fazer recomendações aos governos; b) formular e elaborar, com vistas a servir de base à adoção de textos legislativos pelos governos africanos, princípios e regras que permitam resolver os problemas jurídicos relativos ao gozo dos direitos humanos e dos povos e das liberdades

---

<sup>348</sup> Ibidem

fundamentais; c) cooperar com as outras instituições africanas ou internacionais que se dedicam à promoção e à proteção dos direitos humanos e dos povos; e d) interpretar qualquer disposição da Carta a pedido de um Estado-parte, de uma instituição da União Africana ou de uma organização africana (uma ONG) reconhecida pela União Africana. Este último aspecto é de extrema importância, tendo a Comissão já interpretado vários dispositivos da Carta e sanado falhas pelo exercício hermenêutico do texto à luz dos padrões internacionais de direitos humanos.

Inobstante a esse contributo da Comissão e do Tribunal africano, as violações de direitos humanos por parte dos Estados, continuam crescendo na África, pois esperava-se muito mais com operacionalização da Corte, todavia, de forma empírica vislumbra-se uma fragilidade deste órgão que julga poucas ações peticionadas pelos indivíduos e organizações contra o Estado.

Não obstante, a Corte legitima indivíduos como parte para apresentar petições contra o Estado, nos termos do artigo 34 (6) do protocolo à Carta Africana, há um bloqueio processual que dificulta o acesso à corte africana por parte de indivíduos e organizações não governamentais, na medida em que a corte exige que o Estado, contra o qual é acusado, deva depositar declaração expressa de que aceita a jurisdição da Corte. Isto quando o processo é peticionado pelos indivíduos e organizações não governamentais.

Este preceito tem o intuito de resguardar a soberania dos Estados, percebida ainda de forma tradicional e equivocada, uma vez que os Estados se encontram obrigados a sujeitarem-se à corte, tendo estes ratificado o protocolo. Contudo, esse condicionalismo derroga a permissibilidade concedida anteriormente para indivíduos proporem ações contra o Estado, tornando difícil o acesso à corte.<sup>349</sup>

Atualmente, este requisito de aceitação pelo Estado acusado vem sendo impugnado pelos diversos ativistas dos direitos humanos na África. O problema do acesso à corte não se esgota no âmbito processual como acima aludido, verifica-se por sua vez, problemas ligados aos embaraços econômicos, sendo que maior parte da população é pobre, conseqüentemente, poucos podem contratar advogados e ter acesso ao tribunal, porque maior parte da população está despida de capacidades econômicas e financeiras para protocolar, devidamente, ações contra Estado. Esse problema deveria ser minimizado com a atuação de defensores públicos da União africana, apresentando uma estrutura melhor organizada, portanto, diferentemente do modelo interamericano que conta com defensores públicos interamericanos a serviço da Corte. Embora exista atualmente um fundo para patrocínio judiciário junto à corte africana, criado por um estatuto próprio nos anos 2000, porém esta pretensão ainda se encontra meio frágil. Entre nós, partilhamos a ideia da criação de secretarias da Corte e da Comissão em diferentes regiões da

---

<sup>349</sup> Cf. KEMBABAZI, Lydia Winyi. *A critique of accessibility to the African Court of Human and Peoples' Rights*. Budapeste: Central European University, 2013.

África, para recepcionar as petições, dar apoios às ONG e aos indivíduos no cenário de um processo contra o Estado.<sup>350</sup> O analfabetismo e o acesso à informação constituem outro problema crucial no continente africano, e isso tem relação direta com o acesso à justiça, sobretudo no âmbito internacional. O conhecimento sobre o funcionamento das instituições é uma questão de cidadania, o qual blinda o cidadão contra os abusos do Estado, o que está distante de constituir realidade no continente africano onde essas instituições e a burocracia para o acesso, são desconhecidas.

### 10.1.1 A idealização tribunal de justiça

Com o intuito de ampliar a jurisdição no sistema africano e minimizar outros problemas adversos em África, foi adotado o protocolo do Tribunal de Justiça, criado em 11 julho de 2003, visando dirimir os conflitos interestatais inerentes à aplicação e interpretação dos tratados adotados no sistema Africano.<sup>351</sup>

Entretanto, este tribunal nunca chegou a ser materializado do ponto de vista institucional. Sendo assim, o sistema africano conta apenas com um único tribunal em funcionamento, que é o tribunal criado à luz do protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Em seguida, assistiu-se à criação do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça e dos direitos humanos (TAJDH), conhecido como Protocolo de Sharm Al-Sheikh, instituiu que a Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos, composta de dezesseis juízes divididos em duas câmaras, uma de assuntos gerais, outra de direitos humanos aprovado em 01 julho de 2008, propugna uma cisão entre o primeiro e segundo tribunal formando apenas uma corte com dupla jurisdição<sup>13</sup>. O Protocolo foi firmado por trinta Estados e ratificado por apenas cinco deles, distante do mínimo de quinze ratificações para entrar em vigor, com isso, não chegou a entrar em funcionamento. Neste sentido, foi aprovado em 2014 o Protocolo de Malabo, na forma de uma emenda, para ampliar a jurisdição do Tribunal de Justiça e dos direitos humanos e dos Povos, julgando crimes internacionais semelhantes aos crimes julgados pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), tais como: crime de guerra, terrorismo, pirataria, crime contra humanidade, crime de agressão e genocídio. Deste modo, a corte contaria com uma Câmara especial para julgar matérias criminais, embora essa corte não se encontre em funcionamento.<sup>352</sup>

<sup>350</sup> MEDEIROS, Rafael Chiarini, **Sistema Africano de Direitos Humanos: Uma análise crítica dos órgãos regionais de proteção**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília, 2017.

<sup>351</sup> Cf. AU. **Protocolo Relativo aos Estatutos ao Tribunal Africano de Justiça de Direitos humanos**. Disponível em: [https://au.int/sites/default/files/treaties/36396-treaty-0035\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human](https://au.int/sites/default/files/treaties/36396-treaty-0035_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human). Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>352</sup> GARRIDO, Rui. **Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?** Relações Internacionais [online]. 2017, n.54, pp.55-71. Disponível em: <http://dx.doi.org/doi.org/10.23906/ri2017.54a05> Acesso em: 10 out. 2020.

A motivação política para alargamento da jurisdição criminal está associada à indignação dos líderes africanos que entendem que o TPI tem agido de forma seletiva e parcial quanto a estes, e para evitar esta perseguição, a maioria esmagadora defende a desvinculação dos Estados africanos do TPI. Reafirmada esta ideia, a corte unificada (TAJDH) passaria a julgar os indivíduos contra quais são indiciados crimes de guerra, agressão à humanidade e genocídios nos mesmos moldes do Tribunal Penal Internacional criado a luz do Estatuto de Roma que entrou em vigor 01 de julho de 2002<sup>15</sup>.

A idealização de uma corte com jurisdição criminal para julgar indivíduos, demonstra-se como algo promissor, pelo menos no continente africano, onde muitos crimes e violações sobre direitos humanos, especialmente quando cometidos por políticos, que são imunes e impunes, protegidos pelo aparato estatal. Portanto, se na verdade está jurisdição gozar de um funcionamento pleno e imparcial presumir-se-ia que a proteção dos direitos humanos lograria

efeitos positivos. Por outro lado, teme-se que este tribunal unificado com jurisdição criminal, sirva para acobertar os líderes africanos políticos, ditadores. Esta premissa pode atestada à luz do atual funcionamento da Comissão Africana e do Tribunal Africano dos Direitos Humanos, principais órgãos do sistema de proteção de direitos humanos na África, que têm julgado diminutos números de casos, mesmo numa situação de graves violações de direitos humanos presenciados em África.

Ademais, são pouquíssimos os países que depositaram a declaração para serem abarcados com jurisdição do tribunal africano, quando o processo é impetrado pelos indivíduos ou organizações não governamentais. Toda esta conjuntura de absoluta soberania e imunidades dos Estados africanos e os seus líderes, espelha o receio de um funcionamento eficaz desse Tribunal, que pode servir de verdadeira panóplia de impunidade e imunidade aos líderes políticos africanos, como se tem vislumbrado corriqueiramente no interior dos Estados, onde os titulares de funções públicas e políticas vivem à margem dos imperativos legais.

A insuficiência econômica e financeira dos órgãos do sistema africano como um entrave à justiça No que tange ao projeto de ampliação da nova corte de justiça e jurisdição criminal, os sistemas africanos enfrentam graves problemas atinente à falta dos recursos financeiros, que inviabiliza o funcionamento dos organismos regionais e que tem um impacto direto na execução de suas políticas. Com os atuais órgãos de proteção de direitos humanos, que contam com a Comissão, a Corte africana dos direitos humanos e do Comitê de peritos para o bem estar da criança, há fortes queixas de insuficiência dos recursos financeiros para o funcionamento pleno de todas as atividades previstas nos instrumentos normativos sobre direitos humanos<sup>16</sup>.

A dependência econômica que afeta o sistema africano é um fenômeno crônico que se alastra por longos períodos e que tem contribuído para a fragilidade das instituições africanas, que não podem exercer suas atividades na íntegra e de maneira autônoma. Este cenário afeta a

generalidade do sistema regional de justiça. E, com os novos órgãos jurisdicionais ampliados ao sistema, isso demandará altos custos financeiros e alguns juristas africanos receiam o funcionamento pleno desses órgãos devido à escassez financeira e econômica que acomete o continente.

### 10.1.2 O simbolismo das normas de direitos humanos em África e eficácia latente

A proteção dos direitos humanos na África ainda está distante de constituir uma realidade material, pois inexitem vontades políticas e jurídicas dos órgãos internos e regionais em reverter o atual quadro das privações dos direitos fundamentais, embora haja um número de legislações internas e internacionais que pugnam amplamente sobre essa dimensão dos direitos essenciais à vida digna.

Neste contexto, usando a linguagem qualificadora do ilustre professor Marcelo Neves, os direitos humanos e fundamentais ocupariam espaço de normas meramente simbólicas, no qual, o objetivo central é fortificar a confiança do cidadão em um determinado governo ou Estado. Isso ocorre, muitas vezes, quando há uma pressão direta, seja da população ou dos organismos internacionais, e no tocante a este último aspecto, é corriqueiro nos ordenamentos jurídicos africanos em que a legislação é aprovada não para gozar da eficácia jurídica ou social, mas para dar falsa aparência à comunidade internacional e à população, onde o Estado ou governo buscam legitimar a sua política interna<sup>353</sup>.

Muitos Estados africanos vivem sob a dependência econômica e financeira da comunidade internacional, da qual recebem subsídios, donativos, fundos para arcar com as despesas do orçamento nacional. No entanto, os organismos internacionais têm suas exigências para manter os financiamentos a estes Estados ou governo. E neste sentido, os Estados, no intuito de fortificar a sua legitimidade e confiança diante dos agentes externos e internos, criam falsas aparências legislativas que em princípio não têm vontades políticas e jurídicas para efetivar essas normas, pois constitui um cenário ilusório para “o inglês ver”. Para Marcelo Neves, a legislação *álibi*, subconjunto da legislação simbólica, constitui um mecanismo normativo apropriado pelos organismos nacionais e regionais para dar falsa aparência de resolução dos problemas sociais, políticos e econômicos existentes, sem que

haja verdadeira intenção de resolvê-los. O desiderato do legislador é de persuadir o público de boas intenções governamentais, neste fito, Estados ou governos, assim como organismos regionais, sobretudo em África, não criam condições políticas, sociais e para efetivação dos direitos humanos e fundamentais.<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>354</sup> *Ibidem*

A legislação simbólica no quadro africano pode ser vislumbrada na maneira de como os organismos regionais de proteção dos direitos humanos conduzem as suas ações, embora com excelentes instrumentos normativos, mas do ponto de vista real ou material pouco tem sido feito. Isso pode se notar por meio do número de petições que são interpostas pelas pessoas singulares e organizações não governamentais, sendo que, poucas dessas petições são recebidas. Há maior margem de processos a serem considerados inadmissíveis quando interpostos pelas pessoas singulares e organizações não governamentais, característico das normas simbólicas.

Note-se que, no tocante às declarações de aceitação feitas pelos Estados no âmbito de um processo interposto por pessoa física e organização não governamental, tem representado um bloqueio para o acesso à justiça regional, tendo em conta os números de declarações de aceitação de jurisdição do tribunal, depositadas pelos Estados que representam um número ínfimo, ou seja, dos 54 países existentes no continente africano, apenas 29 ratificaram o protocolo à Carta africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que cria o Tribunal Africano.

Deste universo, 9 países tinham depositado a declaração de aceitação da jurisdição do tribunal. Com relação às petições interpostas por indivíduos e organizações não governamentais, dos 9 países apenas 4 reiteraram as declarações de aceite, negando a jurisdição do tribunal quando protocolados por indivíduos e organizações não governamentais.

Portanto, é evidente que os Estados ao aceitarem os instrumentos normativos sobre direitos humanos na África, apenas visam passar ou vender uma imagem de que tem interesses de tornar eficazes essas normas, todavia, no âmago da sua política interna, tão pouco assumem esses compromissos internacionais como prioridades dirigentes do Estado, característico das legislações simbólicas.

355

A inviabilidade jurídico-processual, social e econômica, para que os indivíduos e organizações não gozem do acesso direto ao tribunal africano é um exemplo inequívoco de que há poucos esforços do poder público nacional e regional para promover os direitos humanos e eliminar as injustiças sociais existentes.

A outra questão que pode ser citada como exemplo de normas simbólicas, no âmbito do sistema regional africano de proteção dos direitos humanos, diz respeito a um dos requisitos de admissibilidade da petição, que é o tempo razoável para se protocolar uma ação contra o Estado violador dos direitos humanos, previsto no art. 34 do protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e apresenta um conteúdo vago sobre o tempo razoável, ficando à margem dos Juízes determinar este aspecto, no entanto, vários casos são rejeitados ou considerados inadmissíveis pela corte por essa questão, que ao nosso visto, constitui a falta de um desiderato

---

<sup>355</sup> A ideia sobre o valor simbólico das normas aqui apreciadas tem forte conexão com o juízo de Marcelo Neves, apresentado na obra: NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

fático do órgãos não para fazer valer a eficácia plena das normas jurídicas previamente assumida pelos os membros da União africana.

No contexto interno, a eficácia adormecida ou latente dos direitos fundamentais e humanos decorre do valor simbólico das legislações dos Estados<sup>19</sup>, que pode ser aferida com alguns exemplos práticos como: a normalização política das discriminações, privação dos direitos das mulheres que continuam sendo subalternizadas em nome do paroquialismo cultural emergente de relações sociais comunitaristas intrínsecas dos países africanos que privam e interferem nas liberdades individuais das mulheres. Contudo, essa situação ocorre mesmo com diversas normas de carizes internas e internacionais que protegem os direitos humanos das mulheres e os Estados pouco se empenham para mitigar essa desigualdade de tratamento, baseada na privação dos direitos fundamentais e humanos.

É válido frisar que existem diversas normas que protegem os direitos humanos das mulheres em nível nacional e internacional, podendo-se citar o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África, adotado em Maputo, Moçambique, em julho de 2003 e entrou em vigor em novembro de 2005. Que garante a igualdade perante a lei, a não discriminação garante os direitos reprodutivos das mulheres proibindo a mutilação de órgãos genitais femininos, etc. Note-se que, maior parte dos países africanos, no contexto anglófono, como: Malawi, Zimbábue, Zâmbia, no âmbito francófono: Congo, Togo, Benin e no lusófono: Angola, Guiné -Bissau e Moçambique, apresentam elevados níveis de discriminação e privação dos direitos fundamentais das mulheres, mesmo com textos constitucionais brilhantes que preveem o direito à igualdade e não discriminação. Com isso, é possível afirmar que as normas de direitos humanos na África possuem um valor meramente simbólico, registrando um abismo entre as pretensões normativas e a realidade afirmada pelo poder político governamental em esferas nacional e regional. A função manifestada da norma pouco importa para esses líderes, o importante é a imagem que se tenta construir por meio de ilusão.

A dimensão simbólica das normas de proteção de direitos humanos na África propaga ilusão aos cidadãos, assim como à comunidade internacional, de que os Estados estão empenhados na promoção dos direitos humanos, entretanto, esses direitos continuam sendo banalizados, em face de tantas questões sociais e econômicas maleáveis que deveriam ser minimizadas pelos Estados

A outra função da legislação simbólica, como ressalta Marcelo Neves apoiado no conceito de Schmitt, é de servir como fórmula de compromisso dilatatório. Dito em outras palavras, um mecanismo que serve para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios,

criando leis que dilatam os conflitos sociais para o futuro<sup>356</sup>. Efeitos latentes ou adormecidos das normas jurídicas, em vários países africanos, transparecem como vontade política dos Estados ou governos nos quadros da execução da política nacional e gozam de condições sociais e econômicas para promover os direitos das mulheres por meio de incentivos à educação.

### **10.1.3 A democracia como elemento incondicional para a proteção e promoção dos direitos humanos e o direito de boa governança**

A camada essencial para a proteção dos direitos humanos é, sem dúvidas, o Estado e suas instituições, mediante o compromisso dirigente levado a cabo pelas políticas públicas e outros meios comissivos e omissivos para a realização dos direitos fundamentais, no entanto, é a partir do caso de descumprimento das normas protetivas dos direitos fundamentais, que o sistema regional e internacional deve ser acionado para reparar as condutas ou as omissões do Estado. E um dos problemas dos Estados africanos é justamente a notória debilidade do compromisso com a democracia, que continua raquítica.<sup>357</sup>

Um dos objetivos primordiais da União Africana é a consolidação da democracia no continente africano, marcado por vários problemas sistêmicos e estruturais que nascem desde a colonização, período pós-independência e que persistem até aos dias atuais. Práticas antidemocráticas como: ditaduras, nepotismos, corrupção, opressão à população, perseguição política e étnica, continuam sendo normalizadas pelos Estados ou governos locais, que banalizam o verdadeiro sentido das normas fundamentais plasmadas nos instrumentos internacionais e ratificadas pelos os Estados.

A derrogação implícita das normas internacionais e internas dos direitos humanos e fundamentais tem sido frequentemente denunciada por parte dos Estados africanos, devido à fragilidade democrática das suas instituições. Não há como se esperar o gozo pleno dos direitos humanos e fundamentais com uma democracia falida. Entende-se aqui a democracia no sentido amplo, que inclui o regime de governo, método de participação da população na esfera pública por meio de um governo de debate nas palavras de John Situart Mill, e democracia como método decisão participativa e contra majoritária de cunho opressor.

Um das características fundamentais dos Estados democráticos é a sujeição do Estado no império das leis por si formuladas ou reconhecidas, o que se traduz em um Estado de direito e este ideário vem perdendo espaço em vários países africanos. Mergulhados em atrocidades políticas que limitam o cidadão na soma dos direitos fundamentais, tais como limitação de

---

<sup>356</sup> Neves, Marcelo, 1994.obj cit

<sup>357</sup> Cf. DAVI, Tetevi. **African Court on Human and Peoples' Rights Delivers Landmark Ruling on Women's Rights and the Rights of the Child in Mali**. 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/african-court-on-human-and-peoples-rights-delivers-landmark-ruling-on-womens-rights-and-the-rights-of-the-child-in-mali/> Acesso em: 11 nov. 2020

liberdade de opinião, liberdade política de se afiliar a um partido político, religião, saúde, educação básica universal, entre outros direitos intrínsecos à vida humana digna.

Países como Mali, Somália, Quênia, Chade, Sudão do sul, Moçambique entre outros se digladiam em misérias profundas, começando com problemas de acesso a saúde, saneamento básico, acesso à água potável, alimentação, educação que mantém a população à margem do desenvolvimento humano.

Um dos fatores cruciais para a limitação desses direitos tem a ver com a questão da corrupção sistêmica, idealizada como conduta normal das instituições do Estado, que enforcam o sistema de gestão pública, acorrentando as arbitrariedades políticas levadas a cabo pelos titulares dos poderes públicos.

Navi Pillay destacou que “Let us be clear. Corruption kills” (corrupção mata), em sede do seu discurso em 2013, no âmbito da Organização das Nações Unidas, em especial no Conselho de Direitos Humanos e no Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, sobre o vínculo entre a corrupção e as violações de direitos humanos. A corrupção é um dos problemas crônicos que coloca o retrocesso dos direitos fundamentais e humanos na África, onde os senhores absolutos continuam destruindo os recursos do Estado.<sup>358</sup>

O Conselho de Direitos Humanos aprovou a Resolução nº 68/05 e a Resolução nº 7/11 sobre o papel da boa governança na proteção e promoção de direitos humanos, assim como a Resolução nº 23/9 sobre o impacto negativo da corrupção no gozo dos direitos humanos que devem servir de padrões internacionais a serem observados pelos Estados.

E no contexto regional africano, foram aprovadas a Convenção sobre Prevenção e Combate à Corrupção de 2003, a Carta Africana sobre Democracia e a Carta sobre eleições e Boa Governança<sup>29</sup>. Pelo menos na África, o problema nunca foi a falta de instrumento normativos, mas o compromisso interestatal para fazer valer essas normas no âmbito interno. As leis não são levadas a sérios e como reina o clima de impunidade e imunidade, esses descompromissos vêm recrudescendo. Consequência direta pelo não respeito pelo Estado de direito, o que leva a não responsabilização dos Estados africanos pela Corte e a Comissão, essas atitudes descompromissadas com a democracia tendem alastrar-se.

A democracia é supedâneo dos direitos humanos e fundamentais, cuja ausência não se pode falar de direitos humanos no sentido amplo, uma vez com a democracia negada aos cidadãos, as liberdades fundamentais ficam restringidas como é comum em vários países africanos, onde as mulheres não podem exercer certas escolhas fundamentais no que diz respeito a elas mesmas. E

---

<sup>358</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

essas restrições acontecem também no nível político onde assistimos limitações de liberdade de expressão, fenômeno corriqueiro em alguns países de cultura árabe.<sup>359</sup>

O problema da democracia atrela-se com outro substrato, a paz que vem sendo comprometida por prolongados anos, onde a predominância de conflitos políticos e militares continua se alastrando, como é o caso do terrorismo, disputas militares sobre território, controle de recursos minerais, que tem deixado os países africanos aquém dos direitos humanos e fundamentais.

A intervenção dos órgãos da União africana é preponderante neste sentido, para evitar as ondas dos conflitos militares e políticos no continente. Neste contexto, podemos fazer alusão a Moçambique que atravessa atualmente um grave conflito terrorista, que tem assolado a província de Cabo Delgado. Malgrado, o papel da União africana tem sido de menos para mitigar essas situações.

#### **10.1.4 Considerações**

Contudo, podemos dizer que o baixo nível da democracia como um regime de Estado, como um governo por meio de debate e procedimento formal participativo do Estado com base na lógica majoritária, bem como instrumento de emancipação de grupos minoritários, tem fracassado no continente africano, rodeado por privações e exclusões de categoria específicas, de pessoas que não podem contar com o gozo pleno dos direitos civis e políticos, assim como os direitos econômicos e sociais. Os indivíduos estão sendo vedados do acesso aos bens constitucionais básicos como saúde, educação, alimentação, participação na política, etc.

Os direitos humanos podem surtir efeitos plenos em determinados espaços geopolíticos quando acompanhados da sua fórmula governamental que é a democracia, tida como governo por meio de debate e participação do povo na vida política do Estado, pautado no respeito pela liberdade, igualdade e dignidade.

Sem a democracia minimamente funcional, dificilmente poder-se-ia falar de direitos humanos. E, de acordo Amartya Sen, a ausência da democracia e da liberdade conduz à privação das capacidades dos indivíduos, uma vez que não podem efetuar escolhas básicas referentes à própria vida. A crise da democracia no espaço geopolítico africano decorre em primeiro lugar das realidades dos próprios Estados e dos órgãos regionais que têm omitido o dever de acompanhar e fiscalizar as políticas desenvolvidas pelos Estados membros da União africana.

É sabido que o continente africano é recente, enquanto um povo independente, e com um passado lastimável e difícil de superar, devido às injustiças levadas a cabo naquele continente por

---

<sup>359</sup> A Carta Africana sobre Democracia e Carta sobre eleições e Boa Governança são instrumentos recentes adotados a partir de 2000, que vem de encontro aos objetivos traçados pela União africana para a consolidação da democracia no continente, inobstante aos esforços da Organização, esses instrumentos vem sendo observados de maneira diminuta.

longos anos de escravidão. Seria incoerente exigir do sistema africano de direitos humanos, os mesmos níveis de efetividade dos sistemas europeus e interamericanos que já gozam de longas caminhadas.

Sem embargos, a efetividade dos direitos humanos na África continua sendo um desafio que não será superado tão facilmente, sobretudo no campo dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, que por um lado exigem a profunda intervenção do Estado e por outro a abstenção do Estado na esfera das liberdades negativas dos indivíduos.

O sistema africano apresenta excelentes propostas normativas, todavia, o problema insere-se nas efetividades destas normas que não são levadas a sério pelos membros da União africana, que têm violado, escrupulosamente, os direitos humanos e estão distantes de serem responsabilizados pelos órgãos regionais de proteção de direitos humanos. A ideia da soberania continua sendo usada para coibir a jurisdição dos órgãos regionais na fiscalização e responsabilização dos Estados partes.

Além dos mais, há necessidade dos órgãos de proteção de direitos humanos, como a comissão e o tribunal, de encontrar mecanismos plausíveis para ampliar o acesso à justiça de indivíduos e ONGs para que possam ter acesso às instancias jurisdicionais e denunciar os abusos engendrados pelos Estados.

A consolidação da democracia constitui umas das prioridades dos Estados membros da União africana, para que o campo dos direitos humanos seja factível, sob a pena de permanecer na ilusão das normas simbólicas que ensejam boas pretensões sobre direitos humanos e que estão distantes de tornarem-se efetivas.

Existe a necessidade de implementação de uma democracia participativa, inclusiva e pluralista, capaz de dialogar com as diversidades culturais e normatividades distintas vislumbradas no espaço político e social africano.

Por outro lado, urgi cobrar do sistema político internacionais e internos dos órgãos africanos, o aprimoramento da democracia representativa, que legitima o sistema político, que muitas das vezes é forjada para garantir a governação corrupta e ditatorial, não obstante o sistema regional dos direitos humanos, deve garantir uma fiscalização rígida e imparcial para a observação dos direitos humanos em África.

E no que toca os conflitos inter-normativos entre os preceitos locais de raízes culturais e normas oficiais, que tendem sempre a ser mitigadas pelas teorias não concebidas à luz da cosmovisão africana, ou seja, ocidentais, entretanto, partilhamos da ideia de utilização do *Ubuntu* como padrão argumentação de natureza deontológica e ontológica, que visa a libertação e a emancipação dos sujeitos. Sendo assim, é possível argumentar a dignidade humana extraída do *Ubuntu*, para atenuar e uniformizar as antinomias entre as ordens conflitantes, buscando sempre

o parâmetro do justo e da dignidade do Outro para a existência do eu, com vistas a incorporar as categorias excluídas como mulheres, enquanto sujeitos igualitários de direitos.

## **11 O ACESSO LIMITADO À ÁGUA POTÁVEL NOS PAÍSES DA ÁFRICA SUBSAARIANA COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS**

Visa-se no presente capítulo, discutir de forma dialógica questões inerentes ao acesso do direito humano à água, abordando a importância da positivação constitucional e internacional do direito à água e sua relação com questões de políticas públicas, concernente ao acesso suficiente da água potável. Parte-se da perspectiva que compreende a água como um valor econômico sujeito a mercantilização, analisando, de partida, os modelos privados e públicos de gestão da água, levando em consideração uma análise comparada dos países em desenvolvimento da África subsaariana, tal como a África do Sul, Moçambique, Zimbábue, Zâmbia, Botsuana, entre outros. O artigo tem base no método bibliográfico, consistindo na análise de documentos e de observações empíricas.

### **11.1 Questões prévias sobre os direitos humanos água potável**

Com o aumento da população mundial, em especial na África, a questão da escassez da água vem se agravando, implicando diretamente no custo para aquisição deste líquido precioso, tornando o acesso limitado e restrito, principalmente para a população pobre e carente, localizada no interior, subúrbios e favelas, que perpassam por graves problemas devido à falta de água potável, o que acaba gerando alto índice de mortes e doenças, como a cólera, diarreias, shigelose, entre outras, proliferadas por falta de água potável e saneamento.

A água é um recurso imprescindível para existência da vida humana no planeta Terra, cujo não acesso às pessoas acarreta perigos a saúde e à própria vida humana. A água tem um papel importante no desenvolvimento humano em diferentes setores sociais, econômicos e ecológicos, sendo um bem intrínseco à vida saudável e sustentável do homem.

Como se tem dito na linguagem coloquial, que água é vida e que sem água não há vida, é possível vislumbrar a tamanha importância do recurso em diferentes esferas da vida do homem. Pois, é através da água que são produzidos os alimentos, que são implantadas as indústrias, a irrigação. Além do mais, ela serve como fonte primária para agricultura, fabrico de vários produtos, além da higienização do corpo humano. A água é um bem que está presente em todas as atividades domésticas e industriais do homem.

O direito ao acesso suficiente da água potável e saneamento figura como um direito fundamental, na órbita do direito constitucional, sendo resguardado e reconhecido como um direito humano, gozando de eficácia internacional e universal, estipulado no âmbito da Resolução A/RES/64/292, de 28/07/2010, que reconheceu o acesso a água e o saneamento com um direito humano a toda pessoa humana.

No tocante a África subsaariana, nota-se a existência de graves problemas inerente ao acesso limitado da água, tais como: a desigualdade no fornecimento da água, a discriminação no âmbito da disponibilidade física da água, nutrida pelas políticas públicas dos Estados para com os grupos vulneráveis, indígenas, moradores das zonas rurais, subúrbios e favelas que não dispõem de quantidades suficiente da água para satisfação de atividades básicas. Colocando em risco a vida humana da população.

Outro problema se relaciona a péssima qualidade da água, isto é, a falta da água potável, além dos custos elevados para aquisição ou acesso de água potável, situações geralmente enfrentadas pela população indígena localizada nas zonas rurais e suburbanas, e conseqüentemente, são os indivíduos os mais enredados por doenças como a malária, diarreias e outras, causadas por problemas da má qualidade da água.

Ademais, assiste-se com frequência, a questão da poluição química protagonizadas por grandes corporações multinacionais, indústrias extrativas e de processamento, que não respeitam os padrões normativos ambientais.

### **11.1.1 Pressuposto jurídico da água como parte dos direitos humanos**

O direito humano à água e ao saneamento, para uma parte da doutrina dos direitos humanos e constitucional, é categorizado como um direito de sexta geração. Todavia, esta compressão pode conduzir ao equívoco suscitado pela classificação de gerações de direitos, que enaltece o surgimento histórico de determinados direitos subentendidos como os mais expressivos em detrimentos de outros, o que pode conduzir a outro equívoco, da atribuição de valor prioritário de determinados direitos em relação aos outros direitos. Este raciocínio não se sustenta em hipótese alguma, no tocante ao direito água potável e ao saneamento, que é equiparado como o direito à vida, em mesmas circunstâncias valorativa e da hermenêutica jurídica.

Além do mais, não são todas as constituições africanas e globais que reconhecem e dispõem sobre o direito à água, com exceção de alguns países que garantem e reconhecem de forma expressa o direito ao acesso suficiente à água potável. Entretanto, o não reconhecimento expresso, não afasta o direito ao acesso à água potável suficiente, que fica amparado por outros direitos fundamentais. Por conseguinte, é possível fundamentar o direito à água a partir da positivação do direito à vida, pois, se a água é vida e fundamental para a manutenção da mesma, logo, é possível argumentar, ainda que de forma implícita, o direito ao acesso à água como um direito fundamental e humano, que está imbricado ou contemplado no âmbito do direito à vida, sendo o direito à vida, o supedâneo legal de vários outros direitos (incluindo, nesta lógica, a água).<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental à pessoa humana. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3172](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172) acesso em 10/09/2013

Com base neste raciocínio, se o Estado protege a vida e realiza o mínimo existencial atinente a dignidade humana, neste contexto, o mesmo tem obrigações positivas de prover o mínimo vital no fornecimento da água potável, no limite da sua capacidade e dos recursos disponíveis. Destarte, o Estado tem o dever assegurar o fornecimento da água enquanto um direito fundamental e humano.

O direito a água também pode ser fundamentado por via ecológica ou ambiental, no âmbito dos direitos da terceira geração, que aduz sobre o direito ao ambiente equilibrado, no qual insere-se o direito ao saneamento e água potável<sup>361</sup>.

Por sua vez, o direito à água, está intrinsecamente ligado ao direito a saúde classificado como direitos de segunda geração, os direitos econômicos e sociais. Porém, o não acesso à água ou o acesso limitado, desigual, precário e injusto, configura como evidente violação dos direitos humanos, com base nos direitos acima aludidos.

O direito a água, por outro lado, também tem uma relação intrínseca com o postulado ou princípio da dignidade humana, conforme dito, reivindicando a proteção da vida da pessoa humana, exigindo igualdade de tratamento entre as pessoas e efetivação do mínimo existencial. No mesmo diapasão racional, o direito à água tem o mesmo cerne argumentativo, quanto fulcro da dignidade humana, por estar intrinsecamente relacionado com a manutenção da vida e indispensável para a existência do homem<sup>362</sup>. O reconhecimento expresso demonstra-se como um avanço constitucional, o que traduz segurança jurídica no âmbito legal, argumentativo das decisões públicas e hermenêutico, oferecendo uma compressão cristalina aos operadores do Direito para efetividade deste enquanto um direito humano fundamental.

### **11.1.2 A proteção internacional do direito à água potável e saneamento no âmbito da organização nações unidas**

As discussões inerentes à questão da água podem ser observadas desde a conferência Dublin de 1992 que, de forma embrionária, contribuiu nas orientações para a conferência do Rio, de 1992, que elencou na sua agenda questões importantes sobre a proteção da qualidade e do suprimento da água potável, gestão participativa, a valoração econômica da água e a gestão sustentável da água. Porém, foi ainda na conferência de Dublin, que se desmitificou a ideia da água como um recurso infinito, exigindo o seu uso racional e que não prejudique gerações futuras. Outrossim, foi na mesma conferência que se cristalizou a relação da água entre a pobreza e doenças que são fatores inviabilizadores para o desenvolvimento humano.

---

<sup>361</sup> C. COOK, K. Bakker, **Segurança Hídrica: Debatendo um Paradigma Emergente**, Global Environ. Alterar 22 (1) 2012. Disponível: <http://dx.doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2011.10.011> .P-15

<sup>362</sup> Cf: BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Como foi dito anteriormente, a Constituição da África do Sul foi umas das primeiras a reconhecer o direito à água suficiente desde 1996, anterior às discussões realizadas na sede da Organização Nações Unidas, que tão pouco tinha cogitado este direito no âmbito da Declaração Universal dos direitos Humanos<sup>363</sup>.

Em 2008 se nota a Constituição da República do Equador, que consagrou o acesso a água como um direito fundamental em seu texto constitucional<sup>364</sup>.

No entanto, o reconhecimento do direito à água como um direito humano autônomo emerge na arena internacional a partir do Comentário Geral nº 15 emitido em 2002, pelo Comitê<sup>365</sup> de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Nesse Comentário, o Comitê define o direito à água como um “direito humano”, “de todos a dispor de água suficiente, potável, aceitável, acessível e disponível para o uso pessoal e doméstico”. O Comitê o considera como um direito adstrito aos direitos humanos relacionados à vida adequada. Neste âmbito o direito humano ao acesso à água exige a cooperação dos Estados no dever de promover acessibilidade no acesso à água. O acesso a água pressupõe, por sua vez, a fornecimento de água potável sem discriminação, a disponibilidade física água aos cidadãos, em residências, locais de trabalho, e outros locais.

Entretanto, o direito ao acesso à água potável, não se subsume como a gratuidade total sobre o custo e serviço com o fornecimento da água, antes uma compressão baseada no acesso econômico tacanho para aquisição da água e um preço economicamente e financeiramente.

acessível, para o equilíbrio econômico financeiros das empresas provedoras da água, sem comprometer o equilíbrio social humano.

Por sua vez, o Estado, tem o direito de proteger o cidadão no uso da água, contra as arbitrariedades de terceiro, que impeça no acesso livre a água ou que embarace o cidadão de usufruir dos direitos relacionado a água. Assim, o Estado tem como dever promover medidas ou políticas públicas que facilitem o acesso dos cidadãos à água potável e ao saneamento. Frise-se que o acesso a água potável nem sempre é gratuito, devendo o cidadão colaborar economicamente mediante pagamentos de taxas ou tarifas para dispor da água potável.

Em suma, o direito humano da água exige dos Estados a concreção da questão da disponibilidade, acessibilidade, segurança, acessibilidade física, acessibilidade econômica, fornecimento de qualidade e a não discriminação, que são elementos indispensáveis para a materialidade do acesso adequado a água potável.

---

<sup>363</sup> CONSTITUIÇÃO da República da África do Sul, 1996. Disponível: <http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Governo/Legislacao/Constituicao-da-Republica-de-Mocambique>

<sup>364</sup> CONSTITUIÇÃO da República do Equador, 2008. Disponível: [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp\\_ecu-inttext-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-inttext-const.pdf)

<sup>365</sup> COMENTÁRIO GERAL nº 15 emitido em 2002, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Disponível: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJ-Timor-Leste-portugues.pdf>

a) *Disponibilidade*, exprime compressão que o fornecimento da água, deve ser suficiente e contínuo para cada indivíduo ou agregado familiar, capaz de assegurar as o uso para as atividades domésticas que inclui o consumo bebível, preparação de alimentos, usos destinados a higiene pessoal e familiar etc.

b) *Qualidade da água*, vai além da disponibilidade física da água, que concretiza a ideia de que, a água fornecida, deve ser segura para o consumo, isenta de qualquer contaminação de microrganismo, bactérias, tóxicos ou de produtos químicos. A água para o consumo deve ser potável e limpa.

c) *Acessibilidade*, exige que a água deve ser socialmente e econômica acessível, isto é, as taxas, tarifas ou preços devem ser estipulado com base na proporcionalidade, levando em conta o poder aquisitivo dos cidadãos.

d) *Acessibilidade física*, a água deve estar acessível em diferentes lugares, que facilite o seu acesso para o consumo, água deve estar disponível nos locais públicos e de concentração domiciliar, profissional, de lazer tais como nas escolas, lugares de trabalho entre outros lugares públicos.

e) *Não discriminação*, traduz o entendimento que o fornecimento ou a provisão de água deve ser distribuída para diferentes lugares grupos, sem qualquer discriminação, entre ricos e pobres, lugares urbanos e rurais, homens e mulheres, negros e brancos. Água deve ser acessível para toda pessoas e todos os grupos e classes sociais<sup>366</sup>.

Em 2010, a Assembleia das Nações Unidas aprovou resolução A/RES/64/292, que reconheceu água limpa, segura e o saneamento como direito humano essencial para pleno gozo da vida, além de imputar outros direitos<sup>367</sup>. A partir desta formulação, várias pretensões com intuito de fortalecer internacionalmente o reconhecimento do direito água, e na mesma senda exigiu-se a cooperação dos Estados para o aperfeiçoamento das políticas pública para acessibilidade da água limpa e segura. Em 2015 foi aprovada a Resolução A/RES/70/169, estabelecendo de forma a ampla ao direito humano à água<sup>368</sup>.

### 11.1.3 O direito inclusivo e democrático na distribuição da água na África subsaariana

A sociedade africana é uma sociedade assimétrica, de desigualdade sociais extravagantes entre pobres e ricos, as quais interferem diretamente na partilha dos recursos sociais e naturais

<sup>366</sup> BOS, Robert, ALVES David; LATORRE, Carolina; MACLEOD Neil; at all, **Manual Sobre os Direitos Humanos à Água Potável e Saneamento para Profissionais**, 1 ed, IWA, London. 2016.P 5-8

<sup>367</sup> COMITÉ DAS ONU SOBRE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (CESCR).

ComentárioGeralN.º15[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)

<sup>368</sup>RESOLUÇÃODAASSEMBLEIAGERALDAONU.RESOLUÇÃOOA/RES/64/29:Disponívelwww.un.org/ga/s e arch/view\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292

existentes, permitindo que uma parte se privilegie de alguns direitos e recursos em detrimento de outros, que não gozam das mesmas prerrogativas legais, sociais e naturais.

As pessoas residentes nas zonas rurais, interiores, subúrbios, favelas, são propensos e vulneráveis no tocante a má distribuição da água, resultando no gozo limitado de direitos e de recursos, diferentemente da elite, das pessoas com a renda alta, com vida aforada nas cidades, e que continuam sendo legitimadas politicamente, sendo as que melhor desfrutam dos recursos públicos em razão da sua posição social.

A questão de desigualdade se verifica no âmbito da distribuição da água na África, pois é comum a distribuição desigual e injusta da água em Moçambique, Zimbábue, Malawi, África do Sul, onde a água potável não é acessível a todos os cidadãos de forma suficiente, atinente aos moradores de subúrbios, favelas, interiores que passam por lutas para o acesso à água potável e o saneamento.

A inclusão social e democrática dos direitos ao menos favorecidos ou hiper vulneráveis constitui um desafio para os governos africanos, no sentido de reduzir as desigualdades presentes nas relações sociais com base em políticas públicas que sejam inclusivas. Principalmente quando se toca o acesso à água potável, dada tamanha importância biológica vital da água para a manutenção da vida das pessoas. Outrossim, as comunidades devem participar ativamente no processo das políticas públicas de gestão da água ao nível nacional e local, permitindo uma gestão inclusiva e participação democrática nos atos legiferantes.

Por outro lado, no intuito de sanar a precariedade da administração pública, os tribunais também devem exercer papel fundamental no âmbito da correção das políticas públicas dos governos, evitando os desastres da administração e responsabilizando a gestão inoperante, improfícua ou funesta, por considerar-se, neste âmbito, a judicialização do direito à água, demonstra-se como um caminho relevante para a concretização material do direito à água. Embora nem todos países africanos admitam a judicialização do direito à água, exceto alguns, ondes as cortes orientaram decisões importantes para a efetivação do direito humano à água em favor de determinados grupos economicamente vulneráveis. Pode se citar os exemplos da África do Sul, Zâmbia e Zimbábue, onde os tribunais têm contribuído significativamente para a efetivação do direito humano à água e saneamento. A inclusão consubstancia no princípio de não discriminação, em que todas intervenientes de uma comunidade política são partes do processo decisório, onde cada indivíduo ou grupo teria participação igualitária com os demais, no âmbito de partilha de direitos, recursos e nas tomadas de decisões.

#### 11.1.4 Análise legal, administrativa e jurisprudencial sul africana

A África do Sul é um dos primeiros países a reconhecer constitucionalmente o direito humano a água em seu texto constitucional de 1996, postulando que *todas as pessoas têm o direito a ter acesso a comida e água suficiente*<sup>369</sup>. Por conseguinte, o Estado deve tomar medidas legislativas razoáveis e outras medidas, dentro de seus recursos disponíveis, para conseguir a realização progressiva de cada um desses direitos.

O direito a água não pressupõe a gratuidade total em seu fornecimento. Observe-se, que no modelo sul africano, assegura-se o mínimo existencial inerente a dignidade humana, na qual o Estado tem o dever de fornecer gratuitamente cada agregado familiar 600 litros mensais para o consumo e atividades domésticas básicas. Todavia, acima deste limite, o cidadão ou a família poderá pagar pelo consumo da água<sup>370</sup>. O legislador sul africano teve a cautela de assegurar o mínimo vital e o necessário, reconhecendo expressamente o direito à água suficiente a toda pessoa, dispor deste recurso indispensável para a manutenção da vida.

A constitucionalização da água pelo ordenamento sul africano, como um direito fundamental, que é garantido a toda pessoa, tem importância indeclinável no que tange a reivindicação judicial deste direito, que é factível no ordenamento jurídico sul africano. Um indivíduo ou grupo que vê o seu direito à água violado ou restringido, pode interpor uma ação judicial para a efetivação do direito violado. Todavia, o que se torna abstruso no modelo jurídico moçambicano e angolano, em que, caso da violação do direito à água ao cidadão, o requerente deverá socorrer-se de uma reclamação administrativa ao órgão gestor do fornecimento da água. Algo que se faz, muitas das vezes, ineficaz.

Inobstante, ao reconhecimento constitucional do direito ao acesso suficiente a água, não pressupõe *prima facie* a inexistência de problemas inerente ao acesso água, que decorre sob vários âmbitos, concernentes a má gestão estatal no fornecimento da água, a poluição da água pelas multinacionais e indústrias mineradoras, entre outras.

No ano de 2018 a cidade do Cabo foi atingida por uma das grandes crises hídricas, devastadas pela seca e pela falta de água em reservatórios da cidade. Esta crise levou o governo a restringir o consumo diário de água até 50 litros por pessoa, ficando vedadas outras atividades que não sejam básicas como a lavagem de veículos, moveis e imóveis. Este fenômeno da falta de água nos reservatórios não se deveu puramente às questões naturais, mas questões de

---

<sup>369</sup> THE CONSTITUTION of the Republic of South Africa, 1996, was approved by the Constitutional Court (CC) on 4 December 1996 and took effect on 4 February 1997

<sup>370</sup> MULLER, H. **The South African experience on legal, institutional and operational aspects of the rights to water and sanitation. At the Confluence** (Aquatic Procedia) 2014). 2: 35–41; doi: 10.1016/j.aqpro.2014.07.006 p.21-28

gestão por parte do executivo, que não dispunha de usinas suficientes para a conservação da água, influenciando na crise hídrica.

Outro importante caso jurisprudencial diz respeito à disputa em relação ao direito ao acesso suficiente da água é o caso *Mazibuko v City of Johannesburg*, que teve repercussão internacional, como esclarece Carlos Bernal Pulido<sup>371</sup>

O caso Mazibuko se refere a uma política implementada pela cidade de Johannesburg, em relação ao fornecimento de água em Phiri, um subúrbio de Soweto. O aqueduto de Soweto datava de 1940. Ele estava muito corroído e poroso. Aos habitantes de Phiri, era cobrada uma tarifa única mensal pelo fornecimento ilimitado de água. Essa tarifa havia sido calculada com base em um consumo mensal de 20 quilolitros de água por residência. Estudos assinalavam que o consumo real era de 67 quilolitros mensais. No entanto, esses dados eram incertos, pois parte dessa quantidade correspondia a vazamentos. Contudo, muitos dos habitantes dessa área nunca pagavam a fatura de água. Durante a época do apartheid havia sido criada uma cultura de evasão frente ao pagamento dos serviços públicos. Como consequência, a empresa de águas de Johannesburg (Johannesburg Water (PTY) Ltd), que era uma empresa estatal, estimava que os habitantes de Soweto deixavam de pagar 75% da água que recebiam. Em tais circunstâncias, Johannesburg Water decidiu mudar as políticas de distribuição de água em Soweto. (PULIDO,18-21)

Dadas estas situações, a empresa decidiu implementar uma política que supostamente feria os direitos fundamentais, segundo os cidadãos habitantes dos subúrbios do Soweto, como se pode vislumbrar na decisão da corte sul africana inerente ao assunto, como o mesmo ilustra o mesmo autor:

Phiri foi escolhido como o subúrbio piloto para implementar e avaliar a efetividade das novas medidas. A política de tarifa única seria abolida. Em seu lugar, seria oferecido o fornecimento, para cada residência, de 6 quilolitros de água por mês de forma gratuita. Se os residentes quisessem dispor de água acima dessa quantidade, deveriam pagar por ela de antemão. Isso implicava a instalação de medidores prépagos para a cobrança do serviço aos usuários. Ditos medidores estariam desenhados de maneira tal que, quando a quantidade de água gratuita ou pré-paga fosse alcançada, eles bloqueariam o seu fornecimento. Desde logo, isso implicava que se eliminasse para o usuário as salvaguardas processuais consistentes em um aviso acerca da possível desconexão, assim como a discussão acerca das razões que haviam impedido o pagamento da fatura de água. A Corte Suprema da África do Sul julgou procedente a petição da Senhora Mazibuko e de outros quatro residentes de Phiri para que se proibisse a instalação dos medidores de água pré-pagos, por considerar que tal medida feriria os direitos fundamentais.<sup>56</sup> Ao aceitar a opinião do juiz Tsoka, a Corte considerou que a Cidade de Johannesburg aduzia razões plausíveis para suprimir a política de fornecimento ilimitado de água mediante uma tarifa única. A Corte aceitou que dita política seria insustentável. Não obstante, a Corte decidiu que a instalação dos medidores de água pré-pagos vulnerava o direito fundamental ao devido processo. Além disso, determinou que a quantidade de água gratuita mensal de 6 quilolitros por residência, que correspondia, em média, a 25 litros diários por pessoa, era insuficiente e, portanto, irrazoável. A Corte ordenou à Cidade de Johannesburg a prover 50 litros gratuitos de água por pessoa para consumo básico diário aos demandantes e aos demais residentes em phiri<sup>372</sup>(PULIDO.p.22)

---

<sup>371</sup> PULIDO, C. B. **A proteção do direito fundamental à água em perspectiva internacional e comparada.** *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-38, outubro 2015p.18-21.

<sup>372</sup> Ob.cit 9

Face esta decisão, a mesma foi recorrida à suprema corte sul africana das apelações, que considerou a instalação dos hidrômetros pré-pagos uma violação ao direito fundamental, previsto na seção 27 da constituição sul africana, que reconhece o direito ao alimento à água suficiente.

Finalmente a mesma decisão foi julgada pelo corte constitucional que se posicionou de forma contrária, entendendo que não existia uma violação da seção 27 que reconhece o direito à água com um direito fundamental, constitucionalmente positivado, e a mesma entendeu que a permissão de instalações dos medidores pré-pagos não limitava o direito à água, tal que não se constatou a questão vulnerabilidade dos cidadãos residentes em Soweto. O juiz Regan, entendeu que não cabe ao Judiciário decidir as questões inerentes as políticas públicas, sendo a função típica do legislativo e governo realizar de forma progressiva determinados direitos programáticos. No entanto, este entendimento sufoca a atuação judicial na intervenção no plano da administração e que é discutível a legitimação do judiciário nas questões de gestão e administração.

### **11.1.5 Situação do direito humano à água em zimbábue**

Diferentes de várias constituições africanas e globais, a constituição zimbabuana de 2013 prevê, na seção 77, que *toda pessoa tem o direito a água segura, limpa e potável*<sup>373</sup>, postulando o direito água como um direito básico e fundamental para uma vida adequada e saudável. Para fazer valer o direito humano à água, a constituição dispõe que caberá ao Conselho Urbano aprovar medidas legislativa para garantir o abastecimento de água potável. Pois, cabe ao órgão a distribuição da água de forma justa para os cidadãos urbanos e rurais. Note-se que o legislador zimbabuano se distingue do proposto em texto sul africano, ao se referir da água segura e potável, agregando valor normativo no âmbito semântico, acrescentando o direito à água potável, limpa e segura<sup>17</sup>.

A questão do reconhecimento do direito humano à água insere-se na evolução do novo constitucionalismo moderno, tendência que se volta para a proteção do ser humano enquanto o titular primordial do direito. Aliás, a consagração constitucional tem importância inescrutável no âmbito do direito positivo. Primeiro, a importância da positivação constitucional pode ser vislumbrada no âmbito hermenêutico, para os operadores do direito, o judiciário, Ministério Público e advogados, ativistas dos direitos humanos e os cidadãos em geral, norteando as decisões em diferentes liames jurídicos. Segundo a positivação constitucional, tem importância na proteção dos direitos subjetivos que podem ser invocados pelos particulares no âmbito de violações de direitos subjetivos, ou em situações da não realização desses direitos por parte do Estado, neste

---

<sup>373</sup> ZIMBABWE'S Constitution of 2013. Disponível: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/zim127325.pdf>.<sup>17</sup> DERMAN B and Hellum A "Livelihood Rights Perspective on Water Reform: Reflections on Rural Zimbabwe" 2007 Land Use Policy 664-673.

âmbito, os particulares dispõem de uma fundamentação *prima facie* com base no direito positivo. Em terceiro lugar, a positivação materializa de forma cristalina sobre o direito à água.

## 11.2 A crise das políticas públicas para o fornecimento de água em Zimbábue

Nada obstante, a garantia legal ou a consagração constitucional do direito ao acesso à água potável, segura e limpa, não se pode equivocar no sentido de que o direito à água é efetivado de forma plena. Pelo contrário, Zimbábue enfrenta imensos problemas inerentes à água, tais como a falta distribuição justa nas zonas rurais, a falta de água potável, o que tem contribuído significativamente com surto de cólera, diarreias, hepatite A, entre outras doenças e condições que levam a morte de milhares de crianças e idosos. A segurança da água está longe de ser alcançada enquanto uma pretensão jurídica constitucional. A má qualidade da água é um dos problemas graves que o Estado zimbabuano enfrenta, o que cabe resposta às políticas públicas do Estado. Lembre-se que não basta ter a disponibilidade da água em abundância; exige-se uma disponibilidade de água segura e de qualidade, cujo consumo não seja susceptível de provocar doenças. A qualidade da água é imprescindível para o consumo doméstico, pois há mais exigência da qualidade da água, diferentemente à água usada para irrigações, lavagens de moveis automóveis etc.<sup>374</sup>.

A outra questão preocupante em Zimbábue está relacionada com a questão da falta de infraestruturas capazes de proporcionar uma distribuição eficiente da água. Existe um número considerável de população que não tem instalações de equipamento viáveis para acessibilidade física da água, com sistema de esgoto precário, ademais, muita parte da população especialmente mulheres, percorrem cerca de 20 quilômetros para conseguir água para consumo doméstico, no intuito de satisfazer as questões de higiene, preparação de alimentos, entre outras atividades.

As políticas públicas, portanto, devem ser eficientes e capazes de assegurar uma distribuição justa da água e economicamente acessível para que qualquer pessoa possa adquirir a água, fenômeno este que não se verifica em Zimbábue, que, entre os anos de 2008 e 2009, enfrentou sua maior crise hídrica por falta de água<sup>375</sup>.

A falta de água é comum em vários lugares rurais em Zimbábue. Segundo a ONU, 5000 mil cidadãos zimbabuanos enfrentam problema com o acesso a água potável. Diante da crise enfrentada pelo governo, o Estado tem implementado a política da privatização da água,

---

<sup>374</sup> GOVERNO DO ZIMBABUÉ (2011). **The Blair VIP Latrine, A Builder's Manual For The Upgradable BVIP Model And A Hand Washing Device**. National Action Committee for Rural Water Supply and Sanitation. Harare: Governo do Zimbabué

<sup>375</sup> Disponível: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1727-37812017000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812017000100011&lng=en&nrm=iso).

permitindo que entes privados, como empresas, ofereçam serviços de fornecimento de água mediante pagamentos de tarifas ou taxas.

Atualmente a compressão da água como um valor econômico tem suscitado muito debate em torno da questão da privatização, que, por um lado, acaba proporcionando uma gestão eficiente, garantindo um fornecimento contínuo, eficaz e uma água de qualidade aos consumidores. Por outro lado, existe um receio de altos custos para aquisição da água para o cidadão de baixa renda<sup>376</sup>.

Empiricamente, constata-se que o Estado como gestor demonstra-se inábil e ineficaz para garantir o fornecimento de água contínua e de qualidade. Este não consegue satisfazer de forma cabal a provisão de água. A distribuição justa do líquido mais precioso em Zimbábue se fundamenta em um aperfeiçoamento das políticas públicas que seja capaz de assegurar o acesso e a disponibilidade suficiente. A ineficiência das políticas públicas do Estado compromete até o fornecimento do mínimo vital da água. Por estas razões, os números de patologias ligadas com o problema da falta de água potável vêm crescendo.

### **11.3 A situação jurídico-social do direito à água em moçambique**

A constituição moçambicana de 2004 não prevê expressamente o direito à água suficiente, porém a mesma consagra, em seu artigo 82, que todo cidadão tem o direito a um ambiente equilibrado. Neste âmbito, pode ser entendido que, ainda de forma implícita<sup>377</sup>, a água desempenha uma função ambiental e biológica indispensável para a saúde digna do homem. Todavia, o ambiente equilibrado garantido pela constituição, veda toda forma de contaminação da água pelas substâncias, ácidas tóxicas e químicas capaz de alterar as naturezas física, química ou biológica dela.

De acordo com a mesma prescrição constitucional, o Estado tem o dever de fornecer água limpa e segura, tanto que o artigo 68 da CRM prevê que todo cidadão tem o direito a saúde e assistência médica. Em vista disso, o fornecimento à água limpa e segura, concretiza a previsão jurídica do direito à saúde.

Por seu turno, o Estado e os cidadãos têm um dever fundamental de proteger a água, promover o fornecimento adequado e distribuição equânime e equilibrada, como foi salientado mediante a capacidade dos recursos disponíveis, num âmbito cooperativo com o cidadão. Conquanto, lobriga-se uma omissão por parte dos gestores estatais na provisão do mínimo vital da água para manutenção da vida dos cidadãos em Moçambique.

---

<sup>376</sup> *ibdem*

<sup>377</sup> Cf; CONSTITUIÇÃO da República de Moçambique, 2004 Disponível <http://www.portaldogoverno.gov.mz>

A justificação para omissão ou inércia do executivo para a não concretização deste dever jurídico, em relação ao fornecimento mínimo da água à população carente, é com base no argumento de falta de recursos económicos e financeiros para satisfazer esta demanda pública. O que, em nosso visio, trata-se de uma questão de falta de políticas públicas eficientes à não priorização de assuntos inerentes à água e uma gestão mal-ajambrada estatal para alocação destes serviços às comunidades.

Frise-se desde já que Moçambique é um país rico em recursos aquíferos, hídricos, banhado por rios nacionais e internacional, lagos, oceanos e lagoas. com muitos lugares e regiões com reservas de água superficial. Além de tudo, Moçambique possui reservas de água em abundância, pois há falta de uma política de gestão e de reaproveitamento dos recursos aquíferos disponíveis.

A outra questão relacionada ao problema supracitado, insere-se no âmbito teórico e tem a ver com a interpretação dos direitos fundamentais, especialmente os de segunda geração - os direitos sociais económicos -, pois não gozam de eficácia imediata e plena embora estejam atrelados a uma compressão programática, gozando da eficácia limitada e vincada a capacidade e recursos disponíveis do Estado<sup>378</sup>.

### 11.3.1 Ineficácia das políticas públicas em Moçambique

Os recursos hídricos e aquíferos em Moçambique pertencem ao Estado, todavia, esses não são objeto de apropriação privada, embora o Estado reconheça o uso e aproveitamento destes recursos, mediante concessão. No entanto, a licença pode ser revogada pelo ministério que tutela a área, em diversas circunstâncias previstas na lei.

Em Moçambique, a gestão da água e os recursos hídricos segundo o decreto n.º. 43/2007 de 30 de outubro, cabem, em primeiro lugar, ao Ministério das Obras Públicas e Habitação através da Direção Nacional de Águas, com recurso do Conselho Nacional de Águas, cabendo aos governos locais a decisão sobre a definição de prioridades dos projetos estratégicos na alocação de uso, ao abrigo da Lei dos Órgãos Locais do Estado. No âmbito regional, a gestão operacional dos recursos hídricos é realizada pelas Administrações Regionais de Águas<sup>379</sup>.

Moçambique comporta dois regimes específicos para o uso da água, *regime comum e regime privativo*. O uso comum visa essencialmente satisfazer as necessidades domésticas, pessoais e familiares do utente, e no regime *comum* o regulamento prevê a gratuidade na fruição do uso da água.

---

<sup>378</sup> Barroso, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 5 ed, Sarraiva. São Paulo. 2015 p.247

<sup>379</sup> DECRETO N. 43/2007 de 30 de outubro, Disponível: <http://www.portaldogoverno.gov.mz>

No que concerne o regime *privativo*, esse refere-se ao uso da água, mediante concessões às empresas, para o uso e aproveitamento ligados aos fins comerciais entre outros regulados por lei. A gratuidade no uso comum da água em Moçambique, satisfaz a compreensão da disponibilidade suficiente da água como o mínimo vital, concretizando o respeito ao direito à saúde adequada, o que satisfaz o postulado da dignidade humana. A gratuidade da água subjaz da ideia que a água é um líquido imprescindível para sustentação da vida humana no planeta Terra e realiza uma função biológica e social do homem, antecedendo a compreensão da valoração econômica do mesmo.

A comercialização da água vem crescendo em Moçambique, principalmente na capital do país, Maputo, várias empresas privadas vêm atuando nesses ramos, o que aumenta o preço para aquisição deste produto, fazendo com que milhares de cidadão com renda baixa não consigam ter acesso à água potável. Nada obstante ao exercício econômico da empresa privada, existem também empresas estatais como (FIPAG) responsáveis pelo fornecimento da água potável na zona central, mediante pagamento de tarifas, cujo preços vêm sendo discutidos. Todavia, o fornecimento de água potável é fornecido essencialmente nos lugares urbanos, sendo que em zonas rurais, o acesso à água tem se tornado um problema com proporções robustas.

Moçambique, perpassa graves problemas com a distribuição da água, que consubstancia no acesso insuficiente ou limitado da água em lugares periféricos, tais como; os distritos de Buzi, Marromeu, Dondo, Ressano Garcia Chirigoma entre outros. As pessoas recorrem aos pântanos, lagos, leitos para consumo domésticos, para a preparação de alimentos, lavagem de roupas. Tal que segundo o estudo da ONU, Moçambique registra um alto índice da população que sofre pela falta da água, provocando com isso, doenças como a cólera, diarreias, hepatite, a amebíase, shigelose leptospirose, etc.<sup>380</sup> Estima-se ainda que metade da população não tem acesso à água potável, segundo os estudos da ONU realizados em 2015.

Grande número de mortes em zonas rurais deve-se ao fato da falta de água potável e do saneamento à população moçambicana, principalmente as localizadas em zonas rurais. Segundo UNICEF, apenas a metade da população tem ao acesso à água potável e saneamento. Um média de 14 mil cidadãos residente em Ressano Garcia, na zona sul de Moçambique, recorre aos rios e riachos para busca de água, muitas vezes contaminadas.

Segundo o estudo da UNICEF, em Moçambique, as mulheres e crianças percorrem grandes distâncias para ter acesso à água, e, como foi dito anteriormente, a população consome água dos riachos e pântanos, por vezes contaminada por esgotos, drenagens, lixos, efluentes, químicos, dentre outros<sup>381</sup>.

---

<sup>380</sup> Disponível: <https://news.un.org/pt/story/2015/03/1505741-mais-de-metade-da-populacao-nao-tem-acessoagua-potavel-em-mocambique>

<sup>381</sup> Disponível:<https://www.unicef.org/mozambique/%C3%A1gua-saneamento-e-higiene>

O outro problema está atrelado à poluição da água pelas grandes indústrias, multinacionais e corporações altamente poluidoras, que não respeitam as regras ambientais de saneamento impostas pelo governo. E muitos menos existe fiscalização das atividades industriais, extrativas, de pesquisa e de exploração. De mais a mais, com a descoberta de grande quantidade de gás e petróleo e com várias atividades de pesquisas sísmicas e exploração de gás natural, a poluição alteia nas bacias hidrográficas.

Uma das situações cadentes trata da indústria de transformação de cana de açúcar, Companhia de Sena, que fica no distrito de Marromeu e que se encontra localizada à beira do rio Zambeze. Neste âmbito, o rio é alvo de alta poluição, pois muita quantidade de óleo, resíduos sólidos e lixos industriais são depositados diretamente no rio, contrariando as disposições ambientais. A fiscalização ambiental em Moçambique é omissa, faltando monitorização e fiscalização por parte do Estado. Em diversas situações o governo deveria impedir ou suspender algumas atividades industriais que violam os padrões legais inerente ao ambiente, o que não se verifica com habitualidade.

#### **11.4 A situação jurídico-social da água em Botsuana**

Sob ponto de vista legal, não existe amparo fático constitucional que prevê o direito humano à água na ordem jurídica de Botsuana, todavia o mesmo país registra uma história de sucesso no que tange à gestão inclusiva e na distribuição justa e suficiente da água.; apesar de o país estar parcialmente rodeado pelo deserto do Kalahari e por ser um dos locais mais áridos do mundo. Portanto, Botsuana realiza de forma eficiente o acesso suficiente de água potável aos cidadãos. De acordo com as pesquisas relevadas pela ONU apontado por Soyapi, Botsuana é classificado como o segundo país que garante a cobertura de água aos cidadãos, o que é importante para segurança e desenvolvimento humano. Inobstante, a este saudoso esforço do governo de Botsuana, também é possível vislumbrar alguns desafios no âmbito de fornecimento de água em alguns lugares de Botsuana, especialmente aos povos localizados na Reserva de Central do Kalahari, os San, também conhecidos como os Bosquímanos. Povo conhecidos historicamente como nômades, que viviam em economia coletora e caçadora.<sup>382</sup>

Um dos dilemas dramáticos de casos em Botsuana diz respeito à área de Reserva Central do Kalahari, no qual o governo procurava proteger área, com pretextos de proteger tal área de conservação ambiental contra atividade que colocava em risco as espécies animais na reserva de Kalahari sob o argumento de que as atividades do povo colocavam em risco as espécies animais

---

<sup>382</sup> SOYAPI, CB. **Water Security and the Right to Water in Southern Africa: An Overview**.PER [online].2017,vol.20,n.1.P.32.Disponível:[http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S172737812017000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S172737812017000100011&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 1727-3781. <http://dx.doi.org/10>.

da reserva, dado ao *mudus vivends* dos povos que vivem de uma economia caçadora e de pasto de gados. Portanto, o governo os recolocou em outras cidades urbanizadas com acesso a água potável. Neste âmbito, a vida desses povos tornou-se insustentável neste espaço urbano, determinado coercivamente pelo Estado. Neste contexto, essas populações se viram obrigadas a retornar à zona de conservação, e nesta direção, o Estado, com intuito de impedir estes deslocamentos do povo para áreas de conservação, proibiu a criação de furos de água e selou os antigos furos. No entanto, esta decisão teve que ser resolvida mediante intervenção judicial.

O caso *Mosetlhanyane* é peculiar, pois ligava o direito à água à realocação forçada de pessoas em locais urbanos, que no primeiro julgamento pela corte suprema, essa entendeu que a decisão era ilegal e que o governo deveria garantir ao povo o direito à caça como meio de subsistência. Todavia, à questão dos furos de água, o governo não deu uma resposta satisfatória e procedente aos cidadãos requerentes, no sentido de demandar o governo a reabrir os furos de água e facilitar o acesso a água potável ao povo, permitindo que a decisão fosse para instância recursal do Supremo Tribunal, que entendeu que o povo tinha o direito as terras. E neste caso, o governo não tinha a responsabilidade de garantir ao povo o acesso à água. Posteriormente, a mesma questão foi discutida durante dez anos, onde o direito começou a ser observado de forma plena pelo governo que teve criar outras condições para o acesso à água potável.<sup>383</sup>

### 11.5 O dilema do acesso a água em Angola

Angola é um país que vem registrando um crescimento econômico, influenciado pelas explorações de hidrocarbonetos, como o petróleo e gás natural entre outros recursos minerais, que têm contribuindo significativamente para a economia do país. Por outro lado, a qualidade de vida, ou o desenvolvimento econômico, continua sendo minguado, com grandes números de pessoas marginalizadas nas zonas suburbanas e periurbanas, que perpassam por problemas da fome ocasionado pela falta de acesso à água potável e ao saneamento.

A maior crise da água evidenciou-se no período de 1982-2002 - o consumo médio diário por pessoa chegou a estimar cerca de 30 litros, segundo os dados do PNUD<sup>384</sup>. Abaixo do normal que são 100 litros diários por pessoa, segundo a ONU.

As questões da desigualdade no acesso da água também é um outro problema enfrentado em Angola, as famílias com baixa renda, e população residentes do lugares rurais transitam

<sup>383</sup> PATERSON AR "A Infinita Luta dos Povos Indígenas em Áreas Protegidas - O Desafio dos Bosquímanos pelos Direitos da Água na Reserva de Caça Central do Kalahari" em Kidd M *et al* (eds) *Água e a Lei: Rumo à Sustentabilidade*(Edward Elgar Cheltenham 2014) 349-378

<sup>384</sup> :PEREIRA Álvaro, *Água em Angola: a insustentável fraqueza do sistema institucional*, Revista Angolana de Sociologia [Online], 8 | 2011, posto online no dia 13 dezembro 2013, consultado no dia 05 agosto 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ras/519> ; DOI : 10.4000/ras.519

colossais dilemas no acesso à água potável e ao saneamento, recorrendo aos carros cisternas, água dos rios e meio clandestino de desvio de água, o que é comum na cidade de Luanda, por exemplo.

O custo do preço de água vem registrando um crescimento, no tocante à água comercializada por entes privados nas ruas de Luanda em sacos plásticos e em carros cisterna, o que gera um debate na compreensão da apropriação da água enquanto um bem comum público social e, por seu turno, um bem econômico e útil na relação mercantil, o que aumenta o valor da água ainda mais. Por outro lado, o uso livre e gratuito da água coloca em causa a questão ambiental devido ao mau uso da água.

A outra questão insere-se ao nível funcional da estrutura estatal, correlata com os órgãos reguladores da água e de gestão, na comunicação dialógica com as comunidades locais, que precisam ser capazes de ensejar uma participação da comunidade e uma gestão integrada<sup>385</sup>, para aprimoração das políticas públicas na distribuição e fornecimento da água potável à população.<sup>386</sup>

A improficuidade dos órgãos reguladores e de gestão pública é um denominador comum da perplexidade sofrida pelos países em desenvolvimento da África subsaariana. Destarte, Angola é um dos países copiosos em bacias hidrográficas, constituído por vários rios transfronteiriços como o Rio Zambeze, Cubango, Cuvelai, Congo e Cunene, que permite ao país uma situação de abundância e cobertura total da população com água potável. No entanto, o país registra um fracasso na implementação de políticas públicas para distribuição da água potável.

### 11.5.1 Análise da lei água em Angola

A lei angolana de água de 2004, mostra-se como um instrumento de avanço social e jurídico, que revogou o antigo Código Civil e as demais disposições legais anteriores contrárias à nova lei, que aplica-se à regulamentação das águas interiores, superficiais e subterrâneas - divididas em parte geral -, princípios gerais de gestão de água, proteção de água e infrações, por último, à disposições transitórias.

Um dos dispositivos fundamentais da nova lei, é o seu artigo quinto que contempla a parte geral, que aduz o seguinte: água é um recurso natural de propriedade do Estado e de domínio público, sendo um direito inalienável e imprescindível. Neste contexto, o Estado pode conceder aos entes privados direito de uso e aproveitamento. Semelhantemente ao Moçambique, a lei angolana artigo 22 distingue dois tipos de regimes de uso de água, *comum e privativo*. O primeiro trata-se de uso livre e gratuito, visa a satisfação das necessidades básicas pessoais e familiar,

---

<sup>385</sup> CF:BERRETA, Dos Márcia Santos Ramos. **Gestão democrática da água: Os desafios a à participação do agricultores da bacia hidrográfica de arroio Ribeiro**. Tese. Universidade Federal do Rio grande Sul, Porto alegre 2013,P.55-61

<sup>386</sup> *Ibidem*

incluindo a rega em pequena escala, e o segundo, é destinado as empresas mediante concessões para fins de uso e aproveitamento comerciais<sup>387</sup>.

### **11.6 A situação jurídica e socioeconômica da Zâmbia**

Um dos casos marcantes em Zâmbia, versa sobre a poluição da água por uma mineradora, através de descargas de efluentes no rio Chingola, que culminou em surto de doenças e mortes dos residentes da cidade de Chingola, devido ao consumo da água do rio que estava contaminado. A comunidade percebeu a poluição quando o mau odor da água usada se tornou insuportável aos consumidores da água, causando mortes dos peixes, mudança da cor da água e das rochas nelas contidas. Os peixes consumidos provocaram maior onda de doenças aos residentes, tais como diarreias, problemas de pele, problemas de estômagos, cóleras etc. Em virtude disto, o Conselho Municipal da cidade, decidiu suspender o fornecimento da água, que estava ligada ao mesmo canal do rio contaminado, sem poder dar uma informação detalhada à comunidade sobre a suspensão da água, o que fez com que muita parte da população recorresse à água retirada dos furos caseiros, para o consumo doméstico. Em 2006 a comissão ambiental, após uma investigação sobre a contaminação da água, chegou à conclusão que água estava realmente contaminada.

Posto isso, instaurou-se um processo na superior corte do país, para responsabilizar a companhia poluidora pelos danos causados aos moradores prejudicados, no *caso Nyasulu v Konkola, Copper Mines plc (Nyasulu case)*. Neste contexto, o tribunal entendeu que os direitos ambientais e o direito à vida tinham sido violados pela atividade nefasta da mineradora, reafirmado que a comunidade tem o direito à água de qualidade e segura para o consumo, como um direito constitucional argumentando através do direito à vida. Consequentemente, a mineradora foi condenada a reparar os danos causado à comunidade.

### **11.7 Privatização e a mercantilização da água na Zâmbia**

Maior parte dos serviços de água em Zâmbia é gerida por empresas comerciais privadas. Elas são reguladas pelo direito privado, isto é, das empresas não estatais. Chitonga, em sua análise das reformas do setor de águas na Zâmbia, observa que tem havido uma relutância em estender os serviços de água as comunidades pobres em áreas de baixa renda por esses serviços comerciais. A principal razão para isso, argumenta Chitonga, é que o lucro a serem obtidos da extensão de serviços a essas áreas são escassos, os riscos de vandalismo são altos e o uso é baixo. Poderíamos argumentar que sem uma disposição constitucional garantindo aos cidadãos o direito humano à água, o governo não tem uma obrigação direta de facilitar o acesso à água.

---

<sup>387</sup> LEI da Assembleia Nacional nº 6/02, de 21 de Junho. Lei de água em Angola. disponível: [http://www.saflii.org/ao/legis/num\\_act/ld74.pdf](http://www.saflii.org/ao/legis/num_act/ld74.pdf)

Mesmo com o conhecimento da situação em relação à água, a Zâmbia não incluiu o direito à água em sua recente reforma constitucional. O presidente da Zâmbia assinou a nova constituição do país em 5 de janeiro de 2016. Porém o esboço continha uma previsão para o direito à água, afirmando que *uma pessoa tem o direito a água limpa e segura*, mas a nova constituição não contém esta previsão, apesar das estimativas mostrarem que 42% da população não tem acesso à água<sup>37</sup> limpa<sup>388</sup>.

Como foi dito anteriormente, o problema com a privatização e consequente mercantilização da água, assenta essencialmente na distribuição de água nas comunidades, carentes, pobres de baixa renda, localizadas nos lugares rurais, subúrbio, favelas e os guetos. Abarcar esses serviços a essas comunidades, em termos econômicos, não são atrativos para as empresas, responsáveis por arcar com os custos das instalações de equipamentos para o saneamento e o abastecimento de água. Neste âmbito, as empresas não esperam um ganho lucrativos avultados inerentes à cobrança pelo consumo da água, visto que não pode taxar ou incluir um preço acima do teto da renda média, ou que afete a proporcionalidade da renda mensal dos cidadãos. Todavia, a água como um direito humano e fundamental, extravasa a compreensão mercadológica, devendo o Estado, equilibrar a concepção do princípio da iniciativa privada, como vetor do equilíbrio econômico e do princípio do mínimo existencial, que assegura a todas as pessoas o direito à água suficiente, limpa e segura para o consumo, com base nos direitos humanos.

### **11.8 Direitos humanos e a mercantilização da água**

Desde o período pós-segunda guerra mundial, o mundo compreende o crescimento do liberalismo econômico que teve início por volta do século XVI, caracterizado pela neutralidade do Estado, ou seja, o Estado não figura como elemento interventivo na promoção social. Mais tarde, vive-se a metamorfose do neoliberalismo a partir dos anos 1980, que ganha contornos gigantescos na Europa e que se propaga pelo mundo todo. No mesmo período, se assiste à colossal preocupação com a promoção da proteção da pessoa enquanto titular da dignidade humana, conhecido como o período da humanização. A partir dessa época, o homem passa ocupar o *status* primacial da relação entre o Homem e Estado. Neste contexto, o Estado tem obrigação constitucional na promoção dos direitos sociais e econômicos e este não deve se eximir das suas responsabilidades positivas.

---

<sup>388</sup> Cf: OYAPI, CB. **Water Security and the Right to Water in Southern Africa: An Overview**. *PER* [online]. 2017, vol.20, n.1 [cited 2019-08-05], pp.1-26. Disponível: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1727-37812017000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812017000100011&lng=en&nrm=iso). ISSN 1727-3781. <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20n0a1650>

Por outro lado, pesa, sobretudo, o compromisso do Estado na responsabilidade no estímulo da economia e na eficiência da prestação dos serviços públicos. É uma das opções dos Estados atuais, para o equilíbrio econômico e financeiro, é baseada na privatização dos serviços públicos, outrora concebidos como exclusivos da função pública. Entretanto o problema se agrava quando os direitos humanos são sacrificados em benefício do equilíbrio econômico. E no tocante à água, os países africanos vêm intensificado as privatizações das empresas do fornecimento da água e por conseguinte, a água é concebida como um valor econômico e não social. Deste modo, a concepção da água deve ser compreendida concomitantemente, ou seja, abarcando a dimensão social, econômica e ambiental.

*Econômica*, no sentido de que ela pode ser comercializada e tarifada pelo Estado e os entes privados, através de um preço justo e acessível a toda pessoas. E *social*, porque ela ocupa uma função existencial social, biológica.

*Ambiental* emerge da concepção de que a água deve ser ecologicamente utilizada, promovendo um desenvolvimento sustentável para que as gerações futuras não sejam comprometidas, cevando o bem-estar do homem e sua relação com o ecossistema.

Em mesma circunstância, como o direito à alimentação, ocupa uma posição importante para o desenvolvimento mental, biológico e emocional do homem em todas as dimensões da vida. Água potável tem o mesmo papel social e biológico, imprescindível para o desenvolvimento seguro e sustentável do homem. A água é fator condicional para a promoção de saúde pública, indissociável para uma vida adequada.

## **11.9 Considerações**

O acesso à água potável constitui um direito fundamental e humano, protegido pelo Direito positivo estatal e internacional, no qual o Estado tem o dever positivo de prover o fornecimento mínimo vital, seguro e sustentável da água. Promovendo acessibilidade física e econômica para que todos grupos, classes e indivíduos possam usufruir de forma justa e igualitária. Fomentando o desenvolvimento sustentável, permitindo uso racional, sem comprometer as gerações futuras e proporcionando a proteção ambiental de outros ecossistemas.

O acesso à água é um direito fundamental que goza de eficácia plena e imediata, e não mera previsão jurídica programática, cabendo à prestação positiva pelo Estado a concretização material desse direito, sem esquecer da cooperação econômica com o cidadão quando necessária.

A falta ou a indisponibilidade física suficiente ao cidadão, ou restrições injustificadas aos urbanitas, garante a legitimidade material e processual, para que os cidadãos possam reivindicar o direito judicialmente por via de uma ação individual ou coletiva, em caso de violações relacionadas ao direito água potável; sendo, portanto, um direito susceptível de judicialização.

Os direitos humanos são direitos inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritível e invioláveis, e nessa extensão, o direito à água goza das mesmas características fundamentais, proibindo ao Estado ou particular o exercício de uma conduta violadora deste direito. Além do mais, a compreensão da água como um valor econômico suscetível de mercantilização não pode ser entendida como concepção limitadora do direito à água; isto é, a comercialização da água não deve em nenhum momento sacrificar o direito humano à água em favor das exigências do mercado. Deve ser garantido o mínimo vital.

Por outro lado, as políticas públicas nos países em desenvolvimento merecem aprimoramento, no âmbito de ensejar uma política democrática e participativa das comunidades locais, no sentido de encontrar medidas capazes de garantir uma distribuição justa e equitativa, promovendo políticas sustentáveis sob ponto de vista ecológico e econômico. Não somente, há necessidade de priorização orçamentária em relação as políticas públicas de água nos países acima referenciados, possibilitar o financiamento da água pelo Estado em lugares críticos e necessidade de implantação das políticas de reaproveitamento da água existente com base no tratamento e purificação dela.

Demais a mais, as privatizações e gestão privada de serviços de fornecimento de água não devem constituir um empecilho no acesso à água potável e ao saneamento, mas sim um instrumento para a melhoria desses, permitindo um preço justo e acessível aos cidadãos e capaz de oferecer o equilíbrio financeiro e econômico para as empresas atuantes nesta área.

No tocantes à poluição, essa deve ser combatida, em primeiro lugar, pelo poder público do Estado, com monitorização, avaliação ambiental eficiente e a fiscalização das atividades industriais, também acrescida por políticas conjuntas com os cidadãos, alertando a responsabilidade da comunidade civil no uso ambiental equilibrado e adequado.

Por fim, é preciso engendrar esforços visando a educação ambiental das comunidades, para a cooperação junto do Estado para a proteção do ambiente, evitando o desmatamento, queimadas descontroladas, abates de árvores, que tem um papel indeclinável para a formação da chuva e preservação da qualidade da água. Sendo que este papel pedagógico deve, por sua vez, pautar-se no âmbito social inerente às questões de purificação da água mediante técnicas simples e domésticas, como uso de certas substâncias químicas, ferver água, manter conservação da água em lugares salubres - isentos de contaminação por bactérias, micróbios entre outras -, e que consequentemente garante a eficácia do direito à água sem o esquecimento da importância da vida, obviamente.

## **12 A NECESSIDADE REGIONAL DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ÁFRICA: direito à eletricidade, internet, saneamento e segurança alimentar**

A pós-modernidade é marcada por uma onda de novas necessidades primárias, que afeta as pessoas no território nacional ou global. Deste modo, vislumbra-se um conjunto de direitos fundamentais que apelam à constitucionalização formal em diversos Estados africanos, para melhor proteção e a segurança jurídica. Destes direitos, podem ser mencionados o direito à internet, direitos energéticos, especialmente o cesso à energia elétrica, direito ao saneamento básico, direito à segurança alimentar entre outros, que condicionam e concretiza o princípio geral da dignidade humana, que funde na maximização da qualidade de vida dos cidadãos.

A positivação desses novos direitos contrapõe-se aos parâmetros ilusórios genéricos e abstratos, em que o texto constitucional enuncia que valoriza a vida e a dignidade humana como bem fundamental, no entanto, sem um compromisso programático e dirigente para a realização material desses primados fundamentais.<sup>389</sup>

Destarte, é preciso sublinhar que esses direitos estão associados ao direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural, que é, na verdade um direito protegido pela Carta africana dos direitos Humanos e dos Povos, no art. 22º do mesmo instrumento, que estabelece essa matriz de direito de maneira inovadora. Nesta linha de raciocínio, a que sublinhar que a possibilidade do princípio da dignidade humana e direito a uma vida saudável, goza de uma ligação intrínseca com a realização mínima dessa categoria jurídica dos novos direitos.

E sendo uma categoria de direitos de segunda geração, os mesmos exigem com maior rigor a proteção da parte do Estado e uma contribuição econômica razoável do cidadão para a concreção desses direitos, contudo esses mesmos direitos são dependentes de recursos econômicos e políticos, que o Estado detém o seu controle. E muitas vezes, a não realização desses direitos em países como Angola e Moçambique, por exemplo, que são Estados com uma grande reservas energéticas e detentores de grande parte de bacias petrolíferas, gás natural e possuidores de hidroelétricas, mesmo assim, estes enfrentam dilemas gravíssimos para assegurar esses direitos, pois são Estados com elevados custo de aquisição da energia elétrica e os combustíveis fósseis<sup>390</sup>. E o argumento para não acessibilidade desses direitos reside na falta de pressupostos econômicos. Sem embargos, essas desculpas servem apenas subterfúgio do fracasso com às políticas públicas primárias que dependem inteiramente do Estado.

---

<sup>389</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

<sup>390</sup> Cf. Da Roda, Arménio Alberto Rodrigues. **AS Participações governamentais nas indústrias petrolíferas e de gás natural no direito comparado e seu impacto para o desenvolvimento econômico**. *Revista de Direito da Administração pública*. DOI: <http://dx.doi.org/10.47096/redap.v1i1.199>, 2020 Disponível em <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/199/164>. Acesso em 10 de out 2023

Entre nós, identificamos deficiências associadas ao não respeito pelo princípio republicano e o princípio da supremacia do interesse público, que atualmente desdobra-se em princípios da execução das políticas, que são denominadores comuns para Estado social<sup>391</sup>. Nesta senda, ocorre uma privatização dos bens estatais, que servem para acomodar o interesse de uma minoria política dirigente dos Estados aqui mencionados, na verdade, há um corporativismo sistêmico acoplado a má gestão e corrupção, presente nas instituições políticas de inúmeros Estados africanos, que corrobora para depredação da coisa pública.

Ademais, a população não se beneficia com a exploração do petróleo e outros hidrocarbonetos, que possuem preços internos elevadíssimo, portanto, os royalties e as demais participações não são integradas na vida da maior parte da população.

### 12.1 O Cesso à internet como direito humano

E outro direito fundamental com maior impacto na vida do cidadão, inserido na sociedade pós-moderna globalizada, é direito à internet básica, que ao nosso visor é um direito também associado ao direito à informação, liberdade expressão e opinião, sendo um dos maiores veículos mais utilizados atualmente, do que a mídia tradicional. Neste contexto, o exercício da cidadania política ela passa também a ser vista digitalmente, que somente é possível por meio de uma inclusão tecnológica ou digital, que envolve o acesso à internet.<sup>392</sup>

Ademais, a inclusão tecnológica difundida pela internet possibilita o cesso eficaz e flexível a educação e não restam dúvidas que atualmente a internet figura com categoria de direitos humanos.<sup>393</sup> Maior parte da interação e a comunicação são moldadas no espaço virtual. E dinâmica das novas tecnologias ela é intrínseca ao homem. O exemplo prático é o das transações econômicas, que são globalmente realizadas pelas novas tecnologias que demanda o acesso à internet. Já No Brasil, embora não haja a exatidão do acesso à Internet como direito fundamental, porém a Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet –, ao dispor sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet, reconhece a importância do acesso para todos, como pressuposto lógico, essencial ao exercício da cidadania (arts. 4º, e 7º), caracterizada como um direito universal

---

<sup>391</sup> Cf. PEREIRA NETO, Caio M. Silva. **Development theory and foundations of universal Access policies.** *A Journal of law and police for the information society*. Vol.2.2., 2006. Disponível em . Acesso em: 27.02.2021

<sup>392</sup> Cf. BONILLA, Haideer Miranda. **El acceso a internet como derecho fundamental.** *Revista juridica IUS*, n. 15, 2016. Disponível em: . Acesso em: 03.02.2021.

<sup>393</sup> BACCIOTTI, Karina J. **Direitos humanos e novas tecnologias da informação e comunicação: o acesso à internet como direito humano**, p. 106. No mesmo sentido: ALVAREZ, Clara Luz. *Internet y derechos humanos*, pp. 88-89.

O acesso à internet contribui atualmente como fonte de rendas e trabalho para certa camada de pessoas. Não obstante, esse acesso continuado hiper elevado, inclusive para cidadãos de baixa renda, que não se vê incluído digitalmente.

### **12.1.1 o direito à segurança alimentar**

Uma das condições para a manutenção da vida plena e saudável é a garantia alimentar, que também abarca o direito à vida. Entretanto, maior parte dos países da África Subsaariana são acometidos pela falta de nutrição básica, que impede o desenvolvimento humano. E segundo o relatório sobre nutrição divulgado pelo Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde (OMS) para a África, revelou que a subnutrição ainda persiste na região e que o número de crianças sofre com raquitismo. O Relatório sobre Nutrição em África, e o relatório mostra ainda que um número crescente de crianças com menos de cinco anos tem excesso de peso.<sup>394</sup>

O direito à vida não esgota na mera existência corpórea ou física do indivíduo, portanto, trata-se também de um direito à vida saudável, que só é possível com direito à segurança alimentar. Ao nosso visio, alimentação não apenas a é a responsabilidade do indivíduo, devendo o Estado responsabilizar-se através de políticas de renda mínima para condicionar o direito à alimentação básica. E essa premissa não nega a ideia de um Estado Liberal e também no se trata do Estado de providência, portanto um Estado comprometido com mínimo existencial.

De acordo com as Nações Unidas, 257 milhões de pessoas passam fome no continente africano<sup>395</sup>. Destas, 237 vivem na África Subsaariana e 20 milhões no norte do continente. Portanto, há uma situação da morte lenta continuada, gerada pela falta de direito à segurança alimentar. Portanto, a inclusão desses direitos no texto constitucional tem a importância de despertar o Estado das suas obrigações e permitir que o cidadão tenha consciência que esse rol de direitos faz parte da cidadania do indivíduo. E constitucionalismo responsivo demanda que Estado seja cumpridor do bem Estar. A manutenção da vida é o fim último do Estado, sob risco de ser contrário à previsão constitucional do direito à vida.

O direito à alimentação decorre da ideia de que o Estado não pode valer-se da soberania enquanto manifestação de poder, para viabilizar atos que atentam contra à vida e a dignidade humana enquanto os pressupostos de estado social democrático de Direito, sob pena do próprio

---

<sup>394</sup> OMS. RELATÓRIO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). 16 de novembro de 2017. Disponível em. <https://www.afro.who.int/pt/news/o-relatorio-da-oms-sobre-nutricao-em-africa-destaca-um-aumento-da-malnutricao-no-continente> Acesso em : 10 de out 2023

<sup>395</sup> ONU.RELAÁTORIOS DAS NAÇÔES UNIDAS. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1659841>. Acesso em : 10 de out 2023

Estado corroborar com necropolítica,<sup>396</sup> quando omite as políticas para a segurança alimentar que se daria por meio de programas agrário para incentivo a produção de alimentos.

## **12.2 Considerações**

E os Estados social de direito goza de um compromisso direto com o bem-estar da sua população, devendo manter-se responsivo com às políticas públicas básicas, ligadas ao saneamento básico, a acesso à eletricidade, segurança alimentar e à internet como forma de concretização do bem comum ou do interesse público, na qual Administração estatal encontra-se adstrita. Portanto, administrar um Estado significa também elevar o nível do desenvolvimento humano das pessoas para confira-la à dignidade humana almejada e prevista constitucionalmente.

---

<sup>396</sup> Cf. BONTEMPO, V. L. **ACHILLE MBEMBE E A NOÇÃO DE NECROPOLÍTICA**. *Sapere Aude*, v. 11, n. 22, p. 558-572, 22 dez. 2020.

## 10. CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, é preciso referir que a história do constitucionalismo africano sofreu interrupções, para o seu desenvolvimento, provocado pela invasão imperial colonial e mais tarde pelo tráfico negreiro que corroe a África em diversas formas, estagnando o processo político-constitucional pré-colonial. Não obstante, a história da África tem sido invisibilizada por longos períodos à luz de uma cultura científica eurocêntrica epistemicida. Portanto, se África é considerada cientificamente como berço humanidade, torna-se imperioso sublinhar que foi no mesmo continente onde ocorreram as primeiras manifestações políticas. Sendo assim, vale lembrar que independentemente da falta dos registros históricos escritos prolixos, há uma necessidade de compreender a formação dos Estados africano pré-coloniais, que predominavam costumes que exercia funcionalmente o papel de leis constitucionais, que outorgavam direitos e organizavam a estrutura hierárquica do poder político e forma do seu exercício. Como sucedeu nos Estados centralizados de Mali no século XII e XIII, Estado de Gana no sec. IV, Estado de Zimbábue, a formações do Mfecane, impérios Songai etc.

Ainda no âmbito histórico, é preciso sublinhar que a ideia de Conferencia de Berlim de 1884, que visava dominar a África por completo, permitiu com que países como Angola, Moçambique, Guiné Bissau, São Tomé e Príncipe, fossem anexados como províncias ultramarinas de Portugal, agudizando a erradicação dos chefes africanos bem como o seu acervo cultural, formando um modelo de colonização direta, que afetou negativamente a forma de implementação do pluralismo jurídico nesses países, que ainda registra um retrocesso.

Com a transição de governos pós-coloniais independentes nos anos 50 e 60, vislumbrou-se uma simpatia ideológica, social, filosófica, política e econômica assentada no modelo Marxista-lenista, que não logrou sucessos esperados, tendo nos anos 90 vários países adotado o modelo de uma economia aberta de mercado, que culminou com filiação a desses países no Sistema Monetário Internacional. No mesmo período, registrou-se a democratização dos mesmos países, abrindo-se o multipartidarismo e a institucionalização de sufrágio universal.

Antes que nos olvidemos, é preciso lembrar que maior parte dos códigos, leis coloniais foram herdadas e mantidas, sem muitas adaptações, levando aqui, ao núcleo central desta pesquisa, que busca entender mecanismo dialógicos entre a matriz do direito positivo importado e os diversos direitos africanos, acoplados aos seus sistemas de justiça, que por longos anos foram ignorado pelo centralismo jurídico e a sua estrutura dogmática de interpretação jurídica, que coloca a soma dos direitos africanos à margem da juridicidade, enclausurado pela dicotomia direito e moral, por conseguinte, negando a sua relação. Inobstante, também é preciso afirmar que nos anos 90 que foi o período da consolidação de Estado simbólico de direito dos países aqui elencados, e também houve um reconhecimento do pluralismo jurídico em Cartas constitucionais

e leis ordinárias, contudo apresentando um grande déficit de regulamentação, culminando com isso na ideia de um pluralismo substantivo ou descritivo que funciona com imensas debilidades, o que acaba não realizando de maneira precisa o ideário do pluralismo jurídico, que consubstancia na coexistência de ordens jurídicas autônomas isso de ponto de vista fática, porém com possibilidades dialógicas e harmoniosa, amparado pelo metodologismo teórico aperfeiçoado.

Daí a razão da presente proposta, que visa conceber um pluralismo de procedimentos e processual. Torna-se algo procedimental, porque não apenas as dimensões dogmáticas de processo, porém abarca outras realidades sociológicas, políticas e antropológicas revestindo num conjunto de técnicas procedimentais e estruturais. Também poderíamos apelidar esta dimensão como um pluralismo de estrutura, que se dissocia do modelo teórico meramente prescritivo como é apresentada em maior parte nos estudos Latinos – americanos. Nesta senda, sublinhamos métodos dialógicos entre justiça informal e formal, que começa pela reformulação orgânica da lei judiciária que não integra por exemplo, os Tribunais Comunitários como parte de poder judicial ou jurisdicional, uma vez que essa justiça goza de notória importância na materialização da justiça urbana.

Ademais, propôs-se um modelo misto de controle prévio de constitucionalidade e legalidade, no qual apelamos pela presença de juiz profissional nas sessões dos tribunais comunitários, de maneira a fornecer um parecer sobre leis fundamentais e internacionais sobre direitos humanos e outro teor importante, de maneira a evita-se arbítrio e abusos de direitos das mulheres e menores, como ocorre alguns casos. Essa proposição aqui assumida, tem sido implementada em alguns países como Quênia, África do Sul, Botsuana entre outros, em que os tribunais informais são integrados no aparelho judicial formal e cooperam funcionalmente no âmbito decisório. Portanto, isso auxilia em questões de registro sistemático de precedentes jurídicos coerentes, por meio de um aprendizado transversais entre ambas as ordens. Por outro lado, advogamos um investimento público nos sistemas de judiciais tradicionais, conferindo salários adequados aos profissionais que lá operam, o que evitaria a proliferação da corrupção nestes meandros. E ao nível sociológico enfatizamos um ensino direito pluriversal que atende essas complexidades de direitos africanos, no âmbito da Sociologia de Direito, como mecanismos de oferecer *inputs* à dogmática jurídica centrada do direito europeu. Não menos importante, também foi sugerido a integração de um corpo policial de maneira a oferecer a coercibilidades à justiça informal, tendo em consideração as novas dinâmicas da cidade. No entanto, isso fica em aberto porque é algo que depende conversões democráticas os líderes locais ou comunitários. Entre nós, perfilhamos por este reforço, uma vez que os chefes comunitários configuram como extensão do poder político, administrativo ou executivo e jurisdicional do Estado. No entanto, não seria ilógico conferir-lhe o mesmo poder de polícia que o Estado ostenta, para consolidação do poder desses entes.

De mais a mais, foi trazido para este trabalho as discussões à volta da Teoria de Direito que melhor se adequa a pluralidades de direitos africanos e o direito positivo, no qual perpassou-se, pela limitação do positivismo monista, na mesma senda observou-se o sincretismo jurídico enquanto *resultado*, que oferece um excelente panorama inerente a hibridação dos direitos africanos e suas instituições. Também anuímos razoavelmente com a tese de fusão ou incorporação de ideários antagônico, dos direitos africanos e estatal como único sistema de direito, considerado como um sincretismo de *processo*. E no mesmo diálogo, lembrou-se a importância contemporânea do pós-positivismo hermenêutico, enquanto uma corrente jurídico-filosófica que admite uma conexão mínima entre o direito a e moral. Nisto enfatizou-se a técnica de afastamento necessário do direito formal ou informal, mediante uma justificação aumentativa, inspirada na teoria da moral procedimental de ponderação ou Balanceamento do Robert Alexy.

Com o intuito de perceber a fundo a atual radiografia dos direitos fundamentais na África, buscou-se aduzir uma descrição dos órgãos de jurisdição constitucional, suas características e formas de atuação para a concretização dos direitos fundamentais. Ainda nesse meandro, caracterizou-se o sistema constitucional africano como um Constitucionalismo simbólico (apelidado por alguns teóricos africanos como *Constituição sem constitucionalismo*).

E como forma de enriquecer a dimensão principiológica do constitucionalismo africano, cogitou-se a possibilidade de compreender a cosmovisão *Ubuntu*, como um princípio de natureza constitucional, configurando como um parâmetro de justiça, equiparado aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade humana. Nota-se que a ideia do *Ubuntu* foi trazida na Constituição provisória da África do Sul, contudo não efetivado. No cenário atual de crise liberal, capitalista egocêntrica, torna-se necessário trazer a essa dimensão de alteridade filosófica pensada no Outro, coadunando com a razão do Estado social, contribuindo para a minimização da desigualdade social mediada, pela lógica de compartilhamento proposta nesta filosofia de razão prática.

Por fim, foi trazido ao debate do presente trabalho, uma das patologias graves que assola o constitucionalismo africano, que tem a ver com os direitos das mulheres. No qual, propor-se uma lógica argumentativa voltada para um constitucionalismo feminista, visando averiguar como os avanços constitucionais foram díspares em relação às mulheres. Portanto, essas assimetrias tem sido viabilizada e mantidas pelo discurso jurídico hegemônico, patriarcal, machistas e sexista, controlado por maior esmagadora de homens que ocupam os espaços jurídicos, e que de certa maneira imprimem uma ideologia que prolifera violência contra mulher, o não cesso plenos aos direitos sociais, aumento de feminicídio, a falta de desenvolvimento e segurança econômica e

redução de oportunidade veiculada, maternidade compulsória e controles dos direitos reprodutivos da mulher etc.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **Por uma declaração universal dos direitos da natureza**: reflexões para a ação. **Revista Cidadania e Meio Ambiente**. São Francisco de Quito, AFESE (Serviço Exterior Equatoriano), n. 54, agosto 2010. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2011/03/31-por-uma-declaracao-universal-dos-direitos-da-natureza-reflexoes-para-a-acao-artigo-de-alberto-acosta/>. Acesso em: 01 out. 2011.

ALEXANDRINO, José Melo. **Estudos Sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa**. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, volume I, Lisboa, 2015.

ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional**, Volume I, 3edição, Associação da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, Lisboa 2018.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ALI, Abobacar Mumade. **Empregadas domésticas em Moçambique**: classe e trabalho numa sociedade pós-colonial. 2014. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.8.2014.tde-11062015-154942. Acesso em: 2023-10-06.

ANGOLA. **Assembleia Nacional 2023**. Disponível em: [https://www.parlamento.ao/comissao\\_permanente](https://www.parlamento.ao/comissao_permanente). Acesso em: 02 ago. 2023.

ANGOLA. **Lei n.º 38/20 de 11 de novembro de 2021**. Assembleia Nacional prova novo código penal.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. African Constitutionalism and the Role of Islam. **Modern African Studies**. University of Pennsylvania Press, 2006. 359, 363–366.

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. **O pluralismo jurídico**: Marco Teórico para a Discussão do Acesso à Justiça. 2008. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

ARAÚJO Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov». Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-pluralismo-jur%C3%ADdico-em-mo%C3%A7ambique-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgios-no-bairro-%C2%ABjorge>. Acesso em: 22 nov. 2017.

AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

- AUSTIN, John; RUMBLE, Wilfrid E. **The Province of Jurisprudence Determined**, 1995.
- BACCIOTTI, Karina J. **Direitos humanos e novas tecnologias da informação e comunicação: o acesso à internet como direito humano**, p. 106. No mesmo sentido: ALVAREZ, Clara Luz. *Internet y derechos humanos*, pp. 88-89.
- BACELAR, Goveia. **Direito Constitucional de Língua Portuguesa - Caminhos de um Constitucionalismo Singular**. Coimbra, Editora Almedina, 2012.
- BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Água doce: direito fundamental à pessoa humana**.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, 240, 1–42, 2005. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**, 5 ed, Sarraiva. São Paulo. 2015
- BBC NEWS BRASIL. **Documentário sobre mutilação de genital feminina em Serra Leoa**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-65764711>. Acesso em: 26 jul. 2023.
- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: A experiência vivida**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1967.
- BELLO, Emmanuel G., **The African Charter on Human and Peoples' Rights: a legal analysis**. In: *Recueildes Cours*, vol. 1 94 (1985-V). *Direito Comparado*, n. 79/80, Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1 999.
- BERRETA, Dos Márcia Santos Ramos. **Gestão democrática da água: Os desafios a à participação do agricultores da bacia hidrográfica de arroio Ribeiro**. Tese. Universidade Federal do Rio grande Sul, Porto alegre 2013.
- BERTH, Joice. **Empoderamento**. São Paulo: Sueli Carneiro. Polén, 2019.
- BIEHL, João. PATIENT-CITIZEN-CONSUMERS: JUDICIALIZATION OF HEALTH AND METAMORPHOSIS OF BIOPOLITICS. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 98, p. 77–105, 2016. <https://doi.org/10.1590/0102-6445077-105/98>.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Babini e Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONATTO, M.; GIRARDI FACHIN, M.; DE QUEIROZ BARBOZA, E. M. Constitucionalismo feminista: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, n. Edição Especial Mulheres e Justiça, p. 213–224, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/312>. Acesso em: 05 jul. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONILLA, Haideer Miranda. **El acceso a internet como derecho fundamental**. *Revista jurídica IUS*, n. 15, 2016. Disponível em: . Acesso em: 03.02.2021.

BONTEMPO, ACHILLE MBEMBE E A NOÇÃO DE NECROPOLÍTICA. **Sapere Aude**, v. 11, n. 22, p. 558-572, 22 dez. 2020.

BOS, Robert, ALVES David; LATORRE, Carolina; MACLEOD Neil; at all, **Manual Sobre os Direitos Humanos à Água Potável e Saneamento para Profissionais**, 1 ed, IWA, London. 2016.P 5-8s

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2023.

BRITO, Margarida João de. **A violência doméstica em Angola: análise do regime jurídico angolano**. 2018. Dissertação de mestrado da Universidade de Minho, Portugal. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/60752>. Acesso em: 17 jul. 2023.

BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. **O Pluralismo Jurídico e a realidade sociocultural de Moçambique**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CABO-VERDE. **Assembleia Nacional**, 2023l, aprovada em 1990. Disponível em: <https://portais.parlamento.cv/comissao/#/>. Acesso em: 03 ago. 2023.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CARNEIRO, Sueli, 2006. **A Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser**. Tese (Doutorado em Educação). São Paulo, SP: Universidade de São Paulo, FEUSP. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001465832>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Análise ecológica do direito e construção transubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos de uma epistemologia Complexa. **Revista Brasileira de Direito Animal**, e-issn: 2317-4552, Salvador, volume 15, n. 02, p.17-46, Mai - Ago 20. Acesso em: 13 jul. 2023.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Teorias Ecológicas do Direito: por uma reconstrução crítica das teorias jurídicas fundamentais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 18 n. 28, 2020.

CARRE DE MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l'Etat**, Paris, Sirey, 1920, tome 1.

CARTA AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Preâmbulo e artigos 2º e 19. 1º de junho de 1981.** Disponível em: [https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7770-file-banjul\\_charter.pdf](https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7770-file-banjul_charter.pdf). Acesso em: 05 mai. 2017.

CARTA ORGÂNICA DO IMPÉRIO COLONIAL PORTUGUÊS. In: **Colectânea de Legislação Colonial**. Lisboa: Divisão de Publicações e Biblioteca - Agência Geral das Colônias, 1948.

CHAIM, Perelman. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1996.

CHESWORTH, John A. 'Kadhi's Courts in Kenya: Reactions and Responses'. In: TAYOB, A.; WANDERA, J. (eds.). **Constitutional Review in Kenya and Kadhis Courts**. Cape Town: Centre for Contemporary Islam, 2011, pages 3–17.

CHIPENEMBE, M.J.M. **Dinâmicas de gênero no mercado de trabalho doméstico na cidade de Maputo**. In: Teles, N; Brás, E.J (orgs) **Gênero e direitos Humanos em Moçambique**. Departamento de Sociologia, faculdade de letras e ciênciassociais, Universidade Eduardo Mondlane. (2010).

CHIRWA, M. Constitutions without Constitutionalism, Government without Governance: Critique and Hope for Malawi. **Journal of Southern African Studies**. 2022.

CISTAC, Gilles. História Constitucional da Pátria Amada. In: PEQUENINO, Bejamim (coord). **Evolução Constitucional da Pátria Amada**. Maputo, 2009.

CISTAC, Gilles. O Conselho Constitucional como Regulador do Sistema Jurídico Político Moçambicano. In: José Pina Delgado e Mário Silva (orgs). **Estudos em Comemoração do XX Aniversário da Constituição da República**, Praia, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

**COMENTÁRIO GERAL** nº 15 emitido em 2002, pelo Comitê <sup>1</sup>de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas Disponível: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Directrizes e Princípios sobre o Direito a um Julgamento Justo e Assistência Jurídica em África**, 2003.

COMITÉ DAS ONU SOBRE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (CESCR). **COMENTÁRIO Geral**

N.º

15.

**CONSTITUIÇÃO da República da África do Sul**, 1996.

Disponível: <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República de Equador, 2008

Disponível: <http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Governo/Legislacao/Constituicao-da-Republica-de-Mocambique>

Cook, K. Bakker, **segurança hídrica: debatendo um paradigma emergente**, Global Environ. Alterar 22(1) 2012. Disponível: <http://dx.doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2011.10.011>.

COSTA, Eduardo Augusto F. Estudo sobre a administração civil nas nossas possessões Africanas, 1901. **Boletim da Sociedade de Geographia de Lisboa**, 19ª série, 7-12, 535-761.

CRENSHAW, Kimberlé. **Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics**. u. Chi. Legal, 1989.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

D'ENTREVES, Alexander Passerin. **The Notion of the State: an Introduction to Political Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1967.

DA RODA, Arménio Alberto Rodrigues. A garantia do contraditório aos autores do ato normativo nas ações concentradas de constitucionalidade e inconstitucionalidade no direito comparado. **Revista de Direito público**. 0 4 | Volume n° 01 | Edição N° 0 2 | Jan / Jun 2020. Disponível em: <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/81/94>. Acesso em: 18 jul. 2023.

Da Roda, Arménio Alberto Rodrigues. **AS Participações governamentais nas indústrias petrolíferas e de gás natural no direito comparado e seu impacto para o desenvolvimento econômico**. **Revista de Direito da Administração pública**. DOI: <http://dx.doi.org/10.47096/redap.v1i1.199>, 2020 Disponível em <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/199/164>. Acesso em 10 de out 2023

DA SILVA, C. N. A dimensão imperial do espaço jurídico português. Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e X. **Rechtsgeschichte-Legal History**, ISSN 1619-4993, N° 23, 2015, p. 187-205.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed., São Paulo: Editora Malheiros editores, 2002.

D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (orgs). **Reading DAVI, Tetevi. African Court on Human and Peoples' Rights Delivers Landmark Ruling on Women's Rights and the Rights of the Child in Mali**. 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/african-court-on-human-and-peoples-rights-delivers-landmark-ruling-on-womens-rights-and-the-rights-of-the-child-in-mali/>. Acesso em: 11 nov. 2020.

DAVI, Tetevi. **African Court on Human and Peoples' Rights Delivers Landmark Ruling on Women's Rights and the Rights of the Child in Mali**. 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/african-court-on-human-and-peoples-rights-delivers-landmark-ruling-on-womens-rights-and-the-rights-of-the-child-in-mali/> Acesso em: 11 nov. 2020.

DE TARSO, Paulo. **Projeto Afreka**. Representatividade políticas das mulheres em África. Disponível em: <http://www.afreaka.com.br/notas/um-exemplo-para-o-mundo-participacao-feminina-na-africa/>. Acesso em: 22 jul. 2023.

DECRETO N. 43/2007 de 30 de outubro, Disponível: <http://www.portaldogoverno.gov.mz>  
 DELAFOSSE, Maurice. **Les civilisations disparues**: les civilisations négro-africaines, 1925.  
 DERMAN B and Hellum A "**Livelihood Rights Perspective on Water Reform**: Reflections on Rural Zimbabwe" 2007 Land Use Policy 664-673

DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm>. Acesso em: 16 jul. 2023.

Disponível:[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE)  
 Disponível em:[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigosleitura&artigo\\_id=3172](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigosleitura&artigo_id=3172) acesso em 10/09/2013

DUNNING, W. 1896. **Jean Bodin on Sovereignty**. Political Science Quarterly, 1896.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ECUADOR. **Constitucion 2008 La República Del Ecuador**. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo). Acesso em: 13 jun. 2023.

EITÃO DA GRAÇA, José André. A Constituição Cabo-verdiana de 1991 revista pela Lei Constitucional n. 1/V/99. In: **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, 2008.

ELENGA, Ben Luther. Justice traditionnelle et système africain de protection des droits de l'homme. **La Revue des droits de l'homme** [En ligne], 22 | 2022, mis en ligne le 12 septembre 2022, consulté le 07 juillet 2023. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/15518> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.15518>.

ELIAS, Taslim Olawale. **The Nature of African Customary Law**. Manchester University Press, 1956.

EREIRA, Charmaine. Promover uma agenda feminista para a mudança, um ponto de vista da Nigéria. **Série Diálogo Feminista**, #2, nov., pp. 1-5, 2016.

FEIJÓ, Carlos. **A coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana**. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2012.

FERREIRA, Átila Djawara Moreira. **Normas Constitucionais Programáticas na ordem Jurídica Guineense**. 2008 (Dissertação de mestrado em direito público Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito Programa de Pós-graduação em Direito).

FILHO, M. T. F. História e razão do paradigma vestefaliano. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, SP: Ed. Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, jan./mar. 2007, p. 314-334.

FLORÊNCIO, Fernando. **As Autoridades Tradicionais Vandau, Estado e Política Local em Moçambique**. 2003. Tese (Doutoramento em Estudos Africanos, Especialidade de Política e Relações Internacionais em África) - Instituto Universitário de Lisboa 2003. Disponível em:

[https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/12208/1/As\\_Autoridades\\_Tradicionais\\_Vandau.pdf](https://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/12208/1/As_Autoridades_Tradicionais_Vandau.pdf). Acesso em: 22 nov. 2017.

FOMBAD, Charles Manga. Uma visão geral da crise do Estado de direito em África. Afr. zumbir. direito dos direitos j, **Pretória**, v. 18, n. 1, pág. 213-243, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1996-20962018000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962018000100012&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 28 set. 2022.

FROBENIUS, Leo. **Histoire de la Civilization Africaine**. Paris, 1936.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GAMBIA, OECD GENDER. **INSTITUTIONS AND DEVELOPMENT DATABASE**, 2019. Disponível em: <https://oe.cd/ds/GIDDB>. Acesso em: 07 jul. 2023.

GARRIDO, Rui. **Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?** Relações Internacionais [online]. 2017, n.54, pp.55-71. Disponível em: <http://dx.doi.org/doi.org/10.23906/ri2017.54a05>. Acesso em: 10 out. 2020.

GAUTHIER, David. **The Logic of Leviathan**. Oxford: Clarendon Press, 1969.

GEBEYE, Berihun Adugna. **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.

GEORGE, B. N. Ayittey. **Indigenous African Institutions** (2nd ed, Transnational Publishers), 2006.

GOVERNO DO ZIMBABUÉ (2011). The Blair VIP Latrine, A Builder's Manual For The Upgradable BVIP Model And A Hand Washing Device. National Action Committee for Rural Water Supply and Sanitation. Harare: Governo do Zimbabué.

GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? **The journal of legal pluralism and unofficial law**, v. 18,1986.

GUEDES, Armando Marques. **O estudo dos sistemas jurídicos africanos: estado, sociedade, direito e poder** / Armando Marques Guedes. - Coimbra: Almedina, 2004. - 216 p. Descritores: Estado | Sociedade | Direito | África Cota: 34|IPAD.

GUERREIRO, Sara. Justiça estatal e justiça tradicional na Guiné-Bissau. **Revista Sintidus** · 2018 · número 1 · 79-106 | 79.

GURVITCH, Georges. **Tratado de sociologia**. Tradução de Maria C. Equibar e Alice M. Vacca. Buenos Aires: Kapelusz, v. 1, 1962.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1975.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Maria Rodrigues e Hans Harden (Trad). 2º. Ed. Universidade de Brasília, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. **The African Regional Humans Rights System**. In: PennState Law Review, 679, 2004.

HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise *et al.* **Dictionnaire critique du féminisme Paris**, PUF, 2004 (edição ampliada). Ibérica, 1999.

**HLA Hart's "The Concept of Law"**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticalland Civil**. Ed. C. B. Macpherson. Harmondsworth: Penguin Books, 1968.

HWO, Okoth-Ogendo. Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox. In: Douglass Greenberg e outros (eds), **Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World**(Oxford University Press), 1993.

KALLÁS FILHO, Elias; FUZARI, Tiago de Souza. Da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira / From Lenio Streck's critical hermeneutics of law to.... **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 122-139, fev. 2016. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18209>. Acesso em: 08 jul. 2023.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2016.

KAPOCO, F. DOS A.; NOJIRI, S. Pluralismo Jurídico: O Estado e as Autoridades Tradicionais de Angola. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1889–1931, jul. 2019.

KAYANGE, G. M. Conceptual Analysis of Ubuntu/Umunthu and Meaning. In: **Meaning and Truth in African Philosophy**. Philosophical Studies Series, vol 135. Springer, Cham, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1ª Edição de 1934; Reine Rechtslehre, 1º Auflage, Viena de Áustria; reeditada pela Editorial Trotta; Viena de Áustria; 2011.

KEMBABAZI, Lydia Winyi. **A critique of accessibility to the African Court of Human and Peoples' Rights**. Budapeste: Central European University, 2013.

KI-ZERBO, Joseph. Introdução Geral. In: **História geral da África**, I: Metodologia e pré-história da África. 2.ed– Brasília: UNESCO. 2010.

KYMLICKA, Will. **Multicultural Odysseys** **Multicultural Odysseys**: Navigating the New International Politics of Diversity. Nova York: Oxford University Press, 2007.

LEI da Assembleia Nacional nº 6/02, de 21 de Junho.Lei de água em Angola.Disponível: [http://www.saflii.org/ao/legis/num\\_act/ld74.pdf](http://www.saflii.org/ao/legis/num_act/ld74.pdf)

LEI nº 7/2014 - Regula os procedimentos atinentes ao processo **administrativo contencioso**, revoga a Lei nº 9/2001, e os artigos, 106 e 107 da Lei nº

2/97. Disponível em: [http://www.salcaldeira.com/index.php/pt/publicacoes/artigos/cat\\_view/32-legislacao/53-justica/127-tribunal-administrativo](http://www.salcaldeira.com/index.php/pt/publicacoes/artigos/cat_view/32-legislacao/53-justica/127-tribunal-administrativo).

LETSEKA, Moeketsi. Ubuntu and Justice as Fairness. **Mediterranean Journal of Social Sciences**, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 544, may. 2014. ISSN 2039-2117. Disponível em: <https://www.mcser.org/journal/index.php/mjss/article/view/2670>. Acesso em: 08 abr. 2021.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo São Paulo**. Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006.

LUZ, Christine da. Como o Código Civil Francês se adaptou ao longo do tempo. **Revista da Emerj** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 24-35, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory** (Oxford University Press), 2007.

MAMA, Amina. Heroínas e vilões: conceituando a violência colonial e contemporânea Maria Paula G. Meneses, “O ‘indígena’ africano e o colono ‘europeu’: a construção da diferença por processos legais”, **e-cadernos CES** [Online], 07 | 2010.

MARNOCO E SOUSA, António José Ferreira. Regime jurídico das populações indígenas. 1946, **Antologia Colonial Portuguesa**, 1. Lisboa: Agência Geral do Ultramar.

MARTINEZ, Esmeralda Simões. Legislação Portuguesa para o Ultramar. **Sankofa**. Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana Ano III, Nº 5, julho/2010.

MARTINEZ, Esmeralda Simões. **Uma Justiça Especial para os Indígenas: aplicação da justiça em Moçambique (1894-1930)**. Tese de Doutoramento da faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. 2012.

MATALA-TALA Léonard. L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne. **Civitas Europa**, 2013/2 (Nº 31), p. 239-260.

MATA-MACHADO, Edgar. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Vega, 1981.

MATOLINO, B.; KWINDINGWI, W. The end of ubuntu. **South African Journal of Philosophy**, 2013. p. 197–205.

MATOLINO, Bernard. A response to Metz's reply on the end of ubuntu, **South African Journal of Philosophy**. 34:2, 214-225, DOI: 10.1080/02580136.2015.1035857. (2015) P. 215-2020. Acesso em: 04 abr. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 9. ed. São Paulo: Re-vista dos Tribunais, 2015.

MCDONALD, David A. Ubuntu bashing: the marketisation of ‘African values’ in South Africa. **Review of African Political Economy** Volume 37, 2010 - Issue 124. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03056244.2010.483902>. Acesso em: 08 abr. 2021.

MEDEIROS, Rafael Chiarini, **Sistema Africano de Direitos Humanos: Uma análise crítica dos órgãos regionais de proteção**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília, 2017.

MELLO DO AMARAL JUNIOR, J. L. Constitucionalismo e Conceito de Constituição. **Revista de Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 98, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i98.5583. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5583>. Acesso em: 6 jul. 2023.

MELO, Catarina e Subuhana, Carlos. Acesso à Educação Formal como Alternativa às desigualdades de Gênero em Moçambique. **Revista África e Africanidades**, DOI - 10.46696/issn1983-2354.RAA.ago2020v13n35.1-15, PY - 2020/08/10. Acesso em: 10 jul. 2023.

MENESES, Maria Paula *et al.* As Autoridades Tradicionais no Contexto do Pluralismo Jurídico (2003). In: B. S. Santos; J. C. Trindade (orgs.), **Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique**. Porto: Afrontamento, 2, 341-420.

METZ, T. Ubuntu as a moral theory and human rights in South Africa. **African Human Rights Law Journal**. p. 532–559. 2011. Acesso em: 28 mar. 2021.

MIRANDA, Jorge Miranda. **Manual de direito constitucional**, tomo I. Coimbra: Coimbra, 6ª ed., 1997.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOÇAMBIQUE. Agência de Notícia DW. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/aborto-em-mo%C3%A7ambique-entre-a-legalidade-e-a-clandestinidade/a-63240298>. Acesso em: 05 jul. 2022.

MOÇAMBIQUE. Assembleia da República. **Lei n. 4/92**: Cria os Tribunais Comunitários e define as suas competências.1992.

MOHL, Robert Von. **Die Polizeiwissenschaft nach den Grundstätzen des Rechtsstaates**. 3 vol.Laupp: Tübingen, 1832-34.

MOKGORO, JY. **Ubuntu and the law in South Africa**. African Journals Online ,Vol. 1 No. 1 (1998). Disponível em: <https://www.ajol.info/index.php/pelj/article/view/43567>. Acesso em: 10 ago. 2022.

MONTEIRO, José Óscar. **Estado e Constituição em Moçambique**. Versão Pedagógica, Maputo, 2001.

MOORE, Sally Falk. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. 1973, **Law & Society Review** 719, 719-746.

MORAES, Patrícia Aparecida de Brito. Linguagem, tradição e tradução: a tarefa hermenêutica conforme Gadamer. **XVII Jornada de Pesquisa**, 20-?.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado, ius imperium, e território: fundamentos da intervenção do Estado no domínio patrimonial. **Revista de Direito da Cidade**, [S.l.], v. 11, n.

2, p. 630-660, fev. 2020. ISSN 2317-7721. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/43871>. Acesso em: 03 ago. 2023.

MULLER, H. **The South African experience on legal, institutional and operational aspects of the rights to water and sanitation. At the Confluence** (Aquatic Procedia) 2014). 2: 35–41; doi: 10.1016/j.aqpro.2014.07.006 p.21

MUTUA, Makau. African Human Rights System: a critical evaluation. Human Development Oc- casional Papers, n. 15, 2000

MWIPIKANI, Peter. Ubuntu e a sociedade moderna. **South African Journal of Philosophy**, volume 37: edição 3, pag. 322-334. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02580136.2018.1514242>. Acesso em: 15 abr. 2021.

NASCIMENTO, Milton Meira do. O contrato social – entre a escala e o programa. **Revista Discurso**. Departamento de Filosofia, USP/São Paulo, n. 17, 1988. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.1988.37933>.

NDULO, Muna. African Customary Law, Customs, and Women’s Rights. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol. 18, no. 1, 2011, pp. 87–120. <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.18.1.87>. Acesso em: 3 ago. 2023.

NEVES, Marcelo. “Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder”. **Revista de Informação Legislativa**, 132 (33): 321-330, 1996.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 115-235.

NHAMPOCA, E. C. EDUCAÇÃO E DIREITOS DAS MULHERES EM TEMPOS DE PANDEMIA EM MOÇAMBIQUE. **Revista de Educação Pública**, [S. l.], v. 30, n. jan/dez, p. 1–21, 2021. DOI: 10.29286/rep.v30ijan/dez.11848. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/11848>. Acesso em: 5 jul. 2023.

NUSBAND, Martha. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge: London: The Belknap, 2011.

OBENGA, Théophile. Cheikh Anta Diop, Volney et le Sphinx. **Contribution de Cheikh Anta Diop à l’historiographie mondiale**. Paris: Présence Africaine, 1996.

OBSERVADOR. **Secretária-executiva adjunta da Comissão Económica das Nações Unidas para África**, (UNECA). 2023 Disponível em: <https://observador.pt/2023/03/25/onu-coloca-mocambique-e-guine-bissau-entre-os-10-paises-mais-pobres-de-africa/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

OLASUNKANMI, A. **Constitution without constitutionalism: interrogating the Africa experience**. *Art Human Open Acc J*. 2018;2(5):272-276. DOI: 10.15406/ahoaj.2018.02.00069.

OLIVEIRA, Felipe Falcão. **Direito Público Guineense**. Coimbra, Almedina, 2005.

ONU. Relatórios das Nações Unidas. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1659841>

OYAPI, CB. **Water Security and the Right to Water in Southern Africa: An Overview.** *PER*

[online]. 2017, vol. 20, n. 1. Disponível: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S172737812017000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S172737812017000100011&lng=en&nrm=iso). ISSN 1723781. <http://dx.doi.org/10.17159/17273781/2017/v20n0a1650>

PATEL, S. O lugar das línguas moçambicanas no panorama educacional de Moçambique: que perspectivas? **Cadernos de Linguagem e Sociedade**, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 144–160, 2022. DOI: 10.26512/les.v23i2.43490. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/les/article/view/43490>. Acesso em: 7 jul. 2023.

PATERSON AR "A Infinita Luta dos Povos Indígenas em Áreas Protegidas - O Desafio dos Bosquímanos pelos Direitos da Água na Reserva de Caça Central do Kalahari" em **Kidd M et al (eds) Água e a Lei: Rumo à Sustentabilidade** (Edward Elgar Cheltenham 2014) 349-378

PATRÍCIO, Ana Marta Esteves. **Dinâmicas do pluralismo jurídico em Moçambique: estudo de caso do distrito de Mossurize**. Lisboa. Tese de Doutoramento apresentada ao ISCTE-IUL, 2016.

PANIKKAR, R. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?** In: BALDI, C. A. (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-238.

PEREIRA Álvaro, **Água em Angola: a insustentável fraqueza do sistema institucional**, Revista Angolana de Sociologia [Online], 8 | 2011, posto online no dia 13 dezembro 2013, consultado no dia 05 agosto 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ras/519> ; DOI : 10.4000/ras.519

PEREIRA NETO, Caio M. Silva. **Development theory and foundations of universal Access policies. A Journal of law and police for the information society**. Vol. 2.2., 2006. Disponível em . Acesso em: 27.02.2021

PEREIRA NETO, Caio M. Silva. **Development theory and foundations of universal**

PESSOA, J. C. Carvalho. **A Nossa Legislação Ultramarina – Analyse Crítica. Boletim da Sociedade de Geografia** nº. 16, Lisboa. Imprensa Nacional. 19º. Série, 1901.

PETER, Mwipikeni. **Ubuntu e a sociedade moderna. South African Journal of Philosophy**, volume 37: edição 3, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02580136.2018.2>. Acesso em: 09 abr. 2021.

PETTIT, Philip. **El Giro Republicano**. In: PETTIT, Philip. **Republicanism – Una teoria sobre la libertad y el Gobierno**. Trad. Toni Domènech. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

PORTUGAL. **Artigo 20 ° da Constituição Portuguesa de 1826**.

PORTUGAL. **Carta Orgânica do Império Colonial Português**. In: **Colectânea de Legislação Colonial**. Lisboa: Divisão de Publicações e Biblioteca Agência Geral das Colônias. 1948.

POUND, Roscoe. Law and Morals. I. **The Historical View**. *The Journal of Social Forces*, vol. 1, no. 4, 1923, pp. 350–59. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/3004937>. Acesso em: 27 jul. 2023.

PROJECTO de Constituição da Zâmbia

<http://thezambian.com/wpcontent/uploads/2016/01/Zambian-Constitution.pdf> acessado em 12 de dezembro de 2016

PULIDO, C. B. **A proteção do direito fundamental à água em perspectiva internacional e comparada**. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-38, outubro 2015.

QUADE, Leonel Pereira João. **Acesso à justiça informal e estatal na Guiné-Bissau: o papel do Ministério Público na assistência jurídica aos hipossuficientes e (in)conveniência da instituição da Defensoria Pública**, 2021. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador.

RAMOSE, Mogobe B. A ética do ubuntu. Tradução para uso didático de: RAMOSE, Mogobe B. The ethics of ubuntu. In: COETZEE, Peter H.; ROUX, Abraham P.J. (eds). **The African Philosophy Reader**. New York: Routledge, (2002). Acesso em: 19 ago. 2021.

RAMOSE, Mogobe B. **Sobre a Legitimidade e o Estudo da Filosofia Africana**. University of South Africa. Tradução Dirce Eleonora Nigro Solis; Rafael Medina Lopes; Roberta Ribeiro Cassiano, 2011.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System** 2nd ed, Oxford University Press, 1980.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

REPÚBLICA DA GÂMBIA. **Constituição de 1997, alterada em 2001**. Disponível em: <https://www.cabri-sbo.org/pt/documents/constitution-of-the-republic-of-the-gambia-1997>. Acesso em: 12 jul 2023.

REPÚBLICA DA GÂMBIA. **Lei muçulmana sobre o casamento e o divórcio**, 1941.

**RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. RESOLUÇÃO A/RES/64/29**: Disponível em [www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/29)

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo – Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2ª Ed. 1ª Reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 132.

RODA, A. A. R. DA. Entre a realidade e o simbolismo dos direitos humanos na África: uma análise do sistema regional africano de proteção aos direitos humanos. **Revista Humanidade e Inovação**. v. 8 n. 52 (2021): Novas Teses Jurídicas . Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4860>. Acesso em: 20 jul. 2023.

ROSENFELD, Michel. **O Estado de Direito e a Legitimidade da Democracia Constitucional** (março de 2001). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=262350> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262350>. Acesso em: 27 ago. 2023.

ROSEVEAR, Evan. Interpretação de direitos sociais no Brasil e na África do Sul. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 149-183, set./dez. 2018.

ROULAND, N. **Nos confins do direito**. Antropologia jurídica da modernidade. Trad. M. E. A. Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Ensaios sobre a origem das línguas (Os Pensadores, Volume I). Tradução de Lourdes Santos Machado; introduções e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SAACMAN, A. Régulos, diferenciação social e protesto rural: o regime do cultivo forçado do algodão em Moçambique, 1938-1961. 1987. **Revista Internacional de Estudos Africanos**, nº 6 e 7.

SABELO, J Ndlovu-Gatsheni. **'Genealogies of Coloniality and Implications for (2015)40 Africa Development / Afrique et Développement** 13, 14–15; Alex Thomson, *An Introduction to African Politics* (3rd ed, Routledge), 2010.

SANTOS, B. S. (org.). **Democratizar a democracia - Os caminhos da democracia participativa**. Porto: Afrontamento. 2003.

SANTOS, B. S. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 48, Junho de 1997: 11-32.

SANTOS, Mbilana Fumo e Gomes. Os Tribunais Comunitários: Conflito e transformação social, **Revista Afrontamento**, vol 2, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre :Livraria do Advogado. 2001.

SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de Droit Roman**. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, vol. 1, 1840.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelle Mendes. Companhia das Letras, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Harvard University Press, 2013.

SIBUSISO, Blessing Radebe; MOSES, Retselisitsoe Phooko. Ubuntu and the law in South Africa: Exploring and understanding the substantive content of ubuntu. **South African Journal of Philosophy**, 36:2, 239-251, DOI: 10.1080/02580136.2016.1222807. (2017). Acesso em: 08 abr. 2021.

SILVA, Antonio Duarte. O Constitucionalismo da Guiné-Bissau. In: **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, 2008.

SILVA, Cristina Nogueira da. **Constitucionalismo e Império a Cidadania no Ultramar Português**. Almedina. Lisboa. 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 93, p. 71-78, nov. 2008. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/13478/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 out. 2014.

TATE, C. Neal. **Judicial review**. Encyclopedia Britannica, Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/judicial-review>. Acesso em: 17 jul. 2023.

TEIXEIRA, José Paquete D'Alva. Comentário à Constituição Política Santomense. **In: As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, 2008.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Textos selecionados**. São Paulo, 1997.

THE CONSTITUTION of the Republic of South Africa, 1996, was approved by the Constitutional Court (CC) on 4 December 1996 and took effect on 4 February 1997<sup>1</sup> -28  
TUTU, Desmond. **No future without forgiveness**. New York: First Image Books Edition, 2000.

VANDERLINDEN, J. Le pluralism juridique: essai de synthèse. Ed. de l'Université Libre de Bruxelles. **Publication Publiée**, Bruxelles, 1972.

VARELA, Odair Bartolomeu. A Extinção dos Tribunais Populares em Cabo-Verde Perante o Processo de Globalização. **III Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências sociais de Coimbra de 17 a 18 de setembro de 2004**. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel52/OdairVarela.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

VOA PORTUGAL. **Moçambique: Expulsão de juízes por corrupção preocupa a sociedade**. 2023. Disponível em: <https://www.voaportugues.com/a/mo%C3%A7ambique-expuls%C3%A3o-de-ju%C3%ADzes-por-corrup%C3%A7%C3%A3o-preocupa-a-sociedade/7085107.html>. Acesso em: 27 ago. 2023.

WALIGGO, John Mary. **Law and public morality in africa: legal, philosophical and cultural issues**. A paper discussed at the Alraesa Annual Conference, Imperial Resort Beachhotel, Entebbe, 4th – 8th september, 2005.

WEBER, Max. **The theory of social and economic organization**. New York: The Free Press. 157-190, 1964.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 6, p. 52–69, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>. Acesso em: 27 ago. 2023.  
ZIMBABWE's Constitution of 2013. Disponível: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/zim127325.pdf> [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigosleitura&artigo\\_id=3172](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigosleitura&artigo_id=3172) acesso em 10/09/2013