

Entre o sistema de justiça tradicional em África, direitos humanos, controle de constitucionalidade e convencionalidade

Between the traditional justice system in Africa, human rights, constitutionality control and conventionality

  Arménio Alberto Rodrigues da Roda¹

Resumo: Este artigo 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, confiável e que não requer custos econômicos exorbitantes para a população rural, 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 às questões concernente ao devido processo legal. Nesta senda, o artigo 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.

Palavras chaves: Justiça tradicional; tribunais comunitários; direitos humanos e fundamentais; controle de constitucionalidade e convencionalidade.

¹ Professor de Direito na Universidade Aberta (UNISCED). Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. cursou disciplinas de Direito Público e Privado na Universidade de Coimbra, nas disciplinas de Direito da Segurança Social e Direito de Propriedade Intelectual. Investigador em Direito na Universidade de Salamanca. Concluiu com distinção a disciplina de Metodologia de Pesquisa Jurídica, na Universidade Nova de Lisboa. terminou com sucesso o curso de Governança Global, no programa EU-South American School- FGV Jean Monnet Centre of Excellence. E-mail: armenioroda@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5095-6567>. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/928995787617313>.

Abstract: This article has as its central objective to understand the functioning of the informal justice system carried out by the community courts, which on the one hand, offers a swift, accessible, less bureaucratic, reliable justice that does not require exorbitant economic costs for the rural population, especially in countries such as Angola, Cape Verde, Guinea-Bissau and Mozambique. However, the procedural and material limits of some decisions are questioned, which go beyond the content of fundamental norms or human rights and which, on the other hand, violate issues concerning due process of law. In this vein, the article seeks to intersperse and suggest a reasonable application of the principle of the double degree of jurisdiction and the minimum legality control mechanism, and constitutionality control, through an institutional dialogue. This at the domestic level, and the second moment, propose conventionality control in case of omission of the States.

Keywords: traditional justice; community courts; human and fundamental rights; constitutionality and conventionality control

Data de submissão do artigo: novembro de 2020.

Data de aceite do artigo: novembro de 2021.

1. Introdução

Em primeiro lugar 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.

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 primeiro lugar, cabe frisar que sistemas de justiça tradicional têm sido uns dos mais acessados pela população rural aos invéses da justiça formal, que demanda altos custos econômicos e financeiros, por outro ângulo, acompanhado por procedimentos rigorosos, e morosos. Nestas circunstâncias, a justiça tradicional acaba sendo um meio alternativo para a efetivação da justiça um tempo razoável. As populações rurais são normalmente regidas pelo direito costumeiro, viabilizada pela jurisdição comunitária, que por seu turno, integra os chefes locais ou autoridades tradicionais.

Portanto, 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 uns indivíduos dotados de conhecimentos ancestrais, para ocupar a posição de juiz comunitário. Neste âmbito, a escolha do comitê dos líderes comunitários impõe que a pessoa seja um indivíduo de caráter público ilibado, cuja a sua idoneidade deva 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. E noutros sistemas

indica-se parente do segundo grau e alguns casos o primo mais velho, como forma de garantir a imparcialidade (Elenga, 2022). 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 carácter 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. Neste raciocínio frisa-se ainda que a justiça retributiva, acompanhadas de jaulas prisionais foram importadas da Europa para África, sendo o modelo que nunca tenha logrados efeitos positivos (Rodrigues, 2020).

Em Moçambique os tribunais comunitários também gozam prerrogativas de aplicar penas relativas à prestação de serviços à comunidade (Moçambique, 1992). 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 1 dólar ao dia e que não teriam condições pagar as taxas judiciais (Observador, 2023). Frise-se também 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 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 adstrita à indivíduos com um grau médio de alfabetização e a população residente nas grandes cidades (Patel, 2022). E isto tem condicionado para que grande parte da população rural prefiram os sistemas de justiça tradicional, cujo o acesso tem sido fácil, célere e menos dispendioso economicamente (Quade, 2021).

Os tribunais formais do Estado desencadeiam todos atos processuais em língua portuguesa e de certa forma, isto 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 maior parte da população local a compreensão deste direito (Nações Unidas, 2020). E esta situação faz com que grande parte adiram a justiça tradicional ou comunitária para resolução dos conflitos (Gebeye, 2021). Até então vislumbra-se que não existem esforço de traduzir-se as leis e códigos para línguas locais.

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

A justiça o tradicional foi relevante para resolução de conflitos de diversa natureza, em vários locais do continente africano. Ben Luther, cita alguns casos importantes que foram solucionados pela justiça tradicional, tais como: genocídio de 1994 a 1993 em Ruanda, foi dirimido pelo sistema tradicional Gacaca. A guerra de 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 é uma alternativa de justiça que atende os parâmetros das leis costumeiras. No entanto, esses tribunais funcionam uma jurisdição limitada ligada às matérias civis de pequeno vulto (Elenga, 2021). Outro exemplo sonante 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, Comitês de tabanca ou Chefes de tabanca, os imames e chefes de Morança são espécies da guardiões de justiça tradicional, tem contributo participativamente no acesso à justiça à população situada no interior ou vilarejos (Guerreiro, 2018).

Normalmente, as Constituições desses Estados restringem à justiça tradicional às questões de direito de família, herança, leis de terras e 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. Isto 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 a mesma se sinta injustiçada ou se julgar que procedimentos não foram devidamente observados, aí 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 via de regra, esses tribunais gozam de jurisdição voluntária, tomam decisões não vinculativas (Moçambique, 1992).

2. Pluralidade de litigio além do racional

A justiça formal do Estado não só 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, Moçambique e Guiné Bissau (Araújo, 2011; Varela, 2004) os tribunais comunitários, (sobas²) 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 (Kapoco, 2019).

Nesta ordem de ideias, o processo judicial dessa natureza é julgado pelos curandeiros que fazem parte da AMETRAMO³, que são na verdade, os 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 descobrir

² "Sobas" são líderes locais reconhecido pelo governo central e que tem domínio de conhecimento ancestrais e que exercem papéis de oráculos, e gozam de prerrogativas de resolver disputas que envolva questões de Feitiçaria.

³ "AMETRAMO" significa A Associação de Médicos Tradicionais de Moçambique. Associação se constitui em 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 a AMETRAMO.

ta 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 (Kapoco, 2019). E nesta 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 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.

3. Conflitos entre a justiça tradicional e 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 sustentáculo do conceito atual de justiça, que busca resguardar o princípio funda-

mentais em relação à humanidade do homem, como a dignidade humana, à vida, integridade física, e moral (Sarmiento, 2016). 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 sujeitas à corrupção, podendo comprometer um julgamento justo em virtude de pressão social e econômica, que pudesse trazer os benefícios materiais aos juízes, violando desta maneira a garantia de um julgamento justo prevista no art. 07 da Carta Africana dos direitos humanos e dos povos (Elenga, 2022).

Outrossim, os justiça tradicional, embora reconhecida no âmbito da Comissão Africana e as Constituições internas. Todavia, a sua operacionalidade em alguns momentos contrasta com 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. 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 espirito irá protegê-la em razão da inocên-

cia 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 (Carta de BANJUL, 1981).

4. Controle 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, muitas das vezes o sistema de Estado permanece neutro a essas atrocidades (ACHPR, 2003). E 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 (Chesworth, 2011). e outros diversos países, magrebino, em que os Tribunais Cadí 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. E essa explicação ficará clara no capítulo posterior quando introduzirmos a ideia do pluralismo de procedimento e processual.

E um dos casos notórios, julgado na África do Sul diz respeito aos direitos da mulher, no qual foi interposto um recurso ao Tribunal Constitucional, no processo de 2008 Shilubana e Outros 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 partes de alguns membros. E essa situação, resultou na insatisfação de um dos parentes próximos do sexo masculino, que intentou uma ação junto ao Supremo Tribunal de Pretória, alegando que esta 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 que os costume também permitissem que as mulheres desempenhem um papel de chefia, mas para aquele caso, o parente próximo do sexo masculino, teria legitimidade e direito a suceder ao cargo de chefia da comunidade, de acordo com o direito costumeiro. E posteriormente o caso passou para 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 (Elenga, 2022).

A Constituição Sul Africana proíbi 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 art. 18 e protocolo também proibir todas formas de discriminação baseada no gênero (Carta de BANJUL, 1981). 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 às

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.

E 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 heterárquico, 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 à vida, dignidade humana e tratamento igual entre as pessoa, que não pode ser substituída por qualquer outro argumento de valor cultural, quando avaliado ou ponderado com o atributo da dignidade humana do sujeitos em virtude de outros de violação de valores abaixo do direito à vida (Soares, 2008). Na linguagem pós-moderna, sobre humanidade, há um consenso mínimo sobre o valor da vida, que impede a sua irreduzibilidade da mesma, em relação a quaisquer argumentos de ordem cultural, normativo quando se atenta a vida humana.

5. A fragilidade do controle de convencionalidade da Corte Africana de direitos humanos

E 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 África, será necessário tratar do conceito mínimo deste 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 Ramírez, no âmbito da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do caso *Barrios Altos v. Peru*, de 2001 (Ramos, 2009), na qual julgava-se a compatibilidade da lei de anistia aos crimes cometidos durante a ditadura, na qual a corte julgou a lei incompatível com a Convenção Americana de direitos humanos, conseqüentemente declarando a lei como inconstitucional, remetendo a questão ao Estado (Corte Interamericana De Direitos Humanos, 2003).

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 e Dirley da Cunha, utiliza expressão inconstitucionalidade internacional, quando uma norma desrespeita 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 da exclusivo do Estado, passando a merecer um controle de dos órgãos de diferentes camadas, regionais, supranacionais em virtude da fragilidade dos sistemas internos (Roda, 2020).

E 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 em África, tal como a Carta de Maputo, que entrou em

vigor em novembro de 2005, que garante igualdade perante a lei a não discriminação.

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 liberdade plena. Com isso, é possível afirmar que as normas de direitos humanos se encontram em uma reconstrução, devidos as variadas formas de violências que foram sedimentadas pelo colonialismo, guerras civis, que impulsionou uma pedagogia de violência, fazendo que África registre atualmente um abismo entre as pretensões normativas sobre direitos humanos e a realidade levado pelo poder político governamental em esferas nacional e regional, que acabam contradizendo às regras internacionais. Nesses sentidos, há meramente um valor simbólico concernente as normas de direitos humanos, cuja a sua eficácia pouco importa para esses governos (Roda, 2021).

É comum 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 contralegem (Canotilho, 2003). Que podem ainda pode vir a contrastar com a ideia do pluralismo jurídico. Pois, a pluralidade não significa necessariamente uma inclusão de valores algozes, contrários a natureza da vida (Santos, 1997). 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 feminino, 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 (Davi, 2018).

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. Este 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 (Roda, 2021).

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. Neste sentido, o código previa ser facultativa a 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. Este código contava com o apoio majoritário da população local adepta das doutrinas islâmicas, que constituem maioria esmagadora da população do país. Portanto, como resposta, 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, este Código é totalmente contrário aos postulados normativos previstos pelo Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; a Carta Africana dos Direitos e Bem estar da Criança, e a Convenção sobre eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, que são principais instrumentos de Direitos Humanos ratificado pelo Mali, que se comprometeu previamente a fazer valer esses diplomas regionais (Roda, 2021). Dessa maneira, o Tribunal chegou à conclusão de que o Estado do Mali violou os instrumentos internacionais sobre direitos humanos previamente adotados. O argumento do paroquialismo local das leis de acordo com as tradições não procedeu, nestes termos, o Tribunal decidiu que Mali deveria alterar o Código de Família e alinhá-los com os padrões internacionais. Desta decisão, estabeleceu-se um precedente ao uniformizar os aspetos sobre direitos das mulheres no Continente, que ao nosso visto, goza de vinculação direta aos 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 em África. E é de extrema importância frisar houve aqui, 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 em África, prende-se com o conceito de uma soberania absoluta (Dunning, 1896); 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 pelo Estados. A pressão política e jurisdicio-

nal 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 pela fraca estrutura econômica dessas instituições, cujo o 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. Haveria possibilidade reinterpretar a cultura em benéficos 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 capaz de garantir ao Homem um desenvolvimento em todas dimensões da vida, que tem em vista sustentar uma interação pacífica e estável entre as pessoas. E este 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.

E 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, integridade física e moral são atributos intrínseco inalienáveis ao homem (Sarlet, 2001).

O pluralismo jurídico e sociológico, é passível de processo argumentativo que possam legitimar práticas que vão além das

subjetividades comunitárias ou paroquiais (Guedes, 2004)⁴. Neste contexto, a pluralidade não deve manter-se cega ou omissa, enquanto vidas humanas atravessa riscos derivados de pretexto argumentativos calamitosos, advogados em favor da suposta cultura opressora e desumana, cuja o seu fundamento ou racionalidade não são imunes às críticas, porque em algumas ocasiões os pretextos culturais demonstra-se imparciais, que não atende à universalidade inerente aos membros da mesma comunidade, culminando com o 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 do lixo produzidos internamente, dito de outro modo, a possibilidade controle de regras que atentam contra a vida. Viabilizando um espaço de diálogo transversais e diatópico (Canotilho, 2003; Santos, 1997).

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 (BBC News, 2023).

7. Considerações

Embora à 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

⁴ O Autor acima citado, aglutina o pluralismo jurídico e sociológico, porque ambos são interdependentes e funcionam de maneira combinada.

poder formal do Estado, com intuito de viabilizar um controle externos da justiça consuetudinária. Posto isto, 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. A 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 sistemas, que se complementam em questões não pacificadas.

8. Referência

ARAÚJO, Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro. Jorge Dimitrov. Disponível em: <https://acesse.dev/YwEV1>. Acesso em: 22 de nov de 2017.

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

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. ed. 6, Coimbra, p. 861. Almedina, 2003.

CANOTILHO, Jose Joaquim. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. ed. 6. Coimbra: Almedina, 2003.

CHESWORTH, John. **Kadhi's Courts in Kenya: Reactions and Responses** in TAYOB, Abdulkader and J. Wandera. Constitutional

Review in Kenya and Kadhis Courts, Cape Town: Centre for Contemporary Islam, p. 3-17, p. 5, 2011.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Diretrizes e Princípios sobre o Direito a um julgamento justo e assistência jurídica em África. 2003, p. 2, ponto A, §2 f. A justiça tradicional e o sistema africano de direitos humanos. **The Human Rights Review**. p. 2, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Changv.** Guatemala, Voto em separado do Juiz Sergio García Ramírez, 25 de nov de 2003.

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://shre.ink/nPpH>. Acesso em: 11 de nov de 2020.

DUNNING, W. **Jean Bodin on Sovereignty.** Political Science Quarterly, p. 82-104, 1896.

ELENGA, Ben Luther Touere. Justice traditionnelle et système africain de protection des droits de l'homme. **La Revue des droits de l'homme.** 2022. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revdh/15518>. Acceso el: 07 de jul de 2023.

GEBEYE, Berihun. **A Theory of African Constitutionalism.** Oxford University Press. p.19, New York, 2021.

GUEDES, Armando Marques. **O estudo dos sistemas jurídicos africanos:** estado, sociedade, direito e poder. Coimbra, p. 216. Almedina, 2004.

GUERREIRO, Sara. Justiça estatal e justiça tradicional na Guiné-Bissau. **Revista Sintidus.** n. 1, p. 79-106, 2018.

KAPOCO, Fernando; NOJIRI, Sergio. Pluralismo Jurídico: O Estado e as Autoridades Tradicionais de Angola. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 1889-1931, jul, 2019.

MOÇAMBIQUE, **Lei 04/92 de 06 de maio de 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 de jul 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Com mais de 20 idiomas, Moçambique tenta quebrar barreiras linguísticas. **ONU News**. 18 de mai de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/05/1713762>. Acesso em: 07 de jul de 2023.

OBSERVADOR. **Secretária-executiva adjunta da Comissão Económica das Nações Unidas para África**, (UNECA). 2023 Disponível: <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 de 2023.

PATEL, Samima. **O lugar das línguas moçambicanas no panorama educacional de Moçambique: que perspectivas?** Cadernos de Linguagem e Sociedade. v. 23, n. 2, p. 144-160, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/les/article/view/43490>. Acesso em: 7 jul de 2023.

QUADE, Leonel Pereira João. **Acesso à justiça informale estatal na Guiné-Bissau: o papel do Ministério Público na assistência jurídica aos hipossuficientes e (in)conveniência da instituição da Defensoria Pública**. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. p. 260. Salvador, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos in AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. O STF e o Direito**

Internacional dos Direitos Humanos. ed. 1, p. 805-850. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RODA, Arménio Alberto Rodrigues 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. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4860>. Acesso em: 20 de jul de 2023.

RODA, Arménio Alberto Rodrigues da; CUNHA JÚNIOR, Dirley 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, fev 2020.

RODRIGUES, Roda Arménio Alberto. Crítica às Políticas carcerárias no Extermínio de Corpos Negros no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Jurídica Direito & Paz XIV**, ++n. 43, p. 189-206. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1343/545>. Acesso em: 25 de jul de 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** v. 48, p. 11-32. Jun, 1997.

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

SARMENTO, Daniel. **Princípio da dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema:** a dignidade da pessoa humana. Fórum Administrativo: Direito

Público. v. 8, n. 93, p. 71-78. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/13478/PDllexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 de out de 2014.

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: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel52/OdairVarela.pdf>. Acesso em: 07 de jul de 2023.