

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

ERCÍLIO NEVES BRANDÃO LANGA*

ARMÊNIO ALBERTO RODRIGUES DA RODA**

RESUMO

Este artigo tem como objetivo fulcral perceber o funcionamento do sistema de justiça tradicional 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-CHAVE: Justiça tradicional. Tribunais comunitários. Direitos humanos e fundamentais. Controle de constitucionalidade e convencionalidade.

ABSTRACT

This article has as its central objective to understand the functioning of the traditional 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.

* Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Professor Adjunto na Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB).
E-mail: ercilio.langa@unilab.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8537-0996>.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pesquisador de Direito Público na Universidade Federal da Bahia. E-mail: armenioroda@gmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5095-6567>.

1. INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar a pesquisa, compreenderá um debate sobre as vantagens da justiça tradicional ou consuetudinária, buscando descrever os *modus operandis* desse sistema, começando por analisar a sua estrutura orgânica e posteriormente perquirir por uma abordagem crítica, que demonstra o déficit funcional dessa 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 de certa maneira limita algumas garantias processuais dos cidadãos.

Portanto, cumpre ressaltar que a pesquisa será guiada por uma revisão bibliográfica, acompanhada por uma abordagem crítica, partindo de construção hipotético-dedutiva. Posto isso, serão apresentados os resultados que teóricos que visam aprimorar o sistema de da justiça consuetudinária em países como Angola, Cabo-verde, Guiné Bissau e Moçambique.

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 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 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.

O artigo encontra-se dividido em três partes fundamentais, a primeira dedicada às características do sistema tradicional de justiça, a sua organização, formas de indicação dos chefes ou juízes tradicionais e questões que tornam esse modelo de justiça benéfico. Em segundo momento, a pesquisa é voltada para o debate crítico sobre algumas violações de direitos humanos, que ocorrem no âmbito processual, por fim, apresenta-se propostas de melhorias no sistema de justiça tradicional, como a incorporação de controle de constitucionalidade, convencionalidade e o controle da legalidade.

2. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA JUSTIÇA TRADICIONAL DE BASE RESTAURATIVA

Primeiramente, cabe frisar que o sistema de justiça tradicional tem sido mais acessado 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.

E é importante referir que 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 imparcialidade¹. 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 logrados efeitos positivos².

Em Moçambique os tribunais comunitários também gozam prerrogativas de aplicar penas relativas à prestação de serviços à comunidade³. 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

1 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>.

2 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 XIV | n. 43 | p. 189 - 206 | 2º Semestre, 2020. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1343/545> . Acesso em: 25 jul. 2023.

3 MOÇAMBIQUE. Assembleia da República: Lei n.o 4/92: Cria os Tribunais Comunitários e define as suas competências.1992

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 dia⁴ e que não teriam condições pagar as taxas judiciais. 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 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 cidades⁵. 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 economicamente⁶.

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 direito⁷. Essa situação faz com que grande parte faça adesão da justiça tradicional ou comunitária para resolução dos conflitos⁸. Até então,

4 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.

5 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.

6 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.

7 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.

8 GEBEYE, Berihun Adugnabe. *A Theory of African Constitutionalism*. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.

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 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 vulto⁹. Outro exemplo relevante foi a contribuição efetuada por *Bashingantabe* 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 de guardiões de justiça tradicional, tendo contribuído de forma participativa no acesso à justiça à população situada no interior ou em vilarejos¹⁰.

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,

9 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>

10 GUERREIRO, Sara. *Justiça estatal e justiça tradicional na Guiné-Bissau*. *Revista Sintidus* · 2018 · número 1 · 79-106 | 79

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 geralmente esses ¹¹ tribunais gozam de jurisdição voluntária, tomam decisões não vinculativas.

3. PLURALIDADE DE LITÍGIO ALÉM DO RACIONAL (PLURALIDADE METAFÍSICA)

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-verde¹², Moçambique¹³ e Guiné Bissau, os tribunais comunitários (sobas¹⁴) 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

11 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.

12 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.

13 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.

14 “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.

profissional entre várias males sociais associados à prática da feitiçaria a espiritualidade¹⁵.

Nessa ordem de ideias, o processo judicial dessa natureza é julgado pelos *curandeiros* que fazem parte da AMETRAMO¹⁶, 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 positivo¹⁷. 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 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.

4. 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

15 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.

16 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.

17 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.

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,¹⁸ 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 juízes¹⁹, 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 internas²⁰. 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 culpa²¹. 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-

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

19 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>.

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

21 Ibidem.

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 inocência²².

5. 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 injustos²³, 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 Quênia²⁴. 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. Essa explicação ficará clara no capítulo posterior quando introduzirmos a ideia do pluralismo de procedimento e processual.

22 Ibidem.

23 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.

24 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.

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”²⁵.

A Constituição sul africana proíbe toda forma de discriminação e afirma que todos são iguais perante a lei na seção, 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 gênero²⁶. 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.

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.

25 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>.

26 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.

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 vida²⁷. 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. 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 2001²⁸, 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, consequentemente declarando a lei como invalidez, remetendo a questão ao Estado.²⁹

27 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.

28 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.

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Voto em separado do Juiz Sergio García Ramírez, 25 de novembro de 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 (2020) e Dirley da Cunha (2015) utilizam a 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 internos³⁰.

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 governos³¹³².

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

30 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.

31 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.

32 Ibidem.

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*³³. 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 vida³⁴. 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 África³⁵.

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 pais³⁶.

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

33 CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

35 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.

36 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.

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. 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,³⁷ 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 absoluta³⁸; 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

37 Ibidem.

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

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 seu funcionamento torna-se débil no sentido de materializar diversas questões de justiça que envolve o sistema de justiça Estadual, justiça tradicional e religiosa.

7. 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 humana³⁹, integridade física e moral são atributos intrínseco inalienáveis ao homem.

O pluralismo jurídico e sociológico⁴⁰ é passível de processo argumentativo que possa legitimar práticas que vão além das subjetividades comunitárias ou paroquiais⁴¹. 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”

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

40 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.

41 O autor acima citado aglutina o pluralismo jurídico e sociológico porque ambos são interdependentes e funcionam de maneira combinada.

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 controle de regras que atentam contra a vida, viabilizando um espaço de diálogo transversal e diatópico.⁴²

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 constitucionalista⁴³.

8. 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

42 CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.861. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 48, Junho de 1997: 11-32.

43 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.

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 considerado como conteúdo universal. E essa concepção liberal hegemônica são postas como parâmetros de validação de outras lógicas culatrais de direitos não ocidentais.⁴⁴

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, poder-se-ia 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.⁴⁵

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.

44 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

45 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.

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 pertencças 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 complexidade cultural não se teria uma 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.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existem dúvidas que a jurisdição tradicional possibilita uma justiça célere, acessível, sem burocracias rígidas e menos dispendiosa para população local e, que também funciona com uma linguagem simples, compreendida pelos povos nativos. No entanto, também deve-se admitir que esse sistema deve estar aberto ao aperfeiçoamento substantivo e processual, por meio de uma comunicação ou cooperação entre a jurisdição formal do Estado e o sistema consuetudinário, com intuito de viabilizar um controle externos e internos das decisões tomadas por esses órgãos consuetudinários, de forma a garantir minimante uma harmonia com conteúdo básico dos direitos humanos, mediante uma fiscalização contra arbítrio e abusos procedimentais. Nesse contexto, haverá possibilidades de se respeitar as normas fundamentais, sem abandonar ou fragilizar a ideia do pluralismo jurídico, mantendo a autonomia desses órgãos.

E com o controle aqui proposto, ter-se-ia mecanismos de crivo endógeno, capaz de selecionar resíduos decisórios violentos e injustos, que colocam em risco à integridade física e moral dos participantes desse modelo de justiça. Sendo assim, incrementar-se-ia um controle preventivo de constitucionalidade e se possível de convencionalidade, em caso de omissão do aparato judicial do Estado, com objetivo de amenizar a utilização métodos processuais injustos e desumanos.

Com o mecanismo de cooperação entres os ambos sistemas, também haverá possibilidades de criar-se uma coerência das decisões e uma jurisprudência organizada para casos futuros e análogos, porém sem ultrapassar o limite do pluralismo jurídico existente.

Por outro lado, os tribunais formais e as cortes regionais devem assumir uma postura fiscalizadora, que coopere para o amadurecimento da justiça tradicional, todavia sem se imiscuir na autonomia funcional dos poderes tradicionais. Pois, trata-se de diálogos transversais que cria um ambiente de autoaprendizado para ambos os sistemas, que se complementam em questões não pacificadas, que em suas sessões ou audiência em julgamento, poderão contar majoritariamente com os juízes tradicionais e pelo menos um assistente profissional de direito, afim de garantir uma complementaridade harmônica.

REFERÊNCIAS

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: 22/11/2017.

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

Ben Luther Touere Elenga, **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>

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

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, em 27 de julho de 198. Um instrumento normativo importantíssimo para a compressão dos direitos humanos na África.

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.

Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, *Directrizes e Princípios sobre o Direito a um Julgamento Justo e Assistência Jurídica em África*, 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://www.ejltalk.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 acordo com Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, (Unesco) 2020, apenas 17% da população falam língua portuguesa em Moçambique. E o restante da população falam as línguas locais, a depende da região que localizam. Informações disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/05/1713762> acesso em 07 de jul de 2023.

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

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: 34IIPAD

Hegemónica do Direito: A Reinvenção Contra –Hegemónica é Mito ou Realidade. P.15

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.

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

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 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 2023.

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

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.

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, 2021 Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, p.260

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 jul2023.

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

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

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.

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 2023.

Recebido em: 24/08/2023

Aprovado em: 08/03/2024

