

A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA PORTUGUESA: O PLURALISMO JURÍDICO E HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA COMO MECANISMO DE INCLUSÃO DO DIREITO CONSUETUDOINÁRIO

Alberto Rodrigues
Roda

Universidade Federal
da Bahia <https://orcid.org/0000-0002-5095-6567>

The crisis of legal positivism
in Portuguese-speaking African
countries: legal pluralism and
post-positivist hermeneutics as a
mechanism for the inclusion
of customary law

RESUMO

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



para emancipar diferentes ordens normativas consuetudinárias existentes em África, sobretudo nos países de expressão portuguesa, objeto desta análise.

Palavras-chave: positivismo jurídico; crise normativa; pós-positivismo; sistemas jurídicos africanos; pluralismo jurídico.

Abstract

This article discusses the way in which legal positivism was imported and implemented in Portuguese-speaking countries, and that it has given rise to a normative crisis between the formal law of the State and African rights, thus generating a conflict of effectiveness between the two orders. Furthermore, this article proposes a post-positivist argument, capable of validating the necessary relationship between positivism and moral present in African legal systems. Finally, substantive and procedural legal pluralism is invoked as a mean to emancipate different customary normative orders existing in Africa, especially in Portuguese-speaking countries, which are the subject of this analysis.

Keywords: : legal positivism; normative crises; post-positivism; African legal systems; legal pluralism.

INTRODUÇÃO

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

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

E, no atual cenário constitucional, várias questões anteriormente mencionadas fazem implodir os sistemas jurídicos africanos, que se veem encurralados por uma razão eurocêntrica e estatocêntrica, fundada no positivismo jurídico puro, do século XIX.

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

E este imbróglio entre lei positiva e as ordens normativas sociais, consuetudinárias, continua conflituoso no âmbito da eficácia social em primeiro plano e eficácia jurídica em segundo momento. E a operacionalidade do direito positivo no continente africano encontra embaraços de aplicabilidade de certos valores em algumas comunidades, face as outras manifestações normativas de natureza moral e social, com grande ênfase para países de expressão portuguesa, como Angola, Cabo-verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe, em que o processo do domínio colonial foi direto e intenso, ao ponto de implementar-se medidas capazes de excluir as culturas presentes no continente africano, através da política impositiva civilizatória e de assimilação, que visava erradicar com o costume, a cultura, a moral e questões ético-filosóficas daqueles países. E nestes países, o modelo de sobreposição normativa de valor cultural ainda não foi superado¹.

E, no atual cenário constitucional, várias questões anteriormente mencionadas fazem implodir os sistemas jurídicos africanos, que se veem encurralados por uma razão eurocêntrica e estatocêntrica, fundada no positivismo jurídico puro, do século XIX. E essa herança colonial do formalismo jurídico metodológico, continua reverberando nestes países, que possuem uma característica idiossincrásica diversa dos padrões ocidentais.

Posto isto, cabe sublinhar que o presente artigo tem como objetivo apresentar uma proposta baseada no pluralismo jurídico dialógico, entre o direito formal e outros direitos africanos, coadunando com as argumentações pós-positivistas, capazes de apresentar a superação do positivismo jurídico puro, que não consegue dar conta às

¹ Carta Orgânica do Império Colonial Português (1933), Decreto-Lei n.º 23228, de 15 de novembro de 1933. Acesso em: [http://www.legislacao.org/diario-primeira-serie/1933-11-15/0/seguinte.Estatuto dos Indígenas Portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique. Decreto-Lei n.º 43893, Quarta-feira 6 de setembro de 1961, 207/61 SÉRIE I \(pp. 1101-1103\). Acesso em: <http://www.legislacao.org/primeira-serie/decreto-lei-n-o-43893-direitoportuguesa-portugueses-populacoes-4171>.](http://www.legislacao.org/diario-primeira-serie/1933-11-15/0/seguinte.Estatuto%20dos%20Indigenas%20Portugueses%20das%20Provincias%20da%20Guine%20e%20Angola%20e%20Moçambique.%20Decreto-Lei%20n.º%2043893,%20Quarta-feira%206%20de%20setembro%20de%201961,%20207/61%20SÉRIE%20I%20(pp.%201101-1103).)

questões truculentas que caracterizam o sistema jurídico africano. Neste prisma, enfatizar-se-ia à ideia da relação mínima entre o direito e a moral.

E, para alcance do objetivo proposto, a pesquisa será conduzida por método assente na revisão bibliográfica e por uma abordagem empírica dedutiva da realidade dos países africanos de expressão portuguesa.

QUESTÕES PRELIMINARES

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

E no período pré-colonial, as questões normativas revelavam-se com maior nitidez no campo prático, e, neste contexto, as regras de regulação social eram extraídas dos costumes, que também se transmitiam de geração em geração, por via da oralidade e por outras representações rupestres, e, com o decorrer da colonização, esta corrente foi introduzida nos países africanos, controlados pelo governo português, que propugnava uma uniformização e a sistematização do direito escrito².

E neste cerne torna-se pertinente trazer à baila a discussão inerente a separação do direito e moral, que remonta de longa data e que constitui linha divisória entre ambos seguimentos jurídico-filosófico, que possuem dimensões argumentação distintas.

Para positivistas, o direito não goza de nenhuma relação funcional com a moral, sendo que o objeto do estudo do direito é a norma jurídica, situada no campo do dever ser, que prescreve a conduta humana e que opera sistematicamente desvinculado de qualquer elemento extraído no campo da moral³. Enquanto para os pós-positivistas, o direito admite uma relação intrínseca com a moral, tornando possível a correção do direito em certas circunstâncias. Ademais, o direito, por sua vez, goza de relação com os outros sistemas sociais, tais como a sociologia, filosofia, a ética, entre outros⁴. E este paradigma fica nítido pelas ideias introduzidas pelo neocons-

² DA SILVA, 2015, p. 187-205.

³ ALEXY, 2002, p. 86-87.

⁴ KELSEN, 2011.

titucionalismo, que admite um direito constitucional aberto aos valores e princípios éticos de justiça. E na doutrina brasileira, este posicionamento tem como principal defensor o Ministro do Supremo Tribunal, Luís Roberto Barroso⁵.

A principal distinção clássica e quase obsoleta entre o direito e moral residia no fato de o direito consubstanciar uma ciência prescritiva, nas qual suas normas são munidas de sanções jurídicas e acompanhadas do poder coercitivo do Estado, enquanto que as normas morais eram e são caracterizadas como normas sociais despidas de força coercitiva e sem sanções imperativas⁶.

No entanto, este debate, merecerá um tratamento contemporâneo, através de confrontação paradigmática pós-positivista e sistêmica, que observa as complexidades da sociedade moderna, composta por alta fragmentação axiomática, que corrompe o funcionamento do binarismo jurídico de fechado, e que, por sua vez, permite que o direito busque conexões com outros sistemas sociais, emprestando códigos sociais de outras razões epistemológicas, reduzindo o seu caráter metódico positivista e formalista, suscitando novos paradigmas hermenêuticos alinhados com os princípios neosistêmicos oferecidos pela filosofia constitucional pós-positivistas⁷. Ademais, associa-se a essa discussão, a questão da hermenêutica diatópica, pluralista e decolonial, o que torna o direito um campo aberto para diferentes razões interpretativas, admitindo a afastamento do direito estatal formal em certas situações atípicas⁸.

INDISTINÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NO CONTINENTE AFRICANO

A dicotomia entre direito e a moral no âmbito africano não se apresentava cristalina e tão pouco interessava a aplicação das normas costumeiras lá existente, cuja a sua eficácia decorreria pura e simplesmente da sua aceitação social. E em um panorama esvaziado de

⁵ BARROSO, 2005, p. 1–42.

⁶ HART, 2001.

⁷ LUHMANN.

⁸ A ideia hermenêutica da diatópica, é conferida ao autor e professor Boa Ventura de Sousa Santos. Compreende como uma proposta teórica de construção da cultura do outro a partir da leitura a partir do outro. Trata-se de colocar universos diferentes saberes, modos de estar, modos de sentir.

E é razoável deduzir a existência de duas matrizes normativas em África, uma conhecida como *law in book*, isto é, direito estático no papel e, por vezes, sem eficácia prática, e a outra tida como *law in dynamic life*, sendo que a última, reflete as normas de cariz social e que regulam certas situações em diferentes comunidades com maior grau de eficácia.

uma institucionalização formal. E falar da separação entre o direito e a moral seria algo totalmente defasado de lógica funcional daquela sociedade e das suas instituições, organizada por uma codificação oral. Nesta vertente, é razoável afirmar a ausência de uma distinção clara entre o direito e a moral, sobretudo numa visão histórica dos direitos africanos, ou seja, jurídico, esteve sempre incorporado no sistema moral⁹.

E retornando para a perspectiva contemporânea, em que as normas costumeiras convivem paralelamente com o direito estatal, é razoável conjecturar que o positivismo ocupa uma posição primacial no funcionamento formal das instituições africanas na atualidade e, por outro lado, o direito consuetudinário tem o seu espaço de eficácia nas questões que dizem respeito a determinados grupos étnicos. E é razoável deduzir a existência de duas matrizes normativas em África, uma conhecida como *law in book*, isto é, direito estático no papel e, por vezes, sem eficácia prática, e a outra tida como *law in dynamic life*, sendo que a última, reflete as normas de cariz social e que regulam certas situações em diferentes comunidades com maior grau de eficácia.

E neste cerne, vislumbra-se que a imperatividade da norma jurídica depende do elemento externo da sua aceitação social como frisado acima¹⁰ e não exclusivamente de um comando específico emanado de soberano como afirmava John Austin¹¹. E esta lógica do sistema africano não é possível ser compreendida do âmbito das teorias positivista dos modelos eurocêntricos.

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

E segunda questão que supostamente seria levantada tem a ver com o critério de aferição de validade e legitimidade dessas normas.

⁹ WALIGGO, 2005.

¹⁰ AMORIM, 2001.

¹¹ BOBBIO, 1995.

Na primeira questão a resposta em relação à eficácia estaria dependente do consenso político e social em relação a tal norma, que nos conduziria para o grau respeitabilidade prática em relação à mesma, combinando aqui os argumentos defendidos por Habermas sobre na teoria discursiva do direito, na qual desenvolver-se-ia posteriormente¹². E no tocante à resposta para a segunda questão, estaria refém da organização do sistema político social que estabelece critérios próprios e endógenos para definir a conceituar e determinar a lógica da legitimidade, que, a princípio, dependeria da aprovação objetivamente consensual dos membros daquela sociedade que praticam a tal norma. A compressão nítida desse argumento será discutida com mais propriedade na próxima secção.

Em tese, fica difícil separar o trigo do joio no sistema legal africano. Dito doutro modo, não fica clara a diferença do conteúdo pertencente a moral e conteúdo porque ambos se confundem como sistema único.

ENTRE A VALIDADE E A LEGITIMIDADE: A MORALIDADE PÚBLICA COMO PARÂMETRO NORMATIVO

Quando se aborda sobre o conceito da validade jurídica relembra-se a princípio para proposta kelseniana, do qual a validade de uma norma reside no fato da mesma respeitar os ditames da norma fundamental, ou seja, a compatibilidade do conteúdo da norma inferior com a norma fundamental, neste caso a norma hierarquicamente superior. E a posição positivista não esgota no modelo da pirâmide kelseniana. Por sua vez, a validade de uma norma é justificada pelo formalismo pelo qual é produzida. E, neste contexto, a legitimidade fica à mercê dos órgãos responsáveis por representar o povo, neste caso o Parlamento¹³.

Não obstante, é essa fórmula conceitual e procedimental de se conceber esses dois elementos que se circunscreve a um ideário da teoria jurídica ocidental. O mesmo não se demonstra suficiente para compreender a heterogeneidade de sistemas normativos, sendo assim, este parâmetro universalizado pela teoria de direito teria apenas condições para determinar a validade e a legitimidade nos modelos normativos assente no positivismo das sociedades homogêneas.

¹² ibidem

¹³ KELSEN, 2011.

E um ambiente complexo e plural, constituído de ordens normativas híbridas, como é caso dos países africanos, sobretudo os de países de língua portuguesa, que têm uma estrutura normativa paralela do Estado, constituído de normas sociais e com valor normativo de natureza regulatória, neste contexto, o arcabouço da teoria da legitimidade com base na norma fundamental não se demonstraria satisfatória para atribuir a legitimidade a esses sistemas africanos, uma vez que inexistente uma norma fundamental positivada.

Para o modelo positivista baseado no racionalismo europeu, as normas que não respeitarem o critério de validade que tem quase uma estrutura universal, neste caso não pertenciam ao mundo do direito, dito de outro modo, em um ambiente das normas não positivadas ainda com uma função jurídica estabilizadora das relações sociais, este sistema normativo não pertenceria ao campo do direito, porque não respeita o critério de validade acima mencionado, ou seja a compatibilidade com a norma constitucional.

Em nossa tese, partilhamos o critérios de validade e legitimidade proposto a pela teoria de discursiva de Direito de Habermas¹⁴, que, por sua vez, tem supedâneo na teoria de linguagem de John Austin, na qual a linguagem exerce um papel performativo, ou por outra, os proferimentos linguísticos são atos por meios dos quais os falantes envolvidos num discurso chegam a um consenso com outros falantes¹⁵. Os atos ilocucionários performam ações dos indivíduos, permitindo uma integração social¹⁶.

Neste sentido, a validade e legitimidade de uma norma é formada através de um consenso político mediado por um diálogo entre os indivíduos, que, através de um processo comunicativo de linguagem, vão determinando os comandos imperativos de uma sociedade. E a formação normativa legítima e válida será aquela que obtiver um consenso não apenas pelo discurso, contudo pela sua prática social e moral compartilhada pelos indivíduos de uma comunidade¹⁷.

Para John Mary Waliggo, a validade dos sistemas jurídico tradicionais africanos depende da moralidade pública que influencia a

¹⁴ HABERMAS, 1997.

¹⁵ HABERMAS, 1997.

¹⁶ AUSTIN, 1990.

¹⁷ HABERMAS, 1989.

A moralidade pública torna-se um princípio que agrega tanto a legitimidade e a validade das normas existentes no âmbito do direito consuetudinário africano. E neste âmbito, a mesma não deixaria de possuir um caráter jurídico pelo fato de não atender aos critérios proposto pelo positivismo clássico.

origem de uma lei, neste sentido toda lei emana dos valores, costumes, crenças, culturas e uso de uma sociedade. E no contexto africano, a moralidade manifesta-se através do *bem comum* que a lei é formada por um processo social discursivo. Deste modo, os valores comunitários partilhados formam o ideário da moralidade pública aceite e, é através da mesma que as normas regulam as relações sociais naqueles espaços e encontram a sua legitimidade por meio do reconhecimento endógeno da própria sociedade¹⁸.

A moralidade pública torna-se um princípio que agrega tanto a legitimidade e a validade das normas existentes no âmbito do direito consuetudinário africano. E neste âmbito, a mesma não deixaria de possuir um caráter jurídico pelo fato de não atender aos critérios proposto pelo positivismo clássico.

No dizer de John Mary Waliggo, toda sociedade tem uma moralidade pública própria, das quais as normas jurídicas extraem a sua legitimidade e validade. E este argumento não se dissocia da ideia que, a ética e moral atuam como fatores determinante para positivação legítima de um ato normativo.

E um dos grandes problemas que manteve os direitos africanos ou sistemas jurídicos tradicionais fora da órbita do direito legítimo, foi o entendimento colonial supremacista que determinava que africano não possuía, um valor, crença ou um padrão moral-ético e filosófico, capaz de estabelecer regras racionais. E neste contexto, as razões africanas não passava de manifestações primitivas descabida de lógica racional. deste modo o reconhecimento do direito costumeiro foi relegado a uma situação de algo despido de qualquer valor normativo.

A JUSTIÇA COMO ELEMENTO DE VALIDADE DE UMA SOCIEDADE DE DIREITO

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

¹⁸ WALIGGO, 2005.

provocando série de ações que manifestassem violações de direitos fundamentais e humanos. Nesta situação, qual seria o critério para expurgar essa norma na ordem desses sistemas.

Em tese, os direitos africanos possuem sim, parâmetros endógenos de justiça, assente no humanismo, na dignidade homem, na solidariedade, respeito pelos terceiros etc. E estes parâmetros de humanismo recíproco, permitiria rejeitar as normas que ofende à dignidade dos sujeitos. E a dimensão principiológica do *ubuntu*, enquanto um parâmetro de justiça e respeito pelo Outro, é um dos exemplos que diz respeito à justiça.

E emprestando aqui os argumentos do Gustav Radbruch citado por Alexy, que aduz que uma norma injusta não é lei, ainda que seja reconhecida a sua validade, entretanto, a mesma carecerá da justificação moral de justiça. O autor traz esta fórmula como um elemento corretivo do positivismo jurídico, através de argumento de justiça moral. Esta fórmula de que as normas injustas não são parte do direito, pode ser útil para questões que dizem respeito os direitos africanos, em questões em que os direitos fundamentais são colocados em causa¹⁹

Retomando o debate no âmbito da esfera africana, pode se constatar que os pressupostos de justiça estão sedimentados no interior da mesma sociedade, que pode ser vislumbrado por meio de valores pregados no âmbito da cultura africana, que congrega em primeiro lugar, a promoção da vida e da dignidade do Outro. E vários ideários podem ser consubstanciados como elementos de justiça com força para garantir a validade do sistema. Desses elementos culturais de justiça, o professor, John Mary Waliggo, menciona por exemplo a utilização do conceito de *Kitewuluza*, que se traduz em capacitar e encorajar à vítima e o ofensor, para dizer tudo o que está em seus corações para os juízes sábios e um júri para que possam ouvir atentamente e fazer perguntas e no final conciliar ambas partes.

No direito africano as questões controvertidas entre vizinhos, homens e mulheres do clã e eram geralmente resolvidas por meio de mediação para garantir a plena reconciliação. A Justiça restaurativa é um dos valores civilizatórios das sociedades africanas. E estes argumentos permite vislumbrar que os direitos africanos não aquém

¹⁹ ALEXY, 2004.

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

dos valores morais de justiça. Destas premissas, observa-se que existem mecanismo processual para efetivação de um direito justo.

Waliggo considera que atualmente existem valores morais básicos que estão contidos em algumas legislações africanas, mas que maior parte nunca foram levados muito a sério pelo sistema jurídico moderno. Daí a necessidade de uma fusão séria dos sistemas jurídicos, optando o melhor em cada um e integrando-o em conjunto para formar um sistema legal.

Outro exemplo de parâmetro que pode ser citado é realçado pelo filósofo Magobe Ramose, o filósofo sul africano *Ubuntu*, como anteriormente citado, é um dos pilares que fundamenta a dimensão estrutural filosófica africana, do qual emana diversos princípios de justiça como , a promoção da vida humana, a hospitalidade o respeito pela dignidade do Outro, como elemento primordial para a coexistência da comunidade. Ademais o Ramose acresce o princípio distribuído extraído do *Ubuntu*, que enfatiza uma distribuição equitativa dos bens sociais da sociedade e materiais, em que a partilha é o princípio fundamental da sociedade. E princípio de partilha comunitário abarca à justiça distributiva em suas diversas dimensões²⁰.

O PÓS-POSITIVISMO COMO LINHA INTERMEDIÁRIA ENTRE O DIREITO POSITIVO ESTATAL E A MORAL CONSUETUDINÁRIA

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

O pós-positivismo, tem como os grandes percussores na contemporaneidade Robert Alexy²¹, Ronald Dworkin, que propõe uma conexão necessária entre o direito e moral, nesta perspectiva o direito sofre correções pela moral no sentido de encontrar o equilíbrio da

²⁰ RAMOSE, 2011, p. 6-23.

²¹ ALEXY, 2014. p. 90.

justiça²². Ademais, há por assim dizer uma exaltação argumentação face a uma norma positiva, abrindo possibilidades para a superação de uma norma posta em virtude de um princípio ou valor superior, de maneira a alcançar-se a justiça. Neste sentido, o direito mantém a sua autonomia funcional, entretanto em casos necessários o direito abre-se para um diálogo com a moral. E neste sentido, o direito mantém a sua estrutura autorreflexiva, como destaca o Niklas Luhman, na teoria sistêmica.

E resgatando os argumentos do pós-positivismo, diante da crise dicotômica vivenciada nos países africanos entre o sistema estatal, formal e o direito costumeiro, encontra-se espaço para aplicação de uma hermenêutica pós-positivista, com capacidade para mediar o conflito existente entre o direito formal e consuetudinário, sem que um dos sistemas se sobreponha ao outro.

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

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

DO CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA O CRITÉRIO DO AFASTAMENTO NECESSÁRIO DA NORMA POSITIVA OU CONSUETUDINÁRIA

O critério da ponderação ou do sopesamento de um princípio em relação ao outro, sucede em uma situação particular quando dos princípios colidem, e nesta senda um dos princípios ganha preponderância em relação ao outro, e em uma em uma situação de colisão de regras, uma das regras é declarada inválida em detrimento da outra. E aplicação deste raciocínio é acompanhado argumentação da qual

²²DWORKIN, 2010. p. 39-46

O atual sistema normativo positivista, vigente nos países africanos de língua portuguesa, marginaliza o direito costumeiro, à luz de uma lógica rígida pautada na lei escrita, que monopoliza, subalterniza e descarta a tentativa emancipatória do direito costumeiro impor a sua razão normativa no âmbito social em concreto.

pode emanar de um valor principiológico constitucional ou da moral substantiva. Portanto, essas diretrizes constituem fundamento da corrente pós-positivista.

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

Sendo, assim apelidaríamos este critério de critérios de *afastamento sistêmico*, pois, não se trata apenas de ponderar uma norma até ao certo limite, contudo a aplicação de um outro sistema normativo. Deste modo evitar-se-ia pujança hierárquica de sobreposição plena do direito formal juspositivista, diante do direito costumeiro, colocado numa posição subalterna.

O atual sistema normativo positivista, vigente nos países africanos de língua portuguesa, marginaliza o direito costumeiro, à luz de uma lógica rígida pautada na lei escrita, que monopoliza, subalterniza e descarta a tentativa emancipatória do direito costumeiro impor a sua razão normativa no âmbito social em concreto.

SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIZAÇÃO DE EXPETATIVAS

Um dos principais argumentos do positivismo jurídico reside na segurança jurídica dos sistemas normativos, o que estabiliza as expetativas dos seus destinatários, por meio de um modelo de normas postas ou escrita, à luz de uma vontade participativa mediada pela democracia.

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

Por lado, a codificação não escrita não se confundi com a inexistência das normas regulatórias, mesmo que sejam de natureza moral. Há sempre uma codificação implícita, entretanto, notória nas práticas reiteradas de uma sociedade. E essa praticidade vislumbradas nas ações dos indivíduos, garante sim as expectativas dos participantes, bem como a segurança jurídica dos mesmos, até um certo limite. Embora não de maneira plena ou cabal. Todavia, o positivismo munido de normas e codificações escritas também não garante a segurança jurídica e estabilização de expectativa jurídica na sua totalidade, uma vez que, existem conjuntos de casos supervenientes e difíceis, e que o direito posto não possui resposta prontas, e que ficam ao critério da discricionariedade jurídica ou de uma interpretação pós-positivista guiada na argumentação moral.

O controle social garantindo por um sistema normativo, não depende unicamente de um modelo escrito de normas, todavia depende do compromisso moral de se respeitar as normatividades basilares das suas instituições. E não se mostra razoável afirmar ou qualificar um sistema normativo sem normas escritas como não válido.

De maneira empírica, é possível constatar que contemporaneamente existem modelos juspositivista da sociedade moderna, em que a segurança, a estabilidade e expectativas jurídicas, veem-se frustradas por falta de compromisso moral dos seus membros.

E dito doutro modo, o os direitos africanos, como denominado o professor Marcos Guedes, não merecem a desqualificação do ponto de vista funcional, porque possuem capacidade regulatória e, que tem a força de manter uma coesão e o controle social, acima de tudo garantem a segurança jurídica até um certo ponto.²³

²³ GUEDE, 2004., p. 216.

Um dos grandes problemas do positivismo no continente africano, tem a ver com a maneira colonial como ele foi imposto às comunidades e não como um problema teórico como tal.

E para simplificar a abordagem, e possível demonstrar a força desses argumentos das experiências partindo das experiências das tribos no continente africano, a comunidade indígena no Brasil, ou em toda América latina, que mesmo com um sistema distinto do sistema formal, essas comunidades manteassem regidas por normas próprias que conduz a manutenção das relações sociais saudáveis.

E hodiernamente na América Latina, há uma onda de codificação e a constitucionalização de costumes de base moral que atribuem personalidade jurídica à natureza, como rios, pântanos, florestas etc. Isto demonstra cristalinamente que os sistemas não positivados possui com certeza um valor normativo. Antes demais, as regras morais lá contidas são respeitadas com muito rigor.

DESCOLONIZANDO POSITIVISMO COLONIZADOR; O PERIGO DE IMPLANTES NORMATIVO EXTERIOR

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

E neste contexto nota-se duas questões pertinentes, uma ligada à colonialidade teórica, levado a cabo pelas elites europeias, que a todo custo buscou civilizar a África em todos em sentidos, seja do ponto de vista cultural, ideológico, político e sem exceção do jurídico. Nesta lógica, diferentes normas e modelos teóricos das metrópoles coloniais eram impostas aos africanos. A princípio, no modelo de governação colonial direta, típico de Portugal, não havia muita liberdade para à população nativa manifestar a sua identidade cultural, política, social e normativa, porque as os modelos de colonização direta dilaceravam toda construção etnocêntrica destes povos.

E trazendo uma narrativa histórica de forma a embasar a abordagem sobre o método colonial do positivismo em África, pode se mencionar por exemplo, as leis das metrópoles regulavam questões de

famílias, na qual a lei positiva oriunda de uma base de matriz judaica cristã, pregava o casamento monogâmico, para uma realidade que se legitimava a poligamia e poliandria. E outros exemplos que podem ser citados em relação a positividade colonial é, a questão relacionada ao direito de propriedade, nas quais as leis europeias compreendia a propriedade como um substrato individual, enquanto que anteriormente na África, maior parte dos bens eram de natureza comunitária, pertencente ao grupo. E os mecanismos enxertia por meio de uma codificação escrita das normas europeias, não logrou resultados positivos até aos dias atuais²⁴.

E posteriormente as coloniais portuguesas, implementou o modelo do Indigenato que eram espécie de normas que atendia o princípio da especialidade, e necessidade, do qual havia um esforço de se criar normas que entendia as expectativas culturais dos povos nativos das províncias ultramarinas de Portugal, que se demonstravam incivilizáveis face as normas positivas da metrópole. O resquício desta colonialidade do positivismo tem surtido efeitos até os dias atuais.

O direito válido não é pura e exclusivamente um conjunto de normas escritas, no âmbito da realidade africana, há uma vastidão de regras não escritas que gravitam entorno destes sistemas. E nesta linha de raciocínio urge, desconstruir a lógica do positivismo como uma teoria unidimensional do direito válido. Retirando-lhe esta categoria colonizadora com força de sobrepor-se as ordens normativas diversas.

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

DIFICULDADES DE NÃO CODIFICAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS AFRICANOS

Embora se reconheça a emancipação dos diversos sistemas normativos africanos, entretanto, é de suma importância de lembrar que esses modelos padecem de uma fragilidade, devido à ausência de

²⁴ MENESES, 2010.

E retornado à centralidade do problema de sistematização escrita das normas jurídicas dos diferentes modelos africanos, constata-se que esses modelos consuetudinários carecem de uma estrutura organizacional capaz de ser útil, por exemplo em casos de precedentes jurídicos, preponderantes para formação da jurisprudência linear registrada.

uma codificação sistemática, que facilite a operacionalização do sistema normativo enquanto um elemento de controle e equilíbrio social, tendo em vista que os pactos sociais não perenes.²⁵

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

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

POR UMA POSITIVIDADE INCLUSIVA

Não obstante, as conquistas trazidas pelo positivismo jurídico, cujo afastamento não defendemos de maneira nenhuma, todavia a sua abertura sistêmica e pluralista, como forma de incluir a diversidade normativa não escrita, sobretudo em África, onde várias manifestações normativas estão aquém do direito formal do Estado.

Neste sentido, dever-se-á afastar de um positivismo estritamente fechado ancorado exclusivamente na lei positiva. Neste âmbito, pugna-se por um sistema positivo inclusivo que admite a operatividade de outras fontes normativas.

²⁵ A Codificação é um processo, técnico, sistemático no qual as normas jurídicas são estruturadas e coordenadas pelo princípio da unidade. E este movimento começa ganhar protagonismo com o surgimento do Código Civil Francês de 1804.

Neste sentido, três possibilidades abrem-se a esta argumentação, a primeira, prende-se com a incorporação da juridicidade normativa consuetudinária no direito positivo, em que exigir-se-ia uma análise profunda dos elementos normativos das ordens jurídicas distinta do Estado. Por lado, poder-se-ia admitir-se uma positividade externa e paralela a do Estado, todavia reconhecida pelo direito positivo. Nesta esteira de pensamento, a positividade externa e autônoma do direito costumeiro em que dependerá do reconhecimento do Estado, sendo assim, críticas podem ser suscitadas desta dependência de autorização e reconhecimento do direito tradicional pelo direito positivo vigente, porque quebraria o princípio da autonomia sistêmica das ordens normativas paralela à do Estado, porque a sua eficácia independe da autorização do direito positivo.

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

ENTRE O ESTADO DE DIREITO, A LEGITIMIDADE DAS NORMAS COSTUMEIRAS E HETEROGENEIDADE NORMATIVA

Para maioria doutrinária, a ideia do Estado de direito tem como maior expoente o conceituado constitucionalista inglês Dicey, porém a ideia remonta de Aristóteles. No entanto, o conceito moderno foi influenciado por outras doutrinas jurídicas, como a alemã *Rechtsstaat*, a francesa *Etat de droit*.²⁶

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

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

²⁶ FOMBAD, 2022.

Portanto a ideia do Estado de direito não se configura como uma moral universal inerente a todos os povos, embora as pretensões substantivas adjetivas sejam um grande ganho, não se pode perder de vista, a ideia do Estado legislativo ou Estado legal, também pode legitimar normas injustas.

E para adeptos de um positivismo estrito e legalista, em África, a possibilidade de legitimação de diferentes formas de direito costumeiro, implicaria num reducionismo do Estado direito, tendo em vista que o *Rechtsstaat*, ou *Etat de droit*, se concretiza por meio de leis positivas e racionais. Para os apologistas de um positivismo desta natureza, o reconhecimento de diversas formas de direitos africanos de origem consuetudinária, levaria os Estados africanos a um retrocesso jurídico outrora alcançado, haja vista que os direitos africanos padecem de um rito processual capaz de garantir a publicidade das leis.²⁷

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

Ademais, a corrente positivista em África, não se limita em atacar os a falta dos elementos formais dos direitos tradicionais. Por outro lado, estende-se críticas inerente à garantia dos direitos fundamentais, no qual sucumbiria diante dos modelos costumeiros presente em África, pois não garante nenhuma previsibilidade escrita com força normativa que garanta o cidadão as garantias fundamentais.

Posto isto, é possível contra-argumentar em relação às preposições acima aduzidas. Em primeiro lugar, deve se ter em consideração que o Estado de direito, não esgota nos elementos formais acima aludidos. Portanto, Estado de direito não se idealiza univocamente pelos critérios processuais ou procedimentais. Entretanto, o Estado de direito envolve uma matriz substantiva e procedimental, que consubstancia no respeito pelos princípios do direito natural, tal como questões que envolve à justiça, a dignidade humana, a igualdade, a liberdade e os demais direitos fundamentais inerentes ao Homem. em si mesmo. E a heterogeneidade normativa dos direitos africanos, exprimem esses conteúdos embora não positivados.

Portanto a ideia do Estado de direito não se configura como uma moral universal inerente a todos os povos, embora as pretensões substantivas adjetivas sejam um grande ganho, não se pode perder

²⁷ ROSENFELD, 2001.

de vista, a ideia do Estado legislativo ou Estado legal, também pode legitimar normas injustas. E as normas injustas podem coabitar com o princípio da legalidade. E por isso, a substância ou conteúdo vai além de uma formalidade procedimental.

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

E diante de uma heterogeneidade normativa e cultural, diferente dos modelos europeus, existem aspetos a ser considerados inerente a ideia do Estado de direito, pois há dificuldade de uniformizar a diversidade existente em África.

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

POR UMA DIMENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO PROCESSUAL

As constituições atuais dos países aqui analisado preveem a dimensão substantiva do pluralismo jurídico, sem tanto garantir uma um mecanismo processual e institucional, para viabilizar um pluralismo prático nas instituições informais do Estado. O que de certa forma limita a inclusão dos direitos tradicionais, na medida em que os sistemas tradicionais não dialogam com o formalismo e burocracia estatal. Portanto, o esforço de institucionalizar os poderes comunitários é diminuto, embora haja um esforço paulatino nas Constituições de países de língua portuguesa, já começam prever o pluralismo nas cartas constitucionais de maneira meramente substantiva.

E o não esforço para sistematizar o diálogo pluralista entre as instituições formais do Estado e as instituições pertencente ao direito

costumeiro, parte de uma ideologia colonial, herdada pelas instituições africanas, que subalterniza a soma dos direitos costumeiros.

Magobe Ramose entende que há uma necessidade de decolonizar o sistema jurídico estatal, por este não atender as expectativas jurídicas das sociedades africanas, que são impostas um conjunto de regras jurídicas importadas da realidade cultural europeia e, que não espelha a cabedal do direito vivenciado diariamente África.²⁸ o constitucionalismo africano precisa libertar-se de certas penumbras universais pregadas como valores absolutos oriundos do ocidente.

E dialogando a questão do pluralismo jurídico pelo menos no continente africano, pode se constatar duas perspectiva fundamentais; a primeira, versada sobre paradigmas teóricos sociológicos, jurídicos e políticos, resultado de uma construção acadêmica, e a segunda, deriva da própria sociedade heterogênea, que apresenta o pluralismo como um fenômenos sociológico espontâneo, embora sem o reconhecimento de uma autoridade política ou administrativa, e ainda quando não identificado pelas teorias sociológicas, jurídicas ou políticas, a pluralidade existe de per si.

No dizer do supracitado Boaventura Souza Santos, o pluralismo consiste na coexistência de duas ou mais ordens normativas nos mesmos espaços a geopolítico.²⁹ O reconhecimento funcional dessas normatividades distintas da ordem oficial estatal, é fruto de um processo institucional democrático que se realiza com a abertura do sistema político constitucional que passa a amparar diversas normatividades existente no interior do Estado.

Segundo Wolkmer citando Gurvitch, compreende o pluralismo em três sentidos essenciais, o pluralismo como fato, como ideal e como uma dimensão técnica. O pluralismo compreendido como fato, está presente em toda sociedade, isto é, todas sociedades possuem microcosmo de agrupamentos sociais.³⁰ Núcleo central do pluralismo como fato é a vida social colocada em conflito e equilíbrio dos grupos sociais. O pluralismo como ideal, traduz a liberdade humana coletiva e individual, compreendida como harmonia recíproca entre

²⁸ RAMOSE, 2011.

²⁹ SANTOS, 1977.

³⁰ GURVITCH, 1962.

Diversidade e tolerância são formas de alteridades, de conceber as diferenças do Outro e aceitá-las, buscando realizar as liberdades negativas dos indivíduos ou grupos com crenças, culturas e ideologias diferentes.

os valores dos grupos e individuais, trata-se de uma concepção democrática das forças sociais. E o pluralismo como uma dimensão técnica compreende o esforço metódico para realizar a liberdade dos indivíduos e os valores democráticos.

Para Nisbet, R Wolf e P. Ansart citados por Wolkmer, identificam as características do pluralismo elencando traços como a descentralização, participação, localismo, diversidade, tolerância e autonomia. A descentralização corresponde à deslocação do poder político administrativo que sai do centro se distribuindo o poder pelas demais instituições locais seja informais ou formais. A participação consiste em envolver os grupos sociais nos âmbitos organizatório e decisórios do Estado, ou seja, a forma democrática de governação. E a autonomia traduz-se ao poder que os grupos ou entes coletivos possuem para se expressar independentemente do poder formal do Estado, conferindo aos grupos sociais o poder de auto-regulamentar, desde que haja uma conformação com as normas estatais. Diversidade e tolerância são formas de alteridades de conceber as diferenças do Outro e aceitá-las, buscando realizar as liberdades negativas dos indivíduos ou grupos com crenças, culturas e ideologias diferentes.

Para Geertz, só se falaria do pluralismo quando se trata-se de um pluralismo jurídico corporativo, admitindo a existência de normas de origem não estatal, todavia, desde que fossem derivadas de associações que possuíssem a personalidade reconhecida pelo Estado, neste âmbito suas normas deveriam se conformar com a normatividade estatal. Entretanto a tese do Geertz, apresenta o pluralismo na sua vertente enfraquecida, onde a legitimidade e validade de uma norma fica ao critério exclusivamente do Estado, colocando em causa a emancipação dos grupos com uma normatividade distinta a do Estado. E a outra crítica desta corrente é trazida por Miguel Real citado por Lusak, que vislumbra deficiência nesta tese, quando se confundi a ordem estatal e a ordem jurídica, que são distintas, mas que devem coexistir de maneira harmoniosa³¹.

Wolkmer, citando Griffiths, enuncia diferenças entre o pluralismo forte e pluralismo fraco, no primeiro, o Estado não interfere no surgimento da diversidade normativa extra estatais, enquanto no pluralismo na vertente fraca, o Estado intervê no processo de reconhecimentos

³¹ GEERTZ, 1998.

de ordens normativas, criando uma taxonomia ou catalogação dos grupos segundo as suas origens, etnia, credo religiosos.³² Este modelo, está associado a uma experiência colonial, onde o Direito consuetudinário tinha que estar sob controle do poder político e administrativo colonial o que se assemelha com o pluralismo corporativista na qual a existência de uma normatividade distinta a do Estado, só goza de validade se for autorizado pelo Estado³³.

Para Gurvich, citado por Wolkmer, a ideia do pluralismo jurídico traduz-se em diversidades de ordens, sendo algumas estatais e outras menores, e nestas últimas, responsáveis pela produção de normas sociais desde que possam conviver em um ambiente harmonioso. O problema persistente no espaço africano, é ausência harmonia entre o Direito estatal que se chama para si a hegemonia e excluindo as outras normatividades informais pertencentes aos direitos tradicionais.³⁴

A teorização do pluralismo jurídico constitui um mecanismo teórico de atribuir legitimidade às manifestações de ordens não estatais, que não pertence ao Direito positivo, possibilitando a emancipação de ordens normativas pertencente a outros sujeitos excluídos da orbita do direito estatocêntrico.

A concepção estatocêntrica ocidental fruto do iluminismo do século XVIII e XX como do Locke, Kant, Hegel ou Hobbes que, coloca o Estado como único agente absoluto com legitimidade de expressar a vontade geral, corrobora para uma hermenêutica que propala uma interpretação dogmática, fechada, e centralizada, onde o direito positivo cumpri essa a função do Estado como único soberano capaz de produzir normas jurídicas válidas em um Estado, e neste cerne, qualquer outras fontes de produção de normas, acarretaria problema de legitimidade e validade, vendando a possibilidade emancipatória dos grupos tradicionais se expressarem na ordem democrática por meio de auto regulação³⁵.

Segundo John Austin, o soberano é único legitimado para produzir as normas ou os comandos jurídico imperativos capaz de reger o Estado-nação, esta perspectiva é também acolhida por Hobbes,

³² WOLKMER, 2001.

³³ GRIFFITHS, 1986, p. 1-55.

³⁴ Ibidem.

³⁵ BOBBIO, 1995.

quando encara o Direito como mandato positivo fixado pela autoridade do soberano. Vislumbra-se nestas teorias classe do Estado, uma concepção de Estado centralizado e monocrático, acompanhado de um formalismo lógico rigoroso defendido por Rudolf Von Jhering.

A compressão do Estado soberano capitalista e burguês fundando na modernidade ocidental e que foi aperfeiçoado pela revolução francesa que traz consigo o processo da codificação como forma unívoca de exprimir a racionalidade jurídica, pois, é indubitavelmente obsoleto ao panorama atual do pluralismo societal. Entretanto, perceber o Estado como única fonte de produção normativa, é indubitavelmente assumir uma pauta de exclusão por meio de um imperativo colonial legalista que se identifica com o positivismo jurídico.

No dizer do Miguel Real, a ordem jurídica não deve se confundir com a ordem estatal, sendo objetos distintos. Portanto, do Estado emanam diversas normatividades que derivam normas produzidas pelos órgãos competentes observando o rito procedimental próprio. E este olhar homogêneo da ordem jurídica e estatal como se fosse igual, ilude os apologistas da legalidade extrema a pensar que o desiderato do Estado só pode ser revelado pelos órgãos oficiais do Estado.³⁶

O monismo jurídico amparado pelo princípio da estatalidade e o formalismo positivista do Direito da sociedade burguesa e capitalista, entram em crise, na medida em que não dispõe de mecanismo de diálogo internormativos que vão implodido no interior do Estado, no qual diversos de grupos sociais vão reivindicando a emancipação normativa na qual, a dogmática jurídica clássica não recepiona com eficácia a estas demandas.

A centralização, a unicidade o positivismo e a racionalização do modelo do Estado burguês capitalista e liberal, não demonstrou preocupação alguma com as outras formas de expressões normativas, ou seja, a dogmática jurídica clássica, designou ao Estado pura e exclusivamente o monopólio de produção de normas Estado.

E ao lado de em uma estrutura de um Estado de herança colonial, onde subalternização de grupos sociais constituía o princípio fundamental da operacionalização do Estado e que de certa maneira

³⁶ REALE, 1984.

Não obstante a essas tentativas, a materialização do pluralismo jurídico e político, está longe de se idealizar, sendo que os grupos comunitários, chefes locais não congregam um aparato normativo regulamentar que permita que as instituições informais possam operar com eficácia.

contribui para exclusão de outras manifestações normativas, principalmente nos Estados africanos onde os direitos tradicionais ou dos grupos indígenas continua sendo marginalizados pela lógica unidimensional operativa da sustentada pela dogmática jurídica³⁷.

Com o auge das teorias multiculturais e interculturais dos direitos humanos a ideia do pluralismo jurídico como elemento emancipador, levam a ideia do monismo estatal e o positivismo a um Estado de crise insustentável que não pode dar conta das reivindicações dos diversos movimentos da sociedade civil.

Estreitando o debate ao panorama do continente africano, sobretudo os países falantes de língua portuguesa, o problema não se situa do ponto de vista teórico e epistemológico, antes de mais um problema pragmático, que se coloca quando abordamos sobre o pluralismo de procedimento ou processual, que consiste na deslocação de análise meramente substantivas para uma compressão pragmática que visa uma pluralidade praticável.

Não obstante ao esforço empreendidos pelos Estados para a consolidação do pluralismo jurídicos, como a ideia de criação de tribunais comunitários em Cabo Verde, Moçambique, bem como atribuição aos “sobas” em Angola que são entendidas que fazem parte do poder local, de poder julgar conflitos de menor potencial, desde que esteja em conformidade com a lei é indubitavelmente um caminho para a consolidação do pluralismo jurídico, embora com deficiências processuais para e efetivação de um Estado plural³⁸.

Não obstante a essas tentativas, a materialização do pluralismo jurídico e político, está longe de se idealizar, sendo que os grupos comunitários, chefes locais não congregam um aparato normativo regulamentar que permita que as instituições informais possam operar com eficácia. O Estado legalista monopoliza não as penas a produção normativa, mas também o controle da jurisdição, dito de outro forma, embora haja previsão substantiva para as instituições informais possa participar de jurisdição, entretanto, o Estado veda esta possibilidade porque pode invalidar essas decisões.

³⁷ Ibidem

³⁸ GUEDES, 2004, p. 216.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um sistema normativo culturalmente híbrido, que caracteriza os países africanos, o positivismo puro não se demonstra suficientemente capaz para mediar a heterogeneidade normativa naquele continente. A ideia da uniformização e centralização das normas estatais, que foram enxertadas sem uma análise do ponto de político e sociológico, carece de um reexame contemporâneo, face as questões truculentas que ocorrem nestes países de expressão de língua portuguesa.

Em primeiro lugar, há uma necessidade de consolidar uma dimensão do pluralismo jurídico processual, com força e capacidade regulatória para viabilizar inclusão normativas dos direitos africanos e, também facilitar à coordenação e o diálogo institucional, entre as instituições formais e as instituições não formais.

Por lado, o pós-positivismo revela-se como uma corrente jurídica, com capacidade de fornecer mecanismos hermenêuticos, com carga argumentativa de estabelecer uma relação necessária entre positivo jurídico e a moral, muitas vezes contida nas ordens normativas consuetudinárias. Frise-se que essa relação dever-se-ia possuir limites que não coloquem em causa os direitos fundamentais e valores relacionados à dignidade humana.

A lógica da hierarquia do direito estatal nem sempre fornece condições necessárias para alcançar-se justiça, todavia o direito formal, estatal deve manter uma estrutura aberta e dialógica, em que possa dar lugar a efetividade do direito consuetudinário nas questões que dizem respeito à estes direitos, quando achar-se conveniente e necessário diante das situações em concreto.

Por fim, demonstra-se conveniente que o processo de legiferação e codificação comece a preocupar-se com a incorporação de uma parte dos direitos tradicionais, que se considere relevante para ordem jurídica, desde que, os mesmos direitos consuetudinários, não coloquem em causa os bens jurídicos fundamentais. Pois, percebe-se que nem toda composição legal importada como está atualmente, tem condições de regular os fatos sociais, que decorrem de um ideário político e ético-cultural dos povos africanos, devendo-se olhar previamente para as dimensões sociológicas do direito endógeno.

REFERÊNCIAS

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

AUSTIN, John. *Quando dizer é fazer*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, 240, 2005, p. 1 – 42.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: *lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Babini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DA SILVA, Cristina Nogueira . A dimensão imperial do espaço jurídico português. Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e X: *Rechtsgeschichte-Legal History*, Nº 23, 2015, p. 187-205

Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 2 v.

Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

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

FOMBAD, Charles Manga. Uma visão geral da crise do Estado de direito em África. *Pretória*, v. 18, n. 1, 2018, p. 213-243. Disponível em <http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962018000100012&lng=en&nrm=iso>. acesso em 28 de setembro de 2022. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2018/v18n1a11>.

GRIFFITHS, John. What is legal pluralism?. *The journal of legal pluralism and unofficial law*, v. 18, n. ,1986.

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

GURVITCH, Georges. *Tratado de sociologia*. Tradução de Maria C. Equibar e Alice M. Vacca. Buenos Aires: Kapelusz, v. 1, 1962.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

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

MENESES, Maria Paula. O 'indígena' africano e o colono 'europeu': a construção da diferença por processos legais. 2010. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/403>; DOI: <https://doi.org/10.4000/eces.403>.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

Rosenfeld, Michel, *O Estado de Direito e a Legitimidade da Democracia Constitucional*. 2001. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=262350>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The Law of the Opressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. *Law & Society Review*, v.12, n.1, 1977.

WALIGGO, John Mary. *Law and public morality in africa: legal, philosophical and cultural issue*. 2005.

QUALIFICAÇÃO

Alberto Rodrigues Roda – Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Autor do livro: *A dimensão global do tráfico humano*. Membro do Grupo de pesquisa em políticas públicas e Direito Administrativo- LEDAC. Atualmente trabalha com o Direito Constitucional e Internacional.
<https://orcid.org/0000-0002-5095-6567>