

# SERIA POSSÍVEL FALAR DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL AFRICANA?

*IS IT POSSIBLE TO TALK ABOUT AN AFRICAN CONSTITUTIONAL THEORY?*

**Armenio Alberto Rodrigues Da Roda**

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Doutorando em Sociologia pela UNB. Doutorando em Direito Público pela Uerj. Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Universidade Zambeze (UNIZAMBEZE), Moçambique. Autor do livro *A dimensão global do tráfico humano*.

E-mail: armenioroda@gmail.com

Aprovado em: 10/10/2024

**RESUMO:** Este artigo trata a possibilidade de encontrar uma teoria jurídica e sociológica, que melhor dialoga com os problemas dos diversificados direitos africanos, que operam paralelamente com o direito positivo estatal. Nisso, será necessário compreender o modelo dos Estados africanos, que não são totalmente compatíveis com as características do Estado-nação do modelo europeu, o que acaba demonstrando uma incompatibilidade com as micronações africanas presentes no interior dos Estados. Neste sentido, deduz-se ponderações em relação às teorias clássicas do positivismo normativista, que tem o seu fundamento na teoria de Estado Vestfaliano. Em vista disso, torna-se necessário tomar um rumo crítico em relação a essa simbiose, entre a teoria positivista normativista do direito e a teoria do Estado. E no âmbito deste diálogo, começaremos por discutir a teoria sincrética, que é uma proposta que busca compreender a natureza dos direitos africanos a partir de um processo de recepção e rejeição das Constituições liberais, o que transformou diversas perspectivas jurídicas existentes na África, que incorpora o direito europeu, os direitos tradicionais e direito islâmico no mesmo bojo, ou seja, uma dimensão que se equipara ao sincretismo religioso.

**Palavras-chave:** Sincretismo jurídico. Pluralismo jurídico. Centralismo jurídico. Teoria do Estado e Teoria Geral do Direito.

**ABSTRACT:** This article deals with the possibility of finding a legal and sociological theory that best dialogues with the problems of Africa's diverse rights, which operate in parallel with positive state law. In doing so, it will be necessary to understand the model of African states, which is not entirely compatible with the nation-state characteristics of the European model, which ends up demonstrating an incompatibility with the African micronations present within the states. In this sense, it is necessary to consider the classical theories of normativist positivism, which are based on the Westphalian theory of the state. In view of this, it is necessary to take a critical approach to this symbiosis between the normativist positivist theory of law and the theory of the state. And within the framework of this dialogue, we will begin by discussing syncretic theory, which is a proposal that seeks to understand the nature of African rights from a process of reception or rejection of liberal constitutions, thus causing the transformation of various legal perspectives existing in Africa, which incorporates European law and traditional rights, in other words, a dimension that is equivalent to religious syncretism.

**Keywords:** Legal Syncretism. Legal Pluralism. Legal Centralism. Theory of the State and General Theory of Law.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Teoria sincrética Berihun Adugna Gebeye. 2 Limitações das teorias Clássicas de Hans Kelsen, Herbert Hart e John Austin face aos valores, princípios e à estrutura social da África. 3 Teorias do direito, Modelos do Estado soberano e Estado/sociedades. 4 Estado-nação vs Estado/nacionais. 5 Limites de interpretação e aplicação da Teoria Geral do Direito positivo. 6 Limites da linguagem no processo hermenêutico. 7 Entre a necessidade de uma teoria africanista de Direito ou uma teoria eclética. 8 Por uma teoria comunicativa diante dos desafios globais.

## INTRODUÇÃO

Constituem os objetivos desse artigo propor uma nova base argumentativa além do centralismo jurídico normativista. Nesse fito, a proposta é apresentar uma teoria crítica voltada para a Teoria Geral do Direito, que carrega elementos de justificação de sociedades ocidentais de características homogêneas, que se demonstra frágil para lidar e dialogar com o sistema híbrido africano, na medida em que todas formas do Direito costumeiro é reduzido a uma categoria de não direito pelo centralismo legal e, a técnica normativista kelseniana, que confina a sua tese ao positivismo jurídico de caráter monista, excludente e que marginaliza as outras manifestações culturais normativas. Por outro lado, a pesquisa alude aos elementos positivos do pluralismo jurídico e suas fragilidades, no qual, se limita a descrever o sistema jurídico à luz da lente da sociedade.

E nesse fito, a pesquisa será guiada por base bibliográfica, abordando de forma crítica os paradigmas propostos pelo positivismo ocidental, que se vale da teoria de Estado-nação de características culturais homogêneas para formular a Teoria Geral Direito, que carrega o mesmo substrato lógico. Por seu turno, a pesquisa congregará o método de abordagem hipotético dedutivo, para fundamentar as premissas colocadas pela teoria sincrética.

Vale lembrar que os Estados africanos possuem uma característica *sui generis* no campo normativo, marcado por diversas famílias jurídicas que coexistem no espaço territorial. E no leque desse aparato normativo, é possível aferir a existência de direitos indígenas ou tradicionais, que estão presentes desde o período pré-colonial. Também predominam na África os direitos de matriz religiosa, sobretudo o Direito islâmico, o Direito europeu importado e, por fim, o direito internacional, ratificado pelos Estados africanos.

Essa complexidade normativa traz uma preocupação no cenário do constitucionalismo africano. Daí, urge a necessidade de se empreender uma proposta jurídico filosófica, capaz de

incluir funcionalmente as diversidades normativas em África, com capacidade de reduzir essa complexidade. E, nesse contexto, alguns estudiosos ressaltam que as teorias positivistas, produzidas no âmbito europeu, como as de Herbert Hart, Hans Kelsen<sup>1</sup>, John Austin encontram limitações para aplicá-las nos Estados africanos, devido ao hibridismo lá existente, que deriva das micronações heterogenias, que compõe os Estados africanos<sup>2</sup>. Ou seja, Estado composto por espécies de pequenas nações com normas próprias e lideranças autônomas.

## 1 TEORIA SINCRÉTICA BERIHUN ADUGNA GEBEYE

O constitucionalista Berihun Gebeye, autor do livro *A Theory of African Constitutionalism* (2021), pondera críticas sobre a concepção do centralismo jurídico e o pluralismo jurídico, por não demonstrarem capacidades teóricas para responder às demandas das diferentes ordens normativas existentes nos Estados africanos. Para o autor, o centralismo jurídico limita-se a explicar o constitucionalismo africano a partir de uma visão de Estados soberanos, do sistema constitucional liberal e das Constituições escritas, enquanto o pluralismo jurídico tenta extrair uma explicação através da lente da sociedade, que funciona paralelamente às normas estatais. Nesse contexto, nota-se uma bifurcação de esfera, constituída de um público cívico, que observa as normas emanadas do constitucionalismo liberal, e outra parte da sociedade, que funciona através de normas indígenas pré-coloniais. E, sendo assim, o pluralismo jurídico e o positivismo jurídico não conseguem responder cabalmente os problemas de multiplicidades de ordens normativas presentes na África.

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

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

<sup>1</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>2</sup> GEBEYE, Berihun Adugnabe. **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021.

Da mesma forma, a abordagem pluralista jurídica interpreta mal a natureza do Estado, sua organização e configuração com a sociedade.<sup>3</sup>

Uma vez refutado o centralismo jurídico positivista e pluralismo jurídico, por razões do primeiro limitar-se a compreender inequivocamente o Estado como única fonte de produção de leis e segundo limitando-se a perceber o Estado como sociedade. Evidencia-se que ambas as teorias demonstram a incapacidade para capturar as múltiplas transformações do constitucionalismo africano, desde o período pré-colonial até aos dias atuais; que fazem do mesmo continente uma mistura de cultura jurídicas, derivadas das leis indígenas, islâmicas e europeias, fruto das ideais imperiais do colonialismo europeu.<sup>4</sup>

Desse modo, o mesmo autor propõe um modelo denominado por *sincretismo normativo*, que corresponde ao processo e ao resultado da adopção, rejeição, aceitação, invenção, reconfiguração e transformação de regras, princípios e práticas jurídicas diversas e aparentemente opostas num Estado constitucional, que resulta de encontros imperiais ou coloniais. Portanto, constitucionalismo será composto por direito internacional, leis coloniais, leis indígenas africanas e normas e práticas constitucionais liberais que se amalgamaram naturalmente.<sup>5</sup>

Nesse sentido, o núcleo duro do sincretismo normativo é a fusão ou mistura de todas as ordens jurídicas predominantes na África em uma só, ou seja, a incorporação do direito colonial, Direito indígena, Direito religioso, assim como as normas do Direito internacional. Desse modo, nenhuma ordem normativa sobrepor-se-ia a outra. Portanto, o sincretismo jurídico será ao mesmo tempo uma negação do constitucionalismo liberal e afirmação dele. E o sincretismo como processo vislumbra-se como uma teoria que abre possibilidades de reconciliação dos múltiplos sistemas presentes na África, evitando os conflitos internormartivos existentes, construindo um espaço de absorção de certos institutos do constitucionalismo liberal e a integração do direito indígena e islâmico no mesmo bojo sistêmico de direito.

A ideia de um sincretismo normativo é inspirada no sincretismo religioso, cuja o fundamento é incorporação de práticas, princípios, valores e objetos sagrados de uma religião tida como oposta para incorporar em outra, culminando em uma religião única. E autor ainda explica como o sincretismo foi utilizado ao longo da história para fusão de algumas ideias filosóficas de Aristóteles e Platão, que foram associadas ao cristianismo. Isso também se verificou nas religiões orientais, que resultou na fusão do budismo, taoísmo e confucionismo, que buscavam evitar conflitos

---

<sup>3</sup> GEBEYE, Berihun Adugnabe. **A Theory of African Constitutionalism**. Oxford/. New York: Oxford University Press, 2021. P. 19-20.

<sup>4</sup> Ibidem p.21

<sup>5</sup> Ibidem p.31

religiosos através da fusão de alguns elementos.

Para o autor, a África é hodiernamente a combinação de cultura árabe, cristã e a cultura indígena nativa dos povos africanos. Sendo assim, o quadro atual do constitucionalismo africano, vai sofrer mesmas transformações sincréticas. E a melhor teoria para amparar o constitucionalismo na África é a aceitação parcial de certas premissas do constitucionalismo liberal, combinadas com certo ideário normativo dos direitos costumeiros e religioso, que se fundiram ao longo da história. E, o sincretismo enquanto um *processo* repensa formas de reprogramação do constitucionalismo africano através de nova codificação, que absorva todas perspectivas normativas presentes na África, visando à unificação e a reconciliação do constitucionalismo na África.<sup>6</sup>

A tese de Berihun Gebeye (2021) apresenta uma excelente proposta de reduzir ou amenizar o imbróglio à volta da complexidade de modelos normativos presente no continente Africano. E por outro lado, essa teoria não é imune às críticas, uma vez que, há pouca possibilidade de aglutinar todas as categorias normativas numa única fórmula constitucional, neste sentido, seria difícil de sistematizar todas as famílias de direitos vigente nos Estados africanos e detalhar cada aspecto. Sendo assim, o sincretismo normativo não resolveria o problema de uma forma cabal, porque desconsidera em grande medida as diferenciadas formas do pluralismo jurídico, que reconhece a peculiaridade de cada sistema sem reduzir a sua autonomia existencial e sua legitimidade normativa, face aos valores de cada uma cultura.

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

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

---

<sup>6</sup> Ibidem p.33

Ou melhor dizendo, pluralismo baseado no reconhecimento teórico e pragmático das múltiplas manifestações normativas e, não pluralismo de caráter meramente descritivo e substantivo.

E sendo o direito um campo que diz respeito ao modo de convivência dos indivíduos numa sociedade, raros seriam os argumentos que negassem a possibilidade de incorporação ou a mistura do direito formal de matriz europeia com direitos indígenas e religioso. Neste quesito, anuímos em parte com a ideia do sincretismo jurídico, na medida em que a mesma busca capturar as perspectivas normativas africanas, através da construção histórica, que misturou diversas culturas jurídicas no âmbito da formação do seu constitucionalismo.

## **2 LIMITAÇÕES DAS TEORIAS CLÁSSICAS DE HANS KELSEN, HERBERT HART E JOHN AUSTIN FACE AOS VALORES, PRINCÍPIOS E À ESTRUTURA SOCIAL DA ÁFRICA**

Frise-se de antemão que, não se trata de desmerecer o papel das teorias clássicas para a compressão do direito e do Estado, bem como a sua contribuição no tocante ao desenvolvimento da hermenêutica jurídica e aplicação do próprio direito. Destarte, essas teorias continuam proporcionando ao direito debates importantes hodiernamente, embora admita-se que determinadas questões tratadas por essas teorias não correspondem com precisão a complexidade e desafios das sociedades africanas, sul americanas e asiáticas, que compreendem pluralidades normativas, que ao longo da história colonial epistêmica foram excluídas e marginalizadas.<sup>7</sup>

A primeira limitação que essas teorias clássicas demonstram no campo teórico é trazer abordagens descritivas que se limitam em conceituar o que é o direito e como aplicá-lo no âmbito do Estado soberano, e não no prisma de Estado/sociedade, típico das sociedades africanas.<sup>8</sup> Contudo, ocorre uma hiper preocupação descritiva em fornecer o significado do que seja o direito, o que de certa maneira, tem prejudicado a perspectiva funcional do direito, como um campo regulatório e de resolução de conflitos. Nesse sentido, a função do direito demonstra-se uma preocupação primária em apresentar uma autodescrição. Nesse liame, a função estabilizadora e de contenção de conflito que o direito exerce reveste-se como a preocupação secundária, segundo as teorias clássicas.

---

<sup>7</sup> AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. **African Constitutionalism and the Role of Islam**. University of Pennsylvania Press 2006, Modern African Studies p.359, 363–366.

<sup>8</sup> O autor faz uma abordagem do constitucionalismo Africano, explicando a influência do islamismo enquanto um tipo de normatividade que esteve presente na África, expondo diversos contextos culturais, de leis religiosas e costumeiras que permitiram que o continente africano tivesse um constitucionalismo sincrético, cujas propostas teóricas eurocêntricas não conseguem dar conta a essa natureza intrínseca do constitucionalismo africano.

Nas sociedades indígenas, existe menor preocupação de conceituar, significar semanticamente ou descrever o direito, portanto, a precaução central é a função ou o papel social desempenhado pelo direito e não a sua matriz teórica. Nestes moldes os sujeitos participantes destas sociedades têm intuitivamente uma consciência de existência normas vinculativas, porém a descrição da semasiologia demonstra-se como uma questão de menos relevo. Contudo, o direito está situado no campo da fenomenologia e não no âmbito da descrição e a retórica dogmática. Isto é, o direito existe independentemente dos rótulos semióticos que se tenta atribuir ao direito<sup>9</sup>.

Das diversas descrições analíticas que buscam compreender o direito, podemos destacar os seguintes conceitos, a começar por Hebert Hart<sup>10</sup>, que concebe o direito como uma norma de reconhecimento, dividido em normas primárias e secundárias<sup>11</sup>. Para Austin (1990), direito seria o comando do soberano ou as ordens do soberano<sup>12</sup>, que exprimem a vontade geral. E para Kelsen (1934), direito é o dever ser e que, para sua aplicação, deve respeitar a norma fundamental hierarquicamente superior.

Neil MacCormick (2007), desfazendo-se do sistema de regras de Hart, define o direito como uma ordem normativa institucional<sup>13</sup>. Enquanto para Scott Shapiro (2013)<sup>14</sup>, considera as leis como planos, afirma que o direito é uma organização de planeamento obrigatório autocertificante, cujo objetivo é resolver os problemas morais que não podem ser resolvidos pelo sistema moral.

Desses conceitos, chega-se à conclusão que não existe um consenso conceitual sobre o que o direito realmente é; não obstante, as normas continuam sendo respeitadas pelos cidadãos dos Estados soberanos. Posto isso, é evidente que a dimensão teórica e conceitual está no segundo plano, pois não condiciona necessariamente operacionalização do direito, contudo importante para seu aperfeiçoamento epistemológico e dogmático.

E um dos problemas ligado ao conceito que se tenta atribuir ao direito, tem a ver com uma fórmula extraída a partir da estrutura dos Estados de vestafalia<sup>15</sup>, de característica homogênea, dito de outro modo, um direito pautado na singularidade e unicidade do Estado-nação, cujo povo está vertido em uma cultura homogênea, típico de características europeias. Nesse contexto, as teorias pós-positivistas partem desses pressupostos unidimensional do Estado-nação para descrever

<sup>9</sup> ELIAS, T. Olawale. *The Nature of African Customary Law* (Manchester University Press, 1956).

<sup>10</sup> HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1975.

<sup>11</sup> D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (orgs). *Reading HLA Hart's "The Concept of Law"*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>12</sup> AUSTIN, John; RUMBLE, Wilfrid. *The Province of Jurisprudence Determined* (1995).

<sup>13</sup> MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* Oxford University Press 2007.

<sup>14</sup> SHAPIRO, Scott. *Legality*. Harvard University Press. 2013.

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

o direito e formas de sua aplicação.

Em vista disso, não se busca conceituar o direito à luz de vários direitos pertencente a micronações presentes no Estado, como por exemplo, acontece na África e na Ásia que são espaços constituídos por vários grupos originários, tradicionais ou indígenas, que possuem formas normativas diferenciadas e órgãos paralelos ao Estado.

O espectro de matriz europeia de Estado como uma nação unida, corresponde a programação analítica da teoria positivista, que associa a teoria do Estado e teoria do direito a partir da mesma perspectiva ocidentecêntrica, na qual desprende-se da realidade dos países africanos, em que vigora o modelo de Estado/sociedade,<sup>16</sup> que são na verdade, grupos e subgrupos, com aparato normativo distinto do Estado.

Outro problema inerente às teorias clássicas positivista, prende-se com os limites da universalidade que se tenta atribuir às mesmas. Entremete, a universalidade insere-se em parâmetros meramente ilusórios<sup>17</sup>, pois, quando colocados à prova, em contextos idiossincráticos diferentes do ocidente, o seu fundamento ou a sua justificativa como uma Teoria Geral do Direito perde força. Isto pode ser evidenciado quando aplicamos as teorias positivistas, de características hierárquicas, normológicas, metódicas e unidimensionais nas sociedades indígenas ou em grupos tribais.

Portanto, elas sucumbem, e, diante disso, a respostas do positivismo descriptivo é afirmar que nestas sociedades não existe o direito civilizado de cunho racional, por conseguinte essas sociedades passam a ser caracterizadas como sociedades primitivas, que ainda não atingiram o ápice civilizatório para conviver com normas racionais e lógicas.

Nesse cerne, percebe-se que uma teoria deve estar revestida de testes minimamente globais e inclusivos para ter a pretensão da universalidade e, que abarque realidades distintas, e não um particularismo transvestido de universalidade. Posto isso, seria razoável concluir que o monismo positivista normativista configura numa autodescrição e auto-observação da realidade ocidental eurocêntrica/ocidentecêntrica, que permaneceu cega sociologicamente e juridicamente aos ambientes jurídicos africanos, asiáticos e uma parte da América Latina, que comporta uma mestiçagem jurídica.

Amartya Sen (2000)<sup>18</sup> alerta que uma teoria ou um argumento para ser válido deve observar o requisito da objetividade e imparcialidade. Sob pena de criar-se ilusões sobre algo que

<sup>16</sup> DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean. La justice en Afrique: nouveaux défis, nouveaux acteurs. **Introduction thématique , Afrique contemporaine.** 2014/2 (nº 250), p. 13-28. DOI :10.3917/afco.250.0013. URL: <https://www.cairn.info/revue-afrigue-contemporaine1-2014-2-page13.htm>

<sup>17</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>18</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 275.

se considere verdade. Ele exemplifica dizendo o seguinte: uma pessoa pode deduzir conclusões equivocadas sobre o tamanho do sol, se observá-lo da terra e sem equipamentos adequados, nesta senda, a posição do observador permite extrair conclusões que podem estar certas ou erradas. E, isso, pode suceder quando se elabora uma teoria jurídica cujo observador está apenas em uma posição que não lhe permite enxergar de maneira adequada outras realidades. Enfim, não se pode deduzir perspectivas universais que partem experiências particulares fechadas e deduzidas sob posições ilusórias que não oferece parâmetros universais, tal como sucede na famigerada Teoria Geral do Direito.

Desfazendo-se de argumentos positivista, Joseph Raz, admite que uma teoria de direito pode ser formulada paroquialmente, desde que haja uma justificativa que lhe outorgue legitimidade, desta maneira evitar-se-ia construir perspectiva universais sobre o direito<sup>19</sup>. melhor dizendo, o direito deve enxergar o seu ambiente cultural interno e não universalizar parâmetros de uma cultura particular para realidades distintas.

### 3 TEORIAS DO DIREITO, MODELOS DO ESTADO SOBERANO E ESTADO/SOCIEDADES

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

Um dos grandes problemas da dogmática e epistemologia jurídica nos países africanos de língua portuguesa, prende-se com a falta parâmetros críticos em relação ao modelo do Estado

<sup>19</sup> RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. 2nd ed, Oxford University Press 1980.

soberano, que não captura com exatidão o sentido das sociedades africanas e a forma dos seus funcionamentos, diga-se de passagem, que se ignora a dimensão social e culturas da organização das sociedades africanas, que é componente central para traçar uma teoria sobre ela.

No intuito de se perceber o que é o Estado na perspectiva ocidental, trazemos à baila um dos conceituados autores que introduz bases mestras sobre a Teoria do Estado, Max Weber (1964), que define o Estado como uma instituição política que é dirigida por um governo soberano, que detém o monopólio da força física, em determinado território subordinado à sociedade que nele vive<sup>20</sup>.

Na perspectiva internacional, o Estado deve possuir uma população permanente, um território definido geograficamente, um governo com capacidade de estabelecer relações com outros Estados. Nessa perspectiva, a soberania é o elemento primordial que caracteriza os Estados. Gebeye (2021), citando Antonio Cassese, Malcom Shaw Ian Brownlie, ressalta que o Estado deve possuir uma estrutura capaz de exercer um controle efetivo sobre uma comunidade humana que vive num determinado território<sup>21</sup>.

Alexander d'Entrèves (1969) observa que o Estado é uma "entidade omnipresente" que utiliza o direito no exercício do seu poder indefinido e irresistível. A noção de Estado na teoria social e política radica na supremacia dessa entidade e que goza de legitimidade em um território<sup>22</sup>.

Pelo menos na África os Estados não são omnipresentes, porque não detém controle da sua soberania em toda circunscrição territorial ou em povoados indígenas, originários e tradicionais, que em regra, são regidos por normas próprias e obedecem aos comandos deliberados paroquialmente e dos preceitos impostos pelos chefes tribais ou tradicionais.

Já no modelos ocidentais, sobretudo europeus, os Estados são contidos por uma Constituição e diversas leis ordinárias que orientam a vida civil e a política da população, pois existe, por assim dizer, unicidade daquilo que se designa como Estado, que ostenta atributos de uma entidade suprema e absoluta, na qual os comandos normativos derivados da instituição estatal apresentam a mesma característica de generalização, abstração e impessoalidade, tendo como critério de aplicação o ditame da lei hierarquicamente superior.

Nota-se que a unificação da Teoria Geral do Direito e Teoria do Estado, gozam de uma simbiose, em que uma está incondicionalmente atrelada a outra, e que por conseguinte, acaba por não dar conta das complexidades estruturais de Estado/sociedade típicas do continente africano.

<sup>20</sup> WEBER, Max. **The theory of social and economic organization**. New York: The Free Press. 157-190, 1964.

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

<sup>22</sup> D'ENTREVES, Alexander. **Passerin. The Notion of the State:** na Introduction to Political Theory. Oxford: Clarendon Press, 1967; GAUTHIER, David. **The Logic of Leviathan**. Oxford: ClarendonPress, 1969.

Em modelos de Estado/sociedade tal como é na África, Ásia e diminuta forma na América latina, é comum a existência de marcas dicotômicas como: o formal/informal, instituições do Estado/instituições da sociedade, população urbana/população indígena. E essa bifurcação faz com que esses países tenham institucionalidade dupla, como por exemplo, em Moçambique existem órgãos de Estados e as autoridades tradicionais<sup>23</sup> ou poderes locais<sup>24</sup>, como os *Régulos* e outros detentores de poderes locais escalonados hierarquicamente. Em Angola temos os *Sobbas*, que são espécie de órgãos com poderes locais reconhecido pelo Estado<sup>25</sup>. E no Brasil existem os Caciques nas comunidades indígenas. Esse binarismo também corre na esfera jurisdicional e nas questões normativa.

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

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

#### **4 ESTADO-NAÇÃO VS ESTADO/NACIONAIS**

A aplicação uniforme das leis em um determinado Estado vincula-se à ideia de Estado-nação que foi desenvolvida na Europa. Para Carré de Malberg (1920), a nação não designa uma massa amorfa de indivíduos, mas comunidades organizadas de nacionais, na medida em que essas são constituídas pelo próprio fato de suas organizações estarem sob uma unidade indivisível<sup>26</sup>.

Nesse prisma, as pessoas estão ligadas a um Estado pela nacionalidade constituindo uma comunidade com qualidades que lhe permite diferenciar das outras comunidades, expressando o

<sup>23</sup> Autoridades tradicionais é um termo que pode ser utilizado sinonimamente ou em substituição ao termo Poder local. Isso é comum em Angola e Moçambique.

<sup>24</sup> ARAÚJO, Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro Jorge Dimitrov. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-pluralismo-jur%C3%ADcico-em-mo%C3%A7ambique-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgio-no-bairro-%C2%ABjorge>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>25</sup> FEIJÓ, Carlos. **A coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana**. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>26</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, tome 1, pp. 2-3.

sentimento de pertença a essa comunidade, através de uma identidade coletiva. Designada de nação. Léonardé Matala-tala (2013), citando Ernest Renan, a nação refle deseo de viver, enraizada em uma história e memória comum. Neste diapasão, a nação é entendida como uma realidade mais carnal do que o Estado.

Léonardé Matala-tala (2013) esclarece que na sociedade Bantu, ou na África negra, a manifestação da vontade coletiva de viver ao apego a uma ancestralidade, à pátria, não se faz em benefício de uma entidade abstrata, distinta e diluída com contornos desconhecidos; a terra dos antepassados, a pátria é, antes de tudo, algo palpável. O sentimento de pertença tem a ver com uma estrutura social diferente da nação personificada pelo Estado central. O autor ainda frisa que se trata de um espaço micro social, infra estadual, sinônimo de etnia. O autor cita a República Democrática do Congo, sendo três os grupos como Luba, Lkuba, e Mongos. E, o autor pondera que não são meramente grupos étnicos, mas uma nação dentro de um Estado<sup>27</sup>.

A África subsaariana é composta por Estados multinacionais, de uma heterogeneidade de tradições e sistemas de leis distintos, como é notórios a existência de dois Congos, Sudão do Norte e do Sul, e outros Estados com diversos grupos étnicos, daí a dificuldade de se construir uma nação homogênea como aparece nos conceito de nação ligado aos Estados europeus, que por seu turno incorpora o a teoria do direito a essa unidade estatal<sup>28</sup>.

No conceito ocidental nação representa um grupo de indivíduos com mesmos traços culturais, linguísticos e outras características sociais uníssona dentro do Estado. E nesse contexto, as leis são forjadas para servir homogeneousmente a todos.

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

Aludida à estrutura e organização dos Estados africanos, cumpríressaltar que o paradigma da Teoria Geral do Estado, terá a sua aplicabilidade no direito formal e, em outra micros esferas normativas, essas teorias revelar-se-ia menos ineficazes por causa dos seus conceitos e elementos operativos, que não se subsume na integra com os direitos dos povos originários.

## 5 LIMITES DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA TEORIA GERAL DO DIREITO

<sup>27</sup> MATALA-TALA Léonard. *L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne*. Civitas Europa, 2013/2 (Nº 31), p. 239-260. DOI: 10.3917/civit.031.0239. URL: <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2013-2-page-239.htm>.

<sup>28</sup> Ibidem

## POSITIVO

A hermenêutica é conhecida como arte ou técnica (método) de interpretação e aplicação de leis humanas e divinas, possuindo uma relação entre o sujeito e objeto. E no quadro histórico, o ato de aplicar as leis nunca foi algo simples, houve sempre uma tensão entre o texto posto e o processo exegético, que por regra, impõe-se ao interprete o respeito pelo limite semântico de uma lei jurídica ou religiosa, decorrente do texto, de maneira a evitar-se o subjetivismo do intérprete<sup>29</sup>.

Kallás Filho (2016), citando Lenio Streck e Castanheira Neves, alude que no positivismo exegético ou legalista, a interpretação dá-se à luz de uma conexão lógica entre os signos que consta do Código jurídico e fatos em concreto. Há por assim dizer que a interpretação deve atender rigorosamente a moldura semântica do Código, leis, ou mesmo um texto sagrado<sup>30</sup>.

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

- a) A não codificação dos direitos indígenas (ou falta de positivação);
- b) A uma criteriologia<sup>31</sup> unidimensional concebida pela Teoria Geral do Direito;
- c) Os juízes como aplicadores das leis e outros operadores jurídicos possuem poucas informações sobre dos direitos africanos, pelo fato de não ser objeto de programas de ensino nas Universidades, que se limitam a propalar o direito positivo aplicado aos cidadãos das metrópoles.

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

<sup>29</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>30</sup>KALLÁS FILHO, Elias; FUZARI, Tiago de Souza. Da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira / From Lenio Streck's critical hermeneutics of law to.... **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.I.], v. 9, n. 1, p. 122-139, fev. 2016. ISSN 1516-0351. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18209>>. Acesso em: 08 jul. 2023. doi:<https://doi.org/10.12957/rqi.2016.18209>.

<sup>31</sup> Expressão utilizada por STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

que nos parece como um *hard case* constante e sistêmico.

E nesse imbróglio, talvez se cogitasse a possibilidade discricionaridade do juiz para julgar fatos de acordos com analogia, ou através de uma argumentação baseada na aplicação dos princípios de direito. E por outro lado, é de extrema importância frisar que não se trata de casos difíceis isolados, que seriam resolvidos por simples ponderação de valores ou de princípio<sup>32</sup>, portanto, trata-se de uma irritação contínua e cíclica para o sistema jurídico formal do Estado, que não teria condições sistêmicas de capturar e solucionar os problemas que lhes são trazidos pelo somatório dos direitos africanos, que ostenta uma autonomia funcional.

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

Ademais, vários outros exemplos seriam trazidos à colação, tal como as questões inerentes ao sistema penal tradicional, que pode usar uma pena de censura pública ao réu como forma de responsabilização penal ou um acordo restaurativo. Nesse contexto, o juiz formal do Estado soberano teria condições justificáveis para declarar a nulidade desse ato ou seria sensato e aplicar o princípio *penal non bis idem*, ou seja, ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo crime?

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

Evidentemente, a Teoria Geral de Direito com suas diversas técnicas de interpretação e retóricas argumentativas não estaria em condições de resolver esse conflito intersistemático lá existente, porque essas manifestações de direitos indígenas muitas vezes inexistem no corpo semiótico do direito formal importado do ocidente. Essas questões estão além de colisões entre princípios e regras, tratando-se de uma disputa de sistemas de regulação de normas diametralmente

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

opostas. E caso de colisão não se aplica ponderação de um princípio em detrimento de outro com ressalta Robert Alexy, portanto, haverá aqui um afastamento necessário de um sistema para outro sistema, no qual terá elementos linguísticos, sociológicos normativos que justifiquem melhor a situação em concreto.

## 6 LIMITES DA LINGUAGEM NO PROCESSO HERMENÉUTICO

Hans-Georg Gadamer (1998), na obra **Verdade e Método**, coloca a linguagem como espinha dorsal para o processo hermenêutico, servindo como médium da experiência humana, a linguagem é apresentada como modo de vida particular. Para Patrícia Aparecida de Brito Moraes (20-?), citando Gadamer (1984), comprehende a o fenômeno linguístico como um fator determinante para explicação do mundo, em sua distinta realidade<sup>33</sup>. Destarte, é traves do processo linguístico que se desencadeia a compressão, interpretação e a tradução dos signos.

Em vista disso, toda interpretação está subordinada à compreensão ou cognição de uma realidade cultural em particular, da qual o sujeito projeta construtivamente uma verdade sobre uma realidade por intermédio de símbolos linguísticos que lhe são oferecidos<sup>34</sup>. E quando se observam as multifacetadas formas do positivismo jurídico, com o seu universo de signos linguísticos e métodos interpretativos por ele proposto, chega-se a uma premissa conclusiva de que o positivismo, como mecanismo de compressão mais apurada sobre o Direito, limita-se a uma cognição e uma compressão do Direito à luz de uma linguagem formada em um contexto de experiência europeia.

Ocorre nesse panorama a autodescrição e auto-observação do direito por meio de lentes incapazes de enxergar as sociedades cujas intuições não obedecem ao processo de institucionalização formal. Nesse liame, a linguagem positivista depara-se com uma realidade sematológica, cujos signos de linguagem criados pela dogmática jurídica revelam-se infrutíferos para conhecer o direito praticado por sociedade indígenas ou tradicionais.

No mundo africano, reside um complexo de linguagem intrínseca de caráter jurídico, que somente podem ser traduzidas pelos sujeitos inseridos no mesmo contexto peculiar, ou seja, o intérprete será iluminado através de domínio de signos linguísticos por ele apreendidos. A título de exemplo, o direito positivo pode deparar-se com situações que um crime que no direito ocidental é punível com uma pena de prisão e no direito costumeiro, o mesmo ato criminoso punível com a pena de obrigação de restituição do bem fungível ou não fungível, mediante um acordo entre as

<sup>33</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

<sup>34</sup> Ibidem

partes. Frise-se que, a prisão foi instituto importado pela linguagem do direito ocidental, na invasão colonial imperialista<sup>35</sup>, muitos historiadores afirmam que esse instituto não existia no quadro da linguagem jurídica pré-colonial africana.

O positivismo puro tem a sua linguagem interpretativa centrada no direito posto, isto é, o direito legislado. Para a tradição de operação de um direito não escrito, e que é um fenômeno evidente na África, onde existe modelo de Estado/sociedade, torna-se parcialmente difícil sustentar ou justificar os mecanismos de interpretações propostos pelo positivismo legalista.

Outro exemplo a ser citado seria o famigerado método interpretativo clássico de Savigny (1840), que propõe um método gramatical, sistemático, histórico, teleológico e sociológico, do qual a interpretação do direito deve basear-se a esses parâmetros criados pela dogmática jurídica projetam-se a apenas no contexto peculiar de Estado moderno, do qual a interpretação jurídica observa os limites de linguagem da cultura lá inserida<sup>36</sup>.

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

## 7 ENTRE A NECESSIDADE DE UMA TEORIA AFRICANISTA DE DIREITO OU UMA TEORIA ECLÉTICA

Sendo o sistema jurídico africano híbrido e que é constituído de sistema paralelo de Estado Formal, não seria razoável negar a importância da Teoria Geral do Direito e o seu papel para interpretação e aplicação do direito positivo do Estado e outras teorias positivistas, uma vez que este direito positivo idealizado para ser operado por intermédio de regras traçadas no jogo de linguagem hermenêutico clássico, que tem uma relação com a Teoria Geral do Estado-nação.

E operacionalidade das leis nesse Estados, valem-se da retórica e as técnicas de interpretação compatíveis formulada pela TGD<sup>37</sup>, tal como a lei anterior/lei atual, lei específica/lei geral, lei constitucional/lei infraconstitucional e conjugado os recursos dos cinco modelos de Savigny (1840) e kelseniano, anteriormente mencionados<sup>38</sup>. No entanto, isso não significa dizer

<sup>35</sup> DA RODA, Arménio Alberto Rodrigues. O Racismo prisional: Crítica às Políticas Carcerárias no Extermínio de Corpos negros no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Direito & Paz** | São Paulo, SP - Lorena | Ano X I V | n. 4 3 | p. 1 8 9 - 20 6 | 2 ° Semestre, 2020.

<sup>36</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de Droit Roman**. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, vol. 1, 1840.

<sup>37</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. Análise ecológica do direito e construção transsubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos de uma epistemologia Complexa. **Revista Brasileira de Direito Animal**, e -issn: 2317-4552, Salvador, volume 15, n. 02, p.17-46, Mai - Ago 20. Acesso em 13 de jul 2023.

<sup>38</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de Droit Roman**. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, vol. 1, 1840.

que não existe uma teoria que melhor se adeque para responder o problema estrutural de colisões de família jurídicas existentes na África.

Outros problemas que se reportam à TGD vislumbram-se no *status* hegemonic que ela ostenta, que inibe as outras manifestações jurídicas consuetudinárias de operarem autonomamente. Isso se deve ao fato de haver a tentativa de se moldar uma civilização construída ao longo da história para um projeto de Estado-nação.

Portanto, essas características dos Estados europeus se distanciam das múltiplas redes societárias com direitos próprios que coabitam na África, especialmente na parte subsaariana, cuja leitura da TGD não dispõe de elementos e capacidades para dialogar com outros sistemas não formais.

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

Também é de extrema relevância separar os níveis de aplicação de uma teoria; por razões metodológicas, buscamos dividir essa questão da seguinte forma: *teoria de interpretação das normas positivas* e *teorias de estrutura*. A primeira é usualmente utilizada no processo hermenêutico envolvendo sujeitos processuais. Nessa teoria, o aplicador da lei interpreta e argumenta<sup>39</sup> com base nos signos e critérios metodológicos oferecidos pela dogmática jurídica, ou seja, modelos que visam resolver um problema interpartes, isto é, processo não estruturais e sem repercussão geral, melhor dizendo, processo que envolve sujeito A vs B ou mais.

Quanto à segunda, ela busca superar os conflitos intersistemáticos de família jurídicas distintas. E o problema fulcral desta pesquisa, reporta-se as teorias estruturais, capaz de amenizar os conflitos entre os direitos africanos e direito formal, muitas vezes resolvidos por meio hierárquico, o que acresce a complexidade dos problemas. Daí que, consideramos útil propor um pluralismo jurídico procedural, como uma teoria capaz de responder o problema deste trabalho, que é uma forma de não anular nenhuma forma de manifestação normativa.

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

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

fundamental diante dos problemas que permeiam em torno do direito.

## 8 POR UMA TEORIA COMUNICATIVA DIANTE DOS DESAFIOS GLOBAIS

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

Não seria razoável discutir questões inerentes à Teoria Geral do Direito e ao seu papel na África, sem que trouxéssemos à discussão a sociologia do constitucionalismo fragmentado de Gunter Teubner (2016),<sup>40</sup> que passa a se preocupar com violações de direitos pelas multinacionais, além de outros autores supra nacionais, que atravessam a estrutura do Estado-nação, em que o constitucionalismo liberal tem foco na proteção dos direitos individuais, e por seu turno, perde força de controlar essas novas dinâmicas da sociedade global complexa. Na mesma linha de raciocínio, Marcelo Neves (1990, 2009) discute esses problemas na perspectiva do transconstitucionalismo, que consiste no entrelaçamento entre diversas ordens estatais, ou seja, um diálogo que entre Estado, cortes constitucionais, organizações internacionais e outros autores<sup>41</sup>.

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

Nesse sentido, a teoria sociológica de Nicklas Luhman (2006), entende a sociedade não como um grupo de indivíduos, mas como um espaço em diversos sistemas sociais que se comunicam<sup>42</sup>. Essas comunicações entre sistemas podem decorrer da relação entre direito, política, economia, religião etc.

Ainda no âmbito das teorias comunicativa, Walber Carneiro (2023), citando Niklas Luhmann (2006)<sup>43</sup> propõe uma teoria ecológica do direito, que visa em primeiro momento,

<sup>40</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>41</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 115-235.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** Traducción de Javier Torres Nafarrate, 2006.

<sup>43</sup> Ibidem

ultrapassar a cegueira oferecidas pelas teorias dogmáticas do direito, que se ocupam a realizar autodescrição e observação, permanecendo cegos às complexidades da sociedade moderna. No dizer do mesmo autor, a teoria ecológica Trata-se de uma epistemologia construtivista que observa não apenas os sistemas parciais em sua cognição, abrangendo vários sistemas funcionais, inclusive o direito.<sup>44</sup> E a teoria ecológica tem potencialidades de articular uma observação sociológica e dogmática. E autor entende que a teoria ecológica não se conscreve a uma teoria ambiental,<sup>45</sup> porém uma que observa o seu ambiente. Nesse contexto, a sustentabilidade passa a ser uma razão transversal<sup>46</sup>.

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

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

## CONCLUSÃO

As teorias monistas do positivismo não se demonstram suficiente para lidar com múltiplos problemas dos direitos africanos, que demanda propostas inclusivas e plurais como o sincretismo

<sup>44</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. Análise ecológica do direito e construção transubjetiva de direitos da natureza e dos animais: aspectos estruturais e metodológicos de uma epistemologia Complexa. **Revista Brasileira de Direito Animal**, e -issn: 2317-4552, Salvador, volume 15, n. 02, p.17-46, Mai - Ago 20. Acesso em: 13 jul. 2023.

<sup>45</sup> Embora Walber Carneiro não conceba a teoria ecológica como uma teoria ambiental, a sua argumentação teórica aproxima mais essa teoria da teoria que seleciona critérios ambientais, e não de uma teoria transversal do direito. Para problemas enfrentados nessa pesquisa, da colisão intersistêmica das normas costumeiras e da norma oficial, essa teoria não se demonstra cabal para resolver os problemas aqui enfrentados. Isso fica nítido quando o autor aplica essa teoria às questões inerentes aos direitos da natureza.

<sup>46</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. Teorias Ecológicas do Direito por uma reconstrução crítica das teorias jurídicas fundamentais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 18 n. 28 (2020).

jurídico, capaz de capturar a lógica de Estado africanos, que congregam as microssociedades no interior mesmo, que por seu turno é revestido de variadas normas. E o funcionamento do positivismo normativista puro, demonstrou-se fracassado até então, tendo contribuído para a exclusão do direito costumeiro vivo, que resiste a hegemonia da legalidade escrita. Não obstante, as teorias do Estado-nação são o sustentáculo do direito racional lógico, pois, equivocam-se ao compreender os Estados africanos como um ambiente de única nação, pelo contrário, trata-se de micro redes societárias com perspectivas normativas distintas.

Destarte, a teoria sincrética proposta por Gebeye faz uma excelente leitura do constitucionalismo africano enquanto um resultado sincrético. Porém, demonstra pequenas debilidade ao conceber o sincretismo como um processo, o que vai demandar uma reprogramação ao nível da codificação e o que não será fácil de lograr efetividade prática. E nossa versão, aprimora-se com a tese de pluralismo de procedimento e processual, que não é pluralismo descriptivo e substantivo muito apelado na América Latina. Portanto, essa categoria de pluralismo busca superar o centralismo legal, porém abrindo margem para uma pluralidade de direitos costumeiros autônomos e emancipados. E para isso, é fundamental a consolidação de leis que possam regular o reconhecimento dos órgãos comunitários ou tradicionais e um mecanismo de diálogo, aberto, inclusivo com as instituições formais, como tribunais tradicionais como parte de justiça.

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

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed. **African Constitutionalism and the Role of Islam**. University of PennsylvaniaPress 2006, Modern African Studies p.359, 363–366.

ARAÚJO, Sara. **Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique**. Resolução de litígios no bairro

AUSTIN, John; RUMBLE, Wilfrid. **The Province of Jurisprudence Determined** (1995).

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

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

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

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

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

ELIAS, T. Olawale. **The Nature of African Customary Law** (Manchester University Press, 1956).

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

FILHO, M. T. F. História e razão do paradigma vestefaliano. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, SP: Ed. Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, jan./mar. 2007, p. 314-334.

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

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

HART, H. L. A. **The concept of law.** Oxford: Clarendon Press, 1975.  
Jorge Dimitrov. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-pluralismo-jur%C3%ADlico-em-mo%C3%A7ambique-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgio-no-bairro-%C2%ABjorge>. Acesso em: 22 nov. 2022.

KALLÁS FILHO, Elias; FUZARI, Tiago de Souza. Da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira / From Lenio Streck's critical hermeneutics of law to.... **Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 122-139, fev. 2016. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e->

[publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/18209](http://publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/18209). Acesso em: 08 jul. 2023. doi: <https://doi.org/10.12957/rqi.2016.18209>.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory** Oxford University Press 2007.

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

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

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 115-235.  
R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, tome 1, pp. 2-3.

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

SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de Droit Roman**. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, vol. 1, 1840.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Harvard University Press. 2013.

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

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

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