

Direito africano ou direitos africanos? Algumas considerações sobre o direito africano e o uso político do direito costumeiro.*

Alberico Teixeira dos Anjos**

O direito africano, da mesma forma que ocorreu com o direito internacional, não foi aceito inicialmente como direito. E tal como este, tratava-se de um direito cujas fontes eram predominantemente de origem costumeira. Uma visão extremamente legalista e positivista não podia, de fato, admitir um direito cuja fonte não fosse estatal, predominantemente escrita, e materializada sob a forma de leis.

Comentando sobre as opiniões de Pritchard e Timachef, ambos negadores da possibilidade de um direito africano, Gonidec¹ explica que os ocidentais têm uma tendência natural de aplicar seus próprios conceitos às sociedades africanas, conceitos esses formados a partir de estruturas socioeconômicas e experiências inteiramente diversas das dos africanos. E recordando a recomendação de Gurvitch, de se evitar qualquer tomada de posição filosófica e dogmatizada de uma situação particular do direito (considerado como fato social), explicava o erro ou equívoco daqueles autores como decorrente da ligação da noção de direito (sempre) à ideia de Estado soberano, dado que, no seu parecer, o Estado não seria mais do que uma entre tantas outras formas de sociedade política, uma das mais integradas, mas de qualquer forma uma a mais, o que o reduzia a uma (mera) espécie dentro de um gênero.

Os autores de obras didáticas do direito internacional, sobretudo no mundo anglo-saxão, costumam exemplificar a negação do direito interna-

* Este artigo, com pequenas alterações, correspondente a um dos capítulos da tese de doutorado do autor apresentada à UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) em 2007.

** Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ), com pesquisa de doutorado realizada na Soas – School of Oriental and African Studies (University of London, UK,), LLM in International and European Legal Studies (University of Durham, UK), Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFRJ. Professor Adjunto de Direito Internacional Público da UNIFESO (Centro Universitário Serra dos Órgãos, Teresópolis.), na data da edição desta revista.

1 GONIDEC, P. F. *Les droits africains. Evolution et sources*. Paris: Librairie General de Droit et Jurisprudence, 1976, p. 6. Sobre PRITCHARD e TIMACHEF, as obras que citou foram, respectivamente, *The Nuer* (Londres, OUP, 1940, p. 162) e *Introduction à la sociologie juridique* (Pedone, 1939). Quanto a GURVITCH, o *Traité de sociologie* (1963, v. 2, p. 188).

cional com as opiniões de John Austin, que via nessa matéria nada mais nada menos do que mera compilação de regras de cortesia entre os Estados. Como a sociedade internacional é descentralizada e as normas do direito internacional clássico eram basicamente fundadas no costume, uma visão estritamente positivista também não o enxergava como um verdadeiro direito. A respeito da África e seu direito, verificou-se a mesma negação. Não haveria um direito africano ou, antes, não poderia haver direito na África, devido ao seu “primitivismo”, ao seu atraso, ao atavismo e ao fato de o comportamento de seus habitantes ser regrado apenas, ou predominantemente, por normas costumeiras – enfim, a não existência de uma organização ou sociedade estatal como a conhecemos.

Além disto, em se tratando de uma vasta região onde impera a mais completa diversidade, em termos de grupos humanos, costumes, religiões, níveis de desenvolvimento, profusão de idiomas nativos, os resquícios desestabilizadores do colonialismo, surgia, como era natural, a dúvida sobre a propriedade da expressão direito africano. Poder-se-ia, sem temor, falar em um direito africano? Não seria tudo afinal uma mera imitação dos direitos coloniais da Inglaterra, França, Portugal, Itália, Espanha e Holanda, países colonizadores que para ali exportaram seus direitos e suas instituições?

Sobre esta incerteza, procedente, sem dúvida, e que já no período de consolidação da independência dos anos 1970 preocupava os juristas especializados em temas africanos, Kodowo Mensah-Brown tinha palavras tranquilizadoras:

Tem havido há algum tempo uma discussão entre pioneiros dos estudos jurídicos africanos quanto à propriedade do emprego do termo “direito africano”, uma vez que se trata de um vasto continente, onde existe uma quantidade de sistemas jurídicos tão grande quanto a de Estados soberanos. Seja como for, a situação fática atual é a de que juristas africanistas reconhecem que, embora por si própria tal expressão não seja imune a uma crítica analítica, o “direito africano” é agora um termo genérico especializado ou uma estrutura referencial para o fenômeno jurídico no continente africano. Para evitar confusão, esta expressão não deve ser usada intercambiavelmente com as leis indígenas ou tradicionais africanas – as quais são apenas uma espécie e nada mais.

Adicionalmente e de forma mais abrangente, o direito africano compreende hoje: a) instituições jurídicas indígenas, ou o remanescente delas, as quais são ainda válidas nos países afri-

canos; b) leis religiosas e de origem assemelhada, legalmente reconhecidas pelos Estados, onde são encontradas; c) instituições e sistemas, legais e jurídicos, introduzidos pelos poderes coloniais nos respectivos Estados colonizados e que continuam admitidas como válidas pelos atuais Estados sucessores como uma espécie de herança; e d) leis e decretos dos Estados independentes africanos, já no exercício de sua soberania.²

A advertência deste autor é importante porque, em virtude da posição de destaque que o costume³ assume na África, muitos chegaram a pensar que o seu correspondente direito era apenas costumeiro ou que as denominadas leis nativas, assim chamadas para distingui-las das leis das potências coloniais transplantadas para o continente, fossem vistas como significando o mesmo que direito costumeiro.

Mercê de tais esclarecimentos, não foram poucos os autores que continuaram a negar a existência do direito africano, em razão, como se disse, do apego da população africana às normas não-legisladas, mas que foram se

2 No original: "4. There has for some time been a discussion among pioneers of African legal studies as to the appropriateness of the use of the term 'African law', since the continent is vast and there are as many legal and judicial systems as there are African sovereign states. Be this as it may, the present factual position is that African jurists recognize that, even though in itself it is not immune from analytical criticism, 'African law' is now a specialized generic term or frame of reference for the phenomenon of law on the continent of Africa. To avoid confusion, it should not be used interchangeably with traditional or indigenous African law – which is only a species and nothing more. 5. As a further restatement, African law comprises today: a) indigenous legal institutions, or the remnants thereof, which are still valid in the African states; b) laws of religious and cognate origins legally recognized by the states in which they are found; c) legal and judicial institutions and systems introduced by the colonial powers into the respective colonial states of Africa and continued by present successor African states as an inheritance; and d) the laws and decrees of the independent African states as sovereigns" (MENSAH-BROWN, A. Kodwo. *Introduction to law in contemporary Africa*. Owerri/New York/London: Conch Magazine Limited, 1976).

3 Uma boa noção do que os africanos entendem por costume, e que pouco difere do entendimento nos países da "common law" e da "civil law", extrai-se de Toriola Oyewo (*African customary law in comparative milieu and related topics*. Nigeria: Jator Publishing Company, 2003, pp. 63-4) para quem "costume é uma norma numa comunidade particular, que foi obtendo força de lei por meio de um uso prolongado. Assim, o direito costumeiro emergiu dos usos e práticas tradicionais do povo pela adoção comum das suas normas, pela aquiescência, e habitualidade e uso prolongado e variado, de modo que vieram a adquirir, até certo ponto, elementos de compulsoriedade e força de lei no espaço de uma sociedade particular". No original inglês: "Custom is a rule in a particular community which has obtained the force of law through long usage. Thus customary law has emerged from the traditional usage and practice of the people which by common adoption and acquiescence on their part, and by long and varied habit has acquired to some extent elements of compulsion and force of law with reference to the particular community".

estabelecendo desde os tempos imemoriais sem a interferência de qualquer aparelho estatal, pelo menos nos moldes do que conhecemos hoje. Para aqueles que Menski chama de “idólatras da lei” e positivistas radicais, normas de conduta que não passassem pelo batismo legal estatal não seriam normas jurídicas, e assim, sendo o direito africano caracterizado pelo grande valor atribuído a normas da espécie, não seria apropriado e tecnicamente correto falar-se de um direito africano.

Verifica-se, por outro lado, que tal negativa fazia parte de um conjunto de outras atitudes de desqualificação de tudo que fosse africano, a exemplo, da cultura, da filosofia e da religião africana, como adverte Menski. E isto era constatado não apenas tomando como ponto de partida o colonialismo europeu, mas, como uma postura da qual se percebiam vestígios datando de milhares de anos, começando com os gregos e seu pensamento negativo a respeito da África, seguido dos Romanos – dos quais autores africanos se queixam –, que se mostravam reticentes sobre a procedência africana de muitos de seus conhecimentos. Nessa mesma linha de pensamento obscurecedor, vários séculos depois se chegou, na Europa, até a tentar escamotear ou negar o fato de que Santo Agostinho, que procedia da região norte do continente, onde hoje se encontra a Argélia, fosse africano.

Santo Agostinho, afirma Menski, talvez até tivesse sido influenciado por suas raízes africanas quando pronunciou aquela célebre frase, tida como um clássico argumento de direito natural, de que sem justiça os Estados nada mais seriam do que um bando organizado de salteadores. Que Platão e Aristóteles também tenham buscado inspiração na África, mais precisamente no Egito, que ali se encontra situado, é uma possibilidade reconhecida por muitos autores especializados.⁴ Por trás dessa recusa, porém, achava-se o preconceito de que os africanos seriam muito primitivos para fazer uso de pensamentos abstratos ou, até mesmo, na visão de uns poucos, que haveria uma ação concertada para denegrir e negar o que de valor fosse para a África.

A visão europeia, mesmo aquela de seus filósofos saídos do iluminismo como Kant, Hume e Hegel, tornou-se também carregada de preconceitos contra a África. Exotismo, primitivismo, tribalismo, atraso econômico e até mental surgia dessas visões. Serequerbarhan (1991, *apud* Menski), dizia desses filósofos e sua atitude diante dos africanos:

Hume e Kant tinham dos africanos a visão de que, em virtude de sua negritude, estariam excluídos do mundo da razão e da

4 MENSKI, Werner. *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 386.

civilização. Como sustentava Hume, “Eu sinto-me à vontade para suspeitar que os negros, e em geral todas as outras espécies de homens (porque há quatro ou cinco diferentes tipos) são naturalmente inferiores aos brancos. Nunca houve uma nação civilizada com as características da branca”. Kant, concordando com Hume, sustentava que as duas raças [de homens] eram profundamente diferentes e parecia que tão grande diferença se mostrava tanto em relação à cor quanto em relação a capacidade mental”.⁵

Sem a pretensão de procurar desculpas para atitudes que hoje julgamos inadequadas para personagens do quilate de Kant, Hume e Hegel, poder-se-ia, contudo, arriscar a opinião de que muitos desses pensamentos negativos decorreriam da grande distância, em todos os sentidos que se tome o termo, e da mais completa ignorância, nos séculos em que viveram esses filósofos, sobre o então chamado continente negro.

Junte-se a isto a circunstância de viverem aqueles filósofos em um mundo de puras abstrações, em que questões pragmáticas contavam menos, sendo a África, nestes termos, um mero e distante detalhe geográfico. A partir dos contatos mais chegados, por conta mesmo da aventura colonialista, obviamente que tais atitudes começaram a mudar. De uma África que, pela atribuída inferioridade mental dos seus habitantes, seria incapaz de filosofar,⁶ de ter sentimentos

5 No original: “Hume and Kant held the view that Africans, in virtue of their blackness, are precluded from the realm of reason and civilization. As Hume puts it, ‘I am apt to suspect the negroes, and in general all the other species of men (for there are four or five different kinds) to be naturally inferior to whites. There never was a civilized nation of any complexion than white’. Kant, in agreement with Hume, asserts that ‘so fundamental is the difference between the two races of men, and it appears to be as great in regard to mental capacities as in color’.” (SEREQUEBERHAN, apud MENSKI, Werner. *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*. op. cit., p. 386).

6 A observação de Okupa (1998, p. 177, apud Menski, op. cit., p. 388) ilustra muito bem tal preconceito: “Filosofia passou a ser identificada com Descartes, Spinoza, Leibniz... Já que não existem nomes como estes associados à África, nega-se à África a capacidade de filosofar. (Em conversas com professores e estudantes na América, que sabiam que eu estava ensinando filosofia africana, sempre me colocavam a seguinte questão: Existem filósofos africanos e o que é que têm escrito? Não ouvi falar ou li a respeito de nenhum). Em outras palavras, se não existe nenhum filósofo de nível acadêmico na África então não existe uma filosofia africana”. No original: “Philosophy has come to be identified with Descartes, Spinoza, Leibniz... Since there are no such names associated with Africa, philosophy is denied in Africa. (In conversation with professors and students in America who knew I was teaching African philosophy, the question always put to me was. Are there African philosophers and what have they written? I have not heard or read of any). In other words, if there are no known academic philosophers in Africa, then there is no African philosophy” (MENSKI, op. cit., p. 388).

religiosos,⁷ de ter um direito, governo e de constituir nações⁸, e até mesmo noções primárias e fundamentais aos seres humanos como as de limites e fronteiras, passou-se, com o correr dos séculos e chegando à época contemporânea, pós-colonialista, com a proliferação dos estudos africanos e o crescimento da nova safra de africanistas, a se pensar numa África que estaria mais perto das exigências dos novos tempos, da revolução verde e da nova versão da soberania, do que muitos dos seus antigos colonizadores; uma África que praticava uma religião e não o – hoje considerado termo depreciativo – “paganismo”. Por exemplo, a constatação mais recente de que a ênfase no coletivo e nos costumes, naquilo que Menski chama de *chthonic laws*, com base em Glenn, uma espécie de nova sinonímia para a expressão “leis indígenas” ou “leis nativas”.

Nestes contextos chthonicos, explica Menski,⁹ há uma exigência, a ele próprio inerente, de se permanecer sempre, todo o tempo, em equilíbrio com o meio-ambiente. Seria algo talvez próximo da ideia de Savigny de uma *folk law*, de uma lei emanando do espírito do povo (*Volksgeist*), em decorrência do estilo de vida de um povo vivendo em íntima harmonia com a mãe terra. Glenn (2004, p. 61, apud MENSKI, op. cit., p. 394) dá uma sucinta descrição de tal sistema *chthonico*:

7 As mesmas ideias preconcebidas em relação à filosofia achavam-se por trás da falsa afirmação sobre incapacidade religiosa. (aqui no sentido não de ter sido excluído de uma congregação religiosa, mas de ter a capacidade mental de respeito perante o absoluto traduzido em rituais de fé e adesão voluntária a comandos sacro-normativos). A africana visão holística de um mundo totalmente interligado, a exemplo da rita ou ordem macroscopia hinduísta, aparecia ao olhar europeu como uma prova da incapacidade de separar o mundo físico do metafísico, como demonstrou Ayttey (1991, p. 11, apud MENSKI, op. cit., p. 387), tudo isto a despeito de evidências históricas e sem a quase que necessária interligação deste fato com uma sofisticada visão holística do mundo, de que os africanos seriam possuidores.

8 Ao contrário do que os sábios europeus e suas doutrinas pregavam, sobre uma África formada apenas por tribos, e destituída daqueles sentimentos que se acham por trás da formação das nacionalidades, a África pré-colonial já se organizava em nações, como demonstra com riqueza de detalhes, Alberto da Costa e Silva (“O Brasil, a África e o Atlântico no século XIX”. In *Estudos avançados*. v. 8, n. 21, São Paulo, mai.-ago. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000200003#not3. Acessado em: 1 jul. 2007: “Na África, sempre houve nações, como as definiu Renan: povos unidos pelo sentimento de origem, e língua, história, crenças, desejo de viver em comum e igual vontade de destino. E sempre houve nações que se cristalizaram em Estados. Basta lembrar Gana, construída pelos soninquês, e o Mali, com seu núcleo mandinga. Mas o preconceito teima em chamar tribos às nações africanas, sem ter em conta a realidade de que não podem ser tribos grupos humanos de mais de 60 milhões de pessoas, como os hauçás, ou superiores ou semelhantes em número às populações da Bélgica, do Chile e da Suécia, quando não, da Argentina e da Espanha. O conceito de nação podia, aliás, ser ainda mais profundo, na África, do que o enunciado por Renan. Assim no Danxomé. Mais que um estado-nação, o Danxomé era uma realidade espiritual: a soma dos tons mortos, desde o início dos séculos, com os vivos e com os que ainda haviam de nascer. A nação desdobrava-se no tempo sob disfarce de eternidade: dela e de sua representação como Estado não se excluía ancestrais e vindouros”.

9 *Op. cit.*, p. 404.

Não existe nenhum ponto de partida de uma tradição jurídica chthonica. Não há revelações documentadas; nenhuma ruptura dramática com outras tradições; nenhuma realização singular, literalmente inesquecível. Uma tradição jurídica chthonica simplesmente emergiu, à medida que as experiências se multiplicaram e a oralidade e memória completaram seu trabalho. Considerando que todos os povos da terra são descendentes de povos que eram chthonicos, todas as demais tradições emergiram em contraste às tradições chthonicas. É a mais antiga das tradições; sua cadeia de transmissão é tão extensa quanto a história da humanidade.¹⁰

Destacam-se, assim, claramente em tal sistema os elementos da oralidade e informalidade, ainda hoje predominantes na maioria dos denominados “direitos africanos”. O grande problema com os costumes é que se trata de um direito, via de regra, não-escrito. Trata-se de pura tradição oral.¹¹ Aqui cabe um esclarecimento. Menski explica, ao dar conta dos esforços de diversos autores em prol da descoberta ou criação de uma teoria geral do direito africano, que refletiria melhor a realidade africana, com sua grande diversidade, falar de “direitos africanos” ao invés de direito africano, com o que, ademais, estaria em maior conformidade com diversos sistemas jurídicos do mundo.

Além dessa importante faceta, três outros fatores contribuiriam para a nota diferencial do direito africano em relação aos demais, que seriam a experiência da colonização, a recepção em larga escala de leis alienígenas e a contínua importância das leis indígenas.¹² Sobre o correto entendimento da expressão “leis indígenas”, é importante reter a advertência de Mensah-Brown de que não se

10 No original: “There was no point of origin of a chthonic legal tradition. There was no recorded revelation; no dramatic rupture from other traditions; no single, literally unforgettable achievement. A chthonic legal tradition simply emerged, as experience grew and orality and memory did their work. Since all people of the earth are descended from people who were chthonic, all other traditions have emerged in contrast to chthonic tradition. It is the oldest of traditions, its chin of tradition is as long as the history of humanity” (GLENN, H. Patrick, 2004. *Legal tradition of the world*. Oxford: Oxford University Press, p. 61, *apud* MENSKI, op. cit. p. 394).

11 Atualmente, o direito costumeiro de muitos grupos étnicos vem sendo ou foi reduzido a escrito em muitos países africanos por ocasião de projetos de consolidação (*restatement*). E para acabar de vez com o preconceito colonial de que o costume era uma questão de fato e não de direito, nos procedimentos incidentes para sua constatação, uma lei de Gana, do ano de 1971 (MENSAH-BROWN, op. cit., pp. 23-4) colocou-o em pé de igualdade com a lei, ao estatuir: “Any question as to the existence or content of a rule of customary law is a question of law for the Court and not a question of fact” (ou seja, “qualquer questão quanto à existência ou ao conteúdo de uma regra de direito costumeiro é para a Corte uma questão de direito e não uma questão de fato”).

12 MENSKI, op. cit., p. 398 (com base em WOODMAN, Gordon e OBILADE, A. O. (orgs.). *African Law and Legal theory*. Aldershot: Dartmouth, 1995).

deve tomar como sinônimas “leis indígenas” e “leis costumeiras” ou “direito indígena” e “direito costumeiro”,¹³ nem supor que as leis indígenas são indiscriminadamente leis derivadas do costume. Tal equívoco, explica este autor, decorre do fato de que a literatura herdada sobre o direito africano foi produzida inicialmente por não-juristas, especialmente antropólogos. Daí – conclui, com base em Elias, Cotran e Rubin – a grande confusão que se propagou, encontrando-se nos escritos de africanistas, juristas, cientistas sociais, sobretudo durante o período colonial, termos como *native law* (direito indígena), *native law and custom* (direito indígena e costumeiro), *native customary law* (direito costumeiro indígena), *customary law* (direito costumeiro), *local law* (direito local), *tribal law* (direito tribal), estas no contexto geral africano. E, num contexto específico, *Fanti customary law* (direito costumeiro do povo Fanti), *Buganda law* (direito de Buganda), *Swazi customary law* (direito de Swazi, hoje Swaziland) etc.¹⁴

Confundir leis indígenas com o costume ou direito costumeiro¹⁵ conduziria

13 Allot (“Popular law-making in western society”. In ALLOT, Antony and WOODMAN, Gordon R. (orgs.). *People's law and state law*. Dordrecht: Foris Publication, 1985, p.21), em poucas palavras, distingue entre “custom” and “mores”, o primeiro sendo aquilo que o povo faz (what people do) e o segundo tendo o significado de “como o povo julga”. O *Oxford Dictionary* dá ao vocábulo “mores” o significado de costumes e convenções essenciais ou característicos de uma comunidade, e a “customs” o de comportamento ou modo de fazer algo tradicional e amplamente aceito que são específicos de uma sociedade, lugar ou tempo, bem ainda os de “uma coisa que alguém faz naturalmente” ou “práticas jurídicas estabelecidas ou usos que têm a força de lei ou de direito” (“law established practice or usage having the force of law or right”).

14 MENSAH-BROWN, *op. cit.*, p. 18.

15 Não apenas a literatura, mas as próprias legislações de vários países africanos confundem tais terminologias (“native laws” e “laws and costumes”). Na análise de M. A. Ajonio (“Comparative analysis of customary law in Africa”. In OSINBAJO, Yemi *et al.* *Integration of the African continent through law*. Federal Ministry of Justice Law Review Series General Editor Prince Boja Ajobola (SAN), s.d., p. 100), além da informação sobre a contribuição da própria legislação, chama ele atenção para um problema adicional, ainda no campo da terminologia, qual seja o da existência, na África, das leis islâmicas. Como tais leis são aplicadas sob a qualificação de leis costumeiras em alguns países, configurando-se como um sistema distinto, e em outros como uma variante do direito costumeiro, há que se ficar atento para o fato de que, do mesmo modo que na Holanda, no passado, a fusão entre o Direito Romano e os costumes germânicos produziu o direito holandês romanizado, em alguns Estados da África, o mesmo tipo de fusão estaria se verificando, desta feita entre o puro texto de leis islâmicas, quando aplicadas, e práticas costumeiras africanas. Como resultado, no seu entender, seria mais apropriado então incluir o direito islâmico no âmbito do direito costumeiro africano. (No original: “However, a problem of terminology is posed by the existence of Islamic law which is administered in some States as a distinct system and in others as a variant of customary law [2]. Like the fusion between the Roman Law and the Germanic customary practices which produced the Roman-Dutch Law, the Islamic law enforced in some African states has become an amalgam of the pure text and customary practices. It will be appropriate therefore to include Islamic law in the latter category within the ambit of customary law”).

ao errôneo procedimento de projetar aquelas como um fenômeno originado dos usos e costumes.¹⁶

Estes outros elementos mostram que, apesar da grande importância das normas costumeiras, não seria correto igualar a elas o direito africano, pois outras formas de direito ali são encontradas, nem se assumir a existência, por conta desta ênfase no costume e nas abordagens centradas na religião, de uma clara posição antilegalista e positivista da parte desses novos estados.

Mais próximo da realidade seria talvez a tese de Menski, desenvolvida em seu estudo comparado do direito africano, antes mencionado, de que existe uma interação dinâmica entre os elementos Estado, sociedade e religião, sem a predominância de qualquer deles, numa forma de abordagem dita pluralista.¹⁷ Essa linha de pensamento, que é o *leit motive* da exposição de Menski sobre o direito africano numa perspectiva comparatista, pode ser vista, em outras palavras, na descrição do jurista francês, Norbert Rouland, do comportamento das sociedades ditas animistas, nas quais a própria religião ou divindade aparece também desconcentrada, pluralizada, diversamente das sociedades monoteístas:

As sociedades monoteístas estão habituadas à ideia de um Deus todo-poderoso, criador do homem e do Universo do nada, o qual faz que sua vontade seja conhecida por Revelação, acompanhada ou não de sua encarnação. Decorre daí uma concepção não apenas unitária, mas uniforme e hierarquizada da vida social, e a confiança nas regras de direito impostas por uma autoridade exterior. No pensamento animista, o deus criador decompõe-se em uma pluralidade de forças, e o direito é concebido apenas como um modo, entre outros, de regulamentação social no seio de sociedades constituídas de grupos diferentes, os quais são, porém, complementares. Nas concepções filosóficas asiáticas inspiradas no confucionismo, não existe deus nem criação, e o recurso ao direito e

16 ALLOT, *op. cit.*

17 V. MENSKI, *op. cit.*, pp. 186 e 396. O pluralismo jurídico, que tem sido chamado de “conceito chave na visão pós-moderna do direito (MERRY. “Anthropology, law and transnational process”. *American Review of Anthropology*. pp. 21-358, *apud* TAMANAHA, A. *General jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 171) numa de suas mais simples conceituacoes, significa a “coexistência e a competição de diferentes jurisdições e diversos sistemas jurídicos, dentro de uma mesma comunidade, sendo tal diversidade e variedade o que torna a supremacia da lei necessária e factível” (WILLIAM TWINNING. *How to do thing with rules. A primer of interpretation*. London: Butterworths, 1999, p. 7).

ao juiz é desonroso. Tudo deve ser cumprido de acordo com ritos inculcados pela educação; o acerto dos conflitos deve ser negociado, e não imposto.¹⁸

Esta preferência por soluções de conflitos negociadas e não impostas, como se verifica no sistema adversarial euro-americano, tem sido destacada por diversos estudiosos do direito africano e poderiam talvez explicar,¹⁹ de certa forma, o porquê da atitude da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de valorização do elemento conciliatório, nas questões que lhe são submetidas envolvendo conflito entre o Estado e a sociedade, ou na prática, entre os denominados combatentes da liberdade, hoje já com uma roupagem étnica, e a sociedade formal, estatal.

Ênfase na harmonização não deixa também de ser ressaltada por Charles Ntampaka:

Enquanto o direito do tipo ocidental é um conjunto de normas genéricas e abstratas, adotadas segundo um procedimento pré-estabelecido dotado de uma sanção, o direito tradicional africano não é uma disciplina distinta da religião, da moral, de outros mecanismos de controle social. O direito tradicional difere do direito do tipo ocidental quanto à sua filosofia, sua criação, sua aplicação e sua finalidade.

As regras existentes não são de estrita aplicação, elas devem servir para manter as boas relações entre os viventes, elas servem para compor as diferenças, mas levando em conta preferencialmente a necessidade de restabelecer a harmonia

18 ROULAND, Norbert (org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília, 2004, p. 30.

19 Conquanto seja praticamente voz comum entre estudiosos da África dos mais diferentes matizes esta ênfase no caráter apaziguador dos africanos e na sua preferência por soluções negociadas ao invés da confrontação, característica dos sistemas processuais ocidentais, Mensah-Brown adverte que “embora reconciliação tenha um importante valor nos sistemas jurídicos tradicionais, ‘isto não seria uma última *ratio*’ ou princípio fundamental, um valor quase místico nas cortes africanas, em virtude do qual as normas jurídicas deveriam ser sacrificadas [...]. Ao se concentrar nos aspectos conciliatórios das cortes indígenas, corre-se o risco de fazer vista grossa da tarefa essencial dos juizes, a saber, a da aplicação da lei. Como resultado, identifica-se simplesmente reconciliação com a decisão da Corte” . (MENSAH-BROWN. *Introduction to law in contemporary Africa*. op. cit., p. 30). Ou o texto original: “Although reconciliation has an important value in traditional judicial systems, ‘it is not an ultimate’, almost mystical, value of African courts to which legal norms, are sacrificed [...]. By concentrating on the conciliatory aspects of the indigenous courts, one runs the risk of overlooking the proper task of the judges, namely, the application of the law. As a result, one easily identifies reconciliation with the court’s decision”.

social antes que aplicar as regras pelas regras. A maior parte das sociedades africanas não distingue o direito civil do direito penal, nem o direito privado do direito público. Toda violação de uma regra é percebida como uma perturbação do social que é necessário restabelecer ²⁰

A afirmativa (segundo parágrafo da citação) de que as regras levam em conta sobretudo o restabelecimento da harmonia social tem, não obstante, de ser vista com a cautela a que Mensah-Brown chama a atenção de que os africanos não distinguiriam o direito privado do público, nem o penal do civil. Mensah-Brown contesta com firmeza a ausência de tal separação, dando como exemplo de normas de caráter público as leis constitucionais sob as quais os poderes políticos atuam, e as leis penais ou criminais, que se encontram por toda a parte. Quanto às de caráter privado, cita leis civis como as que disciplinam relações contratuais e as relações decorrentes de atos ilícitos (*torts*), posse da terra, sucessão e herança.²¹

Lembra depois que até mesmo dicionários especializados sobre a África, como é o caso do **Dictionary of Black Civilization**, incide no mesmo engano, o que para ele significa tomar as aparências pela realidade. O referido dicionário, em sua página 12, que Mensah-Brown cita, expõe:

A lei leva em pouca conta o indivíduo. Segue-se então deste caráter social da lei africana que a determinação da responsabilidade é apenas parcialmente baseada na livre manifestação da vontade... Outra consequência desta abordagem "social" da lei é a falha generalizada em distinguir entre o direito público e o direito privado, ou entre o direito penal e o direito civil. Uma ofensa contra o direito hereditário individual ou contra a pessoa do herdeiro torna-se preocupação do grupo inteiro e a

20 No original francês: "Alors que le droit du type occidental est un ensemble de norms générales et abstraites, adoptées suivant une procédure préétablie et assortie d'une sanction, le droit traditionnel africain n'est pas partout une discipline distincte de la religion, de la morale, d'autres mécanismes de contrôle social. Le droit traditionnel diffère du droit de type occidental quant à sa philosophie, sa création, son application et sa finalité. Les règles existantes ne sont pas de stricte application, elles doivent servir au maintien des bonnes relations entre les vivants, elles servent à trancher les différends, mais en tenant compte davantage de la nécessité de rétablir l'harmonie sociale plutôt que d'appliquer les règles pour elles-mêmes. La plupart des sociétés africaines ne distinguent pas le droit civil du droit penal ni le droit privé du droit public. Toute violation d'une règle est ressentie comme un trouble social qu'il faut réparer..." (NTAMPAKA, Charles. *Introduction aux systèmes juridiques africains*. Namur, Belgique: Presses Universitaires de Namur, 2005, p. 9).

21 MENSAH-BROWN, *op. cit.*, p. 27.

*penalidade para uma ofensa dessa natureza é tanto uma compensação quanto uma punição.*²²

Com tal proeminência dos costumes, uma questão que facilmente aflorava, sobretudo diante da experiência colonialista, é sobre como reagiram as potências europeias àqueles usos e costumes que se chocavam frontalmente com o seu padrão cultural. A política colonial inglesa de permissão de uma considerável autonomia nas colônias, conhecida como *self-rule*, levou ao reconhecimento de qualquer conjunto de leis, exceto quanto às normas ditas “repugnantes” a *good conscience*, algo equivalente aos nossos “bons costumes”.

Nos territórios franceses, a aceitação do costume era mais restrita, dado que nestes as leis nativas só eram aplicadas se não fossem contrárias aos princípios da civilização francesa, como sustenta O simbajo,²³ para quem isto, na prática, equiparava-se à noção de ordem pública territorial, isto é, uma ordem informada pelas ideias da civilização francesa sujeita às condições de além-mar.

Quanto a Bélgica e Portugal, a primeira estabeleceu como lei principal nos seus territórios as *Belgian-code-charte coloniale*, de 1908, abrangente do direito civil e criminal. Portugal não parece ter formalmente reconhecido o direito costumeiro nos seus territórios, informa o mesmo autor.²⁴ Contrariamente a esta afirmativa, contudo, observa-se que a Lei Orgânica do Ultramar (Lei n. 2066, 27 jul. 1953),²⁵ contendo preceitos relativos às províncias de Guiné, Angola e Moçambique, embora impondo certas limitações, dispôs sobre o respeito aos costumes locais.

Com efeito, dispunha o artigo terceiro que, “salvo quando a lei dispuser doutra maneira, os indígenas regem-se pelos usos e costumes próprios das respectivas sociedades.” Os parágrafos seguintes, em número de três, tratam da limitação dessa contemporização: limites ditados pela “moral, pelos ditames da humanidade e pelos interesses superiores do livre exercício da

22 *Apud* MENSAH-BROWN, *op. cit.*, p. 28. No original: “The law takes little account of the individual. It follows from this social character of African law that determination of responsibility is only partially based on the idea of free will... Another consequence of this social approach to law is the general failure to distinguish between public and private law, or between penal and civil law. An offense against an individual’s inheritance or his person is the concern of his entire group and the penalty for such an offense is a compensation as much as punishment”.

23 *Op. cit.*, p. 102.

24 *Id.*, *Ibid.*

25 Texto integral. A lei tem 66 artigos e substituiu a Carta Orgânica do Império Colonial Português.

soberania portuguesa (§ 1); harmonização com os princípios fundamentais do direito público e privado português (§ 2); regulação da aplicação tendo em conta o grau de evolução, qualidades morais, aptidão profissional do indígena e o afastamento ou integração deste na sociedade tribal (§ 3º).

O capítulo segundo, que trata “da situação jurídica dos indígenas”, contém seções dedicadas a 1) organização política, 2) crimes e penas, 3) relações de natureza privada, 4) tribunais e processo. Destaquem-se, no capítulo segundo (situação jurídica dos indígenas), os seus artigos sétimo e doze, o primeiro mantendo as instituições de natureza política tradicional dos indígenas, conjugadas com as instituições administrativas do Estado português, embora de forma transitória, e o segundo determinando que “os chefes de grupos de povoações e os chefes de povoação serão escolhidos, conforme os usos, pelos regedores, com aprovação das entidades administrativas locais”. Os regedores eram indígenas eleitos ou determinados por sucessão direta ou colateral, segundo os usos e costumes locais, os quais exerciam autoridade sobre as populações gentílicas, sendo normalmente remunerados (artigos 10 e 11). A obediência que lhes deviam as populações era resultante da tradição (artigo 10).

Seus poderes e privilégios, embora de acordo com os usos e costumes indígenas, podiam ser recusados quando os exercessem de modo inconveniente ou imoral (artigo 15) e eram-lhes terminantemente proibidos, sob pena de prisão ou de trabalhos públicos (artigo 17): 1) “cobrar impostos em seu proveito”; 2) “servir-se do nome da autoridade administrativa ou dos seus delegados, sem seu prévio conhecimento, para consecução de qualquer fim”; 3) “sair da área de sua circunscrição sem prévia licença da autoridade administrativa competente”; 4) “opor resistência ao cumprimento das ordens das autoridades administrativas ou incitar a ela”, 5) “proteger ou deixar de reprimir o fabrico ou a venda ilegal de bebidas alcoólicas ou tóxicas ou outros actos imorais e criminosos”; e 6) “manter encarcerado algum indígena, sem dar imediato conhecimento à autoridade administrativa”.

Como se percebe, havia regulação a respeito da permissão da observância dos usos e costumes, mas tudo sob supervisão estrita das autoridades portuguesas, de acordo e em função dos seus interesses, segundo sua moral e princípios de sua ordem pública, numa postura muito distanciada daquela da *self rule* adotada nos territórios britânicos.

Como chamou a atenção o deputado Mendes Correia durante a discussão do projeto, admitia-se “não tribunais indígenas, mas juizados municipais, em que a autoridade administrativa pode ser o juiz, mas a hierarquia, a disciplina,

estará dentro do modelo do direito civilizado, por maior atenção que em números casos mereça o direito nativo, o costume”.²⁶

Como afirmado no início, o direito africano ou os direitos africanos, sob cuja existência já não pairam dúvidas, compreende, após a independência, não apenas aquelas instituições tipicamente africanas e as normas costumeiras, mas também o direito criado pelos poderes legislativos de cada um dos países africanos. Por óbvio que a submissão dos direitos locais às soberanias externas, fazendo com que a última palavra nas questões jurídicas viesse dos centros metropolitanos europeus, como Londres, Paris, Lisboa, Bruxelas, Roma e Madrid, com seus tribunais superiores encarregados das questões coloniais, acabaram por moldar o direito indígena ou direito local africano às posturas e estilos próprios dos sistemas jurídicos europeus. Importa, assim, mesmo superficialmente, ter uma ideia das denominadas famílias do direito (expressão, como se sabe, criada por René David em seu clássico compêndio comparatista), uma síntese do qual também é apresentada por Mensah-Brown.

Assim, os países, que, por terem herdado do direito inglês instituições e *habits of legal thought*, podem por isto ser ditos como pertencentes ao sistema da *common law*, são:²⁷

- I. na África Ocidental: Gâmbia, Gana, Nigéria, Serra Leoa e Libéria.
- II. na África do Leste e Central: Quênia, Malawi, Sudão, Tanzânia, Uganda e Zâmbia.
- III. no norte da África: o Egito, durante o período em que foi governado pela Inglaterra até 1922.

Os que receberam o transplante da *civil law* (direito continental europeu ou romano-germânico) por intermédio de sub-sistemas como o francês, belga, português, espanhol, italiano e holandês (romano-holandês), foram:

I. Direito Francês

- I. Norte da África: Argélia, Marrocos, Tunísia;
- II. África Ocidental: Benim (antigo Dahomé), Costa do Marfim, Mali, Mauritânia, Níger, Senegal, Togo, Alto Volta.

26 *Apud* WILENSKI, Alfredo Hector. *La administración de justicia en África continental portuguesa*. Lisboa: Junta de Investigações do Ultramar, Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1971.

27 Esta lista foi adaptada daquela existente nas páginas 12 e 13 de Mensah-Brown. *A Kodwo. Introduction to law in contemporary Africa*, op. cit.

III. África Central: Chade, República Centro-Africana, Congo (antigo Brazzaville) e Gabão.

IV. África do Leste ou África Oriental: Madagascar, Afars and Isars (hoje, Djibuti) e Comoros.

II. Direito Belga

África Central e do Leste ou Oriental: Burundi, Ruanda e Zaire.

III. Direito Português

I. Sudeste da África: Angola

II. África Ocidental: Guiné Bissau, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde.

III. África do Leste ou Ocidental: Moçambique.

IV. Direito Espanhol

I. Norte da África: Sahara Espanhol (Rio do Ouro)

II. África Ocidental: Guiné Equatorial.

V. Direito Italiano

I. África do Norte: Lybia

II. África do Leste ou África Oriental: Antiga Somalilândia Italiana.

VI. Direito romano-holandês (*Roman Dutch*)²⁸

I. Sudeste da África: Botsuana, Lesoto, Namíbia, África do Sul, Rodésia e Suazilândia.

28 Sobre a origem e razão de tal expressão, transcreve-se, na íntegra (em tradução livre) a explicação dada por Mensah-Brown (*op. cit.*, pp. 13-4): “ROMANO-HOLANDÊS – Estes são países que, ao tempo do estabelecimento dos poderes coloniais em suas respectivas áreas, tinham adotado como leis territoriais básicas o direito civil ou romano com as modificações introduzidas pelo legislador holandês em combinação com as decorrentes dos costumes imperantes na Holanda e, também, na forma como era interpretado pelos juristas holandeses [...]. Na primeira década do século dezenove, o direito romano-holandês na África do Sul foi separado das suas raízes na Holanda, quando esta adotou o código de Napoleão. Em 1809, um código holandês, que era uma cópia virtual do código de Napoleão, foi ali introduzido. A partir de primeiro de março de 1811, o lugar do código holandês fora tomado pelo próprio código de Napoleão. Este código também foi suplantado pelo assim chamado Burgerlijk Wetboek – uma mistura de direito holandês romanizado e direito francês [...]”.

Um quadro mais recente dessas zonas de influência e dos casos de aplicação real dos direitos europeus e muçulmanos herdados, pode ser extraído de Charles Ntampaka, que, além do que chama de “direitos originariamente africanos”,²⁹ usa os seguintes títulos para diferenciá-las: I) direito muçulmano, II) família romano-germânica, III) direito anglo-americano e IV) sistemas submetidos a uma dupla influência ocidental. A partir da sua descrição,³⁰ tem-se o seguinte quadro:

(I) Direito Muçulmano

- a) Países em que é aplicado: África do Norte e alguns países da África-subsaariana, os quais também foram influenciados pelo código de Napoleão: Mauritânia, Marrocos, Argélia, Tunísia, Líbia, Egito e Sudão.
- b) Países em que exerce influência: Senegal, Níger, Mali e Chade (devido ao forte componente muçulmano das respectivas populações).

(II) Família romano-germânica

- (a) Influência do código de Napoleão: Mauritânia, Senegal, Guiné (Conakry), Mali, Burkina Faso, Costa do Marfim, Níger, Benim, Togo, Chade, Camarões, Gabão, África Central (Centrafrique), Congo (Brazaville), Madagascar, Ilhas Comoros, Ilhas Maurício e Ilhas Seichelles.
- (b) Influência do código colonial belga:³¹ Congo, Burundi e Ruanda.
- (c) Direito português: Moçambique, Cabo Verde, Guiné Bissau e Angola.
- (d) Direito espanhol: Guiné Equatorial e Sahara Ocidental.
- (e) Direito italiano: Somália (como resultado da ocupação italiana que sofreu).

29 Este autor já citado, africano e natural de Ruanda, traz uma informação mais recente sobre a situação desses direitos costumeiros (que coloca sob a rubrica de “direitos originariamente africanos”). Afirma que apesar da grande influência dos direitos europeus importados, certas regras do direito tradicional africano continuam a ter aplicação, apresentando-se cada grupo social, cada região, com um direito privado próprio, circunstância que tornaria difícil falar-se em um direito africano. Dando como exemplo o Congo, no qual existem dois sistemas de parentesco, o patrilinear (neste, os filhos seguem a linha paternal e os direitos só são reivindicados nesta linha) e o matrilinear (o parentesco decorre da mãe e as reivindicações se dão nesta linha), este autor conclui que, ao invés dessas diferenças, prefere insistir sobre os princípios que os unem, como o da busca do restabelecimento da harmonia social, tida como a finalidade do direito. (op. cit., p. 6).

30 Páginas 6 a 8 de sua citada obra.

31 Ntampaka explica que, ao contrário da França, a Bélgica não introduziu seu próprio direito, mas preferiu adotar um código específico para suas colônias, com a esperança de que servisse aos anseios das populações a que se destinava (op. cit., p. 7).

- (f) Caso especial de país não-colonizado, a Etiópia: único país africano que não sofreu a colonização, tira suas fontes especialmente do código de Napoleão, tendo nele se inspirado para uma reforma do seu direito em 1950. Mas tem como fonte também os direitos religiosos muçulmano e copta.

(III) Direito Anglo-americano

Gâmbia, Serra Leoa, Gana, Nigéria, Sudão, Uganda, Quênia, Tanzânia, Zimbábue, Zâmbia, Botsuana, Malawi, Lesotho, África do Sul e Libéria.³²

(IV) Sistemas de dupla influência ocidental

- (a) *Common law* e código de Napoleão: Camarões, Ilhas Maurício.³³ O primeiro beneficia-se tanto da influência do código de Napoleão quanto da *common law*. Camarões, por ser uma federação, resultado da união das partes outrora pertencentes à Alemanha, que foram herdadas pela Inglaterra e pela França. Ilhas Maurício, por aplicar as duas formas de direito em um código unificado
- (b) *Common law* e sistema romano-holandês: África do Sul e Namíbia, cujas populações, no entanto, continuam a aplicar os “costumes originariamente africanos”.

Conquistada a independência, deu-se continuidade aos esforços que as próprias autoridades coloniais já vinham empreendendo no sentido de achar uma solução para os problemas que o tão rico pluralismo de sistemas e tribunais representava. O desafio, sobretudo aquele constituído pela tarefa de compilar e estabelecer de maneira apropriada e confiável quais de tantos costumes com força legislativa encontravam-se ou não em vigor, passou a ser uma questão crucial também para os Estados recém-chegados à independência. Este trabalho de exação e compilação se impunha, sob pena de ter-se uma quase paralisação dos negócios que as relações humanas e inter-societárias criam a toda hora. Como bem ressalta Osinbajo, “como vai um individuo organizar seus negócios tomando por base normas que assumem diferentes significados ou feitos de tribunal para tribunal, dependendo da habilidade e/

32 O autor usa a expressão “direito anglo-americano” por conta da Libéria, que, segundo informa (p. 7), adotou a “common law” como era aplicada, à época de sua formação, nos Estados Unidos da América.

33 Esses dois países beneficiam-se tanto da influência do código de Napoleão quanto da “common law”. Camarões, explica o autor, por ser o resultado da união, sob a forma de federação, das partes outrora pertencentes à Alemanha, herdadas pela Inglaterra e pela França. Ilhas Maurício, por aplicar as duas formas de direito em um código unificado (NTAMPAKA, Charles, *op. cit.*, p. 8).

ou do conhecimento particular de um experto convocado por essas cortes ou dos meios por estas adotados para tornar certo e confiável essa variedade de microssistemas jurídicos?³⁴

Sua resposta é que a grande questão, todavia, a preocupar africanistas, juristas e antropólogos decorrente destas consolidações é que, ao ser reduzido a escrito e passando a integrar um determinado código, o costume se descaracteriza e perde sua força originária.³⁵ Tome-se, por exemplo, a grande importância que a religião assume para os africanos. Toda a sociedade é permeada por tais sentimentos e crenças, chegando-se a afirmar que não existe separação entre o mundo laico e o religioso, o que parece ocorrer de fato. Em sendo assim, na medida em que se buscou a criação de um direito novo, adaptado às novas circunstâncias trazidas pela independência, tal direito, salvo naquelas regiões de influência muçulmana, passou a ser predominantemente laico. Processa-se assim uma ruptura profunda com aquelas raízes locais, religiosas, dando como resultado uma outra espécie de norma, embora sob a denominação de direito costumeiro compilado.

34 OSINBAJO, Yemi. *Integration of the African continent through law. op. cit.*, p. 106. Este autor aludira páginas antes às consequências principais advindas de se permitir a coexistência dessa grande quantidade de normas costumeiras ao lado do direito “recebido” da Europa, que foram, além do pluralismo jurídico, sistemas jurídicos duais tripartites. Não existiam na África apenas as leis costumeiras, mas também tribunais encarregados exclusivamente de aplicar tais normas, especialmente quando as partes eram “indígenas” da localidade, o que não significava que os tribunais ditos “não-nativos” não as aplicassem também. A diferença porém, ressaltada por Osinbajo, era que nos tribunais nativos o costume era aplicado como “lei”, ao passo que nas cortes de apelação tais costumes eram aplicados como matéria de fato, sujeitos, destarte, a um processo probatório, circunstância que levou tais normas, como ressalta este mesmo autor, às quais a grande maioria da população se submetia, ao *status* de “lei estrangeira” (p. 102). Acresça-se a isto as doutrinas da “repugnância” e da ordem pública, impostas pelos poderes coloniais, quer ingleses, franceses ou portugueses. A doutrina da repugnância, exigida, sobretudo, nos territórios britânicos, acabava por se chocar com práticas muito disseminadas, principalmente por razões econômicas, como era o caso da poligamia (V. mesmo autor e obra, p. 102).

35 Partindo da experiência verificada na África do Sul, T. W. Benett (*Customary law in South Africa*. Lansdowne: Juta and Company Ltd. 2004, p. 6) afirma (em tradução livre): “Embora se acredite geralmente que a redução a escrito seja um meio transparente que permitirá aos leitores contato direto com o que antes era uma inacessível prática social, o processo da escrita produz uma mudança fundamental, tanto na forma quanto no conteúdo do material. No que concerne à forma, a mudança mais óbvia nos antigos textos do direito costumeiro foi a do vernáculo para as línguas europeias. Traduções adequadas tiveram que ser encontradas para instituições que eram muitas vezes completamente estranhas para os autores. Não obstante as tentativas para descrever o senso do original vernáculo, os termos escolhidos não podiam nunca reproduzir um exato sentido. Palavras, tais como “dote” [“bridewalth”], “valor do dote” [“brideprice”] ou “bridebarter” não podem representar plenamente, para “ilobolo” ou “ukulobola”, o significado de dar alguns animais (gado) em troca de uma esposa”.

Quando da chegada dos colonizadores, com sua introdução dos respectivos direitos na África, isto de certa forma começou a se verificar. Gonidec, tratando desta mesma questão no período colonial, afirma que “o temporal e o espiritual, o profano e o sagrado tinham-se tornado dois mundos distintos, a partir da introdução dos direitos europeus, se bem que no mundo real eles agissem um sobre o outro”. Um exemplo prático que dá é o que ocorrera com a instituição das “chefias” (*chieftance*). Estas configuravam, ao mesmo tempo, o sagrado e o profano, ou seja, os chefes africanos detentores do poder político e de mando nas suas comunidades, eram também chefes religiosos e, na medida em que, por questões ligadas à divisão do trabalho, segundo os interesses colonialistas, tiveram de ser substituídos por mão de obra julgada mais adequada, o desconhecimento ou desprezo destas qualidades pelo colonizador teve um efeito destrutivo dessa íntima relação, com reflexos óbvios nas normas jurídico-costumeiras daí derivadas. Gonidec, todavia, reconhece que, sob outro aspecto, tal ruptura teve um efeito benéfico, por livrar o direito das obrigações dos elementos nebulosos constituídos pela interferência do religioso no campo civil, ou seja, da influência que a noção do bem e do mal, ínsita na postura religiosa, tinha sobre a noção do lícito e do ilícito, contribuindo, no seu entender, para estabelecer a distinção entre ilícitos penais e ilícitos civis.

Para concluir estas breves linhas sobre o costume e sua importância no direito africano, deve-se ter em conta a reação observada nos tempos atuais à manutenção de alguns costumes que impediriam certos grupos – como, por exemplo, o das mulheres – de melhorarem sua posição de milenar subalternidade na sociedade africana. Diana Mavunduse dá notícia do *lobby* de grupos ativistas em favor dos direitos das mulheres no sudoeste da África contra o uso das leis costumeiras nos tribunais africanos, por vê-las como uma barreira ao fortalecimento da posição feminina. Embora, explica ela, o direito costumeiro seja tido como “verdadeiramente africano”, já que protege os valores e normas da sociedade africana, certas normas ainda hoje mantidas, especialmente no campo do direito hereditário, prejudicam sensivelmente as mulheres, como ocorreu em 1997 com uma zimbabuense, Venia, procedente de uma família polígama. Perdeu sua propriedade para seu meio-irmão mais jovem, simplesmente porque a Suprema Corte do Zimbábue, em lugar de uma nova lei sobre imóveis deixados em caso de falecimento, que permitia às mulheres com união matrimonial registrada ou não herdarem dos seus falecidos maridos, preferiu aplicar uma norma costumeira que dava o direito de herança apenas para membros masculinos da família. Depois desse caso, chamado de “Magaya *versus* Magaya”, os ativistas em questões de gênero desencadearam uma grande campanha de esclarecimento e um intenso *lobby* para uma maior sensibilização, tanto de homens quanto de mulheres, indo até o nível e

bases populares (*grass roots*), no que respeita ao efeito das normas costumeiras sobre os direitos das mulheres.

Este recente episódio por certo não deixa de lembrar a postura de muitos juristas quanto à validade de os africanos continuarem a se ater aos seus costumes ancestrais, de que dá conta Menski.³⁶

Despite widespread realisation that most Africans have continued to adhere to their own perceptions and practices of “indigenous” African traditions, the assumption that this is evidence of cultural backwardness and lack of “development” rather a skilfull survival-centred method of exploring sustainable legal arrangements has continued today.

Ou seja:

A despeito da generalizada constatação de que a maioria dos africanos continua com sua adesão a suas próprias percepções e práticas das tradições “indígenas”, a sensação de que isto é uma prova de retrocesso e falta de “desenvolvimento”, mais do que um habilidoso método centrado em processos de sobrevivência destinado a explorar arranjos legais sustentáveis, tem continuado nos dias de hoje.

Quer dizer, a ênfase nos costumes como uma característica desejada do direito africano, a fim de dotá-lo daquelas qualidades próprias e diferenciadoras frente ao direito herdado dos colonizadores, não seria uma boa política por representar um retrocesso. Ademais, continua Menski, não tem sido fácil para muitos juristas e antropólogos aceitar que o costume tenha o mesmo caráter do direito, a exemplo de M. D. A Freeman (*Lloyds; introduction to jurisprudence*, 2001, p. 910), para quem, “mesmo no século XX, antropólogos fazendo uso de conceitos baseados no *folk* antes que em conceitos analíticos têm se mostrado inclinados a negar que sociedades mais simples tinham direito”, visão essa que este autor, diz Menski, confessa ter sido influenciada pelo positivismo. Essa ambivalente mensagem do mundo acadêmico tem exercido uma enorme influência não apenas na opinião pública, mas também nos próprios africanos.

Este fato, somado ao impacto do colonialismo e ao peso das reformas jurídicas intentadas, estaria afetando a *psique* dos africanos, os quais, já tomados pelo sentimento de inferioridade provocado pelo discurso da globalização, de caráter eminentemente branco e eurocêntrico, e pelo fracasso das tentativas de se livrarem dos preconceitos, estariam sendo tomados do sentimento de desânimo ad-

36 MENSKI, *op. cit.*, p. 466.

vindo da impossibilidade de atingir os presumidamente *standards* globais, dado que estes se acham fundados nos “modelos e ideais brancos”. Menski esclarece, todavia, que tais sentimentos “são menos visíveis naquelas pessoas que, embora de origem africana, acham-se fora da África e, portanto, mais influenciadas pela ocidentalização das ideias em questões de direitos humanos, igualdade e demais valores uniformizantes da globalização” (op. cit., p. 467).

Mas uma outra questão, vital e pouco mencionada pelos especialistas em África, é enfatizada por este mesmo autor, com base em Kuper e Kuper (1965, pp. 17-180), de que, em sua busca de estabilidade e unidade, diante da realidade das lutas pelo poder internamente verificadas, essas teorias do direito (teoria geral do direito africano, como mencionou Menski, ou teorias do direito africano) podem vir a ser usadas como instrumentos políticos. Como tais, podem estar presentes nos debates sobre socialismo e capitalismo, bem como sobre o pan-africanismo. E como percutientemente notaram Kuper e Kuper na citação que deles faz Menski (op. cit., p. 397), a situação de mudança sofrida por esses países, passando de uma subjugação colonial para uma de independência nacional seguida da construção da soberania e da compulsão pela modernização, parece encorajar uma ênfase no império como fonte do direito.³⁷ Ou seja, ao invés do *legal pluralism* ou da *interlegality* referida por

37 Uma importante advertência feita por Kuper e Kuper, não mencionada por Menski, é que, no sistema colonialista, o pluralismo das leis não afeta o poder colonial, muito pelo contrário, só beneficia, pois facilita o domínio, conhecida regra, muito valorizada pelos antigos romanos, já que mantém a sociedade dividida. Os poderes coloniais, nesta ótica, viam desafio era na unificação dos diversos segmentos e não na secessão de um deles. Daí a conclusão desses autores de que “ao contrário, o pluralismo ameaça os Estados independentes [os novos países africanos saídos da independência, enfatizamos]. Uma resposta autoritária para manter a unidade pela força não seria de se excluir, ou sua alternativa, o uso da lei com vistas à criação de uma sociedade mais homogênea (KUPER, Hilda e KUPER, Leo (orgs.). *African law: adaptation and development*. Berkley/Los Angeles, University of California Press, 1965, p. 21). Embora a tendência, assinalada por esses autores, fosse de uma ênfase no império (leia-se no Estado, íntegro, com a submissão de todos ao império da lei, cuja produção é monopólio desse mesmo Estado), não considerando decisivas as influências da tradição da “common law” (britânica), “civil law” (francesa) ou “sacred law” (islâmica), mostram-se com muita clareza as políticas pós-independentistas dessas antigas potências coloniais, mas na direção do apoio ao pluralismo. Kuper e Kuper mostraram (p. 12) como os britânicos, por virem de uma tradição secular empírica, em que as corporações emergiram com grande autonomia, e tendo como fontes do direito não apenas o costume, mas o precedente, tiveram políticas mais acomodatórias das diversas sociedades africanas, ao contrário dos franceses, que mais do que ninguém expressam a dominante racionalidade da teoria do direito ocidental, com sua assunção do Estado como a única e última fonte do direito, dando como consequência uma certa dificuldade em reconhecer as corporações ou sociedades nativas. Quanto ao Corão, com seu “pragmatismo teocrático”, que pode admitir uma suplementação reguladora da parte do costume, sentia-se à vontade para reconhecer as corporações costumeiras africanas. Conquanto o parecer desses autores seja o de que tais influências não seriam decisivas, não se pode excluir a persistência desses modos de abordagem em relação ao pluralismo ou ao “império”, da parte dos atuais líderes africanos, reconhecendo-se, todavia, que a preferência pela postura unitarista foi o caminho até agora seguido.

Boaventura de Souza Santos (expressão e autor citados por Menski, à p. 392), em que o costume afloraria como uma das mais importantes fontes do direito africano, tem-se a predominância de postulados positivistas. Daí poder-se concluir não representar surpresa alguma a postura firme e consciente dos chefes de Estado africanos na OUA, contrária a uma autodeterminação fundada na etnia, que tem se refletido inclusive na atitude da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que, nos seus pronunciamentos, tem-se mantido fiel aos dogmas intocáveis da soberania, integridade territorial e a estabilidade das fronteiras.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, existe uma inafastável conexão entre esta questão da sobrevivência ou não do costume, de se estimular ou não sua permanência, e a questão geral da atitude dos africanos quanto à autodeterminação. Por óbvio que o pensamento dos chefes políticos das unidades estatais africanas acaba por influenciar a população como um todo, e outras observações feitas por Menski de passagem, já que sua preocupação não dizia respeito imediato aos temas objeto da presente pesquisa, confirmam o que agora se sustenta quanto a tal ligação. Ao lembrar da necessidade de se repensar aquele velho critério da “repugnância”, isto é, da instituição colonial consistente em só se aceitar aquelas práticas costumeiras que não se chocassem com o senso civilizado do colonizador, Menski lembra as observações de René David e Brierly, quanto às declarações dos chefes de Estado africanos no sentido de reabilitar as tradições jurídicas africanas, nas quais contudo, advertem, não se poderia confiar, pois, enquanto nos discursos exaltavam seu africanismo, na prática acabavam por agir em detrimento das tradições africanas tão exaltadas.

A politização da questão é evidente: o uso do costume e do pluralismo jurídico da sociedade, se assim se entenderem os grupos antiestatistas com seu profundo viés etnicista, de um lado; a reação do Estado, por intermédio dos chefes de governo e da União Africana, por outro, com sua estratégia de procrastinação de reformas que reabilitem a autoridade das antigas chefias, com poder paralelo ao Estado.

Os argumentos daquelas autoridades contra o uso das normas costumeiras era o de que isto conduziria a muito mais lealdade às unidades tribais do que ao moderno Estado-Nação. O trecho procedente de René David e Brierly (apud MENSKI) é bem elucidativo das precauções dos chefes de Estado africanos:

Se tivesse havido um desejo real de respeitar e de perpetuar as tradições jurídicas africanas, teria sido necessário... restaurar os flexíveis métodos pelos quais era aplicado e desenvolvido. Em outras palavras, uma concepção pluralista da sociedade teria que ser admitida: aos grupos que tinham desenvolvido

o costume deveria ser outorgado o poder de continuar com a administração, por que, sem isto, não poderia haver qualquer direito costumeiro. Uma vez, no entanto, que o Estado assuma o lugar do grupo original na função de articular e aplicar o costume, sua destruição é certa.³⁸

Observa-se assim certa unidade de tratamento por parte das elites africanas quanto às questões ligadas à manutenção ou não do direito costumeiro, a manutenção ou não das fronteiras herdadas do colonialismo e a da predominância da doutrina do *uti possidetis*, e da negação da autodeterminação étnica. Contra este pano de fundo, portanto, é que as novas teses hauridas da doutrina dos Direitos Humanos, mesmo em sua roupagem ou com seu sotaque africano, em sua busca de maior equilíbrio e justiça nas relações entre o Estado e a comunidade, têm de ser examinadas.

À vistas destas breves considerações sobre algumas das características mais marcantes do Direito Africano, sobre os debates em curso há várias décadas a respeito da premente questão de saber se se trata de um direito africano ou de direitos africanos, a qual gira em última análise sobre o peso marcante do direito costumeiro, poder-se-ia, a, guisa de conclusão, listar os seguintes pontos:

- O direito africano é um termo genérico especializado ou uma estrutura referencial para o fenômeno jurídico no continente africano.
- Alguns autores, em vista da grande diversidade cultural, linguística, religiosa e outras, entendem que refletiria melhor tal realidade falar em direitos africanos ao invés de direito africano.³⁹
- No direito africano sempre o costume teve grande relevância e, presente-mente, mais do que nunca, em virtude do seu uso político, não pelo oprimido povo africano, que disto não se dá conta, mas pelas elites intelectuais e políticas que se digladiam pelo poder.
- A construção do novo Estado africano pós-colonial, com suas aspirações ao desenvolvimento e a um lugar no seio da comunidade internacional em

38 *Apud* MENSKI, *op. cit.*, p. 473. O trecho citado procede das páginas 523 e 524 da edição inglesa de 1978 da clássica obra de René David e Brierly, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*.

39 Após dissertar sobre as duas correntes, a da unidade e a da diversidade do direito africano, Allot dedica uma seção de sua obra *Essay in African law* (Westport: Green Wood Press, 2 ed., pp. 65-6) à moderna importância da unidade e variedade do direito africano, vindo, todavia, a deixar bem clara a importância da unidade do direito africano (no contexto jurídico) na África moderna.

pé de igualdade com os demais Estados, implicou em medidas de transformação do costume, sua codificação ou aplicação segundo os princípios do Estado de direito ou, na expressão inglesa, *rule of law*.

- À medida que uma “crise do Estado africano” poderia estar se delineando, sobretudo na avaliação de correntes acadêmicas que entendem não ser o modelo de Estado Ocidental ou Europeu o adequado às denominadas especificidades da África, nota-se o ressurgimento, com um certo vigor, da ideia do costume como uma alternativa para novas formas organizacionais que valorizam o local sobre o universal (este, na prática, entendendo-se como o Estado), juntamente com o empoderamento das chefias étnicas.
- Etnicidade e costume aparecem assim em contraposição ao Estado westfaliano e ao primado da lei e ao princípio de que esta vale igualmente para todos. Da mesma forma, etnicidade, costume e governo das chefias tradicionais posicionam-se em oposição à unidade do Estado e ao respeito das fronteiras atuais herdadas da colonização. Costumes têm uma forte correlação com fronteiras étnicas, a lei com as fronteiras tradicionais, as herdadas da colonização.
- A ênfase no costume e, conseqüentemente, na pregação multiculturalista, que se observa atualmente em relação à África, por parte de expressivas e influentes correntes do mundo acadêmico, merece a reflexão, a partir das lições deixadas pela experiência colonial, sobre o fato de que o pluralismo da lei não afetava o poder colonial, antes só o beneficiava. O que para o colonialismo representava desafio era assim a unificação e não o pluralismo jurídico.

Referências Bibliográficas.

- AJONIO, M. A. “Comparative analysis of customary law in Africa” in OSINBAJO, Yemi et al. *Integration of the African continent through law*. Federal Ministry of Justice Law Review Series General Editor Prince Boja Ajibola (SAN)
- ALLOT, Antony. *Essay in African law*. Westport: Green Wood Press, 2 ed.,
- ALLOT, Antony and WOODMAN, Gordon R. (orgs.). *People's law and state law*. Dordrecht: Foris Publication, 1985
- BENETT, T. W. *Customary law in South Africa*. Lansdowne: Juta and Company Ltd. 2004
- COSTA E SILVA, Alberto da. “O Brasil, a África e o Atlântico no século XIX”. In *Estudos avançados*. v. 8, n. 21, São Paulo, mai.-ago. 1994. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000200003#not3

- GONIDEC, P. F. *Les droits africains. Evolution et sources*. Paris: Librairie General de Droit et Jurisprudence, 1976.
- KUPER, Hilda e KUPER, Leo (orgs.). *African law: adaptation and development*. Berkley/Los Angeles, University of California Press, 1965.
- MENSAH-BROWN, A. Kodwo. *Introduction to law in contemporary Africa*. Owerri/New York/London: Conch Magazine Limited, 1976
- MENSKI, Werner. *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- NTAMPAKA, Charles. *Introduction aux systèmes juridiques africains*. Namur, Belgique: Presses Universitaires de Namur, 2005.
- OSINBAJO, Yemi et al. *Integration of the African continent through law*. Federal Ministry of Justice Law Review Series General Editor Prince Boja Ajobola (SAN)
- OYEWO, Toriola, *African customary law in comparative milieu and related topics*. Nigeria: Jator Publishing Company, 2003
- PORTUGAL. Lei Orgânica do Ultramar (Lei n. 2066, 27 jul. 1953).
- ROULAND, Norbert (org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília, 2004,
- TAMANAH, A. *General jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- WILENSKI, Alfredo Hector. *La administración de justicia en Africa continental portuguesa*, Lisboa: Junta de Investigações do Ultramar, Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1971
- WILLIAM, Twining. *How to do thing with rules. A primer of interpretation*. London: Butterworths, 1999.