

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO

Beatriz da Consolação Mateus Buchili

**O PLURALISMO JURIDICO E A REALIDADE SOCIOCULTURAL DE
MOCAMBIQUE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof^a Dr^a Cláudia Lima Marques

Porto Alegre
2006

Aos meus pais, **Mateus Buchili**, exemplo de perseverança, e **Augusta Maria de Lurdes Cipako**, exemplo de dedicação.

Ao meu marido **Rui Seuane**, e filhos, **Ivan** e **Thando**, pelo apoio, pelo carinho eterno que incentiva nos momentos difíceis da vida e pela compreensão, sempre presente durante os anos em que me dediquei ao curso de mestrado, cujo retorno prático se traduziu no presente trabalho.

À **Professora Dr^a. Claudia Lima Marques**, que, mais do que orientadora, foi capaz de suprir minhas deficiências e auxiliar-me ao longo de todo trabalho, pelo profissionalismo e pelo incessante incentivo à pesquisa científica.

AGRADECIMENTOS

Ao Curso de Mestrado da faculdade de direito da UFRGS, que me proporcionou um ensino público e de qualidade;

Aos professores César Saldanha Souza Junior e Rosângela Lunardelli Cavalazzi, pelas contribuições quanto da banca de qualificação;

À Secretaria Denise e, em nome dela, a todos os funcionários da secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS;

Aos colegas do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo apoio e companheirismo;

À fundação Ford (Ford Foundation international Fellowships program) e The África – América Institute, pelo apoio financeiro e a oportunidade de aumentar o meu nível acadêmico, o que permitirá melhorar a minha vida, bem como contribuir para o desenvolvimento do meu país.

Enfim, a todos os que de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização deste trabalho.

O direito de família em uma sociedade pluricultural requer, caso procure-se reconhecer um direito da proteção da sua identidade cultural, uma certa *personalização* das respectivas regras para resolver os conflitos [...].

Jayme Erik¹

¹ JAYME, Erik. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003, p. 102.

RESUMO

O reconhecimento e a valorização de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos em Moçambique, bem como em outros países Africanos têm sido, nos últimos anos, uma realidade.² Isso se deve, por um lado, à grande diversidade sociocultural e jurídica dos países africanos em que coexistem ordens locais e infra-estatais (normas consuetudinárias) com o direito estatal e, por outro lado, pela inadequação do paradigma normativo Estatal vigente, imposta pela colonização com à realidade sócio-cultural.

É assim que as sociedades Africanas hoje têm optado por uma organização pluralista como forma de respeito à identidade cultural dos povos e adequação dos sistemas jurídicos a realidade sócio-cultural do país.

Segundo o professor Erik Jayme, o pluralismo é uma das novas tendências que caracterizam a cultura pós-moderna no Direito, juntamente com a comunicação, a narração, o retorno dos sentimentos e a valorização dos direitos humanos.³

Os tribunais comunitários (Lei 4/92) e a nova lei da família (10/2004) em Moçambique representam uma dessas novas tendências na medida em que são instrumentos que favorecem o acesso à justiça e ao direito ao cidadão e estão relacionados à idéia de pluralismo de fontes, da fragmentação, de comunicação através do dialogo das fontes e favorecem a garantia dos direitos humanos.

Propõe-se, assim, a análise do pluralismo jurídico como paradigma mais adequado à realidade sociocultural de Moçambique, demonstrando que os Tribunais comunitários criados pela lei 4/92 e a nova lei da família (lei 10/2004) representam o novo lugar da justiça no país, no contexto da pós-modernidade.

Palavras-chave: pluralismo jurídico, pós-modernidade, direito costumeiro.

² Como se pode constatar da análise das constituições dos novos países africanos Lusófonos: Angola, São-Tomé e Príncipe, Moçambique, Cabo-Verde e Guine-Bissau.

³ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003, p. 59.

SUMÁRIO

I. Introdução ao tema	8
II. ENQUADRAMENTO SOCIOCULTURAL DE MOCAMBIQUE.....	15
III. DESCRIÇÃO DA PESQUISA EMPIRICA	18
Parte I - Pluralismo jurídico em Moçambique	21
A) As características do pluralismo jurídico e do direito costumeiro em Moçambique..	23
1. <i>Conceito e causas do pluralismo jurídico</i>	<i>23</i>
2. <i>O Pluralismo jurídico no contexto da pós-modernidade</i>	<i>31</i>
3. <i>As características do pluralismo jurídico e do direito costumeiro em Moçambique.....</i>	<i>37</i>
B) A evolução da justiça em Moçambique e o pluralismo jurídico	46
1. <i>O dualismo jurídico e o regime do indigenato</i>	<i>46</i>
2. <i>A reconstrução do sistema judiciário e a implantação do sistema de justiça popular.</i>	<i>49</i>
3. <i>O pluralismo jurídico no período pós-independência (1990 a 2004): As visões no direito positivo.</i>	<i>54</i>
CONCLUSÃO – PARTE I	61
Parte II – O pluralismo Jurídico como paradigma Normativo mais adequado à realidade sociocultural de Moçambique.....	64
A) Os tribunais comunitários como uma prática pluralista alternativa da jurisdição estatal	65
1. <i>Características dos tribunais comunitários</i>	<i>67</i>
2. <i>A articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais</i>	<i>73</i>
3. <i>A articulação dos tribunais Comunitários com outras instâncias comunitárias de resolução de litígio.....</i>	<i>75</i>
B) Os Tribunais comunitários como instrumentos de acesso a justiça e ao direito no contexto da pós-modernidade.....	77
1. <i>Os Princípios que favorecem o acesso à justiça e ao direito nos tribunais comunitários... 77</i>	
2. <i>Análise empírica do funcionamento dos tribunais comunitários</i>	<i>81</i>

2.1. Tribunal comunitário Eduardo Mondlane	81
2.2. Tribunal comunitário do bairro do Ingonane	83
2.3. Tribunal comunitário de Paquitiquete	85
2.4. Tribunal comunitário de Natite	87
2.5. Tribunal comunitário do Bairro de Cariacó	89
Conclusões parciais do estudo empírico - parte II	92
3. <i>Experiência comparada na área de jurisdição comunitária e no sistema de acesso à justiça e ao Direito</i>	94
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	107
Anexo A – Legislação	116
Anexo B – Mapas gerais do movimento processual nos Tribunais comunitários e no Tribunal judicial da cidade de Pemba	117
Anexo C – Ilustração fotográfica	118
Anexo D – Cópia de modelo de um processo do Tribunal Comunitário de Paquitiquete	119

I. INTRODUÇÃO AO TEMA

A relevância do presente estudo assenta-se na idéia de que, na busca de uma sociedade democrática em África, que valorize os direitos fundamentais do cidadão e um Estado de direito, não se pode deixar de reconhecer a importância do direito costumeiro e dos mecanismos extrajudiciais existentes na sociedade. De fato, este tema constitui uma das grandes contribuições da sociologia para a administração da justiça.⁴ Aliás, neste domínio, a contribuição inicial pertenceu à antropologia ou etnologias social, que teve um impacto decisivo no desenvolvimento da sociologia do direito. Podem-se destacar os estudos de Evans-pritchard (1969) no Sudão, de Grilliver (1963) e Sally Moore (1970) na África Oriental, de Gluck Man (1955) e Van Velsen (1964) na África central /Austral e de Bohannan (1957) na África ocidental.⁵ Tais estudos deram a conhecer formas de direito e padrões de vida jurídica totalmente diferentes das existentes nas sociedades ditas civilizadas; direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação às restantes atividades sociais; mecanismos de resolução dos litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação ativa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes por meio de um discurso jurídico retórico, persuasivo, assentado na linguagem comum. Acima de tudo, estes estudos revelaram existência, na mesma sociedade, de uma pluralidade de direitos convivendo e interagindo de diferentes formas.

A África é um continente de pluralismo jurídico. Nele coexistem diferentes normas consuetudinárias com o direito estatal⁶. Este direito nem sempre é o mais importante na gestão dos conflitos.

De uma maneira geral, o cidadão comum, que corresponde à maior parte da população africana, recorre aos mecanismos tradicionais (tribunais comunitários, autoridades tradicionais, régulos, Líderes religiosos, etc) de resolução de litígios. Isto se deve, por um lado, à natureza fragmentada por várias etnias e culturas dos países africanos, à distância

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós - modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 175.

⁵ Ibidem.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003, v. 1, p. 48.

cultural dos sistemas judiciais impostos pela colonização europeia e os cidadãos e à grande diversidade lingüística da população. Por outro lado, o mundo contemporâneo vive a crise do Direito dogmático, havendo insuficiência e a inércia estatal que transformam em ficção a pretensão do monopólio das normas jurídicas do Estado.

O Estado se sente impossibilitado de monopolizar a feitura das normas jurídicas e não consegue fazer prevalecer suas fontes. Pelo contrário, diversas outras fontes normativas e até sistemas éticos se apresentam evadindo a esfera estatal e, às vezes, se sobrepondo a ela, criando conflitos não previstos pelo ordenamento estatal. Conseqüentemente, aparecem novas esferas normativas paralelas ao direito do Estado, dando origem ao chamado pluralismo jurídico. Como refere Uche (1999, p. 275 e ss) citado por Jayme, "a pluriethnicidade está na base da constituição dos ordenamentos jurídicos plurilegislativos em quase todos os estados africanos".⁷

É preciso reconhecer que o Direito não se limita mais a dizer como funcionam as relações jurídicas; ao contrário, inclui um vasto número de possibilidades para os próprios sujeitos sociais dizerem qual será o Direito ou os direitos a regular as relações jurídicas. O Direito pós-moderno⁸ já não pode mais evitar a reintegração da dimensão social, pois os grupos sociais estão direcionados seus empenhos na construção da norma ou, pelo menos, assegurando a sua aplicação.⁹ Este desenvolvimento, que coloca em crise a idéia de um Direito uniforme e universal comum a todos os homens, corresponde à base filosófica da idéia pós-moderna, a qual favorece e protege sempre mais a pessoa nas suas manifestações externas, isto é, no âmbito da sociedade.¹⁰

É assim que o pluralismo jurídico hoje está a ser introduzido paulatinamente nos sistemas jurídicos dos novos Estados africanos.¹¹

⁷ Ver Uche. Conflict of law in a multi: Ethnic Setting – lesson from anglophone África, Recueil des cours, vol, 228, (1991-III), p. 275 e seg.- Citado por Jayme Erik . Sociedade Multicultural e novos desenvolvimentos no direito Internacional privado, cadernos de pós-graduação, vol I, 2003, p. 96

⁸ JAYME, Erik. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, p. 93-103, mar. 2003.

⁹ BARROS, Daniela Madruga Rego. Pluralismo jurídico uma questão de fato ou de direito? *Revista da Esmape*, Recife, v. 9, n. 1, p.185-222, jul. /dez. 2004.

¹⁰ JAYME, Sociedade..., p. 96.

¹¹ Como se constata na reforma dos sistemas da administração da justiça e das legislações dos novos países Africanos.

A importância da discussão sobre o pluralismo jurídico como paradigma normativo do direito moçambicano é plenamente justificada, porquanto o modelo jurídico estatal vigente (unitário) no país nunca desempenhou a sua função primordial, qual seja a de recuperar os conflitos do sistema institucionalmente, dando-lhes respostas que restaurem a estabilidade da ordem estabelecida, na medida em que o modelo instituído se apresenta insuficiente e inadequado para dar conta das suas funções. Pelo contrário, os mecanismos extrajudiciais informais de resolução de conflitos, mais concretamente os Tribunais comunitários, autoridades tradicionais, liga dos direitos humanos, líderes religiosos, têm desempenhado um papel relevante na gestão dos conflitos no nível das comunidades quer na zona urbana, quer na zona rural.

Daí a relevância do tema abordado, tendo em vista a prioridade, hoje, de se questionar, responder e reconhecer as mais diversas e crescentes manifestações normativas não estatais/informais existentes em Moçambique, apontando, ainda, as iniciativas de reformas que incluam sistemas tradicionais de justiça, colocando-as dentro ou fora das estruturas legais.

Em verdade, Moçambique, por possuir uma posição estratégica da costa oriental de África, tem sido, ao longo dos tempos, ocupado por muitos povos, apresentando um enorme mosaico de indivíduos de diferentes origens e culturas: africanos (negros e místicos), árabes, indianos, europeus, etc. Os povos africanos que habitam atualmente em Moçambique são incluídos no grande grupo dos *Bantu*, que povoa quase toda a África a Sul do Saara. Dentro deste grupo, há muitas subdivisões, ou etnias. **Tongas**; constituído pelos seguintes subgrupos: changanas, Chopes, Tsuas e Rongas (ou Tsongas em Inglês) chamam-se a si próprios de Vatsongas (plural) ou Mutsinga (singular). Praticam a agricultura e a pastoreio. Foram os primeiros a emigrar para as minas da África do Sul no século XIX. Hoje estão presentes na província de Maputo, e em Gaza.¹² **Batongas** ou **Bitongas**: são, em geral, incluídos entre os Chopes. São os denominados Muchopes, **Angones** ou **Macuas**: este grupo é constituído pelos seguintes subgrupos: Lomues, Chacas, Medos, Macondes, Podzos, Acherinas e outros. Os Macuas –Lomues constituem a mais numerosa etnia de Moçambique (cerca de três Milhões de pessoas). Estão espalhados pela Tanzânia, Malawi, Madagascar, Ilhas Seychelles e Maurícias, devido ao tráfico de escravos. Os **Macondes**, muito conhecidos pelas suas esculturas, situam-se ao norte de Moçambique. Os **Nhanjas** é um grupo constituído pelos

¹² Ver sobre o assunto: <http://imigrantes.no.sapo.pt/page2.MocEt.html>-Acesso em: 30 set. 2006

seguintes subgrupos: Ajuda, Senga, Maganja, Auguro, Vanhangués e Atande. E, por último, os **Swahilis**, que se localizam na região de Quionga e Quelimane, no centro de Moçambique, embora existam algumas comunidades mais a Sul de Moçambique. Trata-se de populações africanas islamizadas, cuja cultura se estende ao longo de toda a costa oriental de África até Moçambique, incluindo os Camarões e Madagascar. Foram os introdutores do islamismo nesta região. Tiveram sua época de maior florescimento no século XVI.¹³

Como se pode verificar, bastante complexa é a diversidade étnica do povo moçambicano, com cada um desses grupos étnicos possuindo línguas e normas de regulação próprias que muitas vezes coexistem e entram em conflito entre si e com o direito estatal.

Dessa população, 60% não sabem ler, nem escrever, sendo o nível de analfabetismo, no sexo feminino, bastante superior (74,1%) em relação ao sexo masculino, que é de 44,6%. Está na origem dessa situação a prioridade estabelecida pelos genitores para a educação dos filhos, em detrimento de filhas.¹⁴ Estima-se, ainda, que 69% da população se encontram abaixo do nível da pobreza absoluta, sendo a pobreza maior nas zonas rurais (71%) que nas zonas urbanas (62%).

O que se oferece aos cidadãos em Moçambique, tendo em conta os fatos apresentados, em matéria de prestação jurisdicional, é um serviço totalmente desvinculado da realidade cultural do cidadão, burocratizado ao extremo para uma população com um índice de analfabetismo elevado, caro para a capacidade econômica da maioria dos cidadãos e lento. Na impossibilidade do acesso à justiça formal, muitos cidadãos inconformados recorrem a meios extralegais de solução de seus conflitos.

Por tudo isso, o presente estudo tem por objetivo analisar a proposta do pluralismo jurídico como paradigma adequado à realidade sociocultural de Moçambique no cenário da insuficiência do Direito estatal na solução dos conflitos presentes na atual realidade jurídica do país¹⁵, e no contexto da pós-modernidade.¹⁶

¹³ Ver sobre o assunto: <http://imigrantes.no.sapo.pt/page2.MocEt.html>. Acesso em: 30 set. 2006

¹⁴ Disponível em - <http://www2.CBR.UCP.pt/historia/abecedario/lingua/mocambique/mocambique.htm>. Acesso em: 3 nov. 2006.

¹⁵ Segundo conclusões chegadas numa pesquisa efetuada sobre o sistema de justiça em Moçambique, realizada pelo Centro de Estudos Africanos (CEA) da Universidade Eduardo Mondlane, em parceria com o Centro de Estudos Sociais (CES) da Faculdade de Economia de Universidade de Coimbra, há distância dos tribunais judiciais da generalidade dos moçambicanos devido: à inadequação da lei escrita à realidade moçambicana; à

Em sua estrutura, além da introdução e das conclusões finais, o trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte do trabalho, serão analisados o pluralismo jurídico e o direito costumeiro em Moçambique, a partir das suas características (parte A), e sua caracterização na evolução da justiça em Moçambique (B).

No tocante às características do pluralismo jurídico em Moçambique, serão feitas algumas considerações preliminares, tais como o conceito e as causas do pluralismo jurídico em geral, bem como o pluralismo jurídico no contexto da pós-modernidade. Nas considerações preliminares, será abordada a origem da idéia do "pluralismo jurídico", apresentando a forte corrente (juridicidade policêntrica) que sustenta a tese de que, nas sociedades pós-modernas, coexistem vários sistemas jurídicos informais com o direito estatal. O pluralismo jurídico está vinculado à idéia da existência, no mesmo espaço geopolítico, de mais de uma ordem jurídica. Para entender o significado, serão analisados os posicionamentos de vários teóricos sobre a conceituação do pluralismo jurídico e suas causas.

Na contextualização da pós-modernidade, serão abordadas, ainda, as novas tendências culturais e a sua influência no direito, por meio das principais características apontadas por Erik Jayme, como o pluralismo, a comunicação, a narração, e o que ele denomina de "*l'ê retour des sentiments*", sendo *leitmotive* da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos e seus reflexos em alguns ramos do direito, como o direito internacional público, direito comparado, direito civil, direito constitucional e direito do consumidor.

Entre as características apontadas por Jayme, está o pluralismo como sendo o reconhecimento da diversidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal á maneira própria de ser. A Constituição de Moçambique prevê o pluralismo jurídico como um dos princípios fundamentais (artigo 4º), reconhecendo os vários sistemas normativos e de

desconfiança sobre o funcionamento dos tribunais judiciais; à cultura jurídica escrita de vencedor/vencido e de sanção, contra uma cultura local de reconciliação; e à compreensão sobre as decisões dos tribunais pela população, como o destino das multas ou do pagamento da caução, etc. (SANTOS, Boaventura de Sousa; JOSÉ, Cristiano André; TRINDADE, João Carlos; PEDROSO João. *Caracterização do desempenho dos tribunais: um roteiro dos bloqueios do sistema judicial: conflito e transformação social*, Porto: Afrontamento, 2003, p. 605-610).

¹⁶ A pós-modernidade esta vinculada à idéia da crise da variabilidade do nosso tempo e do nosso direito, da sociologia, à globalização, ao neoliberalismo, ao estágio atual do capitalismo tardio ou multinacional, à era do vazio, do individualismo exacerbado e da busca de soluções individuais para problemas coletivos e à descrença nas metanarrativas. Ver MARQUES, Claudia Lima. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 764, 1999. Ver também JAMESON, Fredric. *Posmodernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio*. São Paulo: Ática, 1996.

resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da constituição. Este fato determinou o reconhecimento dos tribunais comunitários (lei 4/92) como parte integrante da organização judiciárias (n. 2 do artigo 223) e a criação da nova lei da família (lei 10 /2004), dando o devido reconhecimento e tutela jurídica a modelos de constituição de família que se regem pelo direito costumeiro. Posto isso, far-se-á referência ao pluralismo jurídico e ao direito costumeiro em Moçambique. Não cabe aqui fazer uma análise exaustiva, por isso, limitar-me-ei a referir algumas especificidades mais marcantes. (pluralismo jurídico interno e justiça comunitárias) que sirvam para a compreensão do pluralismo jurídico atual.

Por fim, concluindo a primeira parte, será feita uma abordagem sobre a evolução da justiça em Moçambique. Serão analisados o pluralismo jurídico nas diferentes fases da evolução da sociedade moçambicana (colonial, pós-colonial) e o direito positivo pós-colonial, que menciona expressamente a aceitação do pluralismo jurídico no sistema jurídico moçambicano, tanto no nível constitucional, quanto no infraconstitucional.

Na segunda parte deste trabalho, será analisado o pluralismo jurídico como paradigma normativo mais consentâneo com a realidade sociocultural de Moçambique, subdividindo-se em duas partes. Na primeira parte (A), abordam-se os tribunais comunitários como uma prática pluralista alternativa da jurisdição estatal, suas características fundamentais e sua articulação com outras instâncias de resolução de litígios.

Os tribunais comunitários serão caracterizados a partir da lei que os cria, lei 4/92, de 6 de maio, e pela análise empírica do seu funcionamento. A falta de regulamentação da lei que cria os tribunais comunitários não nos permite definir com segurança as suas características estruturais e funcionais, mas, pela análise prática, pode-se constatar que eles são instituições híbridas em que se combinam características de justiça oficial e da justiça não-oficial.

Na última parte do trabalho, no item (B) da segunda parte, será feita uma abordagem dos tribunais comunitários como instrumentos de acesso à justiça e ao direito, no contexto da pós-modernidade. Serão analisando os princípios que favorecem o acesso à justiça e ao direito nos tribunais comunitários, a partir da constatação de que os critérios que orientam o processo no tribunal comunitário (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual

celeridade e conciliação) representam princípios que devem ser respeitados e seguidos, de modo a facilitar e favorecer o acesso do cidadão em juízo e a defesa justa dos seus direitos.

Posteriormente, apresenta-se uma pesquisa de campo que foi realizada em cinco tribunais comunitários (Eduardo Mondlane, Ngonane, Cariacó, Natite e Paquitiquete) e em um tribunal judicial de nível distrital, situados na cidade de Pemba, na província de Cabo-Delgado no norte de Moçambique, na qual foi feito entrevistas a cinco juizes dos tribunais comunitários e juiz de direito do tribunal judicial distrital e analisados 50 processos - dez processos em cada um dos tribunais comunitários. Pudemos, então, comprovar que os tribunais demonstram uma tendência positiva de integração dos usos e costumes no ordenamento jurídico moçambicano e que o pluralismo jurídico é o mais adequado à realidade sociocultural do país.

Para finalizar o trabalho, será analisada a experiência comparada na área de jurisdição comunitária e no sistema de acesso à justiça e ao direito em países africanas (África do Sul, Quênia, Uganda, Namíbia e Cabo-Verde) e latino-americanos (Brasil e Colômbia), a partir da constatação de que há uma tendência nos países em análise a reconhecer que os tribunais judiciais não têm o monopólio de justiça, bem como a valorizar as diferentes formas de justiça comunitária existentes e a necessidade de sua articulação com os tribunais judiciais.

Encerra-se este trabalho com uma conclusão geral, em que se sugere pluralismo jurídico como paradigma adequado ao sistema normativo e de administração de justiça em Moçambique, por meio da articulação dos tribunais judiciais e outras instâncias de resolução de conflitos extrajudiciais. Deve-se procurar combinar, numa síntese criadora, elementos de uma justiça formal, técnica e profissionalizada com elementos de uma justiça caracteristicamente comunitária, informal, desburocratizada e baseada no senso comum, comprovando que os Tribunais Comunitários, como base do sistema da administração da justiça nos termos da Constituição da República, representam a jurisdição ao alcance da população no contexto da pós-modernidade e estão consolidando um novo lugar no sistema de justiça em Moçambique.

II. ENQUADRAMENTO SOCIOCULTURAL DE MOCAMBIQUE.

Para um entendimento do pluralismo jurídico em Moçambique e das suas dinâmicas políticas, econômicas, culturais e sociais, é importante efetuar o seu enquadramento sociocultural.

Situado na Costa Oriental da África, fazendo fronteira com a Tanzânia ao norte, com o Malawi, Zâmbia e Zimbabwe a oeste, e com a África do Sul e Suazilândia ao Sul, Moçambique é banhado pelo Oceano Índico ao leste. A extensão da Fronteira é de 4.330 Km². É composto por dez províncias, nomeadamente: Niassa, Cabo-Delgado e Nampula, ao norte; Zambezia, Tete, Manica e Sofala, ao centro; Inhambane, Gaza e Maputo, ao sul. O território cobre uma superfície de 799.380 quilômetros quadrados, dos quais, 786.380 quilômetros quadrados são de superfície de terra firme e 1.300 quilômetros quadrados são de superfície das águas interiores.

O país tem um relevo em forma de escadaria, pois o planalto central que caracteriza a África Austral termina em forma de escarpa, da qual a superfície desce gradualmente até atingir a planície litoral que, em Moçambique, chega ao maior desenvolvimento em largura, ocupando cerca de 40% do território moçambicano. Esta planície litoral tem o seu maior desenvolvimento na metade sul do país com altitudes que não ultrapassam a 200 metros. A zona dos planaltos, com altitude em 200 a 300 metros, tem o seu maior desenvolvimento no centro e norte do país. A zona montanhosa, com altitude superior a 1.000 metros, ocupa cerca de 13 % do território, em reduzidas áreas das províncias de Manica, Tete, Zambezia, Nampula e Niassa.¹⁷

Quanto ao clima, Moçambique possui, em todo o seu território, um clima tropical. Em algumas áreas, verificam-se pequenas diferenças devidas ao fraco relevo e à ação de correntes quentes provenientes do canal de Moçambique, que influenciam todo o litoral.

¹⁷ Segundo o Bureau de informação pública disponível em – bip@bip.gov.mz – Acesso em 15 out. 2006.

Quanto à situação populacional, o país possui um total 16.840.652.000 (1999) habitantes, 48% (8.083.083) são homens e 52% (8.757.569) mulheres, com uma densidade populacional 20hab/km². Treze por cento da população é urbana, e 87% , rural.¹⁸

As principais religiões são católica, islâmica, protestante, zione, hindu e bahai. A religião católica é a denominação religiosa com maior expressão (28,8 %), tanto nas áreas urbanas quanto nas áreas rurais, mas a percentagem é superior nas áreas urbanas. Mas as pessoas sem religião estão quase compartilhando a mesma percentagem (23,1%), com as de religião católica. As pessoas que se declaram sem religião estão, em sua maioria, nas áreas rurais.¹⁹

A diversidade lingüística de Moçambique é uma das suas principais características culturais. Embora a língua portuguesa seja a língua oficial do país (artigo 10 da CRM de 2004), existe uma enorme diversidade de idiomas. Para a maioria da população, estes idiomas nacionais constituem a sua língua materna e a mais utilizada na comunicação diária.²⁰

Mais de três quartos da população moçambicana se encontram em estado de pobreza absoluta, sendo discriminados em quase todos os níveis sociais.²¹ Muitos vivem à margem e não têm influência na economia formal. Problemas de guerra e calamidades naturais foram responsáveis pelas grandes migrações para as cidades e zonas urbanas, estando atualmente a população deslocada em reassentamento.

Em geral, as mulheres têm uma condição inferior, e, mesmo nas comunidades matrilineares (norte do rio Save), os homens é que gerem o poder.

Quanto ao sistema político, segundo a Constituição de 2004, Moçambique é um Estado de democracia, multipartidária, liderado por um presidente (Emilio Guebuza), eleito por sufrágio universal.²²

¹⁸ Segundo o Bureau de informação pública (BIP) disponível em < bip@bip.gov.mz > – Acesso em: 15 out. 2006.

¹⁹ II recenseamento geral da população e habitação: Indicadores sócio-demográficos de Moçambique, censo 97, 1999, p. 44

²⁰ II recenseamento geral da população, censo 97, p.38-40.

²¹ BIP, disponível em <<http://www.bip.gov.mz/popul.htm>> Acesso em 15 out. 2006

²² Ver MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique*. 2004.

A Frente de Libertação de Moçambique (FRELIMO), fundada por Eduardo Mondlane, que, que dirigia a luta de libertação até a independência, em 1975, formou o governo em regime de partido único, tendo como tarefas: consolidar a edificação da nação, reconstruir e desenvolver a economia, eliminar a discriminação racial e tribal, criar redes racionais de ensino, saúde e justiça. Samora Machel foi o primeiro Presidente da República, posto que ocupou até a sua morte, em 1986, quando Joaquim Chissano, até então Ministro dos Negócios Estrangeiros foi investido como Presidente da República, cargo para o qual viria a ser reconduzido pelas primeiras e segundas eleições gerais multipartidárias de 1994 a 1999.²³

Mudanças na conjuntura mundial e regional e a conscientização de valores individuais levaram o governo a começar um processo de transformação e reconstrução da sociedade moçambicana, que foi consubstanciado na adoção da nova constituição multipartidária, em 1990. Conseqüentemente, em 1994, realizaram-se as primeiras eleições gerais por sufrágio universal direto, secreto e pessoal, em outubro.

A realização das segundas eleições gerais, em 1999, veio a fortalecer a democracia vivida no país. Nestas, Joaquim Chissano, como acima foi referido, foi reconduzido à Presidência da República, sendo que a FRELIMO controla a bancada majoritária no Parlamento.

Após a realização das terceiras eleições gerais, em 2003, foi eleito o Presidente Armando Guebuza, do Partido FRELIMO, tendo sido o segundo principal candidato Afonso Dhlakama, presidente do maior partido opositor, Resistência Nacional Moçambicano (RENAMO)²⁴.

²³ Sobre o assunto ver Bureau de informação pública – <<http://www.bip.gov.mz/popul.htm>> Acesso em: 15. out. 2006.

²⁴ O sistema partidário em Moçambique atesta a bipolarização do sistema político, sendo dominado pelos partidos políticos que representem os dois contendores da guerra civil moçambicana: a FRELIMO e a RENAMO. O aparecimento de novas forças políticas relevantes é dificultado pela existência de um limite à entrada de partidos na Assembleia da República, só estando representados os partidos que somem 5% do total de votos válidos em nível nacional. Este limite também encoraja a formação de coligações entre o grande

III. DESCRIÇÃO DA PESQUISA EMPIRICA

De Julho a Setembro de 2006, teve a oportunidade de retornar a Moçambique, com a bolsa da Fundação Ford (Ford Foundation International Fellowships Program)²⁵. Lá efetuei uma pesquisa em cinco tribunais comunitários e em um tribunal judicial de nível distrital²⁶, situados na cidade de Pemba, província de Cabo Delgado, no norte de Moçambique.²⁷ Em virtude de o tema principal da minha dissertação ser a articulação ou conflito, harmonia e complementaridade entre os tribunais oficiais e os tribunais comunitários, foi necessário limitar as minhas entrevistas a apenas cinco tribunais comunitários, nomeadamente: Eduardo Mondlane, Natite, Ingonane, Paquitiquete e Cariacó, por se situarem na zona urbana próxima da justiça formal, que é a cidade de Pemba, jurisdição do Juiz Presidente do Tribunal distrital Atanásio Nkata. Este fato reduz as minhas 6 entrevistas (um juiz de direito e cinco juizes comunitários) e o exame de apenas 50 casos submetidos aos tribunais comunitários no período de Janeiro a agosto de 2006. De forma, em todos os caso examinados, os conflitos sociais ocorrem na mesma região do único tribunal judicial em referência, sendo solucionados pelos tribunais comunitários.

A seleção dos tribunais teve em conta os seguintes critérios: o primeiro, já referenciado, é a proximidade entre os tribunais comunitários e a justiça formal, por se situarem nos arredores da cidade, o segundo é o contexto institucional de funcionamento desses tribunais, em especial, as redes e os fluxos existentes com o tribunal judicial e outras instâncias de resolução de litígio existentes na cidade (autoridades tradicionais, gabinete jurídico da mulher, policia e sedes dos bairros).

número de partidos menores, no intuito de franquear dos 5% . Das várias coligações que têm participado em atos eleitorais, merece relevância, pelo seu sucesso, a Rernamo-EU (Renamo – União Eleitoral).

²⁵ Agradecemos à Fundação Ford (The África América Institute), que propiciou nossa bolsa de estudo para estudar na UFRGS e para as entrevistas e recolha de dados em Moçambique.

²⁶ Optou-se apenas por um tribunal judicial, pelo fato de ser o único Tribunal judicial de nível distrital existente na cidade de Pemba., que funciona ou deveria funcionar em articulação com os Tribunais Comunitários.

²⁷ Cabo-Delgado situa-se a norte do país, tendo como limites, a norte, o Rio Rovuma, que faz fronteira com a Tanzânia; ao sul, o Rio Lúrio, que a separa da Província de Nampula; a leste, o Oceano Índico; e oeste, a Província do Niassa. A província é habitada predominantemente pelos grupos étnicos Maconde, Macua e os Mwani. O centro urbano mais importante é Pemba, uma cidade histórica situada na baía com o mesmo nome, a terceira maior do mundo, que constitui também, um importante centro turístico. Para norte, ao longo de 200 km de costa, estende-se o arquipélago das Quirimbas, constituído por 32 ilhas, destacado pela sua importância histórica, beleza natural, magníficas praias, e pela ilha do Ibo, que no passado foi um importante centro comercial, primeiro dominado pelos árabes e depois pelos Portugueses.

A recolha de dados foi feita com recurso aos seguintes métodos: observação sistemática, entrevistas não-estruturadas e análise documental.²⁸ Quanto à observação sistemática, foi observado, durante o período em análise, o funcionamento dos cinco tribunais, desde a recepção dos casos até as sessões de julgamento, a fim de constatar suas características de funcionamento, os litígios mais frequentes e o tipo de decisão, bem como sua articulação com outras instâncias de litígio. Nesses tribunais, foram entrevistados os Juizes Presidentes e analisados 50 processos (10 processos selecionados aleatoriamente em cada tribunal), dos quais cinco foram transcritos para o presente trabalho.²⁹

Como os tribunais comunitários não têm registro exato da quantidade de casos que tramitam nos tribunais nem discriminação do tipo de casos a eles remetidos, foi feita uma análise qualitativa, mas o trabalho não descarta de dados quantitativos³⁰. Isso para dispor de mais elementos que propiciem avaliações com maior referência sobre a importância desses órgãos na sociedade moçambicana, em especial, junto às camadas socialmente menos privilegiadas e antes sem acesso às instâncias oficiais de administração dos conflitos experimentadas em suas vidas cotidianas.

O Objetivo foi comprovar que os tribunais comunitários são instrumentos eficientes para bem solucionar os problemas sociais numa sociedade como a moçambicana-heterogênea, fragmentada e pluriétnica. Não foi possível, porém, comparar todas essas soluções com as soluções que seriam dadas pelos tribunais judiciais, por falta de tempo.

Durante a pesquisa, examinamos também casos que não foram totalmente solucionados pelos tribunais comunitários e, por isso, foram remetidos ao tribunal judicial. Ocorre que os mesmo recebem aí, atualmente, um tratamento processual diferente daquele da justiça comunitária, e inicia-se o processo com procedimentos da justiça formal. Sugere-se,

²⁸ Aqui seguiremos, sobre os problemas, perigos e possibilidades das entrevistas e avaliação de documentos como método de pesquisa em Direito, as orientações de SABADELL, Ana Luisa. *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149-154.

²⁹ Todos os casos que se apresentam neste trabalho estão transcritos tais como constam nos processos.

³⁰ Os dados foram adquiridos com a ajuda dos Juizes Presidentes, que possuíam os registros em cadernos pessoais. Daí a necessidade de se estabelecer um padrão de banco de dados mínimo a ser adotado pelos tribunais comunitários, a fim de estes, alimentando este banco de dados ao longo de um período razoável de tempo, possam fornecer a todos os que atuam no sistema da justiça comunitária termos de comparação para, por exemplo, fixar critérios de produtividade e estabelecer estratégias de atuação. Sem este banco de dados uniforme, não há como apurar as informações e diagnosticar os problemas com exatidão.

então, neste trabalho, melhor articulação entre estes tribunais, em que o segundo possa aproveitar as provas e os documentos da justiça comunitária, em um verdadeiro diálogo de colaboração em tempo pós-moderno.

Em verdade, ao estudar os tribunais comunitários conclui pelo necessário diálogo das fontes, - fontes costumeiras (direito não-escrito) ou fontes narrativas, segundo professor Erik Jayme,³¹ e fontes de vigência ou direito oficial (direito escrito). A convivência e coordenação destas fontes seria, segundo Erik Jayme, a maneira de garantir eficácia nas soluções³², daí a necessidade de articulação entre os tribunais judiciais e comunitários.

³¹ JAYME, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne, *recueil des cours*, Hays, v.2, 1995, p.59.

³² *Ibidem.*, p.60

PARTE I - PLURALISMO JURÍDICO EM MOÇAMBIQUE

A idéia principal deste capítulo é demonstrar que os tribunais comunitários de Moçambique são, em verdade, um exemplo do pluralismo judicial, que, segundo o mestre Erik Jayme, é típico de nossa época pós-moderna, caracterizada por esse pluralismo jurídico, especialmente nos países ex-colônias.³³ Para comprovar a nossa hipótese, trataremos inicialmente de caracterizar o pluralismo em Moçambique, dividindo a nossa análise em considerações iniciais sobre o conceito e a causa do pluralismo jurídico em geral e o pluralismo jurídico no contexto da pós-modernidade, depois, na característica do pluralismo jurídico e do direito costumeiro em Moçambique.

Em um segundo momento, analisaremos o pluralismo jurídico, no período colonial ao período pós-colonial, e o direito positivo pós-colonial que mencione expressamente este pluralismo (em nível constitucional) ou que seja um resultado da aceitação desse pluralismo intrínseco, em Moçambique (em nível infraconstitucional). Nossa idéia básica é comprovar que, lentamente, esta noção de pluralismo jurídico foi sendo aceita e introduzida na legislação de Moçambique e alcançou sucesso justamente por adaptar-se melhor ao pluralismo pós-moderno e ao desta sociedade em particular, fragmentada por várias etnias e culturas, unida em sua totalidade e possibilidades.³⁴

Como ensina Goffredo Telles Júnior, pluralismo jurídico pode ser entendido como um direito cuja fonte não é apenas estatal, mas comunitária, do povo e de grupos deste povo.³⁵ No caso de Moçambique, esta visão radical de pluralismo não é necessária – se bem que utilizada

³³ Sobre a influência do direito do poder colonial sobre o direito das ex-colônias, veja MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. In: VOLKMER, José Albano et al. (Org). *Retratos da cooperação científica e cultural: 40 anos de Instituto Cultural Brasileiro-Alemão.*, p. 219-254.

³⁴ Como afirma Boaventura de Sousa Santos, o novo paradigma deve unir o local e o total: "No paradigma emergente o conhecimento é total, mas sendo total, é também local. Mas sendo local, o conhecimento pós-moderno é também total porque reconstitui os projetos locais. É um conhecimento sobre as condições de possibilidade. As condições de possibilidade da ação humana projetada no mundo a partir de um espaço-tempo local."(SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 76-77).

³⁵ Assim TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 388-389: "Juristas eminentes, seguindo a mesma orientação, defenderam a doutrina da estatalidade. Jhering, por exemplo, definiu o direito: 'complexo das condições de existência da sociedade, asseguradas mediante coação externa do poder do Estado e sustentou... o *Estado é a única fonte do direito*'(Ibidem, p. 388)."Contra o monismo desses autores, que só consideram como direito o sistema legal posto pelo Estado, levantaram-se os

por Boaventura de Sousa Santos -, pois, em Moçambique, tanto a lei de Família (lei 10/92), quanto a dos tribunais comunitários (Lei 4/92), incluíram este direito "não-estatal" ou comunitário/étnico/popular/consuetudinário no *mainstream* do direito estatal e positivo. Assim, supera-se a separação rigorosa entre a sociedade política e a sociedade civil, o quotidiano das pessoas na sociedade; a justiça oficial não é mais a única instância de resolução de conflitos.³⁶ Neste diálogo, a fonte estatal absorve positivamente a fonte comunitária ou popular, aceitando o pluralismo.³⁷ O exemplo da Lei de família será suficiente.

A nova lei da família, lei 10/2004, de 25 de Agosto, com vista à sua adequação à Constituição e à realidade sociocultural do país (preâmbulo da lei)³⁸, introduziu, por exemplo, ao lado do casamento civil, o casamento religioso e o tradicional (art 16 e 17), atribuindo a estes a mesma eficácia e efeitos do casamento civil e dando o devido reconhecimento e tutela jurídica a modelos de constituição de família, que se regem pelo direito costumeiro.

Segundo as conclusões a que se chegou num estudo de campo³⁹ realizado no distrito do Ile, na província da Zambezia, no centro do país, em Setembro de 1998, de acordo com os dados obtidos no espaço de 5 anos, verificou-se uma média anual de 1.000 casamentos segundo os usos e costume, seguidos de casamento religioso, contra uma média de 2 casamentos no registro civil. No distrito de Manjacaze, na província de Gaza, ao sul de

teóricos do pluralismo jurídico, sustentando que, ao lado do direito do Estado ou sem o direito do Estado e mesmo contra o direito do Estado, existem ordenações jurídicas múltiplas." (Ibidem, p. 388-389).

³⁶ Aqui utilizo os ensinamentos sobre o modelo estatal de HESPAÑA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998, p. 32, cujo perfil é: "a separação rigorosa entre 'sociedade política'(a polis, i.e., o Estado e suas instituições munidas de imperium) e a 'sociedade civil'(o quotidiano e seus arranjos 'privados', contratuais, de poder); distinção da natureza dos poderes...(poderes públicos ...poderes privados)...a instituição de uma série de mecanismos de mediação..a identificação do direito com a lei...a instituição da justiça oficial. Como a única instância de resolução de conflitos."

³⁷ Veja sobre o tema, citando justamente Hespanha, BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50 et seq.

³⁸ "A reforma da Lei da Família é uma necessidade que se vem impondo ao longo dos anos como prioridade cada vez mais premente. Desde cedo, resultou nítida a desconformidade da lei vigente com a constituição, mas também com a realidade sócio-cultural do país. E tendo em vista adequar a Lei da família vigente à Constituição e aos demais instrumentos de Direito internacional, e conseqüentemente eliminar as disposições que sustentam a desigualdade de tratamentos nas relações familiares, no respeito pela moçambicanidade, pela cultura e identidade própria do povo moçambicano [...] - Preâmbulo da lei da família, (Lei 10/2004 de 25 de Agosto).

³⁹ Ver relatório preliminar da Sub-comissão de Reforma do Direito de família e das Sucessões de Moçambique, 1999, p 15-16

Moçambique, dos 638 casamentos civis realizados, todos eles foram precedidos da realização de casamento segundo os usos e costume locais⁴⁰.

Este fato demonstra claramente que o casamento costumeiro continua a ter uma forte implantação no país. Por outro lado, importa ter presente que as pessoas, ao constituírem família com base em regras costumeiras, consideram-se casadas e, como tal, são consideradas no meio social a que pertencem, não sentindo, por isso, qualquer necessidade de praticarem quaisquer outros atos jurídicos para que a sua união tenha devido reconhecimento. Segundo Sacramento, é esta realidade que importava ser tutelada por via jurídico-legal.⁴¹

Como afirma Goffredo Telles Júnior:

O que se quer, num país, não é, certamente, o império de um *Direito Artificial*. O que se quer é a ordenação de um direito autêntico, ou seja, de um direito *não artificial*; de um Direito simplesmente *natura l.*⁴² (grifo nosso)

A) As características do pluralismo jurídico e do direito costumeiro em Moçambique.

1. Conceito e causas do pluralismo jurídico

Ante a existência de múltiplos fenômenos do pluralismo, torna-se inapropriado estabelecer um único conceito de pluralismo jurídico. A controvérsia é compreensível, na medida em que os aspectos privilegiados podem ter cunho filosófico, sociológico e cultural.⁴³

⁴⁰ Os casamentos segundo usos e costumes locais são: *o lobolo*, que vigora nos sistemas matrilineares e patrilineares adotados no norte e sul de Moçambique, respectivamente, e os casamentos segundo o *sistema tradicional islâmico* que vigora ao longo de todo o litoral do país. Sobre o assunto ver SACHS, Albie e WELCH Gita Howana. *Liberting the law: creating popular justice in Mozambique*, Zed Books, Usa, 1990, p. 65-69.

⁴¹ SACRAMENTO, Luis Filipe. Reforma legal no âmbito do direito de família e das sucessões: algumas reflexões. *Revista Jurídica da Universidade Eduardo Mondlane*, v. 4, dez. 2000, p. 112.

⁴² TELLES JÚNIOR, Goffredo. Estudos, 2005, p. 114. Neste estudo sobre "A legitimidade das leis" afirmou, p. 97: "dissemos que as leis podem ser válidas ou inválidas, e podem ser legítimas e ilegítimas. A legitimidade das leis depende de sua compatibilidade com a normalidade ambiente, ou seja, de sua harmonia com as concepções éticas dominantes numa sociedade. Ilegítimas são leis insólitas, as que discrepam do sistema dominante de convicções éticas, as que não se ajustam com padrões e modelos assentados. São as leis incompatíveis com a estrutura básica do país."

⁴³ O pluralismo enquanto concepção "filosófica" se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo moderno, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos.

Isto não invalida a consensualidade, comum a todos, de que, de um lado, em qualquer sociedade antiga ou moderna, ocorrem múltiplas formas de juridicidade conflitantes ou consensuais, formais ou informais e de que, de outro, o Direito não se identifica com o Estado e não resulta exclusivamente dele.⁴⁴

O pluralismo jurídico sempre existiu nas sociedades. A dinâmica social sempre produziu, até hoje, normas ou procedimentos para a regulação social, independentemente de elaboração das leis ou normas estatais, embora com a modernidade⁴⁵ e modo de produção capitalista, sintetizados no Estado centralizador e burocrático, ocorresse a exclusiva validação do monismo jurídico.

O império Romano, com o Direito Romano e o Direito dos povos conquistados, a idade média, com o Direito do Rei, o Direito da Igreja católica, o Direito dos senhores feudais e o Direito dos comerciantes, indicam que, nesses momentos históricos, era latente a existência, conflitiva ou paralela, de uma pluralidade de ordenamentos vigentes no mesmo espaço político-social.⁴⁶

Com a ascensão da burguesia ao poder, associada à filosofia positivista, houve a necessidade de centralização, organização e uniformização pelo aparelho estatal da produção jurídico. Conseqüentemente, assegurava-se uma ordem e estabilização social que representassem os interesses da elite política. Dessa forma, não convinha à burguesia, uma

Parte-se do princípio de que existem muitas fontes, ou fatores, causas para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas igualmente as condições de historicidade que cercam a própria vida humana. (FERRATER, Maria Jose. Pluralismo. In: DICIONÁRIO de filosofia. Barcelona: Alianza, 1982, p. 2605-2606). O pluralismo "sociológico" e político emergem como estratégia descentralizadora face ao moderno monismo social e a teoria da soberania estatal. No que concerne ao pluralismo "sociológico", este se consolida na medida em que socialmente se ampliam os papeis, as classes e as associações profissionais no âmbito da sociedade industrial. Como escreve Nicola Matteuci, o Pluralismo sociológico tem suas origens na defesa de Montesquieu, fazendo dois corpos intermediários como elementos de mediação política entre o indivíduo e o Estado, ou na exaltação feita por Tocqueville das associações livres, considerados como as únicas capazes de tornar o cidadão apto a se defender de uma maioria soberana e onipotente. (MATEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto et. al. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986, p. 1186).

E, por último, há o pluralismo "cultural", que implica um estado de coisas no qual cada grupo étnico mantém, em grande medida, um estilo próprio de vida com os seus idiomas e seus costumes, além de escolas, organizações e publicações especiais. (LEISERSON, Avery. Pluralismo. In: SILVA, Benedicto da (Coord). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: FGV/MEC, 1986. p. 903- 904).

⁴⁴ WOLKMER, *Pluralismo...*, p. 193.

⁴⁵ Considerada como paradigma sócio-cultural por Sousa Santos (1999, p. 76-77), assentada em dois pilares básicos- regulação e emancipação, que têm seu sujeito esgotado quando ocorre a colonização do pilar emancipatório pelo regulatório. "o paradigma cultural da modernidade constitui-se antes de modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se – antes deste último deixar de ser dominante.

⁴⁶ Ver BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

cultura jurídica plural, mas, sobretudo, desejava-se um discurso de ordem e regulação, talvez simbolizado na retórica da segurança jurídica, notadamente na proteção da propriedade privada.

A defesa da idéia da pluralidade de ordenamento a partir do século XX teve como jusfilosofos o alemão Otto Van Gerk, os italianos Santi Romano, Giorgio Del Vechio e Cesarini Sforza, os francêss Maurice Harriou e Georges Renard, ainda que alguns destes autores afirmassem a supremacia do direito positivo. Registre-se que, apesar de uma matriz eclética, podemos encontrar concepções de pluralismo jurídico em Hanry levy- Bruhle, Jean Carbonner, Jacques Vanderlinden, Jean- Guy Belly e Mesaji Chiba.⁴⁷

Assim, importa fazer referência a alguns conceitos para tentar compor um conceito genérico, funcional e sistemático, adequado à compreensão do presente trabalho.

É mister ressaltar as concepções de Eugen Erlich e Georges Gurvitch . Erlich compreende que o direito, além das prescrições estatais, é aquele direito vivo, admitindo as relações concretas e cotidianas da vida das pessoas, das associações e organismos sociais. Segundo Erlich “para conhecer o estado real do direito, temos de investigar o que a sociedade humana produz”.⁴⁸ Este sociólogo do direito considera que uma pequena parcela do direito (direito Estatal) é que emana do Estado.⁴⁹

No mesmo sentido, George Gurvitch desenvolve uma concepção complexa de pluralismo jurídico. Entende o autor que a legislação estatal não é a única nem a principal fonte do mundo jurídico, existindo outros numerosos grupos sociais ou sociedades globais, independentes do Estado e capazes de produzir formas jurídicas. Cada grupo possui uma estrutura que engendra sua própria ordem jurídica autônoma, reguladora de sua vida interior.⁵⁰

Jacques Vanderlinden concebe o pluralismo jurídico como a “existência, numa determinada sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes aplicando-se a situações

⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994, p.181-182.

⁴⁸ SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, LTC; São Paulo; EDUSP, 1981, p. 114.

⁴⁹ WOLKMER, op. cit., p. 179.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 179.

idênticas”.⁵¹ Segundo ele, diferentes situações históricas podem confirmar estas asserções como: “o casamento entre patrícios e plebeus na Roma Antiga, a imunidade diplomática na sociedade moderna, a aplicação e a prática, num país colonizado, do direito autóctone, concomitantemente com o direito imposto da metrópole etc”. Trata-se de uma hipótese de trabalho que pretende alcançar e integrar um grande número de fenômenos jurídicos bem caracterizados e específicos.⁵²

Para Sally Falk Moore, um autor mais recente “o pluralismo jurídico é constituído pela articulação e interdependência de uma ampla rede de campos sociais semi-autónomos com relação à ordem estatal, cada qual convivendo com direitos distintos estatais ou não”.⁵³

Já John Griffiths utiliza a categoria de campo social semi-autónomo para ir mais longe e admitir radicalmente que todo direito não é direito estatal. Sendo que o pluralismo legal autêntico seria “aquele dos campos sociais não-estatais”. Neste contexto, o direito é visto como “auto-regulação de um campo social semi-autónomo, em cujo espaço o pluralismo jurídico não é condição normal e universal da organização societária hegemônica como é, essencialmente, a consequência natural do pluralismo social”.⁵⁴

No Brasil, mesmo sem uma consistência clara, encontramos idéias atinentes à concepção de pluralidade de ordens jurídicas em Oliveira Viana (instituições políticas brasileiras), José de Mesquita (Direito disciplinar do Trabalho), Evaristo de Moraes Filho, André Franco Montoro (introdução à ciência do direito), Miranda Rosa (justiça Social e justiça legal), José Falcão (conflitos de propriedade no Recife), entre outros.

Joaquim Falcão, num estudo efetuado sobre uma série de conflitos de propriedade no perímetro urbano do Recife (Brasil) ao longo dos anos 70 ensina que, "O pluralismo jurídico deve ser visualizado como o esforço teórico de explicar a convivência contraditória, por vezes

⁵¹ VANDERLINDEN, Jacques. Le pluralisme juridique. In: ESSAI de synthèse. Bruxelles: Université de Bruxelles, 1972, p 19-20.

⁵² Ibidem, p. 21.

⁵³ FALK, Sally Moore. Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law and Society Review*, n. 7, 1973, p. 722.

⁵⁴ Ibidem, p. 722.

consensual e por vezes conflitante, entre os vários direitos observáveis numa mesma sociedade".⁵⁵

Para o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, o pluralismo jurídico acontece sempre que, “no mesmo espaço geopolítico, vigora (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra, pode corresponder a um período de ruptura social, como, por exemplo, um período de transformação revolucionária, ou, ainda resultar da confirmação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social[...]”.⁵⁶ Para este autor, somente a existência no mesmo espaço político-social de mais de uma normatividade configura o pluralismo jurídico.

Assim, tendo por base os conceitos arrolados pelos autores destacados, o professor catarinense Antônio Wolkmer esboça um conceito que, embora genérico, serve como referencial para a nossa proposta de trabalho. Segundo Wolkmer, a expressão pluralismo jurídico significa “assumir a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-jurídico, interagindo por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo razão de ser nas necessidades existências, matérias e culturais”.⁵⁷

⁵⁵ FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org). *Conflito de direito de propriedade: invasões Urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 80-83.

⁵⁶ Santos num estudo que realizou nos anos 70 sobre uma favela do Rio de Janeiro, na análise de um direito paralelo que funciona à margem do direito estatal (direito de pasargada), dá conta da realidade dinâmica do pluralismo jurídico; o discurso de pasargada pode envolver referências a leis do direito do asfalto (direito oficial), que, embora não fundamentam as decisões, não são arbitrários ou inúteis, sendo, segundo o autor, parte integrante do discurso tópico retórico e tendo por função criar uma atmosfera de oficialidade e de normatividade - uma retórica institucional, em suma, que reforça os objetivos retóricos e sublinha as linhas do discurso no seu percurso para a decisão. Mais recentemente, no contexto atual de combinação entre o pluralismo jurídico nacional e o pluralismo jurídico supranacional, o autor reitera este movimento dialético das ordens normativas, ou, na sua linguagem, a “**porosidade**” das ordens jurídicas, afirmando que, se, por um lado, esta maior densidade de relações torna mais provável a ocorrência de conflitos e tensões entre as diferentes ordens jurídicas, por outro, faz com que estas sejam mais abertas e permeáveis a influências mútuas. Ele conclui afirmando que vivemos, pois, num mundo de hibridações jurídicas, uma condição à que não escapa o próprio direito nacional estatal. Argumenta, ainda, Santos que esta hibridação jurídica não existe apenas no nível macro, mas também no nível micro, isto é, das vivências, experiências e representações jurídicas dos cidadãos e dos grupos sócias, na medida em que a personalidade jurídica concreta destes é cada vez mais composta e híbrida, incorporando em si diferentes representações. Assim, consoante as situações e os contextos, os cidadãos e os grupos sociais organizam as suas experiências segundo o direito oficial estatal, o direito consuetudinário, o direito local, ou o direito global, e, na maioria dos casos, segundo complexas combinações entre estas diferentes ordens jurídicas. A esta nova fenomenologia jurídica, Santos dá o nome de “**interlegalidade**”. (SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídica-social de Pasargada. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Org) *O direito achado na rua*. Brasília: Unb, 1987, p. 46).

⁵⁷ SANTOS, Notas..., p. XII.

Partindo destas conceituações, ressaltam-se algumas das causas determinantes para o aparecimento do pluralismo jurídico.

Para o professor Boaventura Sousa Santos, o surgimento do pluralismo jurídico reside em duas situações concretas, com os seus possíveis desdobramentos históricos: a) origem colonial, b) origem não colonial.⁵⁸

No primeiro caso, o pluralismo desenvolve-se em países que foram dominados econômica e politicamente, sendo obrigados a aceitar os padrões jurídicos das metrópoles (colonialismo inglês, português, etc). Com isso, impõem-se forçosamente uma unificação e administração da colônia, possibilitando a coexistência, num mesmo espaço, do direito do Estado colonizador e dos direitos tradicionais autóctones, convivência que se tornou, em alguns momentos, fato de conflitos e de acomodações precárias.⁵⁹

No segundo caso, está o pluralismo jurídico de origem não-colonial, em que se consideram três situações distintas. Primeiramente, países com cultura e tradições normativas próprias, dominantes ou exclusivamente não europeias que acabam adotando o direito europeu como uma forma de modernização e consolidação do regime político (Turquia⁶⁰, Tailândia⁶¹, Etiópia⁶² etc).⁶³

Num outro caso, trata-se da hipótese em que determinados países, após sofrerem o impacto de uma revolução política, continuam mantendo por algum tempo seu antigo direito, ainda que abolido pelo direito revolucionário (Repúblicas Islâmicas incorporadas pela antiga URSS depois da revolução de outubro⁶⁴, Ásia central).⁶⁵

⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 272, 1980, p. 25-26.

⁵⁹ Ibidem, p. 26

⁶⁰ cfr. P. Stirling, "Land, Marriage and Law in Turkish Villages", *International Social Science Bulletin*, (1957), 21 e ss, J. Starr, *Mandalinci Koy, Law and Social Control in a Turkish Village*, Berkeley, 1969.

⁶¹ Cfr. Por todos. M.B. Hooker's *Legal Pluralism*, Na introduction to colonial and neo-colonial Laws, Oxford, 1975 e a bibliografia ai citada.

⁶² Cfr, F.C. Darling "the evolution of law in Thailand", *Review of politics*, 323 (1970), p.197 e ss.

⁶³ SANTOS, O discurso.... p. 74-75.

⁶⁴ cfr. G. Massell. "law as an instrument of revolutionary change in a traditional Milieu: the eage of soviet central Asia", *law and society review*, 2(1968), p. 179 e ss.

⁶⁵ SANTOS, O discurso...., p.74-75.

Por fim, aquelas situações em que populações indígenas ou nativas não inteiramente dizimadas e submetidas às leis coercitivas dos invasores adquirem a autoridade de manterem e conservarem seu direito tradicional (é o caso das populações índias dos países da América do norte⁶⁶, América latina⁶⁷ e dos povos autóctones da nova Zelândia⁶⁸ e Austrália⁶⁹).⁷⁰

Joaquim A. Falcão, tecendo ponderações sobre a natureza da justiça enquanto reflexo da aplicação do direito na sociedade brasileira dos anos 70/80, introduz de forma inovadora a asserção de que a causa direta do pluralismo jurídico deve ser encontrada na própria crise de legitimidade política. Adverte o autor que manifestações normativas não-estatais não devem ser aplicadas originariamente como resultantes unicamente de estruturas societárias da fase pré-capitalista e pré-estatal. Muito menos, apenas situações de dependência colonial ou de condições geradas por guerras intestinas, bem como de impasses operacionais relacionados à disfunção ou ineficácia do Direito estatal. Ao contrário do que possam acreditar certas correntes do pluralismo, entende Joaquim A. Falcão que, em países do terceiro mundo, como Brasil, o aparecimento de situações paralegais, paralelas, ou extra-legalmente incentivadas, aceites ou não pelo próprio direito oficial, está correlacionado diretamente com a variável da legitimidade do regime político.⁷¹

Jacques Vanderlinden, em seu ensaio *Síntese sobre o pluralismo jurídico*, argumenta que as duas principais causas genéricas do pluralismo jurídico são o caráter “injusto” e “ineficaz” do modelo da unicidade do direito. No que tange à injustiça, Vanderlinden parte do pressuposto de que a “unicidade” é incapaz tanto de contemplar corretamente a existência de inferioridades próprias de grupos sociais particulares uns com os outros, quanto de perceber a relatividade da idéia de justiça. Somente o pluralismo, sem incorrer num nivelamento centralizador, saberá adequar com grau de justiça e equidade as diferenças naturais, físicas, culturais, sociais e econômicas. A exemplificação disso está demonstrada em determinadas

⁶⁶ Cfr, K.LLEWELLYN e E.A. HOEBER, *the cheyenne way : conflict and case law in primitive jurisprudence* Norman, 12941, E.A.HOEBEL, *the of primitive Man*, Cambridge, Mass, 12954, B.A.Cox, *Law an Conflict Management Among the hopi*, Berkeley, 1970.

⁶⁷ L.NADER, *Na Analysis of Zapotec law cases*, in p. BOHANNAN, *Law and warfare*, 117 e seguintes, F.Collier *Zinacarte ... Law: A study of conflict in a modern Maya community*, Berkeley, 1970

⁶⁸ J. Metege, *the Moaris of new Zealand*, Londres, 1967. A.p VAYDA, “Maor, warfare” in p. BOHANNAN(org), *Law and warfare*, p. 359 e seguintes.

⁶⁹ Cfr M>B HOOKEN, *ob cit*, 338 e ss.vide também ,I POSPISIL, *Anthropology of law, A copmparative theory*, Nova Iorque, 1971; A.,PALIWALA et al., “Economic development and the changing legal system of papua new Guinea”, *African law studies*, 16 (1978), 3 e ss..

⁷⁰ SANTOS, *op. cit.*, p. 73-74.

⁷¹ FALCÃO, Joaquim de Arruda (org). *Conflito de Direito de propriedade, invasões urbanas*, Rio de Janeiro; *Forense*, 1984, p. 66

situações, como aqueles atinentes ao Direito dos menores, o Direito nativo, o Direito das minorias, etc.⁷² Já do ponto de vista da ineficácia do monismo estatal, tem-se, como contrapartida, as vantagens do pluralismo em melhor acolher as necessidades de: a) afirmar a primazia de interesses que são próprios a cada grupo predominante; b) manter o equilíbrio entre grupos iguais (Direito dos nativos com o Direito do invasor); c) propiciar a especificidade das instituições, (liberdade de optar, em certas circunstâncias pelo direito conveniente); d) resguardar a independência das instituições (imunidades diplomáticas com relação ao Direito local); e) favorecer a descentralização jurídica (impõe-se quando o Estado atinge certo estágio avançado e complexidade); f) propiciar o desenvolvimento econômico (condições de igualdade para diferentes atores no processo de desenvolvimento produtivo).⁷³

As sociedades colônias sempre foram consideradas sociedades de pluralismo jurídico, o que, aliás, foi amiúde oficialmente reconhecido pelos Estados coloniais. Moçambique não foge à regra. Primeiro, porque, pela sua natureza, é um país que apresenta uma complexa e diversidade sociocultural e lingüística. Traços reais de uma tradição subjacente de pluralismo jurídico podem ser encontrados nas antigas comunidades socializastes africanas, de diferentes origens culturais (árabes, indianos etc) localizadas ao longo do país⁷⁴. Por isso, mesmo antes do tempo colonial, cada grupo étnico-lingüístico sempre ostentou e ostenta ainda as suas próprias formas de organização sociocultural de produção, distribuição de riqueza, estrutura social, valores próprios e até normas de regulação próprias (cada comunidade, grupo étnico regia-se por um direito próprio, baseado nos usos e costumes locais).⁷⁵

Segundo, porque o país foi dominado econômica e politicamente pelo colonialismo português, tendo sido obrigado a aceitar os padrões jurídicos das metrópoles. Com isso, passou a existir um direito oficial estatal sobre as diversas formas normativas que já existiam antes do processo de colonização e da incorporação do direito da Metrópole e passando a haver uma ampla supremacia do direito estatal sobre as diversas formas normativas existentes.

Após estas breves considerações propedêuticas, analisaremos alguns aspectos relevantes do pluralismo jurídico e, sobretudo, sua expressão em Moçambique.

⁷² WOLKMER, *Pluralismo...*, p. 198.

⁷³ *Ibidem*, p. 198.

⁷⁴ Na província de Cabo-Delgado, ao longo do litoral encontramos uma grande diversidade de grupos étnicos, (Macua, Muani e Maconde), a maioria com uma grande influência árabe, e indiana. Essas comunidades têm usos e costumes diferentes e normas de regulação social próprias.

2. O Pluralismo jurídico no contexto da pós-modernidade

De um ponto de vista sociológico e contrário ao que faz crer a teoria jurídico-político liberal, as sociedades contemporâneas (pós-modernas)⁷⁶ são juridicamente plurais⁷⁷. Existem nelas não um, mas vários sistemas jurídicos⁷⁸. O fato de só um deles ser reconhecido oficialmente como tal (direito estatal, oficial) afeta naturalmente o modo como os outros sistemas operam nas sociedades, mas não impede que tal operação tenha lugar,⁷⁹ coexistindo na sociedade vários sistemas jurídicos informais com o oficial.

⁷⁵ Ver história de Moçambique volume I e II.

⁷⁶ Segundo escreveu Claudia Lima Marques com a utilização da expressão sociofilosofica "pós-moderna" procura o professor Erik, Jayme demonstrar o caráter de mudança de crise, de variabilidade (Umbruchcharakter) de nosso tempo e do nosso direito. (JAYME, Erik. Identité culturelle et ntregation: le droit internationale prive post moderne. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, 2003, p. 26).

Teóricos e acadêmicos têm diferentes concepções sobre o termo. Para o crítico norte americano Frederic Jameson, "a pós-modernidade é a lógica cultural do capitalismo tardio". (JAMESON, Frederic. *Pós modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio*. São Paulo: Ática, 1996, p. 27-80). De acordo com Jurgen Habermas, "a pós-modernidade estaria relacionada a tendências políticas e culturais neoconservadoras, determinadas a combater os idéias iluministas e os da esquerda". Já François Lyotard prestigia a pós-modernidade "como verdadeiro rompimento com as antigas verdades absolutas, como marxismo e liberalismo, típicas da modernidade." (LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. Tradução Ricardo Correa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro, Jose Olympio, 1998, p. XVI).

⁷⁷ Sobre o assunto, ver EHRLICH Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. p. 47- 48 e p. 67 apud LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças do direito, ciências jurídicas*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 121-127. Ver também SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, Porto, 2003, p. 61.

⁷⁸ Em termos genéricos, a palavra "sistema" está relacionada com a idéia de reunião, grupo, complexo de regras ou de normas. (SISTEMA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O dicionário da língua portuguesa*. 6 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.]). Os autores utilizam o vocábulo "sistema" em sentidos diferentes; a maior parte utiliza-o para designar cada uma das varias ordens jurídicas, nomeadamente Estatais (v, por exemplo, ALMEIDA, Carlos Ferreira de *Introdução ao direito comparado*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 10). Muitos, porém utilizam a palavra para designar agrupamentos de ordens jurídicas. (V. também a titulo de exemplo, TELES, Inocência Galvão. *Introdução ao estudo de direito*. 10 ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 10. Para Judith Martins, a noção de sistema na matéria jurídica representa " pelo menos a reunião de certos elementos em um conjunto organizado e ordenado e a unitariedade das fontes de produção"(COSTA, Judith Martins. *A boa- fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.41-42). Por uma questão de rigor, desligamos a noção de sistema jurídico da idéia do Estado, embora a freqüente concordância entre sistemas e os ordenamentos estatais nos leve a considerar os sistemas de base estatal como os típicos. Para o estudo aprofundado da utilização da idéia de sistema no saber jurídico. Ver CANARIS, Carl Wilhelm. *Pensamentos sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

⁷⁹ SANTOS, O estado..., p. 47.

No âmbito da sociologia jurídica, encontramos uma forte corrente que sustenta esta tese. É a denominada "juridicidade policêntrica" ⁸⁰. Os seus adeptos adotam um conceito sociológico do Direito, muito mais vasto do que conceito do positivismo jurídico, que identifica o direito com o Estado. Sua tese básica é que o Direito constitui produto da ação e vontade humana (direito posto, direito positivo) e não imposição de Deus, da natureza ou da razão como afirma o jusnaturalismo (teoria que reconhece a existência de um *direito natural*).

A maioria dos partidários do positivismo jurídico defende também que não existe necessariamente uma relação entre o direito, a moral e a justiça, visto que as noções de justiça e de moral são relativas, mutáveis no tempo e sem força política para se impor contra a vontade de quem cria as normas jurídicas. Muitos filósofos e teóricos do direito adotaram o positivismo jurídico, entre os quais se destacam, no século XX, Hans Kelsen e Herbert Hart.⁸¹

Segundo Sabadell, esta opção do conceito sociológico do direito foi expressa pelo sociólogo do direito francês Jean Carbonnier, em forma de um teorema: "o direito é maior do que as fontes formais de direito". É assim que, na perspectiva sociológica do pluralismo jurídico, o direito não se encontra exclusivamente nas fontes oficiais do direito estatal, mas é considerado como manifestação da eficácia de um sistema de regras que podem ser observadas na prática social e na consciência dos indivíduos.⁸²

Refere ainda, Boaventura de Sousa Santos (1986, p. 27) que, embora o direito estatal seja o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que, com ele, se articulam de modos diversos.⁸³ Este conjunto de articulações e interpelações entre vários modos de produção de direito constitui para o jurista a formação jurídica.⁸⁴

Para que se construa uma visão dos reflexos da pós-modernidade no direito, o professor Erik Jayme aponta algumas linhas e modelos de pensamento básico. Refere Jayme que:

⁸⁰ A palavra "juridicidade" indica o caráter jurídico de um sistema de normas sociais, ou seja, indica que um determinado sistema de regras pode ser definido como "Direito" (e não como conjunto de regras morais, religiosas, políticas, referentes as "boas maneiras," etc.- (SABADELL, *Manual...*, p. 10).

⁸¹ BOBBIO, *O positivismo...*, p. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006, p.131.

⁸² SABADELL, *Manual...* p. 105.

⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, p.11-37 1986. apud Ibidem, p. 150.

O Direito faz parte da cultura geral. Tem, raízes profundas na tradição, mas, também sofre influências pelo desenvolvimento de nossa sociedade e da comunidade internacional. Dessa maneira, o nosso direito atual é em certa medida, reprodução de nossa cultura contemporânea, quer dizer da cultura pós-moderna.⁸⁵

Para o autor, “o ponto de encontro entre a cultura pós-moderna e o direito está nos valores que têm em comum”. Para o efeito, destaca quatro elementos: o pluralismo (Pluralismus), a comunicação (kommunikation), a narração (Narration), sendo o quarto o retorno dos sentimentos (le retour des sentiments) e a valorização dos direitos humanos.⁸⁶

O primeiro não é apenas o pluralismo de formas, mas também de estilos de vida, de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger. É a idéia de autonomia em escolher seu próprio modo de vida.⁸⁷

O segundo refere-se à comunicação sem fronteiras como valor máximo do mundo pós-moderno. A comunicação associada à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, como valoração do passar do tempo nas relações humanas, valoração do eterno e do transitório, do congelar momentos de ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer proteger. De outra parte, não são apenas os meios tecnológicos que permitem a troca rápida de informações e imagens, mas também a vontade de se comunicar dessas pessoas, emergindo esse desejo emerge como valor comum.⁸⁸

O terceiro valor é a narração, que é a consequência deste impulso de comunicação e de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais.⁸⁹ Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no microsistema, de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas.⁹⁰

⁸⁴ SANTOS, *Pela mão...*, p.176.

⁸⁵ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v, 2, 2003, p. 59.

⁸⁶ Para Jayme, a escolha desses quatro valores da cultura pós-moderna parece ser arbitrária, mas essa escolha permite pôr em evidência a ligação entre o direito e a cultura pós-moderna. Ver a defesa desta decisão, in JAYME, *Recueil des cours*, p. 36 et seq.

⁸⁷ JAYME, op. cit. , p. 106.

⁸⁸ Ibidem

⁸⁹ Ibidem, p.106

⁹⁰ No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um exemplo de normas narrativas ou normas objetivo, art, 19 da ECA, que estabelece o principio maximo da manutenção do vínculo familiar.

O último e o quarto valor que Jayme refere é o retorno dos sentimentos (*retour des sentiments*), algumas vezes descritos em um sentido pejorativo, como emergência de um novo irracionalismo. Seria a volta de uma certa "emocionalidade" no discurso jurídico: são elementos sócias, ideológicos e fora do sistema, que passa a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte segurança e imprevisibilidade quanto à solução a ser encontrada. Diz o jurista que podemos constatar isso em relação à identidade cultural, que pode conduzir a conflitos culturais, baseados em um sentimento forte de defesa de sua própria identidade cultural, de sua religião e de todas as outras expressões do individualismo.⁹¹

E por último, o *revival* dos direitos Humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste período em que há um caos legislativo e desregulador, de codificações e microsistemas, de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos humanos seriam, então as novas normas fundamentais.⁹²

Como acima referimos, o pluralismo é um dos valores básicos da pós-modernidade destacados por Jayme, o reconhecimento da diversidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser (*die Absage na universelle Anspruche eigener Anschauungen*). Dito de uma forma mais radical, é a aceitação do não-conciliável (*Hinnahme dès Unverinbaren*).⁹³ Segundo o jurista, na linguagem do direito, o pluralismo significa ter à disposição diferentes alternativas, opções, possibilidades.⁹⁴ Este fenômeno que caracteriza o mundo pós-moderno transforma, em certa medida, o nosso Direito.⁹⁵

Assim, nas sociedades pós-modernas⁹⁶ o pluralismo manifesta-se também na multiplicidade de fontes jurídicas a regular os conflitos sociais. É o que ocorre em sociedades multiculturais, com reconhecimentos de outras instâncias de produção e regulação de

⁹¹ JAYME, Direito..., p. 106-107.

⁹² Ibidem.

⁹³ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS*, Porto Alegre, v.1, n 1, 2003, p. 73.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem, p. 66.

⁹⁶ Em relação a pós-modernidade nos países periféricos e simiperiféricos, ver , SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade, 9ª ed. Cortez, São Paulo, 2003, p.93

conflitos para além do direito estatal.⁹⁷ Em Moçambique, podemos constatar esse fato com a criação dos tribunais comunitários (Lei n.4/92 de 6 de maio), e com o reconhecimento, em nível legislativo, de outras instâncias de regulação social e de resolução de litígios, como gabinete Jurídico da mulher⁹⁸ em Cabo-Delgado, autoridades tradicionais⁹⁹, liga dos direitos humanos¹⁰⁰ (n. 3 do artigo 212 da CRM).

Para Erik Jayme, a civilização pós-moderna é caracterizada também por um pluralismo de estilos de valores desconhecidos anteriormente, bem como pela idéia de que a diferença gera, sobretudo, o direito ao respeito da identidade cultural.¹⁰¹ É assim que, nas sociedades multiculturais pós-modernas, mas concretamente nas sociedades africanas, verifica-se o resgate do direito à identidade cultural pelos ordenamentos jurídicos como imperativo de construção de um novo sistema de justiça, mais adequado às realidades sociais.¹⁰² Isso significa que há um respeito dos Estados com a individualidade e os costumes dos seus povos nativos.¹⁰³ Em Moçambique, podemos mencionar a introdução da noção do pluralismo jurídico no nível constitucional como um dos princípios fundamentais, ainda na nova lei da família (lei n.10/2004 de 25 de Agosto), na qual se constata a recepção de institutos religiosos e tradicionais (artigo 16 e seguintes, relativos a instituto do casamento).¹⁰⁴

⁹⁷ Ver as constituições dos novos Estados Africanos.

⁹⁸ Gabinete Jurídico da Mulher é uma associação de âmbito social, não-partidária, não-religiosa e sem fins lucrativos, direcionada, basicamente, à luta contra a violação dos direitos da mulher e a sua discriminação. (art 1 do projeto do estatuto da associação).

⁹⁹ São régulos, líderes religiosos, ou outras entidades que têm legitimidade no nível das comunidades locais para resolução de litígios – Sobre o assunto ver MENESES, Paula Maria et al. As autoridades tradicionais no contexto do pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, Porto, 2003, p. 341-421.

¹⁰⁰ Liga dos Direitos Humanos (LDH) é uma associação não-governamental moçambicana de mediação de litígios. Sobre a Instituição, ver SANTOS, Boaventura de Sousa; JOSÉ, Cristiano André. As ONGs o acesso ao direito e a defesa dos direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, Porto, 2003, p. 63-141.

¹⁰¹ JAYME, Identité culturelle..., p. 251

¹⁰² Pode-se constatar o fato na análise das legislações constituições e leis internas dos diferentes países africanos.

¹⁰³ JAYME, Visões..., p. 74

¹⁰⁴ Atualmente, foi introduzido, ao lado do casamento civil, o casamento religioso e o tradicional. Ainda dispõe a nova Lei da Família "que o casamento religioso e o tradicional, rege-se, quanto aos efeitos civis, pelas normas comuns da presente lei, salvo disposições em contrario". Art. 17 da Lei 10/2004 de 25 de agosto.

Para Koslowski citado por Jayme, "a proteção da identidade cultural das minorias é apenas um aspecto da maneira pós-moderna de ver, onde cada indivíduo pode pretender um direito a ser diferente (*droit à la difference*)".¹⁰⁵

Segundo Boaventura Sousa Santos, a pluralidade de ordens jurídicas existentes na sociedade atual é mais complexa do que nunca.¹⁰⁶ Além da identificação das ordens jurídicas locais e infra-estatais coexistindo de diferentes formas com o direito oficial, estão a emergir ordens jurídicas supranacionais que interferem de múltiplas formas nas anteriores.¹⁰⁷ Não se trata de direito internacional público convencional, mas sim de imperativos jurídicos concebidos pelos Estados hegemônicos, por agências financeiras multilaterais ou por poderosos atores transnacionais (Empresas multinacionais), sobretudo, na área econômica, principalmente dos países periféricos e simiperiféricos do sistema mundial, do qual Moçambique faz parte¹⁰⁸.

Nesse sentido, afirma Wolkmer que o pluralismo jurídico apareceu como uma tentativa de redescobrir um novo referencial teórico que atenda à nossa pós-modernidade nos séculos atuais¹⁰⁹. Pois, segundo Wolkmer,

Os alicerces de uma fundamentação, tanto das ciências humanas quanto da teoria geral do direito, não mais conseguem acompanhar as constantes e profundas transformações sociais e econômicas porque passam as sociedades capitalistas modernas.¹¹⁰

Para Wolkmer, repensar a questão do pluralismo nada mais é do que a tentativa de buscar uma outra direção ou um outro referencial epistemológico que atenda a pós-modernidade.¹¹¹

¹⁰⁵ KOSLOWSKI, *Die postmoderne Kultur*. 2 ed. Munchen, 1988. p. 152. apud JAYME, *Visões...*, p. 74.

¹⁰⁶ SANTOS, *O estado...*, p. 48.

¹⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Towards a new legal common sense*. London: Words, 2002, p. 163-351.

¹⁰⁸ Ordem econômica mundial ou o sistema mundial de Estados tem um centro (os países capitalistas avançados), uma periferia (os países do chamado terceiro mundo) e, entre ambos, uma zona intermédia muito heteróclítica onde coube a maioria dos países socialistas de Estado da Europa do leste e os países capitalistas semiperiféricos, tais como Portugal, a Grécia, Irlanda e Espanha, isto para limitar à semiperiferia no contexto da Europa. Moçambique pode, assim, ser classificado como um país periférico. (SANTOS, *Pela mão...*, p. 93).

¹⁰⁹ WOLKMER, *Pluralismo...*, p. 156.

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ *Ibidem*.

É preciso, pois, repensar o papel do Estado moderno como detentor exclusivo da produção de normas jurídicas em face de uma nova organização social que está se formando.¹¹² Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de "monismo jurídico",¹¹³ a teoria do pluralismo jurídico vem trazer esta perspectiva epistemológica, tão necessária na conjuntura atual.

É neste contexto de emergência de novas tendências culturais e de transformações no cenário político e social característico da pós-modernidade que serão analisados o pluralismo jurídico e o direito costumeiro em Moçambique e suas características.

3. As características do pluralismo jurídico e do direito costumeiro em Moçambique

Moçambique tem, assim, uma longa e rica tradição de pluralismo jurídico, sem a qual não é possível compreender a sua especificidade sociojurídica atual. Aliás, o desenvolvimento econômico, social e político da última década veio introduzir novas dimensões de pluralismo jurídico, pelo que este não pode ser considerado apenas uma herança do passado.¹¹⁴ De fato, ele se reconstrói constantemente.

Uma das primeiras características diz respeito à enorme riqueza de instâncias de resolução de litígios que vigoram no país e a sua complexa e imensa interpenetração recíproca.¹¹⁵ Segundo Sousa, a pluralidade de direitos sendo ampla, é difícil analisar, uma vez que as categorias¹¹⁶ usualmente utilizadas para identificar os diferentes direitos em presença, apesar de úteis, são insuficientes, na medida em que a realidade sócio-jurídica moçambicana

¹¹² WOLKMER, *Pluralismo...*, p. 156

¹¹³ Segundo Rogério Machado de Melo Filho, "O Monismo Jurídico" reside na afirmação de que, num determinado espaço geopolítico, só pode haver uma ordem jurídica. (MELLO FILHO, Rogério Machado. Pluralismo jurídico no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 223-240, 2005).

¹¹⁴ SANTOS, O estado heterogêneo..., p. 61.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Santos identifica varias dicotomias a que se pode recorrer para analisar a pluralidade de direitos em Moçambique, nomeadamente: oficial/não oficial, formal/informal, tradicional/moderna. Monocultural/multicultural ,acrescendo, ainda, a variável tricotômica: local/nacional/global. Sobre o assunto, ver SANTOS, op. cit., p. 61-63.

subverte tais categorias ao misturar elementos de várias delas na mesma forma de direito. Para Sousa, se está perante um conjunto de hibridação jurídica.¹¹⁷

Para um melhor entendimento do pluralismo jurídico em Moçambique, torna-se relevante agrupar alguns traços que, em nosso entender, são indispensáveis para compreensão desse fenômeno. Assim, temos o pluralismo jurídico interno e justiças comunitárias.

O pluralismo jurídico interno é definido como sendo uma situação de extrema heterogeneidade no seio do direito estatal, nomeadamente na atuação administrativa e reguladora do estado, ou seja, diz respeito a uma condição sociojurídica que se auto-intitula como sendo oficial, formal, moderno e nacional, mas, em termos, destacam-se alguns elementos relativos à dicotomia do não oficial, do informal, do local ou global e do tradicional.¹¹⁸ Nestas condições, o Estado acaba por ser visto como Estado heterogêneo.

Esta condição tem como causa os seguintes fatores: a disjunção entre o controle político e o controle administrativo do território e da população; deficiente segmentação das diferentes culturas político-jurídicas no seio do Estado e da população; deficiente sedimentação de diferentes culturas político-jurídicas no seio do Estado e do direito oficial; grande instabilidade política e institucional, feita de múltiplas rupturas, sucedendo-se em sequências rápidas; crise aguda, próxima da implosão do Estado. Exceto o último, todos esses fatores estão presentes na situação político-institucional atual de Moçambique.¹¹⁹ Em tais condições, a unidade institucional e jurídica do Estado acaba por ser deficiente, e o próprio Estado acaba por ser um conjunto de microestados, compostos por lógicas operacionais distintas. São estes elementos que caracterizam o Estado heterogêneo.¹²⁰

A heterogeneidade do Estado e o pluralismo jurídico interno podem ser analisados também por meio de dois fatores, ambos ligados à variável local/nacional/global: o pluralismo supranacional e a cultura jurídica continental, estando esta última ligada aos países periféricos

¹¹⁷ Para Santos, por hibridação jurídica entendem-se situações em que se misturam elementos de diferentes ordens jurídicas (por exemplo, direito oficial, direito costumeiro, direito religioso); de tais misturas, nascem novas entidades jurídicas, entidades híbridas. A sua presença revela-se privilegiadamente na resolução de litígios. (SANTOS, O estado heterogêneo..., p. 61-63).

¹¹⁸ Ibidem, p. 63.

¹¹⁹ Ibidem, p. 65.

¹²⁰ Ibidem, p. 65.

de um modo geral. Não sendo marcantes em Moçambique na sua totalidade, faremos apenas referência ao pluralismo supranacional.

O pluralismo supranacional faz menção às fortes pressões da globalização hegemônica a que Moçambique, e não só este país, está sujeito. Trata-se do impacto do global no local e no nacional, em que nem um nem outro podem adaptar e muito menos subverter as pressões externas. Deste modo, essas pressões têm como resultado um conjunto de transformações em algumas instituições e em alguns quadros legais, ao mesmo tempo em que deixam outras instituições e quadros legais intocáveis e, portanto, sujeitos às suas lógicas próprias. Deste fato, decorre uma autêntica fragmentação e segmentação, que atravessa o atual sistema jurídico e administrativo em Moçambique.

As pressões no âmbito global que o pluralismo jurídico-institucional tem causado no interior do Estado podem ser caracterizadas em dois tipos fundamentais: as pressões exercidas pelas agências financeiras internacionais e dos denominados "países doadores", que têm incidido muito em áreas econômicas, e as pressões exercidas pelos mesmo agentes, mais concretamente pelas ONGs¹²¹ estrangeiras ou transnacionais, que têm maior incidência em áreas relativas a políticas sociais em sentido amplo.

Na área econômica, esse pluralismo se faz sentir através da segmentação produzida pelo ajustamento estrutural entre o setor internacionalizado da economia e o denominado setor informal. Trata-se de dois mundos jurídicos e institucionais cujas atuações são muitas vezes insondáveis. Compete ao Estado mantê-los distantes, gerir esta heterogeneidade e nunca eliminá-las.

No contexto das políticas sociais, as ONGs internacionais têm diferentes concepções do que deve ser a intervenção social em domínios extremamente diferentes quanto à luta contra a pobreza, melhoramento das redes de saúde, educação, infra-estruturas básicas da proteção da economia familiar do meio ambiente, etc. A natureza forte das pressões sociais deve-se ao fato de estas não se conceberem como imposição, mas sim como solidariedade internacional que legitimamente tem o direito de estabelecer as condições do seu exercício.¹²²

¹²¹ Organizações não governamentais nacionais ou estrangeiras.

¹²² SANTOS, O estado heterogêneo..., p. 69.

As inevitáveis fragmentações surgem como expressão de complexas negociações, não somente entre as ONGs estrangeiras e internacionais e os "países doadores", por um lado, e o Estado nacional e Governos províncias e distritais, por outro, mas, inclusive, pelas relações desiguais entre as ONGs estrangeiras e internacionais e as ONGs nacionais, as quais na sua maioria, estão financeiramente dependentes das primeiras, logo, sujeitas às suas condições.¹²³

Segundo Santos, muitas instâncias do pluralismo interno têm seu futuro vinculado ao futuro do Estado moçambicano e tenderão a desaparecer assim que se verificarem as seguintes condições: a estabilidade democrática e um desenvolvimento econômico-social sustentado que irá permitir o fim do ciclo das rupturas político-institucionais sucessivas; o aprofundamento da prática democrática com efetiva tradução política dos resultados eleitorais para que o controle político e administrativo do país possa desenvolver-se com relativa autonomia; o aumento da capacidade e da eficácia institucional e administrativa do Estado para que o respeito pela pluralidade de atores não-estatais nacionais e estrangeiros com a intervenção social redundem em fragmentos e segmentos.¹²⁴

Contrariamente ao pluralismo jurídico que ocorre no interior do direito e da justiça oficial, as justiças comunitárias estão para além do que se considera oficial. No contexto da realidade moçambicana, trata-se de um campo bastante vasto e diversificado, onde podem ser distinguidos dois subcampos principais: Os tribunais comunitários, e as justiças comunitárias multiculturais, incluindo as autoridades tradicionais.

Dada a multiplicidade das instâncias de justiça comunitária, tanto no meio rural como no meio urbano, e por razões de proximidade cultural ou de inacessibilidade dos tribunais judiciais, muitas associações, no meio urbano e no meio rural, têm assumido a gestão de conflitos mediante aplicação do direito costumeiro.¹²⁵

Segundo Miguel Reale, “o costume é o nome dado a qualquer regra social resultante de uma prática reiterada de uma forma generalizada e prolongada, o que resulta numa certa convicção de obrigatoriedade, de acordo com cada sociedade e cultura

¹²³ SANTOS, O estado heterogêneo..., p. 71.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Fato constatado no trabalho de campo efetuado na Província de Cabo- Delgado, onde existe o Gabinete jurídico da Mulher, Liga dos direitos Humanos, Líderes religiosos, entre outros.

específica”.¹²⁶ Constância, generalidade e senso de obrigatoriedade são as notas essenciais do costume jurídico, porquanto lhe dão juridicidade.¹²⁷ E não há como falar de juridicidade do costume sem ao menos tangenciarmos o campo das históricas doutrinárias que procuram compreendê-lo - ei-las: doutrina romano-canônica, a doutrina moderna e a doutrina da escola histórica.

A primeira, em excertos do *corpus juris civilis*, quis igualar o costume á lei, encerrando que o costume, assim como a lei, encontra o seu fundamento de validade na vontade popular.¹²⁸ Já a doutrina moderna, tendo como precursores Austin e posteriormente, Lambert, ao contrário da primeira, não reconhece juridicidade na norma consuetudinária, senão quando chancelados pelo judiciário. Atentemos para colocação de Austin;

O costume é transformado em direito positivo quando é adotado como tal pelos tribunais de justiça e quando as decisões judiciais formadas com base nele são feitas a valer com força do poder do estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber uma sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súbditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possui, de reprovação geral que recai sobre aqueles que transgridem.¹²⁹

Por fim, a doutrina da Escola Histórica (leia-se Savigny e, mais recentemente, Putcha), parece-nos ter tratado o costume com uma maior sabedoria, na medida em que lhe creditou uma qualidade marcante: a autonomia. Situava, pois, o seu fundamento de juridicidade naquilo que Bobbio chamou de convicção jurídica popular, no sentimento inato de justiça do povo, sentimento que permite distinguir os costumes jurídicos dos simples hábitos.¹³⁰ Segundo o jurista, esta doutrina não tem sido seguida; os juristas sempre acolheram ou a teoria romano-canônica, ou a austiniana de direito, prevalecendo, assim, a tendência a negar ao costume o caráter de fonte autônoma de direito.¹³¹

Sem prejuízo da sintética abordagem das doutrinas referidas, concordamos com Savigny e Putcha porque compreendemos o costume como reflexo no contexto fático-social da vontade popular dita soberana. Bem refere René David ”que a discrepância que existe na

¹²⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 121.

¹²⁷ Sobre o assunto ver LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 272-273.

¹²⁸ BOBBIO, *O positivismo...*

¹²⁹ Citado por BOBBIO, *O positivismo...*, p.167.

¹³⁰ *Ibidem*, p.168.

¹³¹ *Ibidem*.

teoria, não tem qualquer conseqüência prática, porque todos comportam-se como se a lei se tivesse tornado a fonte exclusiva ou quase exclusiva do direito, mas a realidade, revela-nos outra, e confere ao costume um papel muito importante que a aparência nos leva a supor”¹³².

Ainda, sobre a importância do costume, René David refere que, nos dias de hoje, ainda se tem dificuldade em libertar-se da concepção romano-canônica do costume, procurando-se colocar todos os costumes no quadro da lei, mesmo se, para isso, tivermos de apresentar falsamente, como sendo conformes à lei, costumes que, na realidade, preenchem lacunas ou vão mesmo contra à lei. Perde-se, assim, o seu caráter de fonte autônoma do direito.¹³³ No entanto, acautela René David, que não se deve atribuir um valor em si ao costume; ele apenas deve ser consagrado na medida em que serve para indicar a solução justa.¹³⁴”O jurista não deve, portanto, aplicá-lo dum modo automático”.Deve exercer sobre ele a sua critica e interrogar-se sobre a sua razoabilidade”.

O costume, quando é explicitado pela doutrina, atinge uma formulação conceitual que permite falar de direito consuetudinário.¹³⁵ A África viveu durante séculos sob domínio de um direito essencialmente consuetudinário. A submissão ao costume era espontânea, cada individuo sentia-se obrigado a viver como haviam vivido os seus antepassados; o temor das forças sobrenaturais era por si suficiente, na maioria das vezes, para impor o respeito e a observância dos modos tradicionais de vida. Obedecer ao costume é um testemunho de respeito à memória dos antepassados, cujas ossadas se misturam com o solo e cujos espíritos velam pelos vivos.¹³⁶

Para Ramiro Ladeiro Monteiro, entende-se direito consuetudinário africano como “o conjunto de normas e preceitos que emanam da vontade dos antepassados (ancestrais) e cuja a função não consiste somente em solucionar conflitos de interesses individuais, mas essencialmente em promover o equilíbrio e o controle social”.¹³⁷ Para o autor a expressão

¹³² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 147.

¹³³ Ibidem, p. 148.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 273.

¹³⁶ VERDIER, R. Chef de terre et terre de lignage, *Etudes de droit africain et droit malgache*(J.Poirier,dir.) 1965, p. 333-359.

¹³⁷ Citado por ANDRE, Bento Zalazar. *Recepção no sul de Angola (direito consuetudinário) do direito português das sucessões*. Disponível em: <<http://www.direito.unisinos.br/sandra/arquivos/direitos-africano.ppt>> Acesso em: 22 dez. 2006.

“consuetudinário” não pode ser tomado no sentido vulgar, pois nela não radica apenas o costume; ao conceito, está ligado o "elemento religioso", que é fundamental, pois é, sobretudo, o receio do castigo sobrenatural que garante a coercitividade e legitimidade das regras costumeiras. O costume está ligado, no espírito dos africanos, a uma ordem mítica do universo¹³⁸. Quem transgredir o costume arrisca-se a desencadear não se sabe que reações, desfavoráveis dos gênios da terra, num mundo onde tudo está ligado, o natural e o sobrenatural, o comportamento do homem e os fenômenos da natureza¹³⁹.

Os costumes da África são múltiplos e variados¹⁴⁰. Cada comunidade tem os seus usos e costumes próprios, bastando-se a si mesma. Como podemos verificar, a prevalência do costume tem sido uma constante no direito Moçambicano, mesmo após a influência externa das ações missionárias de propagação do cristianismo e islamismo, a partir do séc IV, bem como da colonização europeia (Portugal) no século XIX. Os direitos de costumeiros, reconhecidos ou não pelo direito oficial, convivem com os outros direitos de raiz europeia, islâmica ou canônica.¹⁴¹ No equilíbrio entre eles, o direito costumeiro freqüentemente se impõe, na prática de todos os dias, ao direito oficial. Moçambique tem, assim, uma variedade de normas costumeiras, conforme cada uma das múltiplas comunidades étnicas, relevantes na resolução de conflitos e na atuação social das comunidades.

Concluindo a que se considerar a importância do direito costumeiro como fonte do direito privado, tanto na América latina¹⁴², na Europa¹⁴³ e na África¹⁴⁴. O Direito não escrito

¹³⁸ ALLOT, M.: *L'acculturation juridique, in Ethnologie Generale* (Encyclopedie de la pléiade), p. I.1180-1246, 1969. Citado por René David. Os grandes Sistemas..op.cit, p.568

¹³⁹ DESCHAMPS, H. *Lês fondements du droit quotidien malgacjhes*, p. 19-23. apud DAVID, *Os grandes...*, p. 568

¹⁴⁰ A antiga África Equatorial Francesa e o antigo Congo belga comportam, por exemplo, à volta de 1.500 etnia; a África Oriental inglesa, 200; Madagascar, 19, No Senegal apenas 68 costumes estão oficialmente reconhecidos por uma decisão de 28 de fevereiro de 1961; entre estes costumes, 20 são qualificados islamizados e 7 como costumes cristãos. Sobre o assunto ver Ibidem, p.567.

¹⁴¹ Os Portugueses orientaram-se no sentido de uma política de assimilação, fundada no duplo postulado do igual valor de todos os homens e da superioridade da civilização europeia sobre os costumes africanos. Esta orientação política manteve-se até ao fim da era colonial. Como consequência, houve uma transformação do direito consuetudinário, mesmo naquelas matérias em que o direito oferecia uma regulamentação completa; seja porque este direito não foi considerado pelo colonizador como suficientemente civilizado, seja porque se impunha a sua adaptação às transformações que se haviam produzido noutros domínios. Ver mais sobre o assunto DAVID, *Os grandes...*, p. 575 et seq.

¹⁴² Ver, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*, Revista dos tribunais, São Paulo, pp 270-277..

¹⁴³ ver HESPANHA, M. Antonio. *Panorama histórico da cultura jurídica Europeia*, 2ª ed, Publicações Europa-América, Lda. Portugal, 1998, p.90 e sgt.

¹⁴⁴ Ver DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: Direito comparado*, 2ª ed, Meridiano, Lda, Lisboa, p. 568

é segundo Erik Jayme ¹⁴⁵ uma das fontes mais importantes no contexto atual da pós-modernidade; como demonstram o lobolo e polígamia, no casamento tradicional em Moçambique.

Dentre a multiplicidade de instâncias que têm como função a resolução de litígios, destacam-se as autoridades tradicionais e o seu direito tradicional, assim como os tribunais comunitários. Estes têm tido um papel fundamental em Moçambique, principalmente na resolução de litígios. Criados pela lei 4/92 de 6 de Maio, fazem parte integrante do direito oficial. Por outro lado, a lei define-os como operando fora da justiça oficial, como justiça do tipo comunitário. Dada a relevância dessas instâncias de resolução de litígios na sociedade moçambicana e no contexto da pós-modernidade, será feita uma abordagem mais profunda em capítulo específico.

As autoridades tradicionais são caracterizadas pelas variáveis moderno/tradicional e a variável monocultural/multicultural¹⁴⁶ Esta forma de autoridade assume-se como sendo portadora de uma justiça tradicional claramente distinta do direito e da justiça moderna, os únicos reconhecidos como tal pelo Estado. Pelo fato de serem tradicionais, o direito e a justiça tradicional incorporam uma diversidade de universos culturais e simbólicos (visto que o que é definido como tradicional varia de comunidade para comunidade, de etnia para etnia e, simultaneamente, de tempo histórico para tempo histórico), mas todos eles se distinguem do universo cultural e simbólico eurocêntrico que caracteriza o direito e a justiça oficial.¹⁴⁷

Como se pode verificar, o pluralismo jurídico em Moçambique é de uma enorme riqueza e complexidade. Para além dos tribunais judiciais, atuam no país outras instâncias de resolução de conflitos, como os tribunais comunitários, as autoridades tradicionais, os gabinetes jurídicos da mulher em Cabo-delgado, os líderes religiosos, as organizações não governamentais (ONGs), associação dos médicos tradicionais de Moçambique (AMETRAMO), entre outras legitimadas pela comunidade que promovem a conciliação das partes fazendo uso de normas locais .

¹⁴⁵ JAYME, *Identité culturelle et intégration...*, p. 59

¹⁴⁶ SANTOS, *O estado heterogêneo...*, p 73.

¹⁴⁷ Sobre as Autoridades tradicionais, ver MENESES, et al. *As autoridades...*

Boaventura de Sousa Santos,¹⁴⁸ questiona a especificidade das autoridades tradicionais em Moçambique, no sentido de saber se estas têm uma especificidade suficientemente forte para que lhes possa ser conferida primazia entre as demais estruturas de poder que existem nas comunidades (chefes tradicionais, líderes religiosos, médicos tradicionais e demais associações). Refere o jurista que, neste domínio, são muitas as posições; dentre elas, destacam-se duas. A primeira vê nas autoridades tradicionais apenas uma entre várias autoridades locais, não lhes devendo ser dado qualquer privilégio sempre que na mesma comunidade coexistirem vários tipos de autoridade. A segunda posição entende que as autoridades tradicionais não estão no nível das demais formas de poder porque só elas controlam o poder dos espíritos, o poder dos antepassados no governo das comunidades e, por isso, também só elas têm acesso aos rituais e à dimensão mágica da vida comunitária. Enquanto que a primeira posição tende a trivializar as autoridades tradicionais, a segunda tende a inseri-las em políticas de etnicidade mais vastas.

O decreto n. 15/2000, de 20 de junho, vem a incluir as autoridades tradicionais nas demais autoridades comunitárias locais, optando pela primeira posição, como preceitua o artigo 1º “Para efeitos do presente decreto são autoridades comunitárias os chefes tradicionais, os secretários de bairro ou de aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades”.

Assim, a análise do pluralismo jurídico em Moçambique serviu para demonstrar que, numa sociedade como a nossa, o direito estatal tem a pretensão de se constituir na única forma jurídica da sociedade. Esta ambição, porém, parece diante de múltiplos conflitos existentes entre vários grupos sociais e culturais. No Máximo, o direito estatal é considerado dominante, mas não exclusivo nem o mais importante na gestão normativa da maioria da população.¹⁴⁹ Por essa razão, a noção do pluralismo jurídico está sendo aceite e introduzida paulatinamente na legislação Moçambicana. (artigo 4 da CRM).

¹⁴⁸ SANTOS, op. cit., p. 83

¹⁴⁹ Sobre o assunto ver SANTOS; TRINDADE, *Conflito...*, p. 531. Segundo o Juiz presidente do Tribunal Supremo (1999), o sistema judicial atinge a um quarto da população de Moçambique. Por seu lado uma advogada (em 1999) afirmava que, em sua opinião, o sistema judicial não chegava a mais de 800.000 moçambicanos, com incidência nas zonas mais urbanizadas.

É assim que nos capítulos seguintes, faremos uma análise da evolução da justiça em Moçambique, contextualizando o pluralismo jurídico nas diferentes etapas de desenvolvimento do país.

B) A evolução da justiça em Moçambique e o pluralismo jurídico

A evolução da organização judiciária, desde a colonização até aos nossos dias, acompanha, em termos gerais, a evolução do próprio sistema político e da ordem jurídico-constitucional de Moçambique. É possível, assim, observar três períodos, correspondendo cada um deles ao tempo de vigência das transformações que se fizeram sentir, com incidência sobre a composição, a organização e o funcionamento dos tribunais e outros órgãos de administração da justiça.

1. O dualismo jurídico e o regime do indigenato

Durante a colonização portuguesa, o regime do indigenato caracterizou-se como um sistema político que subordinou os moçambicanos aos chefes de comunidades descritas como tribos, tendo como suporte a presença de uma língua e cultura comuns.¹⁵⁰ A implementação do direito tradicional na governação colonial surge como parte integrante deste processo de subordinação-dominação, tendo como resultado o aparecimento do sistema jurídico colonial.¹⁵¹

A cultura jurídica nacional da época foi marcada por um “dualismo jurídico¹⁵²”. De um lado, havia o direito colonial europeu; do outro, os direitos consuetudinários dos povos nativos, coexistindo duas ordens jurídicas paralelas que atuavam em espaços diferentes.

¹⁵⁰ Vários autores têm vindo a referir, Mandani, 1966, Faliciano, 1998, Genteli, 1999 entre outros. Citado por , MENESES; et al. As autoridades..., p. 343.

¹⁵¹ Sobre o tema veja SANTOS, O estado heterogêneo..., p.71.

¹⁵² *Dualidade de juridicidade no âmbito da administração da justiça*. Ver c. f Muller Juristischer verlag, .Annuaire Droit Africain p. 121

Deste modo, este conjunto de leis, estatutos (direito colonial) e políticas que passaram a colocar, de um lado, o colonizador e, do outro, o colonizado - o cidadão, de um lado, e o indígena, do outro – refletem, na essência, a forma como estava concebido o aparelho colonial, a necessidade de estruturar o sistema de exploração e de discriminação racial.¹⁵³

Fruto da criação do Estado colonial, aqueles indivíduos que eram detentores da liberdade de circulação/ movimento no território e que podiam contratar trabalhadores e adquirir propriedades eram definidos como "cidadão colono" e os que não podia realizar os referidos atos tinham o estatuto de "indígena". A posição do indígena e do não-indígena seria reforçada em 1917, com a introdução do conceito de assimilados¹⁵⁴. Como cidadãos de estatuto inferior, os assimilados (negros, asiáticos, mistos, na sua maioria) tinham cartão de identidade que os diferenciava da massa dos trabalhadores detentores de uma "caderneta indígena". Essa caderneta foi, pois, o meio encontrado para limitar a circulação da força de trabalho.¹⁵⁵

Em termos ideológicos, o sistema colonial era um sistema dualista que pretendia opor distintas formas de governação dos sistemas legais: a) a de posse de terra e b) a de regulamentação do trabalho. Ao atribuir uma identidade política aos africanos por meio das autoridades locais /indígenas, o aparelho colonial forjou as raízes de uma oposição étnica, racial e identitária que marcaria Moçambique no período pós-independência.

No nível da estrutura jurídica oficializada, a prática de normação da vida social traduzia-se também num dualismo jurídico legal que não dava tratamento igual a todos os

¹⁵³ MANESES. Maria Paula... O sistema do indegenato e o surgimento das autoridades tradicionais: *Conflito e transformação social*, op, cit, p.342.

¹⁵⁴ O conceito da assimilação foi estabelecido durante a primeira república em Portugal (1910). A sua idéia era conferir aos Africanos os mesmos direitos que os cidadãos portugueses possuíam. Para obter o estatuto de assimilado, a pessoa devia ser maior de 18 anos, fluente em português, ter um determinado salário e possuir uma certidão de nascimento e atestado médico. Adicionalmente, duas cartas de referência e um juramento de lealdade tinham que ser apresentados. Uma vez que apenas um pequeno grupo de africanos era capaz de preencher estes requisitos, a maioria das populações permaneceu no grupo de indígenas. Pertencer este grupo significava trabalho forçado e restrições de movimento. A pessoa era excluída do sistema de educação do Estado e tinha que ser portador de um "passe específico". (W Van der Waals, Portugal 's war in Angola , 1961-1974, Rivonia, 1993, p. 35).

¹⁵⁵ Rita Ferreira, 1967-68, hedges, 1993, CEa, 1998, cit, in, Meneses et.al. s/d. – Aqui é de destacar também, a lei de trabalho promulgada em 1899, a qual dividia formalmente a população que vivia nas colônias portuguesas em duas classes: a dos indígenas, e a dos não-indígenas ou civilizados. Os não- indígenas possuíam os direitos de cidadania vigentes em Portugal e viviam segundo a lei da metrópole, os indígenas viviam sob as leis locais e sujeitos aos procedimentos legais próprios de cada colônia.

moçambicanos (na altura cidadãos portugueses).¹⁵⁶ Existiam normas próprias para moçambicanos indígenas e normas para moçambicanos não-indígenas. (Regime do indigenado-decreto-lei n 399666, de 20 de Maio de 1954 e o código do indigenato).

Assim, o direito formal então instituído formou um sistema jurídico que trazia consigo suas próprias leis. Esse sistema refletia muito mais valores e tradições jurídicas do Direito formal europeu (Romano-germânico)¹⁵⁷, tendo pouco ou quase nada tinha em comum com as tradições de todos os moçambicanos em termos da população local. Nesse contexto, os colonizadores desconsideraram as práticas jurídicas já existentes de um direito comunitário nativo e consuetudinário, impondo a cultura legal proveniente da Europa e da coroa portuguesa.¹⁵⁸

Embora, entre 1940 e 1950, o governo colonial português tivesse criado os tais tribunais dos indígenas, isso não resultou numa interação legislativa entre os direitos costumeiros e o direito estatutário. Mantiveram-se dois sistemas de direito separados, como se houvesse dois países.¹⁵⁹ Esse fato demonstra claramente a inviabilidade do modelo exclusivamente unitário num estado pluralista (multietnico) como Moçambique e a necessidade de o direito oficial articular-se com os outros mecanismos de resolução de litígios existentes na sociedade.

¹⁵⁶ Tome-se em conta que todos os moçambicanos, enquanto cidadãos de uma colônia portuguesa, eram, na altura, considerados como povo português.

¹⁵⁷ Sistema jurídico de uma sociedade moderna ocidental, representada pela Civil law (direito escrito produzido diretamente pelo estado). A característica principal, além das fontes históricas, é a preponderância do direito escrito, que tende a provocar confusão entre o direito e a lei. A outra característica importante é a técnica de codificação adotada no século XIX, por todos países romanos germânicos, aliás, na atualidade, há, de fato tendências a sistematizar-se todo o direito em grandes códigos, segundo a matéria de que tratam; no Brasil, podemos citar vários exemplos: o código civil tratando das relações privadas, o código penal tratando dos crimes, etc.

¹⁵⁸ Em termos da pluralidade jurídica e fruto do sistema colonial implantado, a *indirect rule* garantia a existência de um sistema legal moderno, oficial, para os cidadãos (colonos e assimilados). Estes eram detentores de um registro de nascimento e de um documento de identificação, podendo possuir bens e recorrer aos tribunais judiciais para a resolução de conflitos. Como refere Meneses (2003), a identidade civil era, pois, a identidade do cidadão, do civilizado único detentor de direitos civis e políticos. Para o resto da população (indígenas), foi criado o tribunal privativo dos indígenas. Os direitos dos indígenas eram regulados através do direito tradicional pelas autoridades gentílicas (denominação das autoridades tradicionais durante o período colonial). Porque a identidade indígena era definida pelas ligações ancestrais a uma região, esta, por seu turno, era definida com base em critérios étnicos. Os direitos e obrigações eram estabelecidos em função dos costumes indígenas locais. Como resultado, a regulação do conflito era através da linguagem da cultura local.

¹⁵⁹ NEGRÃO, José Guilherme. Sistemas costumeiros da terra. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003, v. 1, p. 229.

Assim, no período da colonização, o direito estatal predominante foi basicamente o direito oficial da autoridade instituída, que, com as devidas adaptações, era extraído e elaborado a partir da legislação portuguesa, completamente distanciado das práticas jurídicas comunitárias e inibidor das formas de pluralismo da justiça informal.

No período de transição, no início da década de 60,¹⁶⁰ com a modernização e as pressões internacionais contra o trabalho forçado, e fruto do processo de independência das colônias africanas, o regime do indignado foi abolido formalmente, mas, na prática, continuou a vigorar até quase o período da independência.

2. A reconstrução do sistema judiciário e a implantação do sistema de justiça popular.

A configuração política e jurídica dos novos Estados africanos deve-se, em grande parte, à natureza e às modalidades de que se revestiram as lutas pela independência contra a dominação colonial nesses territórios, pois, na formulação das estratégias de desenvolvimento, uns privilegiaram os elementos de continuidade estrutural com as antigas metrópoles e outros, pelo contrário, impuseram rupturas mais ao menos profundas com o vínculo do passado.¹⁶¹

No caso de Moçambique, o fato de a luta de libertação ter assumido o caráter de "guerra popular prolongada" e de a frente de libertação de Moçambique (Frelimo) ter progressivamente incorporado no seu ideário a destruição de todos os vestígios do colonialismo e do imperialismo, para a eliminação do sistema de exploração do homem pelo homem, bem como para a edificação da base política, material, ideológica, cultural e social da nova sociedade,¹⁶² determinou a prevalência dos elementos de ruptura, em especial no que concerne à natureza do poder político e da sua ideologia, à integração nos espaços econômicos e militares e às opções estratégicas em matéria de política externa.

¹⁶⁰ O período 1960 a 1974 é caracterizado pela eclosão das lutas de libertação nos territórios Africanos colonizados por Portugal.

¹⁶¹ TRINDADE, José Carlos. Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos: conflito e transformação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003, v. 1, p. 97.

¹⁶² Ver decisões do Conselho de Ministros, Boletim da República de Moçambique, I serie, N 15, de 29 de Julho de 1975.

A resolução sobre a justiça do Comitê Central da FRELIMO (8ª Sessão, 1976) definiu a prioridade política de destruir a estrutura judicial colonial, como um dos meios de combate ao "Estado colonial-capitalista". Assim, instituiu-se o princípio da participação popular na administração da justiça, com a introdução da lei n. 12/78, de 2 de dezembro¹⁶³, intervindo nos tribunais juizes leigos, denominados "juizes eleitos", ao lado dos juizes profissionais. Desse modo, "O novo sistema judiciário devia exprimir o poder da aliança operária-camponesa e refletir a ditadura da maioria exploradora". Essa opção levou a afastar da administração da justiça as entidades conotadas com o poder colonial, como é o caso das autoridades tradicionais, e, conseqüentemente, o direito tradicional por elas aplicado.

Contudo, a exceção das transformações referidas, tanto no domínio da política quanto no jurídico e no judicial, largas são as áreas em que muito pouco mudou ou, se mudanças ocorreram, elas apenas se fizeram sentir ao nível formal ou institucional. Por exemplo, a composição, organização e funcionamento dos tribunais e dos outros órgãos da administração da justiça foram profundamente alterados, mas a estrutura judicial¹⁶⁴ e o núcleo essencial do ordenamento normativo que esses órgãos foram chamados a aplicar mantiveram-se praticamente os mesmos, prevalecendo aqui uma clara solução de continuidade.¹⁶⁵

A lei da organização judiciária da época (ou Lei dos tribunais populares¹⁶⁶), Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro, desenvolveu os princípios proclamados na Constituição da República Popular de Moçambique¹⁶⁷ e na Resolução sobre a justiça do comitê central da

¹⁶³ Ver cópia da lei em anexo A.

¹⁶⁴ Um tribunal da relação, com jurisdição em todo o país, e exercendo funções quase exclusivas de recursos; tribunais judiciais de comarca, com jurisdição em cada província; julgados municipais, com jurisdição em cada distrito; julgados de paz, com jurisdição em cada posto administrativo. Os julgados municipais de primeira classe, os tribunais de comarca e o tribunal da relação eram compostos por juizes profissionais. Nos restantes tribunais, o poder jurisdicional era exercido pela autoridade administrativa da respectiva circunscrição territorial.

¹⁶⁵ Até hoje, o país continua a reger com base na legislação Portuguesa, por exemplo: antigos códigos civis, processuais, comerciais, etc.; apenas foram reformados alguns institutos.

¹⁶⁶ Perante a expressão "Tribunal Popular", Michael Foucault assinala que "o tribunal qualquer que ele seja, não é expressão natural de uma justiça popular, mas, pelo contrário, tem por função histórica reduzi-la, dominá-la, sufocá-la, reescrevendo-a no interior de instituições características do aparelho do Estado". O autor refere, ainda, "mesmo as revoluções de conteúdo popular não conseguiram romper com os requisitos formais originários da denominada justiça burguesa"—citado por MAIA, Rodolfo Tigre. O tribunal do júri: justiça popular ou massificação. *Boletim Jurídico*, Rio de Janeiro, nov. 1996.

Contudo, a particularidade de Moçambique passa precisamente pelo fato de isso não ser linear, já que os tribunais popular eram simultaneamente órgãos de administração da justiça e órgãos de poder e participação popular, não aplicando de maneira exclusiva nem o direito tradicional, nem o direito revolucionário, nem o direito colonial, mais sim uma espécie de miscelânea deles todos.

¹⁶⁷ A primeira Constituição do país, promulgada a 25 de junho de 1975, data da independência de Moçambique.

FRELMO (1976) e, ainda, no relatório ao III congresso do Partido FRELIMO (1977), nomeadamente:

- articulação entre os tribunais e as estruturas políticas do Estado;
- prevalências das decisões dos tribunais sobre as demais entidades públicas e privadas;
- tutela do tribunal popular supremo e dos tribunais populares províncias sobre os de escalão inferior, podendo aqueles imitar diretivas e instruções de caráter geral e obrigatório [...] a fim de garantir uniformidade na aplicação das leis e no desenvolvimento da atividade processual;
- coincidência entre a divisão administrativa e a judicial;
- colegialidade de todos os tribunais, prevendo a participação (especialmente nos processo-crimes) de juizes leigos nos tribunais populares distritais e de escalão superior, a par dos juizes profissionais e em plena igualdade com eles;
- nos processos civis os juizes eleitos tinham competência de decidir sobre a matéria de fato;
- a base do sistema era constituída por tribunais compostos exclusivo por juizes leigos (eleitos), eleitos pelas assembleias locais, julgando "de acordo com o bom senso e a justiça, tendo em conta os princípios que presidem á construção da sociedade socialista...", desde que não contrariem a lei;
- a direção do sistema judicial foi atribuída ao Ministério da Justiça, especialmente através da nomeação e exoneração de magistrados judiciais e do Ministério Público¹⁶⁸, da atribuição do poder disciplinar sobre os magistrados, da determinação da especialização dos tribunais ou das respectivas seções e da sua entrada em funcionamento, da definição dos critérios de seleção dos candidatos e magistrados, da definição de regras de procedimentos para as eleições dos juizes não profissionais.¹⁶⁹

A lei dos tribunais populares definiu uma estrutura hierárquica dos tribunais judiciais, idêntica à que vigorou nos primeiros anos da independência. No topo da pirâmide, estava o Tribunal Popular Supremo (só viria a ser constituído em 1988), tendo estado anteriormente a funcionar o Tribunal Superior de Recurso (criado pela Lei 11/79 de 12 de dezembro), em substituição do Tribunal da Relação - seguindo-se, sucessivamente, os tribunais populares províncias (onde havia funcionando os tribunais de comarca) e os tribunais populares de localidade ou de bairro (onde funcionaram os julgados de paz).

Em termos de pluralismo jurídico, pode-se referir que o país herdou o sistema jurídico do estado predecessor da família romano-germânica e um direito de natureza dualista, formal e informal (direito estadual e práticas consuetudinárias).

Mesmo com a promulgação da primeira Constituição em 25 de julho de 1975, data da independência do país, que estabeleceu, no nível do direito formal, um regime único de

¹⁶⁸ Na Magistratura do Ministério Público, esta função passou a ser exercida pelo Procurador Geral da República a partir do ano de 1989, por força da lei n. 6/89, de 19 de setembro.

¹⁶⁹ Ver Decreto Presidencial n. 69 /73, de 29 de setembro.

jurisdição¹⁷⁰, conforme dispõe o artigo 72 -"o tribunal popular garante a aplicação uniforme da lei por todos os tribunais ao serviço do povo Moçambicano"-, continuaram a vigorar, para a maioria da população, as formas jurídicas consuetudinárias que expressam uma juridicidade tradicional, dotada de fontes e mecanismos próprios de legitimação e inteiramente dissociada do direito estatal.

Como refere Odair Varela¹⁷¹, “em alguns países, como os da ex-União Soviética, o direito tradicional, em virtude de uma revolução social, entrou em confronto com a nova legalidade, o direito revolucionário, e foi, por isso, proscrito, sem, no entanto, ter deixado de continuar a vigorar”. Em Moçambique, o governo pós-colonial tinha ligações estreitas com a antiga URSS e defendia a ocorrência de um processo revolucionário nas massas ou na sociedade, tendo, inclusive, desenvolvido programas para tal.¹⁷² Isso levou a um desrespeito por outras formas de resolução de litígios ao nível das comunidades locais, quer por serem encaradas como representantes do obscurantismo, quer como colaboradores da administração colonial.¹⁷³

Já na vigência da constituição de 1975 havia um reconhecimento do pluralismo jurídico por parte do estado, apesar de não declarar expressamente, com a criação dos tribunais populares¹⁷⁴. Como anteriormente fizemos referência, nesses tribunais o exercício da atividade judicial era feito por juizes eleitos, isto é, por juizes leigos, eleitos pelas assembleias populares para exercerem funções judiciais (artigo 31 da Lei 12/78).

A regulação jurídica das atividades e dos conflitos aplicados nesses tribunais baseava-se na linha política do partido no poder - Partido FRELIMO (vertente oficial) - e nas normas consuetudinárias locais (vertente não-oficial).¹⁷⁵ Essa influência do partido foi considerada negativa.¹⁷⁶

¹⁷⁰ Fortemente marcado pelo modelo colonial.

¹⁷¹ VARELA, Odair Bartolomeu. *A extinção dos tribunais populares em Cabo-Verde perante o processo de globalização hegemônica do direito*. p. 9. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel52/odair_varela.pdf>. Acesso em: 16 set. 2006

¹⁷² Ver MENESES, et al. *As autoridades...* p. 350- 351.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 352.

¹⁷⁴ Lei n 12/78, de 2 de Dezembro (lei orgânica dos tribunais populares).

¹⁷⁵ Ver a Constituição da República de Moçambique de 1975.

¹⁷⁶ Para Santos, por exemplo, este fato aproxima os tribunais populares do assim denominado tipo-ideal de política e os afasta do tipo-ideal de justiça. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Justiça popular em Cabo-Verde*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 237).

Os tribunais populares eram instâncias de administração da justiça e órgãos de poder e participação popular. Como órgãos de poder e participação popular, os tribunais populares estavam integrados nos aparelhos políticos do Estado e dependentes do partido no poder (FRELIMO)¹⁷⁷. Como órgãos da administração da justiça, estavam integrados ao aparelho judicial do Estado e dependentes, para efeitos administrativos, do Ministério da justiça, que era também um órgão do executivo do partido no poder (artigo 52 n. 3 da Lei 12/78, lei orgânica dos tribunais populares).

O Decreto presidencial n. 69/83, de 29 de dezembro, definia o Ministério da justiça como “órgão central do conselho de ministros a quem compete essencialmente organizar o sistema judiciário promovendo a criação de tribunais populares ...”. Decorrentes desta definição, no artigo 2º do referido decreto legal, foram traçados, entre outros, os seguintes objetivos: “a) implementar e alargar a todo o país a cobertura judicial dos tribunais populares desde o escalão de base até ao tribunal popular supremo. b) estruturar e organizar o sistema de fiscalização da legalidade a todos os níveis, incluindo a criação da Procuradoria Geral da República”.

Em coerência, o mencionado Decreto Presidencial n. 69/83, estabelece, no seu artigo 3º, que “O Ministério da Justiça organiza e superintende o sistema da administração da justiça através dos Tribunais e da Procuradoria Geral da República”. Para materialização dos seus objetivos, incumbia-o das seguintes funções essenciais: “no domínio da atividade judicial, implementar estratégias de criação do Tribunal Popular Supremo e estabelecer as regras e critérios adequados para a extensão dos Tribunais Populares dos diferentes escalões a todo o país. E, no domínio da fiscalização da legalidade. Implementar a estratégia de criação da Procuradoria Geral da República e controlar a sua execução”.

Como colorário dessa definição de objetivos essenciais, foi aprovado o Estatuto do Ministério da Justiça, mediante o Diploma Ministerial n. 42/85, de 18 de setembro. Entre as áreas de atividade em que se organizava o Ministério da Justiça, incluía-se, em primeiro lugar,

¹⁷⁷ Nos termos do artigo 5 da lei 12/78 de 2 de dezembro (lei da organização judiciária da época), o tribunal popular supremo e demais tribunais estavam subordinados a Assembleia Popular, que era constituído na íntegra pelo partido único, FRELIMO. Uma das características da época do monopartidarismo era a centralização ou concentração do poder. Assim, pela constituição de 1975, o presidente da República era o presidente da assembleia popular. Nessa época, a separação dos poderes legislativo, executivo e judicial não era nítida, sendo, na maior parte das vezes as mesmas pessoas a ocuparem os diferentes papéis ou funções dos

a área judicial. Como se pode verificar, até 1989¹⁷⁸, o sector judicial e da administração da justiça eram o núcleo essencial dos objetivos e das funções centrais do Ministério da Justiça, o que fazia com que os tribunais fossem dependentes deste órgão do governo e permitissem uma interferência do executivo no poder judicial.

3. O pluralismo jurídico no período pós-independência (1990 a 2004): As visões no direito positivo.

A partir dos finais da década 80, houve grandes transformações políticas - de um regime monopartidário de orientação socialista (CRM 1975) para um regime multipartidário e de economia de mercado. Este fato exigiu alterações profundas no sistema político, assim que, após quinze anos de independência, é proclamada a Constituição da República de 1990, que entra em vigor no dia 30 de Novembro do mesmo ano.

Essa Constituição introduziu o Estado de direito democrático alicerçado na separação e interdependência dos poderes e no pluralismo (conforme o preâmbulo e seu artigo 1º). Isso exigiu alterações profundas também no nível do sistema judiciário, em conformidade com a filosofia política-constitucional então adotada, baseada na separação dos poderes, nos princípios de independência, imparcialidade e na exclusiva obediência à lei.

Os tribunais passaram a ser considerados instrumentos fundamentais para a manutenção da paz social e para o fortalecimento da democracia.

Na constituição de 1990 foram considerados os seguintes princípios e regras constitucionais relativas os órgãos judiciais:

- tribunais como órgão de soberania (artigo 109);
- autonomia em relação aos poderes executivo e legislativo;
- tribunais tendo como objetivo reforçar a legalidade, garantir o respeito pelas leis e assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos (artigo 161, n 1);
- Tribunais com função de educar os cidadãos no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social; (art. 101, n. 2)

três poderes. A maioria dos tribunais Populares compartilhava as mesmas instalações com a sede do Partido FRELIMO e os juizes dos tribunais, na sua maioria, eram membros do partido.

¹⁷⁸ Em 1992, com a criação da lei orgânica dos tribunais judiciais, lei 10/92 de 6 de maio, a direção do aparelho judicial é exercida pelo Presidente do Tribunal Supremo e pelo Conselho Judicial. (artigo 65 da lei 10/92)

- tribunais reprimindo as violações da legalidade e decidindo os pleitos de acordo com o estabelecido na Lei (art. 161 n. 3);
- decisões dos tribunais de cumprimento obrigatório e prevalecendo sobre as de outras autoridades (art.163);
- juizes independentes no exercício das suas funções, devendo obediência à lei e à Constituição (artigos. 162 e 164, 1);
- juizes com garantias de imparcialidade, irresponsabilidade e inamovibilidade (artigos. 164, n. 2 e 165, n. 2)
- juizes eleitos participando apenas nos julgamentos em primeira instância e exclusivamente na decisão sobre a matéria de fato. (art.171)

É assim que, em 1992, foram criados os tribunais judiciais em substituição dos tribunais populares¹⁷⁹. Essa estrutura judiciária oficializada constitucionalmente era unitária e formal, excluindo qualquer outra instância de resolução de conflitos, conforme dispõe o artigo 167 da CRM de 1990.

Ao contrário do que previa a constituição de 75, a Constituição de 1990, veio proibir a criação de tribunais especiais e enumerar taxativamente os tribunais existentes em Moçambique, o Tribunal Supremo e outros tribunais judiciais, O Tribunal administrativo, os tribunais militares, aduaneiros, fiscais, marítimos e, ainda, os Tribunais de trabalho.

Os tribunais de localidade e de bairro deixaram de fazer parte do sistema judicial, passando a ser regulados por lei própria, a Lei n. 4/92, de 6 de maio, lei dos tribunais comunitários. Dada a exclusão desses tribunais de base do sistema judiciário, a jurisdição formal é delimitada até aos distritos.¹⁸⁰ (artigo 56 da Lei 10/92, lei orgânica dos tribunais judiciais).

No nível dos bairros e localidades, a função jurisdicional ficou a cargo dos tribunais comunitários, instâncias com competência muito limitada. Em casos de litígios de grande complexidade, a população é obrigada a recorrer ao tribunal judicial do distrito mais próximos, que muitas vezes se situa a mais de 100 km da localidade ou bairro. Portanto, o sistema judicial termina no nível do distrito e apenas cobre pouco mais de um terço dos distritos existentes, não chegando assim, a todo o território.

¹⁷⁹ Lei n 10/92 de 6 de maio. (lei orgânica dos tribunais judiciais de Moçambique)-anexo A.

¹⁸⁰ O sistema compreende o Tribunal Supremo, os tribunais judiciais de província e de distrito, podendo ser criados sempre que as circunstâncias o justifiquem, tribunais judiciais de competência especializada e tribunais judiciais de distrito nas capitais de província, estando já criados alguns tribunais de competência especializada. (como é o caso do Tribunal de menores e o Tribunal de policia, ambos da cidade de Maputo).

O novo quadro político-constitucional adotou uma nova organização judiciária, baseada em novos princípios, "de modo a estar consentânea com a nova filosofia de organização do Estado e das demais instituições democráticas do país", conforme o preâmbulo da Lei n.10/92 (lei da organização judiciária). Não são abrangidos, nessa nova organização judiciária, os tribunais comunitários - criados pela Lei n. 4/92 de 6 de maio, como acima foi referenciado.

Outra importante inovação foi a institucionalização do Conselho Constitucional, com a competência de fiscalizar a Constituição e a legalidade dos atos normativos públicos, de julgar os conflitos de competência entre os órgãos de soberania e de decidir sobre questões eleitorais. Apesar da sua previsão constitucional, ele só veio a se constituir e funcionar em 2003. As funções do referido órgão eram exercidas provisoriamente pelo Tribunal Supremo.

A Lei da Organização Judiciária, Lei n. 10/92 de 6 de maio, acolheu todos os princípios previstos na Constituição e acrescentou ainda: princípio das audiências; dever de cooperação de todas as entidades públicas e privadas para com os tribunais; recurso único em decisões sobre a matéria de fato; poder atribuído ao Tribunal Supremo e aos tribunais judiciais de província para emitirem instruções e diretivas de caráter obrigatório, aos tribunais de escalão inferior, a fim de assegurar a sua operacionalidade e a eficácia na administração da justiça; o princípio de que a divisão judicial deverá, tanto quanto possível, coincidir com a divisão administrativa.

A referida lei acolhe, ainda, as seguintes inovações na organização judiciária: a direção e gestão do aparelho judicial ficam a cargo do Tribunal Supremo e do Conselho judicial, como órgãos centrais do sistema judicial, que têm de se organizar para o desempenho de várias funções de gestão e de direção do aparelho judicial (art. 168 da CRM 1990). Verifica-se a autonomia do poder judiciário em relação ao executivo.

Só com a proclamação da nova Constituição, em 2004, foi resgatado o pluralismo jurídico no nível legislativo. Neste novo texto constitucional o "pluralismo jurídico" é reconhecido expressamente como um dos princípios fundamentais da República de Moçambique, nos termos do artigo 4º da CRM, que preceitua o seguinte "o estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade

moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da constituição".

A Constituição enfatiza, no seu artigo 11, alínea g, "a promoção de uma sociedade de pluralismo, tolerância e cultura de paz", e proclama, no artigo 118º, que " o Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito consuetudinário"(nº 1), define o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida econômica, social e cultural do país, nos termos da lei (nº 2). Conseqüentemente, as atividades dessas autoridades na resolução de litígios não devem ser proibidas, pelo contrário, devem ser encorajadas, sempre que forem consentidas pelas partes e as suas decisões não violem os princípios e as normas constitucionais.

A nova ordem constitucional, ao integrar o pluralismo jurídico como um dos princípios fundamentais da Constituição da República de Moçambique (artigo 4 CRM), inicia a quebra rígida da juridicidade estatal, reconhecendo as múltiplas instâncias de justiça existentes em Moçambique, quer no meio urbano, quer no meio rural, às quais a população pode recorrer para satisfazer as suas necessidades sóciojurídicas. Reconhece, ainda como já é consensual nas sociedades multiculturais que os tribunais judiciais há muito deixaram de ter o monopólio da administração da justiça¹⁸¹, prevendo expressamente a possibilidade de serem definidos por lei mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de composição de interesse e de resolução de litígios extra judiciais (n. 2 do artigo 212 da CRM).

Esse preceito legal também vem a reconhecer a necessidade de uma reestruturação desse modelo rígido de juridicidade estatal, em busca de um equilíbrio maior entre a sociedade e o Estado na concretização de direitos do povo, consagrados na Constituição, que, na prática, não são efetivados, tais como os constantes nos artigos 35 (princípio da igualdade), 36 (acesso aos tribunais), 62 (princípios da igualdade do gênero), 70 (direitos de recorrer aos tribunais) e os demais direitos econômicos, sociais e culturais previstos no capítulo V, todos da referida Constituição.

¹⁸¹ Tal fato se pode constatar por intermédio da análise das legislações constitucionais dos países africanos.

A Constituição, além de consagrar que os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, (artigo 43º), também constitucionaliza o direito de ação popular (art. 81), bem como reconhece o papel que as organizações sociais, como formas de associação com afinidades e interesses próprios, desempenham na promoção da democracia e na participação dos cidadãos na vida pública.

Assim, a Constituição reconhece que as organizações sociais contribuem para a realização dos direitos e liberdades dos cidadãos, bem com para elevação da consciência individual e coletiva no cumprimento dos deveres cívicos (art.78), pelo que se torna imperativo, que essas organizações possam atuar na promoção e defesa dos direitos dos cidadãos e designadamente tenham um papel ativo no novo sistema de acesso à justiça e ao Direito, ao nível da informação, da consulta e do patrocínio jurídico.

A nova Constituição, no que se refere à organização judiciária, reconhecendo a identidade cultural do povo moçambicano e os vários sistemas normativos existentes na sociedade, vem a integrar os tribunais comunitários na nova organização judiciária moçambicana, como espécie de tribunais judiciais, nos termos do artigo 233 n. 2 da CRM.

Um grande avanço no nível infraconstitucional é a nova lei da família, Lei n. 10/2004, de 25 de agosto. Na verdade, o direito de família vem sendo o ramo do direito mais próximo da realidade social e, quase antropológico de uma sociedade, desde logo, se mostrou desconforme com a realidade sociocultural do país.

Como já nos referimos neste trabalho, o instituto regulado pelo código civil português vigente em Moçambique (livro IV do CCP de 1966), não se adequava à realidade sociojurídica da instituição familiar do nosso país.¹⁸² Segundo Sacramento¹⁸³, "não é por acaso que a própria autoridade colonial tenha tido o cuidado, quando da introdução do Código Civil de 1867 em Moçambique, de afirmar que as relações jurídico-familiares dos indígenas

¹⁸² Ver o preâmbulo da Lei família (Lei n. 10/2004, de 25 de Agosto).

¹⁸³ SACRAMENTO, Luis Filipe. Reforma legal no âmbito do direito de família e das sucessões: algumas reflexões. *Revista Jurídica da Universidade Eduardo Mondlane*, v. 4, dez. 2000, p. 109.

continuariam a reger-se pelos usos e costumes locais, conforme rezava o Decreto Régio de 1869"¹⁸⁴.

Conforme a organização judiciária do ultramar, introduzida pelo decreto n. 48033, o conhecimento, apreciação e a decisão das questões familiares e de sucessões estavam confiadas aos chamados julgados de 2ª classe, que aplicavam a lei a este tipo de casos, o direito consuetudinário não-codificado, segundo dispõe expressamente o artigo 25 do referido decreto.¹⁸⁵ Apesar da Portaria n. 22869, que tornou extensivo a Moçambique o Código Civil de 1967, não fazer qualquer referência expressa ao direito consuetudinário, estava latente, de certo modo, a preservação dos usos e costumes locais¹⁸⁶, continuando em aplicação o regime adotado em 1961, acima referido.¹⁸⁷

Assim, a nova lei da família (Lei 10/2004) estabelece grandes princípios normativos que permitem reconhecer e dar tutela jurídica à família como instituição, tais como: deveres e obrigações da família para com os seus membros e destes entre si e para com ela (artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, e 7, todos da Lei 10/04). Aqui foram considerados não só particulares características da organização sociofamiliar moçambicana, como também os princípios que se encontram consagrados na Constituição e em textos de direito internacional, tais como a convenção

¹⁸⁴ O artigo 8 do referido decreto Régio (Decreto publicado no B.O, n. 12 de março do ano de 1870) consagrava o seguinte:

"Desde que principiar a vigorar o código civil ficara revogada toda legislação a anterior, que recair nas matérias civis , que o mesmo código abrange:

1. São ressalvados:

[...] e) Em Moçambique os usos e costumes dos baneanes, bathias, parses, mouros , gentios e indígenas nas questões entre eles,

2. Nos casos em que as partes, as quaes aproveitar a excepção de 1. , optarem de comum acordo pela aplicação do código civil, será este aplicado.

3. Os governadores das províncias ultramarinas mandarão imediatamente proceder por meio de pessoas competentes à codificação dos usos e costumes ressalvados no n.1 , e ainda não codificados , submetendo os respectivos projectos á aprovação do governo."

E, por seu lado, relativamente as modalidades de casamento reconhecidas pela lei , dispunha o artigo 4:

"O casamento celebrado segundo o rito religioso dos contratantes não católicos produz todos efeitos civis, que o código reconhece ao casamento católico ou civil."

¹⁸⁵ Artigo 25 do artigo do Decreto n. 48.033 (relativo á competência dos juizes municipais de 2ª classe), estabelece que: "1. [...] *Em matéria civil* :

a) Preparar e julgar os feitos civis , seja qual for o valor , quando o direito aplicável for direito consuetudinário não codificado [...]"

¹⁸⁶ Portaria n 22.869, publicada no B.O. n. Sup, de 18, 12, 1967, descreve no seu número 2, do ponto 3, o seguinte;

"[...] Por outro lado, há ainda que ressaltar a diversa legislação privativa de natureza civil das províncias ultramarinas, quando traduza interesses superiores, situações enraizadas nas tradições locais ou condicionalismos próprios que convém respeitar.

[...] 2. É, porem , ressalvada a legislação privativa de natureza civil, emanada dos órgãos legislativos metropolitanos ou províncias, que vigorar em cada província ultramarina."

¹⁸⁷ SACRAMENTO, Reforma..., p. 109.

sobre os direitos da criança e a carta africana sobre os direitos e bem estar da criança.¹⁸⁸ Estes princípios fundamentais não estavam previstos na lei anterior.

Relativamente às modalidades de casamento¹⁸⁹, o artigo 16 da nova lei da família já vem a reconhecer o casamento religioso e tradicional ao lado do casamento civil, n. 1 do referido preceito legal. Ainda no n. 2 do mesmo artigo 16, reconhecem-se ao casamento religioso e tradicional valor e eficácia iguais às do casamento civil, quando tenham sido observados os requisitos que a lei estabelece para o casamento civil.

No artigo 17, é atribuído aos casamentos religioso e tradicional o mesmo efeito do casamento civil. Diferentemente da lei anterior, convivem hoje em Moçambique três formas de celebração do casamento: o casamento religioso (Católico, islâmico, protestante, etc.), a forma civil e o casamento tradicional. Aqui o legislador atribuiu ao direito consuetudinário o estatuto de direito positivo.¹⁹⁰

Foram harmonizados, ainda, alguns princípios reguladores das relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges com as normas constitucionais e com as regras estabelecidas no direito costumeiro. Dada a grande influência que os usos e costumes têm na regulação da sociedade moçambicana, a nova lei da família vem a proteger o não-cometimento de práticas contrárias aos direitos fundamentais positivados pela Constituição e pelas leis internacionais.

¹⁸⁸ Por exemplo, o artigo 18 da Carta Africana sobre os Direitos e bem estar da Criança estabelece que:

"1. A família deve ser a unidade natural básica da sociedade. Ela deve gozar de proteção e apoio do estado para que o seu estabelecimento e desenvolvimento tenham lugar.

2. Os Estados parte adoptarão medidas adequadas de forma a garantir a igualdade de direitos e responsabilidades dos cônjuges, quer durante o tempo que o casamento dure, quer em caso de divorcio ou separação, deverão ser estabelecidos os mecanismos necessários para a proteção da criança.

3. A nenhuma criança será privado o direito de sustento em consequência do relacionamento dos seus pais." e do seu estado civil

¹⁸⁹ Na legislação anterior, artigo 1587 do CC, só previa duas modalidades de casamento.

"1. O casamento é católico ou civil.

2. A lei reconhece valor e eficácia de casamento ao matrimónio católico nos termos das disposições seguintes..."

¹⁹⁰ Sobre este aspecto, Sacramento, comentando sobre uma possível reforma de família refere o seguinte: "Para mim a questão mais importante que se coloca em uma reforma da legislação da família, tem a ver em especial com o saber se devemos reformar o que já existe, no sentido de proceder a uma revisão, acomodando, em alguns dos seus aspectos, o direito consuetudinário ao direito escrito, elevando-o ao estatuto de direito positivo, ou se, pelo contrário, não seria mais crucial pensar num código de família completamente novo, que se enraizasse na realidade sócio-jurídica moçambicana, embora enriquecida pelos princípios de direito universal. O primeiro caminho será o de mais simples concretização, mas a seguir-se tal opção corre-se o risco de se procurar acasalar dois sistemas que têm, em si, subjacentes filosofias da cariz bem diferenciados." (SACRAMENTO, Reforma..., p. 110).

É assim que, no artigo 138 da lei, "o regime de bens do casamento não pode ser fixado, no todo ou em parte, por simples remissão genérica, [...] para os usos e costumes locais."

Foi efetuada uma regulamentação completamente nova, na parte do direito de filiação (arts 204 a 213). Por um lado, eliminou-se qualquer espécie de discriminação entre os filhos e, por outro, regulamentaram-se os direitos dos filhos em relação aos genitores, estabelecendo as obrigações dos pais para com eles, contribuindo, assim, para a eliminação de situações de tratamento desigual e negligente, de maus tratos e de abuso para com os menores.

No tocante aos mecanismos de suprir o poder paternal, a nova lei reconhece a figura da família de acolhimento (arts 330 a 336). Esta é figura hoje consagrada no direito internacional e que, aliás, é bem conhecida do povo moçambicano, mas, que na anterior legislação, não tinha qualquer tutela jurídica.

E, por último, há o reconhecimento que a lei dá às uniões de fato e polígamas na obrigação alimentar de um dos cônjuges (arts 424 e 426).

Estas são algumas das mais importantes modificações da nova lei da família, as quais justificam a necessidade de se respeitar o pluralismo jurídico na nova reforma da legislação e do sistema da administração da justiça em Moçambique.

CONCLUSÃO – PARTE I

A contextualização do pluralismo jurídico em Moçambique serviu para demonstrar que, numa sociedade como a nossa, de uma grande complexidade sociocultural e diversidade de normas consuetudinárias, o direito estatal tem a pretensão de se constituir na única forma jurídica da sociedade, porém, esta ambição aparece diante de múltiplos conflitos existentes entre vários grupos sociais. No máximo, o direito estatal é considerado dominante, mas não exclusivo. Por esse fato, a noção do pluralismo jurídico está sendo aceita e introduzida paulatinamente na legislação moçambicana, artigo 4 da Constituição da República de Moçambique

Em sociedades multiculturais, como a moçambicana,, a ordem jurídica não pode ser exclusivamente reduzida a instituições e aos órgãos representativos do monopólio Estatal. Por razões de proximidade cultural, lingüística, econômica e até de inacessibilidade aos tribunais judiciais, impõe-se o reconhecimento de outras fontes informais de regulação social e produção legal, geradas no seio da sociedade e por ela e para ela orientadas, tais como: autoridades tradicionais, gabinete jurídico da mulher, liga dos direitos Humanos, etc. O modelo jurídico vigente em Moçambique (legal unitário) é inadequado, pois, pela sua origem e natureza,¹⁹¹ só serve para regular os interesses de uma minoria, fundamentalmente os cidadãos, enquanto que a maioria da população rural (87%) e até mesmo das zonas urbanas, continua a reger as suas relações com base nos usos e costumes locais (direito consuetudinário).

Os tribunais comunitários (Lei 4/92) e a nova lei da família (Lei 10/04) demonstram uma tendência positiva de integração dos usos e costumes no ordenamento jurídico moçambicano e o pluralismo jurídico como paradigma mais adequado à realidade sociocultural do país.

É o que procuraremos demonstrar a seguir, com uma certa dose de otimismo, a partir da pesquisa de campo efetuada nos cinco tribunais comunitários, nomeadamente; Tribunal Comunitário Eduardo Mondlane, Natite, Ingonane, Paquitequete, Cariacó e um Tribunal Judicial de nível distrital da cidade de Pemba, Província de Cabo-Delgado, no norte de Moçambique. A base foram as entrevistas com cinco juizes dos tribunais comunitários e um juiz de nível distrital, que vêm reproduzidos a seguir. Foram analisados também alguns processos relativos a casos submetidos nos referidos tribunais no primeiro semestre do ano de 2006,¹⁹² a fim de constatar as características e o funcionamento dos tribunais dos tribunais comunitários, os litígios mais frequentes e o tipo de decisão, bem como sua articulação com outras instâncias de litígio.

¹⁹¹ Ocidental, formal tecnicista. O Direito Moçambicano insere-se no sistema romano-germânico por possuir como características nodal a positivação de regras jurídicas gerais e abstratas em corpos legislativos escritos, como os códigos de direito material e de processo.

¹⁹² Para o presente estudo foram analisados 50 processos - 10 processos em cada um dos tribunais acima referidos, dos quais, cinco foram transcritos para o presente trabalho.

PARTE II – O PLURALISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA NORMATIVO MAIS ADEQUADO À REALIDADE SOCIOCULTURAL DE MOÇAMBIQUE

Este capítulo consta de duas partes. Na primeira parte, descreverei o perfil dos tribunais comunitários como um híbrido sociojurídico, uma prática de jurisdição pluralista mais consentânea com a realidade sociocultural Moçambicana, bem como a articulação entre os tribunais comunitários com os tribunais formais e outras instâncias informais de resolução de litígios.

Na segunda parte, tentarei analisar a efetivação dos tribunais comunitários e como esta lei (Lei 4/92) favorece a defesa dos direitos do cidadão e o acesso à justiça. Será analisado também o funcionamento desses tribunais e algumas demandas julgadas pelos tribunais comunitários da cidade de Pemba, capital da província de Cabo-Delgado, a norte de Moçambique, afim de que se possa verificar a aplicação desta lei no contexto da realidade sociocultural do país.

Pretende-se ainda, analisar os tribunais comunitários como uma nova tendência no campo jurídico da pós-modernidade, por meio do levantamento das principais características apontadas por Erik Jayme, tais como o pluralismo, a comunicação, a narração, o que ele denomina de “*le retour des sentiments*”, sendo este o *Leitmotive* da pós-modernidade, e a valorização dos direitos humanos.¹⁹³ E, por último, verificar a experiência comparada na área de jurisdição comunitária e no sistema de acesso à justiça e ao Direito.

¹⁹³ Segundo Heck, há diversas formas de se referir aos direitos que tocam à pessoas (Direitos Humanos , direitos individuais, direitos do homem, direitos fundamentais, e garantias dos direitos), Para ele, afora as garantias dos direitos, não há nenhuma diferença, no sentido ôntico e exiológico, pois dizem todos respeito à pessoa humana, de modo que a terminologia empregada é fruto de uma projeção ideológica do meio em que esses direitos estão previstos. (HECK, Luis Afonso. Os direitos fundamentais na lei de Bonn. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.2 8, n. 109, jan./mar, 1991, p. 327).

A) Os tribunais comunitários como uma prática pluralista alternativa da jurisdição estatal

Os Tribunais comunitários, criados pela Lei 4/92, de 6 de maio, são uma prática pluralista alternativa, em nível da legislação e de jurisdição, surgida no interior da própria ordem jurídico-legal oficial. Pretendeu-se com a criação desses tribunais, evitar, no nível da base, o vazio gerado com a eliminação formal dos tribunais populares de base.¹⁹⁴

Estabelecendo o primado da justiça social, da igualdade de direitos para todos os cidadãos, da estabilidade social e da valorização da tradição e dos demais valores sociais e culturais, a lei dos tribunais comunitários reconhece, no seu preâmbulo, que as experiências recolhidas no país por uma justiça de tipo comunitário "apontam para a necessidade da valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana". O que justifica a criação de "órgãos que permitem aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para a harmonização das diversas práticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam a síntese criadora do direito moçambicano".

Esses Tribunais favorecem a defesa dos direitos do cidadão, pois os seus princípios visando a uma justiça mais célere e informal, permitem a aplicação do direito consuetudinário e a valorização da identidade cultural, bem como a concretização de alguns princípios da pós-modernidade, o pluralismo, a fragmentação, a comunicação, a narração e a valorização do indivíduo enquanto pessoa humana. Permitem, ainda, uma pluralidade de atuações, tendências e manifestações que se destinam a atender interesses específicos e particulares de cada comunidade.

Nos termos da referida lei, os tribunais comunitários funcionam nas sedes dos postos administrativos ou de localidades, nos bairros ou nas aldeias mais próximos da comunidade (nº 2 do artigo 2 da lei 4/92). O acesso é gratuito, recorre-se predominantemente às línguas

¹⁹⁴ Como já fizemos referência, os tribunais populares foram implantados na base do sistema de justiça popular, no período de 1978 a 1992, três anos após a independência do país. Uma parte considerável de tribunais comunitários funciona nos espaços onde funcionavam os tribunais populares. A própria lei dos tribunais comunitários prevê também a continuidade do corpo de juizes que integravam os tribunais populares "os

nacionais faladas no seio da comunidade, sendo as regras de resolução dos conflitos criadas e regidas pela comunidade.¹⁹⁵

A justiça formal, todavia, é muito mais afastada da realidade do cidadão comum. É uma justiça lenta, tecnicista, marcada por um formalismo pomposo e inacessível para a maior parte da população de baixa renda, já que se move através de mecanismos burocráticos procedimentais onerosos. É comum ouvirmos das pessoas que, inobstante terem seus direitos violados, não se socorrem da via judicial por não terem condições de acesso e porque a solução da controvérsia demora anos e anos. "Não tenho dinheiro para ir ao tribunal judicial"; "não me sinto à vontade porque não sei falar português"; "o juiz está com meu processo há quatro anos e não dá a sentença". Frases como essas constituem manifestações naturais da inadequação e inacessibilidade dos tribunais judiciais para a maioria da população.

O surgimento dessa prática alternativa no interior do estado deve-se à ineficácia de uma legislação estatal importada da metrópole colonizadora e inteiramente desvinculada dos reais interesses dos segmentos majoritários de nossa sociedade.¹⁹⁶ Além disso, aparece como uma forma de se suprir o tradicional modelo jurídico (exclusivamente unitário) que já se mostra insuficiente, impondo-se a construção de novas e adequadas "estruturas jurídicas de resposta", capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança em sociedade em rápido processo de mudança como a nossa. Como refere Wolkmer;

"Os tribunais judiciais ainda que sejam um locus tradicional de controle e resolução dos conflitos por serem de difícil acesso, morosos e extremamente caros, tornando-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos favorecem paradoxalmente a emergência de outras formas alternativas não institucionalizadas ou instâncias judiciais informais¹⁹⁷ que conseguem com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagens o poder judiciário".¹⁹⁸

actuais juízes dos tribunais de localidade e de bairro serão membros dos tribunais comunitários, até que se mostrem concluídas as primeiras eleições para quais eles candidatar-se" n. 2 do artigo 15 da lei 4/92.

¹⁹⁵ No bairro Eduardo Mondlane, por exemplo, em caso de adultério, o adúltero deve pagar ao ofendido um valor de 5,000 a 6,000 Mtns de multa.

¹⁹⁶ Segundo o anuário estatístico da Província de Cabo-Delgado efetuada em 2001, 68,4 % da população é analfabeta e o índice de pobreza absoluta é de 70% . Não existe proximidade cultural entre o sistema jurídico estatal e a realidade dos cidadãos.

¹⁹⁷ No caso de Moçambique temos os tribunais comunitários, gabinete Jurídico da mulher em cabo-delgado, autoridades tradicionais, liga dos direitos Humanos, ONGs.

¹⁹⁸ WOLKMER, *Pluralismo...*, p. 90.

Numa sociedade periférica como a moçambicana, com grandes dificuldades de acesso à justiça oficial e a impossibilidade de pagar advogados e despesas judiciais fazem com que a grande parte das camadas populares marginalizadas tenda a utilizar mecanismos não-oficiais de resolução de litígios existentes no país.

1. Características dos tribunais comunitários

Os tribunais comunitários foram criados pela lei 4/92, de 6 de maio; e nessa medida, são parte integrante do direito e da justiça oficial. Por outro lado, a lei define-os como operando fora da organização judiciária, como justiça do tipo comunitário cuja valorização e aprofundamento são propostos tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana, conforme o preâmbulo¹⁹⁹ da lei.

Segundo Boaventura Sousa e Santos, "os tribunais comunitários são uma entidade jurídica híbrida em que se combinam características da justiça oficial e da justiça não-oficial. Porque a lei que os instituiu nunca foi regulamentada, predominam sociologicamente, características da justiça não-oficial".²⁰⁰ Trata-se, pois, de instâncias de resolução de litígios que aplicam direitos locais, comunitários, costumeiros, em suma, o direito não-oficial.²⁰¹

A lei que cria os referidos tribunais (Lei 4/92) não chega a defini-los, limitando-se apenas a mencionar os parâmetros dentro dos quais os futuros tribunais comunitários deveriam desenvolver suas atividades, conforme os artigos 1, 2 e 3 do referido preceito legal. Segundo Sousa e Trindade, (Conflito e transformação... 2003),²⁰² isto significa que o Estado moçambicano nunca concretizou formalmente a sua vontade de criar aqueles tribunais. Para a quase totalidade dos juizes dos tribunais comunitários, esta omissão legislativa representa um forte sinal de deslegitimação por parte do Estado. Comparativamente aos tribunais populares

¹⁹⁹ "As experiências recolhidas por uma justiça de tipo comunitário no país apontam para a necessidade da sua valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana". Preâmbulo da lei 4/92.

"Impõe-se, pois, a criação de órgãos que permitem aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade das diversas praticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam a síntese criadora do direito moçambicano".

²⁰⁰ SANTOS, o estado heterogêneo..., p. 72.

²⁰¹ Ibidem, p 72.

²⁰² Ibidem.

de base, os juízes consideram que o Estado, ao não estabelecer quadro legal de funcionamento dos tribunais comunitários e a não lhes conceder apoios, sobretudo, de ordem material e de formação, deslegitima-os ao nível da superestrutura, afetando, também por esta via, a sua legitimidade na base.

Segundo Amade Momade, Juiz Presidente do Tribunal comunitário Eduardo Mondlane, situado no bairro do mesmo nome na cidade de Pemba, na Província de Cabo-Delgado, esse tribunal, à semelhança de outros existentes na mesma cidade, funciona em situações precárias, em alguns compartimentos das instalações das escolas primárias dos respectivos bairros ou nas sedes do Partido FRELIMO.²⁰³ "Nós só julgamos os casos nos sábados, quando a escola primária despensa as suas instalações"."Estamos abandonados, não temos apoio por parte do governo e nem dos tribunais judiciais"²⁰⁴. Apesar do artigo 12º da Lei n 4/92 determinar que "as instalações dos tribunais comunitários constitui responsabilidade direta dos governos províncias", a realidade é outra.

Importa referir, ainda, que, no período da sua criação, os mesmos não faziam parte da organização judiciária, pondo em causa até a sua constitucionalidade. (artigo 167 da CRM de 1990 e artigo 19 da lei orgânica dos tribunais judiciais).²⁰⁵Só na nova carta de 2004 é que eles vêm reconhecidos como tribunais judiciais. (nº 2 do artigo 223 da CRM),²⁰⁶ revalorizando estas instâncias informais de resolução de litígios, que, não obstante as profundas transformações políticas, sociais e económicas ocorridas nos últimos anos, mantiveram-se como um dos principais instrumentos de resolução conflitos, dado o seu carácter de proximidade física e cultural da população moçambicana.

²⁰³ Partido FRELIMO (frente de Libertação de Moçambique), é o Partido no poder desde a independência de Moçambique.

²⁰⁴ Refere o Juiz presidente do Bairro Eduardo Mondlane em Pemba, Província de Cabo-Delgado. Agosto de 2006

²⁰⁵ Artigo 167 n. 1 da CRM " Na República de Moçambique existem os seguintes tribunais: a) O tribunal Supremo e outros tribunais judiciais, b) o tribunal administrativo, c) os tribunais militares, d) os tribunais aduaneiros, e) os tribunais fiscais, f) os tribunais militares g) e os tribunais de trabalho".

Artigo 19 n.1 da lei n 10 /92 , de 6 de maio (lei orgânica dos tribunais judiciais) " A função judicial é exercida pelos seguintes tribunais: a) tribunal supremo, b) tribunais judiciais de província, c) tribunais judiciais de distrito .

n. 2 sempre que as circunstâncias o justificarem poderão ser criados tribunais judiciais de competência especializada.

n. 3 "Nas capitais de província poderão ser criados tribunais judiciais de nível distrital , sempre que o volume e a complexidade da atividade judicial ou outras circunstâncias o justifiquem".

²⁰⁶ Artigo 223 da CRM. " [...]

No nosso entender e nos termos da atual Constituição da República, os tribunais comunitários, apesar de na prática, ainda funcionar como instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos no seio das comunidades, legalmente são instâncias judiciais reconhecidas constitucionalmente.²⁰⁷

Segundo Konrad Hesse,

a constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais a serem exercidas. Procedimentos de vencimentos de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal, Ela cria as bases e normaliza traços fundamentais da ordem jurídica. Em tudo, ela é o plano estrutural, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade.²⁰⁸

Nesse sentido e por imperativo constitucional, é necessário redefinir a organização judiciária do país, integrando os tribunais comunitários como tribunais de base do sistema de justiça moçambicano, e não como mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios.²⁰⁹

A opção pelos Tribunais Comunitários como tribunais de base do sistema de justiça é uma opção por uma solução emergente da sociedade moçambicana, na qual conflui uma boa articulação entre as formas de justiça da comunidade e os tribunais judiciais. Acresce-se que é também uma solução para o respeito pela Constituição por parte dos tribunais comunitários e aproximação cultural dos tribunais judiciais a maioria da população.

Mas aqui, levanta-se a questão relativa à função jurisdicional, que nos termos da constituição, é extremamente legalista (art 212, n. 1 e n. 2 da CRM), diferentemente da função dos tribunais comunitários instituído na lei (artigos 2 e 3 da Lei 4/92 de 6 de maio).

Ao integrar os tribunais comunitários na base da organização judicial do país, corre-se o risco de pôr em causa a essência e os objetivos pelos quais foram criados os referidos

2. Podem existir tribunais administrativos, de trabalho, fiscais, aduaneiros, marítimos, arbitrais e comunitários".

²⁰⁷ Atualmente, tramita no Ministério da Justiça o anteprojeto da lei orgânica dos tribunais comunitários, onde diferentemente da nossa posição, são definidos "como instâncias não judiciais de resolução de conflitos com competência para a conciliação e julgamento de pequenas causas e delitos de pequena gravidade. (nº 2 do artigo 2).

²⁰⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 37

²⁰⁹ Como se prevê no anteprojeto de lei em curso.

tribunais. O preâmbulo da Lei 4/92 refere que os tribunais comunitários, "foram criados para que permitam aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para a harmonização das diversas práticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam à síntese criadora do direito moçambicano", conforme já citado, diferentemente do que dispõe a constituição em função jurisdicional.

A Constituição, por outro lado, permite a definição por lei de mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais judiciais e demais instâncias de composição de interesses e de resolução de conflitos, n. 3 do artigo 121 da CRM, como é o caso atual dos tribunais comunitários, que, na prática, não estão integrados na organização judiciária moçambicana, mas funcionam em articulação com outras instâncias judiciais, contrariando o dispositivo constitucional.

É necessário rever a lei dos tribunais comunitários tendo em atenção as atuais reformas do sistema processual moçambicano, que têm ensejado grandes reflexos no sentido da necessidade de se adaptar à nova realidade jurisdicional que impera, no seio dos órgãos do poder judiciário. Tais reflexões têm sua origem na busca de uma renovação processual, a fim de que se obtenha e se concretize a tutela jurisdicional efetiva. Uma das demonstrações desse fato é a atual tendência de simplificação dos ritos processuais, com o objetivo de tornar os processos mais céleres, eficientes e menos burocráticos.²¹⁰ Sugere-se, no caso dos tribunais comunitários, não um procedimento ausente de total formalismo, como se verifica atualmente, mas com um mínimo de procedimento formal, apesar de se manter um maior predomínio de informalidade e de oralidade. Deve ser um processo que preserve também as suas características essenciais, como a utilização das normas costumeiras e línguas nacionais.

Nos termos da presente lei, os tribunais comunitários funcionarão nas sedes de posto administrativo ou de localidades, nos bairros ou nas aldeias (n. 2 do artigo 1). Na prática, quase a totalidade dos tribunais comunitários funcionam nos mesmos locais e espaços onde funcionam os tribunais populares.

Os tribunais são compostos por oito membros, sendo cinco efetivos e três suplentes (n. 1 do art.7). Na verdade, a maioria dos tribunais funciona com menos de cinco juízes, e a

²¹⁰ Ver as recentes reformas do código de processo civil em Moçambique.

maior parte são juízes que integravam os anteriores tribunais populares.²¹¹ Tal fato deve-se à não- regulamentação da lei, que impediu até ao momento a realização de eleições dos referidos juízes.

Para o exercício do cargo de juiz, a lei impõe apenas que "sejam cidadãos nacionais em pleno gozo de direitos políticos e cívicos, com idade não inferior a 25 anos" (art 9 n.1 da Lei 4/92). Portanto, são juízes leigos em matéria de direito, desde que conheçam as normas locais.

Compete-lhes deliberar sobre pequenos conflitos de natureza civil, questões emergentes de relações familiares que resultam de uniões constituídas segundo os usos e costumes, tentando, sempre que possível, a reconciliação das partes (nº 1 do art. 3 da lei 4/92), e delitos de pequena gravidade que não sejam passíveis de penas privativas de liberdade e aos quais se ajustem as seguintes medidas de sanção previstas no nº 2 do artigo 3 do mesmo preceito legal: crítica pública; prestação de serviço a comunidade por período não superior a trinta dias; multa cujo valor não exceda 10.000.00 mt²¹²; privação por um período não superior a trinta dias do exercício do direito cujo uso imoderado originou o delito; indenização de prejuízos, causados pela infração, podendo essa medida ser aplicada autonomamente ou acompanhada de qualquer das outras.

Compete, ainda, aos Tribunais Comunitários praticar todos os atos de que sejam incumbidos pelos tribunais judiciais (artigo 3 n. 3 da Lei 4/92).

A jurisdição dos tribunais comunitários é sempre voluntária²¹³. A execução das suas decisões depende sempre da aceitação de todas as partes em conflito. Qualquer que seja a natureza do caso, a decisão só é exequível se não for contestada por qualquer das partes em conflito. No caso de discordância em relação à medida adotada pelo tribunal comunitário, a lei dá a faculdade de qualquer das partes introduzir o assunto no tribunal judicial. (n.1 do artigo 4 da lei 4/92). Deve, ainda, o tribunal, nos termos do n. 2 do mesmo preceito legal elaborar um auto e remetê-lo ao competente tribunal judicial do distrito competente. É de

²¹¹ Na linha de continuidade dos tribunais de base, o artigo 15 da lei 4/92 determina que: "Os atuais juízes dos tribunais de localidades e de bairros serão membros dos tribunais comunitários, até que se mostrem concluídas as primeiras eleições para as quais eles podem candidatar-se".

²¹² Valor correspondente a 10,00 mtn. Equivalente a 10% do salário mínimo.

²¹³ Nos termos da atual constituição (2004), em que os tribunais comunitários são consagrados como base do sistema de justiça oficial, deixam de ser de jurisdição voluntária e passam a ser de jurisdição obrigatória.

notar que a lei não define a jurisdição territorial dos tribunais comunitários. (Segundo Santos e Trindade 2003). Pode-se constatar o entendimento tácito no sentido de que a jurisdição se circunscreve ao bairro ou localidade onde estão a funcionar.²¹⁴

No que diz respeito ao processo de decisão, a lei prevê a mediação e a reconciliação como a primeira forma de resolução do conflito. O tribunal apenas julga o caso se aqueles meios falharem, devendo o julgamento ser feito de acordo com a equidade, o bom senso e a justiça (artigo 2 n. 1 e n. 2 da Lei 4/92).²¹⁵

Existem diferenças nas condições e no modo de funcionamento dos tribunais comunitários. Tratando-se de uma justiça comunitária, desprofissionalizada, informal e não sujeita a regras e procedimentos de uniformização prédefinidos, como o são as leis de organização judiciária e os códigos de processo para a justiça formal, a diversidade de funcionamento é natural. Para Sousa²¹⁶, no direito judiciário, o formalismo processual constitui um dos pilares em que assenta a justiça formal e as garantias fundamentais dos que a ela recorrem. As regras de procedimento são uniformizadas e se pressupõe que elas são conhecidas e seguidas por todos os agentes de justiça. Diferentemente, a justiça comunitária é uma justiça desprofissionalizada, assente na oralidade, em procedimentos informalizados e naturalmente não-uniformizados.²¹⁷

Daí a importância da regulamentação do funcionamento dos Tribunais Comunitários, assemelhança de outros países africanos (África do Sul, Kenia, Uganda, Namíbia, etc.). É por meio de formalidades processuais que se organiza e se estrutura o funcionamento dos tribunais, como também limita e controla a soberania estatal representada pelo órgão judicial.

²¹⁸Refere o professor Carlos Álvaro de Oliveira que,

No estado atual de desenvolvimento da humanidade, é lícito afirmar que a soberania, embora exprime o poder em seu grau mais elevado, não pode deixar de ser

²¹⁴ SANTOS, MBILANA, FUMO E GOMES. *Os tribunais comunitários: Conflito e transformação social...*, Afrontamento, vol 2, 2003, p, 1192.

²¹⁵ Art. 2 n° 1 da lei 4/92 "Os tribunais comunitários procurarão que em todas as questões que lhe sejam levadas ao seu conhecimento as partes se reconciliem".

n° 2 " não se conseguindo a reconciliação ou não sendo esta possível , o tribunal comunitário julgara de acordo coma equidade , o bom senso e com a justiça".

²¹⁶ SANTOS, GOMES, FUMO E MBILANA. *Os Tribunais Comunitários: conflito e transformação social*, 2° volume, cap 19, Afrontamento, Porto, p. 332.

²¹⁷ Ibidem, p. 332.

²¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61-62.

suscetível a limitações e controle, pelo menos na ordem das realidades positivas e das coisas humanas. A teoria moderna do estado pauta-se mesmo pela idéia de que o poder do domínio estatal, em face de sua natureza jurídica, submete-se necessariamente ao direito e isso porque, longe de ser uma força bruta, constitui o produto de um equilíbrio de forças suficientemente estável a ponto de se tornar duradoura organização da coletividade. O próprio Estado supõe essa organização, chamada a se exercer conforme certas formas e por meio de determinados órgãos, circunscrita sempre pelo direito.²¹⁹

2. A articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais

A Lei 4/92 regula a articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais dos distritos. Quer por iniciativa das partes quando discordam com a medida adotada pelo tribunal comunitário, quer por imposição da lei, o tribunal deve elaborar o auto e remetê-lo ao competente tribunal judicial do distrito, sempre que verificar falta de concordância das partes com as medidas adotadas pelo tribunal comunitário em caso de delitos de pequena gravidade (artigo 4 n.1 e n. 2) .

Prevê-se, ainda no n. 3 do artigo 3 da Lei 4/92 que "compete aos tribunais praticar todos os atos de que sejam incumbidos pelos tribunais judiciais". Permite a lei que os tribunais judiciais possam incumbir certos atos aos Tribunais Comunitários, como por exemplo: rever as suas decisões, ouvir as partes interessadas no processo, bem como remeter a estes algumas queixas e participações de fácil resolução.

A partir de dados levantados nos cinco tribunais comunitários observados, constatou-se que, na prática não existe uniformidade no modo de funcionamento e na articulação entre os tribunais comunitários em referência e o tribunal judicial. Apesar daqueles estarem mais associados ao tribunal judicial por se situarem na zona urbana, comparativamente com os tribunais que se situam no interior da província, a diversidade de procedimento de articulação com o tribunal formal é notória. Alguns tribunais comunitários têm uma articulação permanente cumprindo na íntegra a lei, outros não.

Os tribunais de Natite, Ingonane e Cariacó, por exemplo, só "transferem" o caso para os tribunais judiciais distritais quando as partes não cheguem ao acordo ou não concordem com a decisão do tribunal e solicitam a transferência do caso, e não nos termos da lei, mesmo

²¹⁹ Ibidem, p. 62.

no caso em que a lei impõe a obrigatoriedade da remessa do auto ao tribunal judicial. (n. 2 do artigo 4 da Lei 4/92). Os outros tribunais, Eduardo Mondlane e Paquitiquete, têm cumprido a lei na medida do possível.

Da análise efetuada aos casos remetidos nos tribunais comunitários, resulta que o tribunal judicial não faz uso das competências que lhe é facultado por lei, que são ordenar o cumprimento de algumas ações e dar orientações na solução dos litígios (n. 3 do artigo 3 da lei 4/92), porquanto, no período em análise (Janeiro a Agosto), não deu entrada em nenhum dos tribunais comunitários, caso ou ofícios remetido pelo tribunal judicial da cidade. Alias, durante as entrevistas aos Juizes Presidentes dos tribunais comunitários, questionamos o relacionamento entre estes com os tribunais judiciais. Todos eles foram unânimes em considerar que não existe articulação e que todos os casos que são remetidos aos eultimos por não ter tido solução nos tribunais comunitários estão parados.

Ê consenso de todos os juizes do tribunal comunitário que, no tribunal judicial se verifica uma excessiva duração dos processos²²⁰, e este é um dos fatores da descredibilização e de deslegitimação do tribunal judicial, fazendo com que as partes em litígios voltem aos tribunais comunitários à procura de uma segunda tentativa de solução dos problemas.

A outra questão que se coloca é a seguinte: ao se introduzir²²¹ o caso no tribunal judicial, quer por iniciativa das partes ou do tribunal comunitário, será que aquele vai apreciar o caso nos mesmos moldes procedimentais deste, com critérios de equidade, bom senso e justa composição de litígio? Parece-nos que não.

Pelo que constatamos, os casos a serem levados aos tribunais judiciais são decididos de acordo com os critérios de legalidade e com base em procedimentos da justiça formal. Critério este totalmente distinto da justiça comunitária. Esta situação conduz, na prática, à denegação do acesso à justiça e ao direito para a maioria dos cidadãos que recorrem aos tribunais Comunitários.

²²⁰ Verificar o mapa geral do movimento processual no tribunal judicial distrital da cidade de Pemba em anexo B.

²²¹ Termo utilizado pelo legislador – n. 1 do art. 4 da lei 4/92

Refere o Juiz Atanásio Nkata²²² "Quando recebo autos dos Tribunais Comunitários, eu reúno com os juízes eleitos²²³ para decidir o caso. Eles são mais conhecedores das normas, usos e costumes locais". Essa é uma iniciativa tomada por um dos juízes de direito para colmatar esta lacuna provocada pela inexistência de regulamentação da Lei 4/92, traduzindo-se na falta de indicação legal da articulação entre os tribunais comunitários e os judiciais e dificultando, entre outras coisas, a possibilidade de as partes procurarem outra solução para os problemas, no caso de se considerar injusta a decisão do tribunal comunitário.

O estudo realizado junto a esses tribunais tornou clara não só a importância dos tribunais comunitários como instâncias que favorecem o acesso à justiça e ao direito por estarem geográfica e culturalmente próximos dos cidadãos, como também a necessidade de uma melhor articulação destes com os tribunais judiciais para que possam rapidamente lhes dirigir algumas orientações, com vista a manterem condições para o seu funcionamento democrático, preservando as suas características essenciais e potencialidades, tais como a utilização de línguas nacionais e o funcionamento simples e informal, para além de um possível controle a violações dos princípios, normas e valores fundamentais inscritos na Constituição.

Importa referir que o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem no país, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da constituição.²²⁴ Por esse fato, devem ser respeitadas e valorizadas estas instâncias tão importantes na gestão de litígios no seio da comunidade.

3. A articulação dos tribunais Comunitários com outras instâncias comunitárias de resolução de litígio

Em todos os bairros em que se efetuou o trabalho de campo, pude constatar que existe um procedimento consensual por parte da população na tramitação do litígio. Primeiramente,

²²² Juiz de direito do tribunal da cidade de Pemba,, em entrevista efetuada em agosto de 2006.

²²³ A resolução sobre a justiça do comitê Central da Frelimo (8ª Sessão, 1976) definiu a prioridade política de destruir a estrutura judicial colonial, como um meio de combate ao Estado colonial-capitalista. Assim, instituiu-se o princípio da participação popular na administração da justiça, intervindo nos tribunais juizes eleitos (leigos) ao lado dos juizes profissionais.

²²⁴ Artigo 4º da nova Constituição da República de Moçambique.

o caso é apresentado no chefe do quarteirão²²⁵; caso esse não consiga mediar o conflito, este é remetido para a sede do bairro, que, por sua vez, remete ao tribunal comunitário ou ao gabinete jurídico da mulher²²⁶.

Os tribunais comunitários também articulam com a Polícia da República de Moçambique (PRM) têm recebido casos enviados por eles, relacionados com feitiçaria, abandono do lar por parte do homem, separação de casamento efetuado com base nos usos e costumes locais (Lobolos), etc. Também têm solicitado apoio a Polícia (PRM), em caso de algumas das partes se recusar a cumprir as notificações dos tribunais comunitários.

Os casos de acusações de feitiçaria que são resolvidos nos tribunais comunitários envolvem sempre a participação de membros da AMETRAMO (Associação dos médicos tradicionais de Moçambique), mais conhecidos no seio da comunidade por curandeiros.²²⁷ Estes julgam o caso juntamente com os juizes dos tribunais comunitários e determinam, muitas vezes, em caso de condenação do acusado, o montante em multa a pagar.

Por último, fazer referência que, nas zonas do interior da província, os tribunais comunitários também se articulam com as autoridades tradicionais (régulos, líderes religiosos, chefes das aldeias, etc.). Das múltiplas instâncias de justiça comunitária existente em Moçambique, estas e o seu direito²²⁸ têm de longe, maior relevo.

Apesar de oficialmente não os reconhecerem como instâncias de resolução de litígios, as autoridades tradicionais funcionam, muitas vezes em estrita relação com os tribunais comunitários e os tribunais judiciais distritais²²⁹, quando estes existem.

²²⁵ Chefe do quarteirão é uma pessoa eleita no nível do bairro para coordenar a organização, limpeza e outros procedimentos de interesse da comunidade local. Não faz parte da estrutura administrativa do Estado e nem sequer se beneficia de nenhuma remuneração para o cargo.

²²⁶ Como já nos referimos anteriormente, são instâncias extra-judiciais de resolução de conflitos relacionados com mulheres em Cabo-Delgado.

²²⁷ Sobre o papel dos curandeiros na resolução de litígios, ver MENESES, Maria; FUMO, Joaquim; MBILANA Guilherme; GOMES, Conceição. As autoridades tradicionais no contexto do pluralismo jurídico: *Conflito e transformação social*, Afrontamento, 2003, p. 410-113.

²²⁸ Direito tradicional, direito linhageiro, usos e costumes africanos, direito costumeiro são algumas das expressões correntes para o caracterizar.

²²⁹ Os tribunais judiciais de distrito, dada a exclusão dos tribunais de base do sistema judiciário, atuam como tribunais de primeira instância. Os distritos em princípio, devem ser criados em função da divisão administrativa. Mais nem todos os distritos do país possuem até ao momento tribunais judiciais. Na província de Cabo-Delgado, Dos 17 distritos que a província possui, só em 10 existe tribunal distrital.

B) Os Tribunais comunitários como instrumentos de acesso a justiça e ao direito no contexto da pós-modernidade

1. Os Princípios²³⁰ que favorecem o acesso à justiça e ao direito nos tribunais comunitários

Os tribunais comunitários, previstos na Constituição da República de Moçambique como parte da organização judicial (art. 223 n. 2) e criados pela Lei n. 4/92 de 6 de maio, são verdadeiros instrumentos de acesso à justiça e ao direito.

Como já referimos, os tribunais comunitários refletem algumas características da pós-modernidade no Direito, como o pluralismo. Seus critérios, visando uma justiça célere e informal, permitem a aplicação das diferentes normas num verdadeiro dialogo de fontes normativas, ou seja, para resolver o conflito, o cidadão tem a lei da sua comunidade (norma costumeira), lei formal e também a lei do local onde se situa o tribunal comunitário. Tem ainda, uma justiça especial, o tribunal comunitário, para sua defesa e proteção, o que representa um dos aspetos da pós-modernidade, que é a fragmentação.

A outra característica da pós-modernidade que pode ser constatada nos tribunais comunitários é a valorização dos direitos humanos, na medida em que representam instrumentos que protegem a identidade cultural da pessoa humana como valor jurídico²³¹ e visam a facilitar a defesa do cidadão em juízo, por representarem uma justiça célere, informalizada, sem custos para o cidadão carente, com uso de línguas locais, eliminando os obstáculos de acesso a justiça e tornando-se, assim, a justiça ao alcance do cidadão.

²³⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70. Segundo o autor, "os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção." Portanto, são normas imediatamente finalísticas que estabelecem um fim a ser atingido.

²³¹ Para Erik Jayme, "pode-se constatar que o desenvolvimento das sociedades multiculturais corresponde o reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico internacional, da identidade cultural da pessoa como valor jurídico", JAYME, Sociedade..., p.96

Os tribunais comunitários objetivam facilitar o acesso à jurisdição por meio de um processo oral, simplificado, gratuito, sem necessidade da presença de advogados e têm como base os princípios da informalidade, economia processual e celeridade com a busca reiterada da conciliação entre as partes.

Como refere Guilherme Fregapani, "Para que seja efetivamente e adequadamente aplicada a justiça do terceiro milênio, é preciso desregrar, desformalizar, simplificar, desburocratizar, modernizando e desenvolvendo conceitos e institutos, adaptando-os à exigência de celeridade e efetividade impostas pela evolução social".²³²

Os critérios que orientam o processo no tribunal comunitário representam princípios²³³ que devem ser respeitados e seguidos, de modo a facilitarem e favorecerem o acesso do cidadão em juízo e a defesa justa dos seus direitos.

Apesar de a lei que os cria nunca ter sido regulamentada, na prática podemos constatar que o tribunal comunitário prioriza alguns princípios que importam fazer referência.

Visando à simplificação e à celeridade dos casos que são apresentados no tribunal comunitário, prioriza-se o critério da oralidade, desde a apresentação do caso até a decisão pelo tribunal, sem, contudo, abolir-se por completo a forma escrita, de modo que somente atos considerados essenciais²³⁴ são reduzidos à escrita.

²³² FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Formas alternativas de solução de conflitos e a lei dos juizados especiais civis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 105.

²³³ FONSECA, Ana Carolina da Costa e. Considerações sobre Juizados Especiais Cíveis. *Revista dos Juizados Especiais*, Porto Alegre, n. 28/29, abr./ago. 2000, p. 27-28. A autora brasileira afirma que "a lei conseguiu captar o espírito dos juizados e transformá-lo em princípios (art 2 da lei n. 9.099/95), ao dispor sobre: *Oralidade*, foi temido que muitos problemas pudessem ser gerados por flexibilidade, mas a prática demonstrou ao contrário; *simplicidade*, ao invés de um processo com diversas exceções e recursos, há um processo simples e com uma linguagem acessível; *informalidade*, o objetivo dos juizados é resolver o problema das partes da melhor maneira possível e não submeter-se a um ritual; *economia processual*; no juizados especiais um litígio (com recurso) pode ser solucionado em dois meses, mesmo que esteja demorado um pouco mais. Como o principal objetivo do juizado é a conciliação, o tempo de solução reduz-se; por último, *a conciliação*, o direito produzido pelas partes substitui a sentença estatal pela vontade daqueles que sofrem com o litígio, mesmo que o acordo de conciliação seja homologado por um juiz togado". Na Lei 4/92, Lei dos Tribunais Comunitários, estes princípios não estão previstos expressamente, mas, da análise minuciosa da lei (apesar de nunca ter sido regulamentada devidamente), eles estão implícitos. E é o que se contata também na prática da análise do funcionamento dos referidos tribunais.

²³⁴ Tais como, a participação ou queixa e a sentença.

A oralidade é caracterizada pela concentração, pela imediação, pela prática do procedimento verbal de atos importantes no processo²³⁵. O procedimento oral está ligado ao princípio da imediatidade, até porque a oralidade pressupõe contato direto entre dois ou mais interlocutores, e esse princípio exige o juiz em contato pessoal com a produção da prova²³⁶, consistindo em manter o juiz em contato direto com as partes, com seus procuradores e com as testemunhas, sem intermediários.

Os tribunais comunitários ampliam o acesso à ordem jurídica justa e permitem àqueles que têm demanda de maior simplicidade terem acesso a um procedimento simples, econômico, com uma linguagem o mais compreensível possível, que, na maior parte dos casos, é a língua local dos litigantes. Isto significa a implementação de um novo modo de tutelar direitos, mais consentâneo com a realidade do país.

Os tribunais comunitários adotam também o critério da informalidade como princípio básico de sua atuação, trazendo, por via reflexa, almejada celeridade ao julgamento das causas. Na medida em que a lei dos tribunais comunitários visa à realização da justiça de forma simples e objetiva, está contribuindo para a celeridade processual. A informalidade manifesta-se, ainda, no fato de que a sentença elaborada pelos juizes desprofissionalizados dispensa qualquer fundamentação legal, devendo ser mencionado apenas as suas convicções.

O tribunal comunitário dispensa a assistência de advogado, e este fato também se refere ao princípio da informalidade. Neste caso, pode ser questionada a constitucionalidade da atuação dos tribunais comunitários, uma vez que o artigo 62 da Constituição da República de Moçambique concede ao cidadão o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário.²³⁷ Mas, na verdade, o direito de defesa do cidadão está salvaguardado na medida em que, além das partes e do tribunal, existe a participação da comunidade local nas decisões dos tribunais comunitários o que garante uma defesa justa das partes e uma decisão transparente.²³⁸

²³⁵ CARDOSO, António pessoa. O alicerce dos juzizados especiais. *Revista dos Juzizados Especiais*, Porto Alegre, n. 21, dez 1997, p. 16

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

²³⁷ Artigo 62 da CRM, "1. O estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos argüidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário.

²³⁸ As sessões de julgamento são abertas a comunidade local e participam na resolução do litígio mesmo não sendo parte interessada.

Segundo Santos, tratando-se de uma justiça comunitária, desprofissionalizada, informal e não sujeita a regras e procedimento de uniformização predefinidos como são as leis de organização judiciária e os códigos de processo para a justiça formal, a diversidade de procedimentos é natural.²³⁹

Também demonstrando uma preocupação com os efeitos da informalização dos juizados especiais civis no Brasil, Rodrigo Ghiringheli de Azevedo afirma que de acordo com as tendências históricas e atuais "formalidade criam barreiras, mas também proporcionam um espaço no qual é possível proteger os setores socialmente desfavorecidos, enquanto que os procedimentos informais são mais facilmente manipuláveis". Desse modo, a efetivação de direitos por meio de procedimentos informais somente pode ser bem-sucedida se forem ultrapassadas as limitações inerentes à falta de apoio jurídico àqueles que pretendem exercer estes direitos, "o que acarretará um extraordinário esforço para conduzir o movimento de informalização procedimental da justiça em uma direção favorável, beneficiando as pessoas comuns".²⁴⁰

Os tribunais comunitários também seguem o princípio da economia processual e da gratuidade, que visam facilitar o acesso à jurisdição. Pelo princípio da economia processual, busca-se a obtenção do máximo de rendimento da lei, com o mínimo de atos processuais, enquanto que o princípio da gratuidade dispensa as partes do pagamento de algumas de custas, taxas, ou despesas processuais. No entanto, o juiz poderá condenar o vencido ao pagamento de custas e imposto de justiça a favor do tribunal (artigo 3 n.2 al c) e artigo 5 da Lei 4/92).

O princípio da conciliação constante no n. 2 do artigo 2 da lei 4/92, representa uma forma de composição amigável pela qual as partes põem termo ao processo, solucionando o conflito de interesses.²⁴¹ A conciliação representa o meio mais adequado para a solução do litígio; no acordo, insere-se maior vantagem para os tribunais comunitários, sendo imprescindível que seja dada às partes a possibilidade de conciliação, antes de se chegar a uma sentença de mérito.

²³⁹ SANTOS, NBILINA, FUMO e GOMES. Os Tribunais Comunitários: *Conflito e transformação social*, 2 vol, Afrontamento, Porto, 2003, p.330.

²⁴⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringheli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo, 2000, p. 1999.

²⁴¹ LOURENÇO, Luiza Andréa Gaspar. *Juizados especiais cíveis: legislação doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Iglu, 1998, p. 37.

2. Análise empírica do funcionamento dos tribunais comunitários

Para um melhor entendimento dos tribunais comunitários como instâncias de resolução de litígio, demonstra-se aqui o funcionamento de alguns tribunais situados na região norte de Moçambique, na província de Cabo-Delgado, procurando-se caracterizar as atividades dos tribunais, como e onde elas são desenvolvidas, bem como a relação dos mesmos com outras instâncias da justiça. Estes fatos servirão como dados extraídos da realidade social, capazes de comprovar a proposta articulada neste trabalho, que é a necessidade de construção de um novo sistema jurídico que inclua os tribunais judiciais e outros meios não-judiciais com legitimidade no nível das comunidades para dirimir conflitos, denominado "pluralismo jurídico", mais consentâneo com a realidade social de Moçambique e com as sociedades contemporâneas pós-modernas.

2.1. Tribunal comunitário Eduardo Mondlane²⁴²

Este tribunal está situado no bairro Eduardo Mondlane, bairro periférico da cidade de Pemba, próximo à praia do Wimbe. O tribunal é composto por cinco juizes, dos quais um é juiz presidente do tribunal. Chama-se Amade Momade.

O tribunal não tem instalações próprias, estando a funcionar nas instalações da sede do Partido FRELIMO²⁴³ durante a semana, e, nos Sábados, que são os dias que efetuam os julgamentos, funciona num dos compartimentos (salas de aulas) da escola primária de Maringanha, situada no mesmo bairro.

Segundo Amade Momade, o tribunal enfrenta muitas dificuldades para o seu funcionamento: "este tribunal tem falta de tudo. Não temos materiais (papel, canetas, mesas e

²⁴² Ver ilustração fotográfica - 1 em anexo C.

²⁴³ Partido no Poder.

cadeiras, etc), não tem número suficiente de juizes, e nem somos remunerados pelo trabalho que fizemos aqui no tribunal".

O acesso ao Tribunal.

Para o recebimento das queixas, o tribunal cobra uma taxa no valor de 50.00 Mtn²⁴⁴. podem ser apresentadas em qualquer altura do dia, excetuado-se os sábados, que são os dias do julgamento. Para quem não possui condições de pagar a taxa exigida, o acesso é gratuito.

As queixas são apresentadas por qualquer cidadão, incluído estrangeiros, já que o tribunal está próximo de uma zona turística. O tribunal também tem recebido transferências de casos vindo dos chefes do quarteirão, da polícia e da Sede do Bairro.

O processamento da queixa.

Quando o caso é apresentado no Tribunal pelo ofendido, a queixa é reduzida a escrito por um dos juizes que sabe escrever em língua portuguesa.

As questões trazidas ao tribunal são, freqüentemente: abandono da mulher e dos filhos por parte do marido, violência doméstica, disputa de terra, feitiçaria, adultério e difamação entre vizinhos.²⁴⁵

Durante o período de janeiro a agosto, deram entrada no tribunal 300 casos, dos quais 180 foram resolvidos, 10 remetidos ao tribunal judicial por falta de acordo das partes, cinco remetidos à AMETRAMO (associação dos médicos tradicionais) e cinco em tramitação. Dentre eles constatei o seguinte caso:

Processo²⁴⁶ n.68/01/08/06 - caso Mariamo Abdala e Luísa saide

"Eu Mariamo Abdala estou aqui por causa da casa, o meu filho faleceu, e a minha nora Luísa exige o pagamento de um valor para lhe devolvermos a casa dos familiares, agora, como não temos reembolso do direito dela, pensamos em vender a casa e repartir o valor da venda, para ela como viúva e eu como mãe, e como no bairro não ouve entendimento viemos apresentar o caso aqui no tribunal".

²⁴⁴ Equivalente a 5% do salário mínimo.

²⁴⁵ Terminologia usada pelo tribunal para tipificar os casos.

²⁴⁶ Ver modelo de processo usado nos tribunais comunitários – cópia e anexo D.

Sentença: (decisão do tribunal)

"[...] O tribunal decide a venda da casa no valor de 35.00mtn. Este valor será dividido em 2 partes cujo cada um recebera a sua parte.

A partir da leitura da sentença do tribunal, até que ambas consigam comprador, ninguém pode ser mandada embora de casa".

2.2. Tribunal comunitário do bairro do Ingonane²⁴⁷

Situa-se num bairro periférico no interior da cidade de Pemba. É composto por seis juízes, mas frequentemente funciona com apenas dois: Akimo Mutlage, Juiz presidente, e Rassul Npuro.

O tribunal não tem instalações próprias. Para realizar julgamentos, ocupam uma das salas de aulas da escola primária do bairro, Escola primária de Ingonane, e pagam pelo aluguel um valor de 50,00Mtn.²⁴⁸ Este tribunal, como quase todos, enfrenta problemas da falta de material (papéis, canetas, mesas, cadeiras, etc.) e meios humanos para o funcionamento. Têm-se socorrido dos valores que cobra das multas e impostos de justiça, para a manutenção e para remuneração dos juízes em exercício.

Para Akimo Mutlage, o grande problema que o tribunal enfrenta é a falta de apoio por parte dos órgãos do governo."Os tribunais comunitários estão abandonados porque não têm um órgão que os conduza. A única formação que fizemo, com o apoio do Grupo Africa da Suécia²⁴⁹ foi em 1999".

Acesso ao Tribunal

Para apresentar o caso no tribunal, o ofendido deve pagar uma taxa no valor de 100,00 Mtns.²⁵⁰

²⁴⁷ Ver ilustração fotográfica -2 em anexoC.

²⁴⁸ Equivalente a 5% do salário mínimo.

²⁴⁹ Uma ONG (organização não governamental) de apoio os tribunais Comunitários.

As queixas podem ser apresentadas em qualquer altura do dia, na residência dos juízes do tribunal, com exceção dos sábados, dia em que se realizam os julgamentos. Podem ser apresentadas por qualquer cidadão residente dentro e fora do bairro. Além das queixas apresentadas pelos acusados diretamente, o tribunal tem recebido casos vindos dos chefes dos quarteirões, da polícia, AMETRAMO, etc.

Processamento da queixa

A apresentação de queixa é seguida de sua formalização por escrito através de um auto de denúncia. Mesmo nos casos que são encaminhados para o tribunal por outras estruturas comunitárias, é sempre reduzida a escrita. Nos julgamentos, prevalece a oralidade, sendo conduzidos na grande maioria, em línguas locais.

As questões levadas ao tribunal são frequentemente relacionadas com conflitos conjugais, agressão física às mulheres, divórcio, amantismo (adultério), partilha de herança.²⁵¹

Durante o período de janeiro a agosto, deram entrada no tribunal comunitário 320 casos, dos quais 190 foram resolvidos, 30 foram encaminhados para outras instâncias comunitárias (sede do bairro, quarteirão e policia comunitária) de resolução de litígio no nível do bairro e 10 em tramitação. Deste tribunal, importa destacar o seguinte caso:

Processo n. 01/TCBI/2006 – Caso Luísa Cachimo e Sanssão H. Guerra Semedo

"Eu, Luísa Cachimo por não me entender com o meu marido, venho a este tribunal por minha livre vontade pedir divórcio ao meu esposo Sanssão da Guerra Semedo, depois de 18 anos de casado".

Sentença (decisão do tribunal)

"[...] O tribunal decidiu em conformidade com o consenso tido entre as partes envolvidas no presente auto.

- O tribunal testemunhou o divórcio mediante uma declaração da solicitante sr^a Luísa Cachimo.

²⁵⁰ Equivalente a 10% do salário mínimo.

²⁵¹ Terminologias utilizadas pelo tribunal.

- A sr^a Luísa Cachimo, terá que pagar uma multa no valor de 50,00 Mtn ²⁵²por não ter trazido seu B.I. para a sua identificação sendo ela queixosa (o pagamento e imediato).

- Os bens deverão ser repartidos por ambas as partes com destaque aos filhos " .

2.3. Tribunal comunitário de Paquitiquete²⁵³

O tribunal situa-se no bairro de Paquitiquete, na baixa da cidade de Pemba. É um bairro dominado pela comunidade islâmica e tem uma intensa atividade comercial. A maior parte da população fala a língua muani.

O tribunal é constituído por sete juízes e uma funcionária que desempenha as funções de escritã. O juiz presidente há dois anos que não exerce as suas funções no tribunal. Quem o substitui é a juíza Seane Ruía.

Segundo ela, o juiz presidente nunca mais compareceu porque não era remunerado como juiz. "Este tribunal era constituído por oito juizes, mas hoje só ficamos quatro, o resto foi abandonando porque não somos remunerados e temos família para sustentar".

O tribunal funciona numa instalação pertencentes à sede do bairro, compartilhadas com a polícia comunitária²⁵⁴.

Acesso ao tribunal

A maior parte das queixas é apresentada diretamente pelos interessados nas instalações onde funciona o tribunal, em sua maior parte, residentes no bairro.

Alguns casos vêm transferidos de outras instâncias comunitárias, como chefe de 10 casas, chefe dos quarteirões, policia, etc.

²⁵² Equivalente 5% do salário mínimo.

²⁵³ Ver ilustração fotográfica -3 em anexo C.

²⁵⁴ Polícia comunitária - é criada e constituída pelos membros da comunidade para a manutenção da ordem e segurança da zona; trabalha em articulação com a Polícia da Republica de Moçambique(PRM).

Para a abertura do processo, o tribunal exige o pagamento de uma taxa no valor de 50,00 Mtns²⁵⁵, sendo gratuito para as pessoas que não têm possibilidades de pagar a referida taxa, desde que comprovem com um atestado de pobreza, passado pelo chefe do quarteirão. O tribunal funciona todos os dias úteis da semana, das 9 às 13 horas.

Processamento da queixa.

As pessoas são ouvidas previamente pela escritã, que em seguida transcreve a participação, elaborando um auto de denúncia. Nos casos em que o assunto vem transferido de outra instância comunitária, a escritã notifica as partes e volta a transcrever por escrito, efetuando um novo auto.

No período em análise (janeiro a agosto), deram entrada neste tribunal 250 queixas, dos quais 120 foram resolvidos, 20 foram transferidas para outras instâncias comunitárias porque o tribunal não conseguiu resolver o caso e 10 estavam em tramitação, Neste tribunal, importa destacar o seguinte caso:

Processo n. 56/05/06 Caso Fátima Ussene e Eri Amade

Queixosa,

"Que o acusado Eri Amade anda a dizer que ela é feiticeira, que ele anda doente por causa dela e que ela continua no casamento mesmo ele não querendo, por causa do feitiço que a queixosa fez. Que foi nos curandeiros e tiraram as coisas que lhe faziam ficar doente e disseram que é a queixosa Fátima Ussene que anda a fazer isso. Como ela não tem nada a ver com o assunto do feitiço véu meter a queixa no tribunal para ser resolvido".

Acusado,

"É verdade que quando adoeceu por varias vezes andou a consultar os curandeiros e disseram-lhe que é a sua mulher (queixosa) que anda lhe arranjar doenças para ele morrer e

²⁵⁵ Equivalente a 5%do salário mínimo.

poder ficar com a casa. Que o queixoso já não quer viver com a mulher mais não consegue separar por causa do feitiço que ela fez".

Sentença (decisão do tribunal)

"[...] Consultados os membros da AMETRAMO, ficou provado que a queixosa fez feitiço para o senhor Eri Amade.

- Assim o tribunal condena no pagamento de 500 Mtn, de multa e 100Mtn de imposto de justiça.

- O divórcio do casal sem pagamento de nenhuma multa por parte do marido porque a culpada foi a mulher. "

2.4. Tribunal comunitário de Natite²⁵⁶

O tribunal situa-se no bairro de Natite. Trata-se de um bairro periférico da cidade de Pemba, capital da província de Cabo-Delgado.

É o único tribunal na cidade que possui instalações próprias²⁵⁷. As instalações são constituídas por uma casa de alvenaria, composta por duas divisões, sendo que uma delas é o gabinete dos juízes, e outra funciona como sala de julgamento.

Trata-se de um bairro com uma grande atividade comercial, existindo vários mercados informais.

O tribunal é constituído por quatro juízes eleitos, todos de sexo masculino. Com exceção do Juiz presidente, Rafael Saide Chaure, que se ocupa da função o tempo inteiro porque está reformado, os outros têm outras atividades, além da função de juiz comunitário.

Segundo Rafael Saide Chaure, o fato de outros juízes serem empregados por conta de outrem, prejudica muito as atividades do tribunal. "Sou o único que trabalha aqui tempo

²⁵⁶ Ver ilustração fotográfica -4 em anexo C.

²⁵⁷ Estas instalações foram doadas pelo Grupos África da Suécia, uma ONG de apoio ao Tribunais comunitários em Moçambique.

inteiro, por isso, só efetuamos julgamentos uma vez por semana e aos Sábados. O problema é que os juízes não são remunerados, por isso, procuram outro trabalho para poder viver".

Acesso ao Tribunal

O tribunal comunitário de Natite funciona de segunda a sexta-feira, no período das 8h até cerca das 15h, mas só efetua os julgamentos aos sábados.

A grande procura dos tribunais é feita por cidadãos estrangeiros, de nacionalidade Tanzaniana, Senegalesa e Maliana, vendedores do mercado informal situado no bairro em referência, mas a maior parte dos casos são enviados pelos chefes de quarteirão e do bairro.

O processamento da queixa

Uma vez recebida a queixa, é feita a notificação do acusado, familiares, ou testemunhas para se apresentarem em determinado dia no tribunal. As declarações das partes são ouvidas apenas na audiência de julgamento e reduzida a escrito de forma muito sumária.

Durante o período de janeiro a agosto de 2006, deu entrada no tribunal um total de 190 casos, dos quais 170 foram resolvidos, 12 foram transferidos para o tribunal da cidade de Pemba e oito em tramitação.

Neste tribunal, as questões mais frequentes são de dívidas, adultério, abandono do lar e violência doméstica.²⁵⁸

Merece especial referência o: processo n. 016/2006 – Caso Rosa Joaquim e António Mussa.

"Eu, António Mussa venho queixar ao tribunal porque a minha mulher no dia 5 de Fevereiro, quando estávamos numa festa me abandonou e foi dormir em casa do senhor Almeida Ntuia. Quando eu voltei para casa ela não estava lá, só regressou no dia seguinte a tarde, Quando perguntou onde ela estava, disse que estava em casa da amiga Maria. Consultada a amiga, esta disse que a Dona Rosa não dormiu na casa dela. É quando ela confessou e mostrou a casa do seu amante."

²⁵⁸ Terminologia usada pelo tribunal

Sentença (decisão do tribunal)

"[...] Provado o adultério o tribunal consultou o ofendido se pretendia ficar com a sua mulher, este disse que sim.

- O tribunal condenada à senhora Rosa Joaquim e o senhor Almeida Ntuia o pagamento de 300 Mtn, cada correspondente a multa, a favor do ofendido António Mussa.

- Deve ainda, o senhor Almeida Ntuia pagar o imposto de justiça ao tribunal no valor de 100 Mtns".

2.5. Tribunal comunitário do Bairro de Cariacó²⁵⁹

Este tribunal está situado no bairro de Cariacó, nos arredores da cidade de Pemba.

O tribunal não tem instalações próprias, compartilha o edifício que funciona o chefia do bairro e a policia comunitário. Isso implica que o tribunal funcione em dias alternados. Ele é composto por cinco juizes, dos quais, dois são do sexo feminino.

O tribunal enfrenta, como todos os outros tribunais, o problema da falta de condições matérias e humanos. Para o juiz presidente, Achirafo Muito, a maior dificuldade é não possuir material de expediente tal como, papel, caneta, cadernos para fazer o registro dos casos. "Nos trabalhamos com muita dificuldade. Há dias que não temos papel para registrar as queixas, temos que pedir às pessoas para comparecerem dois dias depois. Quando é muito urgente, mandamos para o tribunal distrital da cidade de Pemba".

Acesso ao Tribunal

Diferentemente dos outros tribunais, o acesso a este tribunal é por via dos chefes dos bairros e dos quarteirões. Um número muito pequeno é que apresenta a queixa diretamente ao Tribunal. Isso se deve ao fato de o tribunal não possuir instalações próprias. A maior parte dos queixosos reside no bairro.

²⁵⁹ Ver em anexo a ilustração fotográfica 5 em anexo C.

O processamento da queixa

Neste tribunal, domina a oralidade. As peças inscritas referem-se apenas a alguns documentos de transferência do caso, notificações ou informações de outras instâncias comunitárias e à sentença.

Feita a transferência do caso, ou apresentada a queixa perante o tribunal, este notifica imediatamente o acusado e os interessados para julgamento.

Durante o período de janeiro a agosto, deram entrada no tribunal 175 processos, dos quais, 150 foram resolvidos, 15 foram transferidos para o tribunal da cidade de Pemba 10 se encontravam em tramitação.

Os casos mais frequentes deste tribunal são relacionadas com problemas conjugais, pedido de alimentos, disputa de lugar e de limites de terreno e feitiçaria.²⁶⁰ Importa destacar o seguinte caso:

Processo n. 12/ 2006 – Caso Fernando Santos e Buanamussa Momad

"Senhor Fernando Santos veio meter queixa contra o senhor Buanamussa Momade por este ocupar uma parte do seu terreno, alegando ter sido vendido pelo senhor Lucas vizinho do queixoso. Mais o terreno pertence ao pai do senhor Fernando que já faleceu. O senhor Buanamussa já pagou um valor de 30,00Mtn, e já construí uma parte da casa, por isso não concorda sair do terreno.

E também vieram as estruturas do bairro mais não chegaram ao entendimento. Por isso, vem queixar ao tribunal porque pretende o seu terreno de volta " .

Sentença (decisão do tribunal),

"[...] discutido o caso o Tribunal chegou a conclusão que o terreno pertence realmente o pai do queixoso, o senhor Fernando Santos.

²⁶⁰ Terminologia utilizada pelo tribunal.

Por isso condena ao senhor Buanamussa Momade a entrega imediata do terreno e o pagamento de multa no valor de 100Mtn.

Deve ainda o senhor Buanamussa, pagar o imposto de justiça no valor de 100Mtn ao tribunal comunitário " .

CONCLUSÕES PARCIAIS DO ESTUDO EMPÍRICO - PARTE II

Como se pode verificar, não há uniformidade na atuação dos tribunais comunitários, e este fato não nos permite definir com segurança suas características estruturais e funcionais. Isso se deve à pouca regulamentação à que, por sua natureza²⁶¹, estão sujeitos estes tribunais, se os compararmos com a com a justiça formal.

Na análise dos procedimentos nos referidos tribunais, pode-se constatar que eles, por se situarem nos arredores da cidade de Pemba e terem uma relação mais próxima com os tribunais judiciais, levam à adoção de fórmulas, estilos e linguagens próprias da justiça formal. Os procedimentos são reduzidos em escrito, limitando-se a um auto de denuncia. O processo pode ter outras referências formais, como a indicação de notificação das partes, termos de pagamento de indenizações, marcação do dia de julgamento e sentença.²⁶² Verifica-se, assim, uma penetração seletiva da justiça formal na justiça dos tribunais comunitários.²⁶³

Essa penetração do sistema de justiça formal para com a justiça comunitária, por um lado é positivo, na medida em que traz para justiça comunitária o mínimo de procedimento formal que precisa para garantir a realização de um processo *justo e equo*, por outro lado, corre-se o risco de uma indvida contaminação das práticas formalistas excessivas e burocráticas de justiça formal, dificultando os objetivos que se pretendem na nova reforma do sistema de justiça no país, que é um sistema célere, desburocratizado e acessível à maior parte da população.

²⁶¹ São tribunais informais que regulam litígios com base no direito consuetudinário.

²⁶² Ver cópia do processo em anexo D.

²⁶³ É interessante verificar que, mesmo nos processos mais formalizados, o uso das fórmulas jurídicas é combinado com o uso de uma linguagem simples, direta e submetida á oralidade da cultura envolvente. A declaração, quer do queixoso, quer do acusado, são formalizadas em discurso direto reproduzindo suas palavras sem recodificações. Ver anexo D.

Uma das características comuns observadas em todos os tribunais tem a ver com a precariedade dos espaços de funcionamento e a falta de meios humanos e matérias. Dos cinco tribunais em referência, apenas o tribunal de Natite possui instalações próprias.²⁶⁴ Nenhum dos Tribunais funciona com o número de juizes exigido por lei (oito membros, cinco efetivos e dois suplentes), nem possui autonomia financeira para a aquisição de bens matérias. A maior parte está dependente do apoio de outras instituições do governo e do partido no poder, como para a utilização de instalações das escolas e das sedes do Partido FRELIMO.

O número dos casos submetidos aos tribunais comunitários e por eles solucionados é um indicador da eficácia desse sistema de justiça no país. Dos 1.235 processos remetidos aos Tribunais comunitários, 810 foram resolvidos, correspondendo, assim a 66%. Já no tribunal judicial da cidade de Pemba, dos 870 processos que deram entrada no período de janeiro a agosto, só 370 foram julgados, estando pendentes até a altura em que o trabalho de campo foi realizado 500 processos, correspondendo a 65%, com um número muito elevado de processos em tramitação ou pendentes. (vide o quadro 2 em anexo 4)

Com base nos dados acima colhidos, relativos ao movimento processual nos tribunais comunitários, em comparação com o tribunal judicial, no período em análise, podemos afirmar com segurança que são instâncias extrajudiciais de resolução de litígios eficazes na resolução dos litígios em Moçambique.

Os seus critérios (simplicidade, informalidade e celeridade) visam a facilitar a defesa do cidadão em juízo, já que a maior parte da população está ideologicamente mais vinculada ao paradigma da justiça comunitária, justiça mais próxima, mais barata e mais ligeira, isto é, menos burocrática.

O Tribunal Comunitário é um mecanismo pós-moderno do direito, já que é um instrumento que envolve a comunidade na resolução de litígios, permitindo uma harmoniosa convivência social, através da utilização de diferentes fontes normativas e a valorização dos direitos humanos, com o respeito à identidade cultural e o acesso à justiça para todos os cidadãos.

²⁶⁴ Ver Ilustração fotográfica 4 anexoC.

A natureza das questões apreciadas pelos tribunais comunitários é dominada por conflitos conjugais, pedidos de alimentos para menores, violência contra as mulheres, disputa de terreno, e feitiçaria, sendo que o tribunal comunitário é uma instituição jurídica adequada à aplicação da nova lei da família.

Urge redefinir uma nova arquitetura do sistema de justiça moçambicano, rever a lei dos tribunais comunitários (Lei 4/92, de 6 de maio), regulamentando-a na sua plenitude, assim como a lei que criou o instituto do patrocínio e assistência jurídica (Lei n. 6/94, de 13 de Janeiro), no sentido de se criar um sistema jurídico adequado à realidade do país, incluindo estes meios tradicionais de solução de controvérsia, que favorecem o acesso e a defesa do cidadão em juízo, adaptando o direito à nova realidade no contexto da pós-modernidade, que, que no nosso entender, é sistema pluralista.

Cabe efetuar uma análise sobre a experiência comparada nas áreas de justiça comunitária como prática pluralista alternativa da jurisdição estatal e a criação pelos estados de um sistema de acesso à justiça e ao direito.

3. Experiência comparada na área de jurisdição comunitária e no sistema de acesso à justiça e ao Direito

Desde a antiguidade, a importância do direito comparado²⁶⁵ na positivação da legislação sempre foi reconhecido. A necessidade do conhecimento da legislação estrangeira com intuito de fornecer subsídios para tal prática e, sobretudo no momento, com as uniões regionais, quando há um esforço geral pela organização de uma ordem jurídica pacífica e coordenada, a prática de um direito comparado criterioso torna-se bastante relevante.²⁶⁶

²⁶⁵ O Direito Comparado é o ramo da ciência jurídica que estuda as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes estados, agrupando-os em famílias. Embora auxilie no estudo de diversos ramos do direito, é no direito internacional privado que a disciplina do direito comparado exerce papel essencial: as instituições jurídicas estrangeiras são estudadas por meio da comparação entre os ordenamentos jurídicos. Sobre o assunto ver TAVARES, Ana Lucia Lyra. O papel do direito comparado na globalização. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 150-158, 2000.

²⁶⁶ COUTILHO, Ana Luisa. *Direito comparado e globalização*. Disponível em <<http://www.cj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n3/direito.comparado.pdf>> Acesso em: 2 jan. 2007.

Os estudos comparativos de direito têm, assim, relevante importância no quadro político globalizado que parece estar em voga na sociedade mundial contemporânea. A necessidade crescente de soluções jurídicas uniformizadas mundialmente ante as semelhanças dos problemas sociais em todo mundo, bem como a internacionalização do crime, o combate à corrupção e ao terrorismo e, ainda, a tendência de universalização dos direitos humanos, colocam o direito comparado em posição privilegiada entre estudos jurídicos-políticos contemporâneos. Além disso, ele pode ser usado para ajudar na reforma²⁶⁷ da legislação e do sistema judicial.²⁶⁸

Não se pretende, neste ponto, efetuar uma comparação dos diferentes ordenamentos jurídicos em referência. Na verdade, o que se tem em vista é trazer a experiência positiva da matéria nesses ordenamentos jurídicos e demonstrar a necessidade de valorizar os direitos costumeiros e os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios existentes no país, nesta fase de reformas da legislação e do sistema jurídico em Moçambique.

Como ensina Erik Jayme o direito comparado pós-moderno deve pesquisar as diferenças entre as ordens jurídicas, tendo em vista especialmente as diferentes posturas e condutas como formas de expressão contemporânea de valores (*Werten*) e estilos de pensar (*Denkstilen*)²⁶⁹, o comum, o igual não é negado, mas aparece como subsidiário, como menor.²⁷⁰ A identidade cultural dos indivíduos, como a dos povos, é que necessita de atenção, então, a pluralidade reaparece como um valor (*rechtswert*) e as diferenças entre as ordens jurídicas passam a ser interessantes. É assim que os exemplos recolhidos da experiência comparada permitem-nos afirmar que há uma tendência para se reconhecer que os tribunais judiciais não têm monopólio da justiça, bem como para valorizar as formas de justiça de natureza comunitária e a necessidade de sua articulação com os tribunais judiciais.

O reconhecimento da pluralidade de instâncias de resolução de litígios e da necessidade de uma articulação entre o judicial e o não-udicial é diferenciado, consoante o

²⁶⁷ Além da reforma, Chodosh, acrescenta mais dois objetivos do direito comparado, quais sejam: o entendimento maior do próprio sistema e a unificação internacional de normas .In: CHODOSH, Hiram E. Comparing comparisons: in Search of Methodology, In: Iowa Law review, n.84. August, 1999. p. 1068.

²⁶⁸ DE CRUZ, Peter. *Comparative law in a changing world* 2. ed. London: Cavendish, 1999, p.18. Além desse objetivo, o autor ainda inclui mais quatro funções e objetivos do direito comparado i) como disciplina acadêmica , ii) como meio para entendimento de regras jurídicas e iv) como contribuição para a unificação sistemática e harmonização do direito.

²⁶⁹ JAYME, *Visões...*, p.73

²⁷⁰ *Ibidem*.

regime legal dominante em cada Estado, seja de raiz anglo-saxónica ou europeia continental. Na África, nos países que herdaram o sistema do *indirect rule*, predomina o reconhecimento das autoridades tradicionais como instâncias de resolução de litígios, enquanto nos países cujo sistema jurídico se inscreve na grande família romano-gêrmanica (de matriz Europeia-continental) apela-se à institucionalização das justiças comunitárias e à criação de outro meios não-judiciais da resolução de conflitos.²⁷¹

A Constituição em vigor na República da África do Sul reconhece a instituição, o estatuto e o papel da autoridade tradicional, exercido de acordo com o direito costumeiro. Desde que não o contrariem (art. 211, n. 1), os tribunais devem fazer uso do direito costumeiro, nos casos em que este for aplicável, sem violar a Constituição ou a legislação ordinária (art. 211, n. 3).

Em 2003, foi aprovada a *Traditional leadership and governance framework bill*, que regula o direito costumeiro (de acordo com o estabelecido no artigo 211, n. 3 da Constituição da República), lei esta que prevê o funcionamento das autoridades tradicionais como instituições locais à disposição das comunidades. No seguimento desta decisão, têm sido criadas, *houses of traditional leaders* e foi instituído o Conselho das Autoridades Tradicionais (nos termos do *Council of Traditional leaders Bill de 1996* e da *council of Traditional Leaders Act de 1997*), de modo a garantir o funcionamento do sistema de direito costumeiro, conforme consagrado na atual Constituição, art. 212, n. 2 alíneas a) e b).²⁷²

O projeto da nova Constituição do Quênia, que se encontra em debate, reconhece o conjunto das civilizações, das pessoas e comunidades, com base nos valores e princípios constitucionais não-escritos, nas tradições, nas lutas do presente e nas aspirações futuras. Estabelece, ainda, a proteção dos valores culturais e o reconhecimento da cultura como a base do orgulho nacional e da identidade. O funcionamento dos órgãos do Estado deve pautar-se, assim, pelos princípios da promoção do multiculturalismo, cooperação, compreensão, tolerância e respeito pelos diferentes costumes, tradições, crenças, línguas, práticas religiosas,

²⁷¹ Sobre o assunto, ver também DAVID, *Os grandes...*, p. 575-584.

²⁷² Sobre o assunto, ver Anteprojeto da lei de Bases do Sistema da Administração da justiça, em curso no Ministério da Justiça em Moçambique, 2006, p. 17.

sabedorias e filosofias que afirmem o desenvolvimento, o respeito pela preservação da dignidade e do bem-estar do povo.²⁷³

Os Local Council Courts (LCC), em Uganda, assumem um papel muito importante na administração da justiça. Estes LCC (que não estavam dependentes do sistema judiciário formal) foram criados a partir dos *Resistance Committe Courts*, tendo sido implantados em regiões onde a justiça formal não estava presente.

Os LCC têm competência para conhecer delitos de pequena gravidade (de foro civil e criminal), privilegiando, na sua atuação, a reconciliação, a compensação e o perdão.

Hoje esses tribunais encontram-se incorporados na base do sistema judiciário, sendo possível recorrer da sua decisão para um tribunal judicial (*magistrates' court*). Os ministérios da administração local e da justiça supervisionam conjuntamente a atuação dos LCC, pois estes, para além das questões jurídicas, intervêm também na administração local.

Segundo o relatório da administração local, os LCC,²⁷⁴ há um conjunto de dificuldades e de obstáculos que precisam ser resolvidos, como, por exemplo: têm geralmente um fraco conhecimento do direito formal vigente; os membros do tribunal não têm acesso a matérias de referência essenciais; com frequência, não conhecem os direitos das crianças; os direitos dos LCC são muitas vezes enviesados em desfavor das mulheres; a documentação sobre o procedimento do tribunal é escassa (afetando, nomeadamente, a questão dos recursos); os LCC estão ainda a lidar com casos que ultrapassam os limites da sua jurisdição, como, por exemplo, crimes de violação.

Com vistas a promover um melhor funcionamento dessas estruturas e, conseqüentemente, da administração da justiça, foi formalmente consagrada em forma de lei (Bill n. 23, 2003) a constituição dos LCC. No mesmo sentido, elaborou-se um guia que deverá ser traduzido nas principais línguas do país e distribuído pelos LCC, no qual é apresentado um conjunto de informações e orientações dirigidas a essas estruturas, com objetivo de promover um funcionamento mais justo e democrático por parte dos mesmos.

²⁷³ Ver o anteprojeto da lei de bases do sistema da administração da justiça de Moçambique, 2006, p. 18.

²⁷⁴ Ministry of local government of the Republic of Uganda (2003), local Councils administration of justice Guides for local Council Courts. Disponível em: <[http://w.w.w.molg.go.ug/docs/ Local Courts Guide. Pdf](http://w.w.w.molg.go.ug/docs/Local%20Courts%20Guide.Pdf)>.

Na Namíbia, os Tribunais comunitários resultam de uma reformulação dos antigos tribunais tradicionais. De acordo com a *Community Courts Act* (lei n.10, de 2003), as autoridades tradicionais podem requerer ao Ministério responsável pela área da justiça a criação de tribunais comunitários.

A jurisdição dos Tribunais Comunitários circunscreve-se à área territorial de cada “comunidade tradicional”. Não constitui uma jurisdição obrigatória, dependendo a sua intervenção do acordo das partes. Esses tribunais têm competência para decidir sobre todas as questões relacionadas com pedidos de compensação e de restituição de bens, desde que tutelados pelo direito costumeiro. Das decisões dos tribunais comunitários, pode haver recurso para a estrutura “formal” dos tribunais, concretamente para os *magistrates’ courts*, desde que o recorrente tenha esgotado todas as possibilidades de recurso existente na estrutura do tribunal comunitário. Para a decisão do recurso, o juiz presidente do *magistrate’s court* pode nomear dois assessores, que conheçam o direito e as normas aplicadas, bem como o funcionamento dos tribunais comunitários.

Em Cabo Verde, encontramos outros exemplos de convivência entre os tribunais judiciais e as instâncias comunitárias de resolução de conflitos, onde aqueles não possuem o monopólio da resolução de litígios.

Constata-se, ainda, a existência de estruturas tradicionais (Regedores ou Cabos-chefe), no período colonial e após a independência, e a implantação dos tribunais de zona, constituídos por juizes leigos. É reconhecido que os tribunais de zona, enquanto forma de participação popular na administração da justiça, foram extremamente importantes para aproximar mais a justiça das populações.

Em 1991, as eleições legislativas introduziram a democracia representativa nos país e, nesta fase, o direito estatal passou a ser o único direito reconhecido, com a conseqüente extinção dos tribunais de zona. Atualmente, reclama-se em Cabo-Verde a necessidade de resgatar as experiências locais, de modo a reintroduzir formas não-judiciais de resolução de conflitos, capazes de responder à crescente procura de tutela judiciária e de se traduzirem em importante instrumento de acesso à justiça. Assim, discute-se atualmente no país o lugar dos tribunais de zona e a reintrodução de uma justiça comunitária. A opinião é divergente: uns

defendem um modelo mais próximo daqueles tribunais, e outros defendem a criação de tribunais de pequenas causas civis e criminais à semelhança do Brasil.²⁷⁵

Jorge Fonseca²⁷⁶ é da opinião que se devem criar, a título experimental, em comarcas de maior movimento processual, tribunais de pequenas causas civis. O funcionamento desses tribunais seria marcado por princípios de simplicidade de procedimentos, informalidade, oralidade e procura de uma justa composição de litígios por acordo das partes. Eles teriam competência para apreciar e decidir causas de valor não excedente ao da alçada dos tribunais de 1ª instância, com incidência, entre outras, a definir por lei, e ações destinadas a efetivar o cumprimento de obrigações que tenham por objeto prestações pecuniárias; ações relativas a descumprimento contratual ao arrendamento urbano; administração e uso da propriedade, da superfície, do usufruto e de uso de habitação; ações possessórias, de usucapião e de acessão; indenização por prática de certos crimes de pequena gravidade, designadamente contra a propriedade e a honra, desde que não tenha havido participação criminal ou tenha havido desistência. Estes tribunais funcionariam com juizes licenciados ou bacharéis em direito, togados, ou com juizes leigos de idoneidade comprovada. As decisões não dependeriam de critérios, fé, estrita legalidade, podendo os juizes decidir segundo a equidade, desde que obtido o acordo das partes.²⁷⁷

A atual Constituição de Cabo-Verde prevê no seu artigo 212, a criação de mecanismos e órgãos de composição não jurisdicional de conflito, regulando principalmente a sua constituição, organização, competência e funcionamento. Ainda no seu artigo 213, relativo à categoria de tribunais, prevê a criação de “organismos de regulação de conflitos em áreas territoriais mais restritas que a da jurisdição do tribunal judicial de primeira instância”.²⁷⁸

²⁷⁵ VARELA, Odair Bartolomeu. A extinção dos Tribunais Populares em Cabo Verde perante o processo o processo de globalização hegemônica do direito: a reinvenção contra hegemônica é mito ou realidade? In: CONGRESSO LUSO AFRO BRASILEIRO DE CIÊNCIA SÓCIAS, 8., 2004, Coimbra. [Anais...] Disponível em: http://www.ces.uc.pt/lab.2004/inscrição.pdf/painel52/odair_varela.pdf> Acesso em: 22 set. 2006, p. 15-26

²⁷⁶ FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. *Estudos sobre o estado da justiça em Cabo Verde*. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/lab.2004/inscrição.pdf/painel52/Odair_varela.pdf> Acesso em: 22 set. 2006.

²⁷⁷ Ver o anteprojeto da lei de bases do sistema da administração da justiça em Moçambique, p. 19.

²⁷⁸ Artigo 213, n. 2 al d) “ Podem ser criados, por lei: [...] organismos de regulação de conflitos em áreas territoriais mais restritas que a da jurisdição do tribunal judicial de primeira instância. ”

Para concluir, importa fazer referência à experiência da América Latina. A Constituição da Colômbia, de 1991, consagra, no seu artigo 7, o caráter pluriétnico e multicultural da nação colombiana.²⁷⁹

A Constituição da Colômbia consagra, ainda, que as autoridades dos povos indígenas podem exercer funções jurisdicionais dentro do seu âmbito territorial e em conformidade com as suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias à Constituição e às leis da República. O seu artigo 246, dispõe que “a lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema jurídico nacional”.²⁸⁰

Assim, no seguimento da Constituição de 1991, a lei n. 270, de 1996, *Estatutária de la administración de justicia*, incorpora os juizes de paz e a jurisdição das comunidades indígenas na estrutura geral da administração da justiça como parte da organização judiciária.²⁸¹

No Brasil, foram criados os juizados especiais de pequenas causas, através da Lei n. 7.244, de 7 de Novembro de 1998, os quais foram precedidos pelos juizados informais de conciliação em diversas cidades do Estado de São Paulo. O êxito da iniciativa fica claramente demonstrado pelo número de juizados criados e instalados (em 1999), 759 juizados em todo o Brasil, onde desempenham funções 1.170 juizes.²⁸²

A designação de juizados de pequenas causas foi alterada através da Lei n. 9.099, de 25 de Setembro de 1995, devido ao fato de a Constituição Brasileira²⁸³ se referir às causas civis de menor complexidade e não causas de menor valor econômico, propondo que se designassem antes de juizados de causas civis de menor complexidade e de juizado criminal de infrações de menor potencial ofensivo. Essa lei criou, então, os juizados especiais civis e criminais, que são “órgãos da justiça ordinária” a criar pela União, no Distrito Federal e nos

²⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio Garcia. El caleidoscopio de las justicias em Colômbia: In: SOCIOLOGIA jurídica. Bogotá: Siglo del Hombre, 2001, v. 2, p. 21.

²⁸⁰ Ibidem, p. 62.

²⁸¹ Ibidem, p. 74.

²⁸² FASTING, André Luiz. O dilema da dupla institucionalização do poder judiciário; o caso dos juizados especial de pequenas causas. SADEK, Mt. (Org) *O sistema de justiça*. São Paulo: Sumaré, 1999. Sobre dados objetivos que servem para mostrar os efeitos positivos da lei 9.009 de 26 de setembro de 1995, na Justiça Criminal de São Paulo. Ver também GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários a lei 9.009 de 26 de setembro de 1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53-55.

²⁸³ Artigo 98 n.1 da Constituição da República do Brasil.

territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução nas causas da sua competência. Embora partisse dos mesmos fundamentos da lei anterior, veio acrescentar algumas novidades, especialmente o alargamento das suas competências à área criminal e a obrigatoriedade da existência desses órgãos nos Estados (artigo 1, n.2 da Lei 9.099), o alargamento do valor das ações para 40 salários mínimos (artigo 3, n.1 da Lei 9.099), e obrigatoriedade da presença de advogados nas causas entre 20 e 40 salários mínimos (artigo 9 da Lei 9.099).

Segundo Grinover, esta lei produziu, uma verdadeira revolução no sistema processual penal brasileiro ao não se limitar a importar soluções de outros sistemas jurídicos, mas instituindo um sistema próprio de justiça penal consensual.²⁸⁴ De acordo com a lei, os juizados devem pautar a sua atuação pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tentando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (artigo 2 da Lei 9.099).

Os serviços de cartório podem ser prestados e as audiências podem ser realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades pertencentes à Comarca, ocupando prédios públicos. A descentralização da justiça nos bairros, com criação de tribunais especiais para o julgamento das causas de diminuta complexidade e com serviços de assistência judiciária implica que os juizados sejam pólos de informação de direitos, pondo cobro à desinformação jurídica e facilitando o acesso de classes menos favorecidas à justiça.

Para Grinover, o artigo 94 da lei dos juizados especiais é também um meio de desburocratização da justiça, uma vez que permite a abolição de todo e qualquer serviço de cartório e prevê que qualquer audiência pode ser realizado fora da comarca.²⁸⁵ O objetivo dos juizados especiais é a aproximação da justiça aos cidadãos. Para o efeito, alguns dos juizados funcionam em centros comerciais até em autocarros: juizados itinerários, nos quais funciona uma sala de audiência e duas salas de conciliação.²⁸⁶

²⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários a lei 9.099 de 26.09.95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 2.

²⁸⁵ GRINOVER, et al., *Juizados...*, p. 350.

²⁸⁶ Não será necessário que tais serviços forenses sejam realizados sempre em prédio judicial. A informalidade deve presidir o modelo consensual de justiça. Mas sugere Grinover que "a autoridade judicial entre em entendimento com as autoridades locais visando à escolha do local adequado, e que a Lei Estadual deve disciplinar essa atuação independentemente dessa forma consensual de ocupação de instalações públicas ou de interesse público." (GRINOVER, et al., *Juizados...*, p. 350).

O legislador brasileiro incentivou a participação popular nos juizados especiais, quer na função da conciliação, quer na de juiz leigo, com competência para dirigir a instrução e julgamento sob a supervisão do juiz “togado” (magistrado judicial), e para proferir decisão, posteriormente homologada pelo juiz togado (artigo 7 da lei 9.009). Os juizes leigos podem, ainda, atuar como árbitros com poderes idênticos aos do juiz togado, podendo decidir por equidade. Os conciliadores são recrutados entre as pessoas da comunidade, com preferência para os bacharéis em Direito.

CONCLUSÃO

Como vimos, em uma sociedade como a moçambicana, de grande complexidade sociocultural e com diversidade de normas consuetudinárias, o direito estatal, tem a pretensão de se constituir na única forma jurídica da sociedade, porém esta ambição aparece diante de múltiplos conflitos existentes entre vários grupos sociais. No máximo, o direito estatal é considerado dominante, mas não exclusivo. Por este fato, a noção do pluralismo jurídico está sendo aceita e introduzida paulatinamente na legislação moçambicana, artigo 4 da Constituição da República de Moçambique, a frisar a importância do diálogo entre as fontes escritas e não-escritas, como refere Erik jayme²⁸⁷

Em sociedades como a moçambicana, multicultural, a ordem jurídica não pode ser exclusivamente reduzida a instituições e aos órgãos representativos do monopólio estatal. Por razões de proximidades culturais, lingüísticas, econômicas e até de inacessibilidade dos tribunais judiciais, impõe-se o reconhecimento de outras fontes informais de regulação social e produção legal, geradas no seio da sociedade e por ela e para ela orientadas, tais como: autoridades tradicionais, gabinete jurídico da mulher em Cabo-Delgado, liga dos direitos humanos, etc.

Os Tribunais Comunitários, criados pela lei 4/92 de 6 de maio, são uma prática pluralista alternativa no nível da legislação e da jurisdição, surgida no interior da própria ordem jurídico-legal oficial, para suprir o tradicional modelo jurídico (unitário), que já se mostra insuficiente, e para cobrir a ineficácia de uma legislação estatal importada da metrópole colonizadora, inteiramente desvinculada dos reais interesses dos segmentos majoritários da sociedade.

Os tribunais comunitários são uma entidade jurídica híbrida em que se combinam características da justiça oficial e da justiça não-oficial. São parte integrante do direito e justiça oficial, na medida em que foram criados pela Lei 4/92, de 6 de maio; por outro lado, a

²⁸⁷ JAYME. *dentité culturelle...*, p. 59-60

lei os define como operando fora da organização judiciária, como justiça do tipo comunitário cujo a valorização, e aprofundamento são propostos, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana.

.Os tribunais comunitários, previstos na Constituição da República como parte da organização judiciária e criados pela Lei 4/92 de 6 de maio, são verdadeiros instrumentos de acesso à justiça e ao direito, no contexto da pós-modernidade. Os seus critérios (simplicidade, informalidade e celeridade) visam a facilitar a defesa do cidadão em juízo, já que a maior parte da população está ideologicamente mais vinculada ao paradigma da justiça comunitária, justiça mais próxima, mais barata e mais ligeira, isto é, menos burocrática.

O Tribunal Comunitário é um mecanismo pós-moderno do Direito, já que é um instrumento que envolve a comunidade na resolução de litígios, permitindo uma sã e harmônica convivência social, por meio da utilização de diferentes fontes normativas e da valorização dos direitos humanos, como o respeito à identidade cultural e o acesso à justiça a todos cidadãos. Seus princípios, visando uma justiça mais célere e informal concretizam alguns elementos da cultura pós-moderna como o pluralismo, a fragmentação e a valorização do indivíduo enquanto pessoa humana.

Os critérios que orientam o processo no tribunal comunitário representam princípios que devem ser respeitados e seguidos, de modo a facilitar e favorecer o acesso do cidadão em juízo e a defesa justa dos seus direitos. Tais princípios são: Oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual celeridade, devendo sempre que possível à conciliação.

Por meio da análise empírica do funcionamento e das demandas nos tribunais comunitários da cidade de Pemba, na província de Cabo-Delgado no norte de Moçambique, no período de janeiro a agosto de 2006, é possível afirmar que são instâncias de resolução de litígios importantes na sociedade Moçambicana e verdadeiros instrumentos facilitadores de acesso à justiça e ao Direito, no contexto da pós-modernidade.

A nova Constituição de 2004 reconhece os tribunais comunitários como parte integrante da organização judiciária, n 2 do artigo 223 da CRM. Nestes termos, são instâncias judiciais reconhecidas constitucionalmente.

A natureza das questões apreciadas pelos tribunais comunitários é dominada por conflitos conjugais, pedidos de alimentos para menores, violência contra mulheres, disputa de terrenos, sendo o tribunal comunitário uma instituição jurídica adequada para solucionar essas questões e para aplicar a nova lei da família.

Urge que o Estado, regule o funcionamento dos tribunais comunitários, com vista a se manterem condições para o seu funcionamento uniforme e democrático, preservando as suas características, essenciais e potencialidades, como a utilização dos usos e costumes locais, línguas nacionais, funcionamento simples e informal.

Deve haver uma melhoria nos serviços prestados pelos tribunais comunitários, devendo, para tanto haver um maior investimento por parte do governo e do poder judiciário na formação dos juizes e dos funcionários que prestam atendimento à população, bem como, fornecimento de condições materiais para que se possa assegurar o funcionamento efetivo de um sistema legitimado, democrático, ao serviço da cidadania, que reflita a diversidade cultural moçambicana, nos termos da constituição (artigo 4).

É aconselhável que se desenvolva um sistema de justiça pluralista, criando-se uma nova arquitetura do sistema da justiça moçambicano, por meio da articulação dos tribunais judiciais e outros meios de resolução de litígios, como tribunais comunitários, autoridades tradicionais, gabinete jurídico da mulher. Isso tudo no sentido de se criar um sistema jurídico adequado à realidade do país, incluindo estes meios tradicionais de solução de controvérsia, que favoreça o acesso e a defesa do cidadão em juízo, transformando o direito em nova realidade no contexto da pós-modernidade.

Os tribunais comunitários, como base do sistema da administração da justiça, nos termos do n. 2 do artigo 223 da CRM, representam a jurisdição ao alcance da população no contexto da pós-modernidade e estão se consolidando com um novo lugar no sistema de justiça Moçambicano. O acesso ao direito e à justiça constituem a pedra de toque do regime democrático, além de ser considerado o mais básico dos direitos humanos. Em Moçambique, dada a sua diversidade sociocultural, só com um sistema pluralista pode ser assegurado esse direito básico fundamental.

Sugere-se o pluralismo jurídico como paradigma adequado ao sistema normativo e de administração da justiça em Moçambique. Este diálogo entre o direito escrito e não-escrito, e a articulação de normas e fontes costumeiras e oficiais seriam um caminho eficiente para a sociedade moçambicana em tempos tão desafiadores quanto os tempos pós-modernos, em uma África fragmentada, heterogênea e pluralista. Quanto à administração da justiça, esse pluralismo jurídico já existe também, com a existência dos tribunais oficiais e os comunitários ao mesmo tempo. Necessária é uma melhor articulação entre eles.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. *Revista da Esmape*, Recife, v. 9, n. 19, p. 576-610, jan./jun. 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de *Introdução ao direito comparado*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1994.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, p. 3-20, 2001.

ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Tradução Marcus Pechel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

ANDRE, Bento Zalazar. *Recepção no sul de Angola (direito consuetudinário) do direito português das sucessões*. Disponível em: <<http://www.direito.unisinos.br/sandra/arquivos/direitos-africano.ppt>> Acesso em: 22 dez. 2006.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo, 2000.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Daniela Madruga Rego. Pluralismo jurídico uma questão de fato ou de direito? *Revista da Esmape*, Recife, v. 9, n. 1, p.185-222, jul./dez. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. Entrevista. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 out.2003, Caderno Mais, p. 5. Entrevista concedida a Maria Lúcia Garcia Pallares-burke.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama. Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BIRKS, Miguel. *As pequenas causas nos tribunais locais: como promover e contestar ações sem advogados*. Tradução Paulo Boeckel Velloso. *AJURIS*, Porto Alegre, 1983.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 1966.

_____. *A nova universidade dos direitos fundamentais*. *Nomos*, Fortaleza, v. 9-10, n. 1-2, jan./dez. 1990.

CANARIS, Carl Wilhelm. *Pensamentos sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *O direito constitucional entre o moderno e o pós-moderno*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, São Paulo, n. 9, 2. semestre, 1990.

CARDOSO, António Pessoa. *O alicerce dos juizados especiais*. *Revista dos Juizados Especiais*, Porto Alegre, n. 21, dez 1997.

CARNEIRO, João Geraldo. *Juizado de pequenas causas: análises da estruturação e do funcionamento da Small Claims Courts na cidade de Nova Iorque: Trabalhos do Ministério da desburocratização-informações dos juizados de nova Iorque e Califórnia*. Porto Alegre: AJURIS, 1982.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COUTILHO, Ana Luisa. *Direito comparado e globalização*. Disponível em <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n3/direito.comparado.pdf>> Acesso em: 2 jan. 2007.

CRUZ, Rogério José; AZEVEDO, Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de historia do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DE CRUZ, Peter. *Comparative law in a changing world* 2. ed. London: Cavendish, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v, III, 4 ed, Malheiros, São Paulo, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Tradução Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org). *Conflito de direito de propriedade: invasões Urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FALK, Sally Moore. Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law and Society Review*, n. 7, 1973.

FARIA, JOSÉ Eduardo. Prefacio. In: Baldi, César Augusto (Org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FASTING, André Luiz. O dilema da dupla institucionalização do poder judiciário; o caso dos juizados especial de pequenas causas. SADEK, Mt. (Org) *O sistema de justiça*. São Paulo: Sumaré, 1999.

FERRATER, Maria Jose. Pluralismo. In: DICIONÁRIO de filosofia. Barcelona: Alianza, 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FONSECA, Ana Carolina da Costa e. Considerações sobre Juizados Especiais Cíveis. *Revista dos Juizados Especiais*, Porto Alegre, n. 28/29, abr./ago. 2000.

FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. *Estudos sobre o estado da justiça em Cabo Verde*. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/lab.2004/inscriçao.pdf/painel52/Odair_varela.pdf> Acesso em: 22 set. 2006.

FRADERA, Vera Jacob de. *Evolucion y estado actual del Derecho de familia en Brasil*. In: AINDA, Kemelmajer de Carlucci (Coord); *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2004

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Formas alternativas de solução de conflitos e a lei dos juizados especiais cíveis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

GHERSI, CARLOS Alberto. *La posmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 1995.

GOMES, Fabio. Direito, globalização e pós-modernidade: uma introdução. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, n. 302, p. 48-55, dez. 2002.

GOVEIA, Jorge Bacelar. A próxima revisão da Constituição de Moçambique de 1990: um comentário. *Revista Jurídica da Universidade Eduardo Mondlane*, v. 4, dez. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários a lei 9.009 de 26 de setembro de 1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Juizados especiais criminais*: comentários a lei 9.099 de 26.09.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*: introdução a uma teoria social sistemática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HARVEY, David Harvey. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Layola, 1993.

HEARTNE, Eleonor. *Pós-modernismo*. Tradução Ana Luiza Dantas Borges. São Paulo: Cosac, Naify, 2002.

HECK, Luis Afonso. Os direitos fundamentais na lei de Bonn. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.2 8, n. 109, jan. /mar, 1991.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998.

HESPANHA, Banhoz, RODRIGO, Pelais, FACHIN, Luis Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: Ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito contemporâneo. In: RAMOS, Lucia Silveira et al (Org) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JAMESON, Frederic. *Pós modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio*. São Paulo: Ática, 1996.

_____. Posmodernismo y sociedade de consumo. In: LA POSMODERNIDAD. 4. ed. Barcelona: Record, 2001.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003.

_____. O direito Internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v.1, mar.2003.

_____. Identité culturelle et ntegration: le droit internationale prive post moderne. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, 2003.

_____. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS*, Porto Alegre, v.1, n 1, 2003.

LEISERSON, Avery. Pluralismo. In: SILVA, Benedicto da (Coord). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: FGV/MEC, 1986.

LEMOULAND, Jean-Jacques. Le pluralisme et lê droit de la famile, post-modernité ou pré-declin?. *Recueil Dalloz*, n. 18,1997.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, jan/mar. 1996.

_____. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, n. 22, jan./mar.1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças do direito, ciências jurídicas*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

LOURENÇO, Luiza Andréa Gaspar. *Juizados especiais civeis: legislação doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Iglu, 1998.

LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LYON, David. *Pós-modernidade*. Tradução Euclides Luiz calloni. São Paulo: Paulus, 1998.

LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. Tradução Ricardo Correa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro, Jose Olympio, 1998.

_____. *Moralidades pós-modernas*. Tradução Marina Appenseller, Campinas: Papyrus, 1996.

MAIA, Rodolfo Tigre. O tribunal do júri: justiça popular ou massificação. *Boletim jurídico*, Rio de Janeiro, nov. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo, Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e, interpretação constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª região*, Porto Alegre, v.9, n. 30, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. In: VOLKMER, José Albano et al. (Org). *Retratos da cooperação*

científica e cultural: 40 anos de Instituto Cultural Brasileiro-Alemão. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 1997, p. 219-254.

_____. La experiência brasileira de los tribunales especiales y pequenas causas y su importância em la defensa del consumidor. In: GHERSI, Carlos Alberto (Coord.) *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores.*

_____. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 764, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima et al. Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 764, 1999.

MATEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto et. al. *Dicionário de política.* Brasília: UnB, 1986.

MELLO FILHO, Rogério Machado. Pluralismo jurídico no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 223-240, 2005.

MENESES, Paula Maria et al. As autoridades tradicionais no contexto do pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique.* Porto: Afrontamento, Porto, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. v.4.

MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique.* 2004.

MONDLANE, Luis Antonio. O acesso à justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. *Revista Jurídica da Universidade Eduardo Mondlane*, v. 2, p. 98-109, jun. 1997.

NEGRÃO, José Guilherme. Sistemas costumeiros da terra. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique.* Porto: Afrontamento, 2003. v. 1.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Direito alternativo: uma tentativa de impedir a modernização do Direito?* Disponível em: <http://www/jus2com.br/doutrina/texto.asp?=32>> Acesso em: 30 set. 2006.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Teoria tridimensional do direito.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SABADELL, Ana Luisa. *Manual de sociologia jurídica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*, Tradução de Vera Jacob de Fradera, Revista dos Tribunais, 5ª ed italiana do livro, São Paulo, 2001.

SACHS, Albie; WELCH, Gita Honwana. *Liberating the law: creating popular Justice in Mozambique*. USA: Zed Books, 1990.

SACRAMENTO, Luis Filipe. Reforma legal no âmbito do direito de família e das sucessões: algumas reflexões. *Revista Jurídica da Universidade Eduardo Mondlane*, v. 4, dez. 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 272, 1980.

_____. O estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *Justiça popular em Cabo-Verde*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984.

_____. Notas sobre a historia jurídica-social de Pasargada. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Org) *O direito achado na rua*. Brasília: Unb, 1987.

_____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2001. v.1.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Critica de Ciências Sócias*, n. 63, p. 237-280, out. 2002.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In: BALDI, César Augusto (Org.) *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Critica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997.

_____. *Towards new legal common sense*. London: Words, 2002.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa; JOSÉ, Cristiano André. As ONGs o acesso ao direito e a defesa dos direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, Porto, 2003, p. 63-141.

SANTOS, Boaventura de Sousa; JOSÉ, Cristiano André; TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João. *Caracterização do desempenho dos tribunais: um roteiro dos bloqueios do sistema judicial: conflito e transformação social*, Porto: Afrontamento, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio Garcia. El caleidoscópico de las justicias em Colômbia: In: SOCIOLOGIA jurídica. Bogotá: Siglo del Hombres, 2001. v. 2.

SISTEMA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O dicionário da língua portuguesa*. 6 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.].

SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, LTC; São Paulo; EDUSP, 1981.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 89-104, 1999.

_____. O papel do direito comparado na globalização. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 150-158, 2000.

_____. A crescente importância do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.19, p. 155-188.

TELES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo de direito*. 10 ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 10.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Estudos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

TOURAINÉ, Alain. *Poderemos viver juntos?: la discusión pedente: el destino del hombre em la aldeã global*. Colombia: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

TRINDADE, José Carlos. Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos. conflito e transformação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003. v. 1.

TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João. A caracterização do sistema judicial e do ensino e formação jurídica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.) *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003. v. 1.

VANDERLINDEN, Jacques. Le pluralisme jurídeque. In: ESSAI de synthèse. Bruxelles: Universite de Bruxelles, 1972.

VARELA, Odair Bartolomeu. A extinção dos tribunais populares em Cabo Verde perante o processo o processo de globalização hegemônica do direito: a reinvenção contra hegemônica é mito ou realidade? In: CONGRESSO LUSO AFRO BRASILEIRO DE CIÊNCIA SÓCIAS, 8., 2004, Coimbra. [Anais...] Disponível em: [http://www.ces.uc.pt/lab.2004/inscrição.pdf/painel 52/odair varela. pdf](http://www.ces.uc.pt/lab.2004/inscrição.pdf/painel%20odair%20varela.pdf)> Acesso em: 22 set. 2006, p. 15-26

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 2.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna* In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (Coord) *Participação e processo*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, António Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamento de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZAVASKI, Teori Albino. Direitos fundamentais de terceira geração. *Revista da Faculdade de direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 15, 1998.

ANEXO A – LEGISLAÇÃO

Lei n. 4/92 de 6 de maio – cria os tribunais comunitários

Lei n. 12/78, de 2 de dezembro – lei orgânica dos tribunais populares

Lei n. 10/ 92, de 6 da maio – lei orgânica dos tribunais judiciais

**ANEXO B – MAPAS GERAIS DO MOVIMENTO PROCESSUAL NOS TRIBUNAIS
COMUNITÁRIOS E NO TRIBUNAL JUDICIAL DA CIDADE DE PEMBA.**

Quadro 1- Movimento processual nos Tribunais Comunitários Eduardo Mondlane, Natite, Ingonane, Paquitique e Cariacó, no período de Janeiro a Agosto de 2006.

Quadro 2- Movimento processual no Tribunal Judicial distrital da cidade de Pemba, no período de Janeiro a Agosto de 2006.

ANEXO C – ILUSTRAÇÃO FOTOGRÁFICA²⁸⁸

Fotografia 1. Tribunal comunitário Eduardo Mondlane

Fotografia 2. Tribunal comunitário de Ingonane reunidos em sessão na sede do bairro.

Fotografia 3. Tribunal Comunitário de Paquitequete

Fotografia 4. Tribunal Comunitários de Natite

Fotografia 5. Sala de aulas onde funciona o Tribunal comunitário de Cariacó.

²⁸⁸ As fotografias foram tiradas pela mestranda durante o trabalho de campo.

ANEXO D – CÓPIA DE MODELO DE UM PROCESSO DO TRIBUNAL
COMUNITÁRIO DE PAQUITIQUETE

PROCESSO N. 62/01/08/06

QUEIXOSA - MARIAMO ABDALA

E

ACUISADA - LUISA SAIDE

PEMBA, 11.07.006.

