



Sofia Pinto Pais

# **UBUNTU: UM MERO CONCEITO MORAL OU UM CONCEITO JURÍDICO?**

Uma Análise da Aplicação do Conceito Ubuntu na África do Sul e uma  
Breve Comparação com o Conceito de Boa-fé

Dissertação com vista à obtenção do  
grau de Mestre em Direito na  
especialidade de Direito Internacional  
e Europeu

Orientador:

Professor Doutor Carlos Feijó

Coorientador:

Professor Doutor Armando Marques Guedes

Setembro 2022

Sofia Coelho Pinto Bastos Pais

# **UBUNTU: UM MERO CONCEITO MORAL OU UM CONCEITO JURÍDICO?**

Uma Análise da Aplicação do Conceito Ubuntu na África do Sul e uma  
Breve Comparação com o Conceito de Boa-fé

Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Europeu

Professor Doutor Carlos Feijó

Professor Doutor Armando Marques Guedes

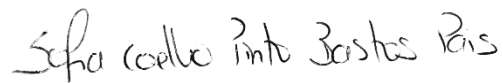
Setembro 2022

## **DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO**

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados, constitui uma grave falta ética e disciplinar.

13 de Setembro de 2022



Sofia Coelho Pinto Bastos Pais

## **MODO DE CITAR**

A presente dissertação obedece às regras de citação e de redação de referências bibliográficas previstas no *Chicago Manual of Style 17th Edition (full-note)*.

## **CARACTERES**

Declaro que o corpo da dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 144309 caracteres.

À minha família.

## AGRADECIMENTOS

Esta dissertação simboliza o culminar de um ciclo extraordinário da minha vida.

Ao longo desta caminhada, existe uma peça fundamental: a minha mãe. Por isso, hoje, agradeço à minha mãe, por cuidar de mim em todos os minutos da minha vida. Agradeço-lhe por me amar e apoiar incondicionalmente e por me deixar viver livre de preconceitos e de medos. Agradeço à minha mãe, o meu maior exemplo de amor.

Ao meu pai, agradeço por acreditar sempre que posso chegar mais longe, por ver em mim qualidades que eu nunca pensei que tinha, por me desafiar e por me amar incondicionalmente.

O amor e apoio dos meus pais foram o maior motor deste trabalho.

Ao meu irmão, por me fazer tão feliz.

Aos meus avós, por todo o apoio incondicional ao longo da minha vida e, sobretudo, durante o meu percurso académico.

A toda a minha família, por ser sempre o meu porto seguro e por vibrar com as minhas conquistas.

Às amigas de sempre, por caminharem ao meu lado em todos os momentos.

Aos meus colegas e amigos de Mestrado, que foram um apoio constante ao longo deste trabalho.

A todos aqueles que guardo no coração.

A Bruxelas, que serviu de inspiração para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao IPAV, pelo apoio que me deu para esta investigação.

Aos meus professores, o Prof. Dr. Carlos Feijó e o Prof. Dr. Armando Marques Guedes, por todo o cuidado durante este longo processo de escrita.

## RESUMO

Num mundo onde os extremos estão a crescer de forma acentuada e os egos têm cada vez mais importância, urge dar voz às filosofias que colocam o “Nós” à frente do “Eu” e olham para o outro como parte do seu universo, querendo ajudá-lo e integrá-lo. “*Eu sou porque Nós somos*” é a expressão que melhor traduz o princípio basilar da filosofia Ubuntu.

A presente dissertação tem como objetivo primordial compreender a importância do conceito Ubuntu para a construção de um Universo mais aberto, inclusivo e igual e a admissibilidade do conceito enquanto conceito legal no sistema jurídico sul-africano e uma breve comparação com o conceito de boa-fé, presente no direito romano, o que nos parece particularmente desafiante.

A partir da história de Nelson Mandela perceberemos as bases desta filosofia e a importância de servir o outro. Esta filosofia surge como uma resposta harmonizadora do período pós-apartheid. Com efeito, será relevante compreender a introdução do conceito Ubuntu no sistema jurídico sul-africano, enquanto elemento central na construção de uma nova nação unida.

Ora, no contexto de globalização em que vivemos, a filosofia Ubuntu pode constituir um contributo essencial e até uma chave para promover uma rutura epistemológica em nome de uma perspetiva mais democrática. Este trabalho de investigação pretende, assim, perceber a possibilidade de receção do conceito Ubuntu enquanto valor moral ou norma jurídica e/ou até constitucional, na África do Sul, servindo de paradigma para aplicação em diferentes sistemas jurídicos; e, ainda, proceder a uma breve comparação relativamente ao princípio de boa-fé desenvolvido pelos romanos.

Esta filosofia deve ser estudada e disseminada, sendo de salientar que qualquer pessoa pode ser Ubuntu porque os valores do Ubuntu podem ser encontrados em cada um de nós.

**Palavras-chave:** Ubuntu, Cidadania, África do Sul, Boa-fé, Legal, Moral

## ABSTRACT

In a world where extremes are growing sharply and egos have more and more importance, it is urgent to give voice to philosophies that put the "We" before the "I" and look at the other as part of their universe, wanting to help them and integrate them. "*I am because We are*" is the expression that best translates the basic principle of the Ubuntu philosophy.

This dissertation has as its primary objective to understand the importance of the Ubuntu concept for the construction of a more open, inclusive and equal universe and the admissibility of the concept as a legal concept in the South African legal system and a brief comparison with the concept of good faith, present in Roman law, which we find particularly challenging.

From the story of Nelson Mandela we will understand the basis of this philosophy and the importance of serving the other. This philosophy emerges as a harmonizing response to the post-apartheid period. Indeed, it will be relevant to understand the introduction of the Ubuntu concept in the South African legal system as a central element in the construction of a new united nation.

In the context of globalization in which we live, the Ubuntu philosophy may constitute an essential contribution and even a key to promote an epistemological rupture on behalf of a more democratic perspective. This research paper intends, therefore, to understand the possibility of receiving the Ubuntu concept as a moral value or legal and/or constitutional norm in South Africa, serving as a paradigm for application in different legal systems, and also to make a brief comparison with the concept of good faith developed by the Romans.

This philosophy should be studied and disseminated, and it should be noted that anyone can be Ubuntu because the values of Ubuntu can be found in each one of us.

**Keywords:** Ubuntu, Citizenship, South Africa, Good Faith, Legal, Moral

## SIGLAS, ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS

Ed. – Edição

*Ibid.* – *Ibidem*

nr. – Número

ONGs – Organizações Não Governamentais

p. – Página

pp. – Páginas

para. – Parágrafo

PIE – Lei de Prevenção de Despejos Ilegais e Ocupação Ilegal de Terras

ss. – Seguintes

Trad. – Tradução

Vol. – Volume

## SUMÁRIO

<b>DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO .....</b>	<b>III</b>
<b>MENÇÕES ESPECIAIS.....</b>	<b>IV</b>
<b>DEDICATÓRIA .....</b>	<b>V</b>
<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>VI</b>
<b>RESUMO .....</b>	<b>VII</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VIII</b>
<b>SIGLAS, ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS .....</b>	<b>IX</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
1. Tema.....	1
2. Problematização.....	2
3. Estado de Arte.....	4
4. Objetivos.....	9
5. Metodologia de investigação.....	10
6. Dificuldades Encontradas.....	11
7. Estrutura.....	11
<b>Capítulo I – Enquadramento Teórico.....</b>	<b>12</b>
1. A Origem da Filosofia Ubuntu.....	12
2. Etimologia da Palavra Ubuntu.....	14
3. Os Contributos de Nelson Mandela para a Filosofia Ubuntu.....	15
4. Definição do Ubuntu.....	19
5. A Filosofia Ubuntu entre a Moral e o Direito.....	24
5.1. Direito e Moral.....	24
5.2. Princípios e Regras Jurídicas.....	31
5.3. O Princípio da Boa-fé.....	34

<b>CAPÍTULO II - Receção do Conceito Ubuntu no Sistema Jurídico Sul-africano.....</b>	<b>40</b>
1. Razão de Ordem.....	40
2. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.....	40
3. O Sistema Jurídico Sul-africano.....	43
4. O Rol de Direitos da Constituição enquanto Reflexo do Conceito Ubuntu.....	47
4.1. O Caso Soobramoney.....	49
4.2. O Caso Grootboom.....	50
5. A Receção Constitucional do Conceito Ubuntu: o caso <i>S v Makwanyane</i> .....	53
6. A Expansão Judicial do Ubuntu e a Distinção entre Boa-fé.....	60
6.1. Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers.....	60
6.2. Barkhuizen v Napier.....	62
6.3. Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd.....	64
6.4. Botha and Another v Rich N.O. and Others.....	65
<b>CAPÍTULO III - Apreciação Crítica: Ubuntu e Boa-fé.....</b>	<b>67</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>74</b>

## Introdução

### 1. Tema

A escolha do tema a investigar surgiu, desde logo, pelo gosto pela filosofia Ubuntu. Esta filosofia urge como uma doutrina distinta de todas as outras que se rege por valores de harmonia, compaixão e empatia.

Num mundo onde ainda prevalece a guerra, o ódio e onde morrem seres humanos inocentes, no nosso ponto de vista, torna-se fundamental abordar outras perspetivas de criar uma comunidade de paz e respeito mútuo. A filosofia Ubuntu parece-nos, assim, chegar com uma resposta de salvação a estas questões, não obstante, todas as fragilidades que também pode apresentar.

Desenvolvemos esta dissertação com a profunda crença de que África tem algo muito relevante a acrescentar à mudança que o mundo precisa. Tendo isto em consideração, cremos que o Ubuntu poderá ser o novo paradigma que a sociedade almeja. Acreditamos que o Ubuntu poderá influenciar positivamente as relações políticas, de negócios e até entre nações.

Ora, compreender o conceito Ubuntu, as suas origens e aplicações judiciais, revela-se, assim, essencial para a construção de um mundo mais harmonioso e pacífico.

No contexto de globalização em que vivemos, a filosofia Ubuntu pode ser um contributo essencial e até uma chave para promover uma rutura epistemológica em nome de uma perspetiva mais democrática, tal como foi, desde sempre, o objetivo primeiro com a utilização deste conceito na África do Sul.

Nas sociedades capitalistas e neoliberais fala-se e vive-se com “*peças descartáveis*”. Estamos, muitas vezes, nos pontos extremos da lógica da exploração capitalista, criada pela racionalidade ocidental. Já há vozes que se levantam, para lutar por novos modelos económicos, por um mundo mais justo e multipolar, por uma nova forma de nos relacionarmos com o meio ambiente ou a natureza. A imposição epistémica da racionalidade ocidental, muitas vezes, não é

sustentável, e não deve deter a exclusividade de ditar as regras que todos devem acatar.

Estas novas questões de progresso que têm surgido em crescendo na nossa sociedade revelam a evolução da mente humana e do próprio crescimento da humanidade enquanto comunidade. Os indivíduos já evocam outras questões políticas, sociais, ambientais e económicas que outrora não se impunham e procuram respostas cada vez mais complexas. É precisamente neste âmbito que nos parece importante contribuir para um novo caminho de construção da comunidade.

Desta forma, esta investigação pretende compreender o conceito Ubuntu e a sua admissibilidade no sistema jurídico sul-africano, para que daqui possamos retirar algumas bases para outros países e sistemas, nomeadamente, os ocidentais, para que os indivíduos encontrem respostas para uma vida sustentável, segura e harmoniosa em comunidade. Tendo em conta que as relações entre os indivíduos, muitas vezes, se estabelecem por vínculos contratuais, pareceu-nos particularmente relevante abordar o princípio da boa-fé, desenvolvido pelos romanos. Ora, esta comparação pode não parecer óbvia, mas exatamente por essa razão, ela torna-se mais interessante e desafiante. No final desta investigação, esperamos encontrar os pontos em comum e os pontos distantes destes conceitos, o que também ajudará a compreender a relevância deste paralelo entre os conceitos.

Foi na busca de uma resposta alternativa às questões que a humanidade se debate na atualidade que este tema surgiu.

## **2. Problematização**

A filosofia Ubuntu já se tem disseminado pelos países europeus, nomeadamente, por Portugal, veja-se o exemplo do Instituto Padre António Vieira, que tem procurado capacitar jovens através de um projeto de educação não-formal,

a Academia de Líderes Ubuntu<sup>1</sup>. Ainda, em algumas Faculdades já é abordada a temática do Ubuntu.

Importa, assim, olhar para a África do Sul e para o conceito Ubuntu e compreender a sua aplicabilidade no quotidiano, enquanto valor moral ou conceito legal e, subseqüentemente, perceber o papel que teve na construção de uma justiça restaurativa e na união de uma nação desamparada, podendo servir de paradigma para a construção de uma sociedade mais coesa e plural também noutros países

Com certeza, haverá notas a tirar da lição da África do Sul. A sociedade contemporânea ocidental apresenta-se como uma sociedade egocêntrica que (tal como demonstra a história) procura subjugar os outros povos ao seu domínio. Esta sobreposição do “*Eu*” sobre o “*Nós*” reflete o contrário daquilo que é defendido pela filosofia Ubuntu.

Assim, a pergunta de investigação inicial para desenvolver este trabalho e, por sua vez, a investigação propriamente dita será: poderá o Ubuntu ser, de facto, recebido pelo Direito e aplicado no sistema jurídico? - tendo em conta o sistema sul-africano. Com efeito, esta investigação, partirá da explicação do conceito e valores defendidos pelo Ubuntu. Esta discussão problemática incidirá sobre as origens, do conceito, os seus valores, mas também algumas das suas fragilidades.

Ora, uma das principais questões que se coloca nesta dissertação é, precisamente, compreender se estamos apenas perante um conceito moral que se pode tornar demasiado abrangente e, por isso, de difícil aplicação; ou se, no entanto, podemos encontrar uma definição para o conceito Ubuntu e se o mesmo pode ser recebido pelo Direito. Posto isto, perceber como se relaciona a moral com o Direito será fundamental para compreendermos as consequências de o Ubuntu ser apenas um conceito moral e/ou jurídico. Partindo desta distinção e, considerando que o Ubuntu poderá ter valor legal, outra questão que se coloca é de que forma é que o Ubuntu se traduz num princípio ou numa norma jurídica.

---

<sup>1</sup> Projeto disponível em: <https://academialideresubuntu.org/pt/academia-de-lideres-ubuntu/o-que-e>, consultado a 03/03/2022.

Para compreendermos e até justificarmos a aplicação do conceito Ubuntu de uma forma ou de outra, será relevante perceber qual é a forma de aplicação do conceito no sistema jurídico sul-africano.

Ademais, as relações entre sujeitos também se estabelecem através de vínculos contratuais. Tendo em conta que o Ubuntu se baseia numa ideia de união e comunidade será interessante perceber como pode ser aplicado nas relações intersubjetivas que, muitas vezes, não têm em conta os interesses da comunidade como um todo. Assim, pareceu-nos relevante estabelecer um paralelismo com o princípio da boa-fé previsto no direito romano contratual.

Com isto, a discussão problemática desta questão incidirá sobre as semelhanças e diferenças do conceito Ubuntu e do conceito de boa-fé. Compreender as similitudes e os pontos que os distinguem será importante para esta investigação, uma vez que este trabalho também passará por entender se o princípio da boa-fé é capaz de abranger e incidir sobre o mesmo campo que o Ubuntu ou se, por outro lado, o Ubuntu é mais abrangente e, por isso, se outros sistemas jurídicos deverão refletir sobre este conceito e pensar numa possível aplicação.

### **3. Estado de Arte**

Tendo em conta a relevância da filosofia Ubuntu, é fundamental olhar para a capacidade transformadora do Ubuntu. Ora, tal como a capacidade transformadora do Ubuntu, o Direito também se revela uma ferramenta essencial de transformação da sociedade. Assim, neste trabalho, importa aliar o Ubuntu ao Direito e compreender a relevância do conceito e a sua eventual aplicação enquanto valor legal e jurisprudencial no sistema sul-africano, de forma a encontrarmos um veículo jurídico concreto, que poderá ajudar na construção de uma comunidade mais tolerante e empática.

Como esta investigação incidirá, essencialmente, sobre a aplicação do conceito Ubuntu no sistema jurídico sul-africano, importa colocar a nu a perspetiva de

diferentes autores quanto à aplicação do conceito, sobretudo, quanto à sua possível aplicação enquanto valor legal e constitucional.

Ora, Mokgoro<sup>2</sup>, nos seus artigos, pretende demonstrar o potencial dos valores tradicionais africanos do Ubuntu para influenciar a construção de um novo sistema legal e jurisprudencial sul-africano.

Por outro lado, English<sup>3</sup> questiona se o Ubuntu constitui uma ferramenta jurisprudencial genuinamente útil, ou se reflete simplesmente uma perspetiva moral geral. O autor reflete que se a Constituição<sup>4</sup> sul-africana é dominada por liberdades civis e políticas concebidas para proteger o indivíduo contra os excessos do Estado e se o significado mais comumente aceite de Ubuntu é "*um sentimento de humanidade comum*", então, este conceito não ajuda a resolver o conflito entre a noção do Estado do interesse público e as liberdades do indivíduo e, por isso, não terá grande relevância jurisprudencial. Ademais, o autor considera que o Ubuntu significa, nada mais nada menos, do que a perspetiva moral da maioria das pessoas, não lançando qualquer luz ou solução para as decisões a serem tomadas pelo Tribunal.

Mogkoro<sup>5</sup> defende que apesar dos valores do Ubuntu serem valores conhecidos universalmente, a peculiaridade dos seu métodos, abordagens e atitudes faz do conceito Ubuntu um conceito único. Assim, em relação a esses aspetos únicos, urge a necessidade de os aproveitar cuidadosamente, de forma consciente, criativa e estratégica para que as antigas criações sociais africanas e as experiências culturais históricas permaneçam alinhadas com as noções e técnicas legais atuais, para que se crie, de facto, um sistema de direito legítimo para todos os sul-africanos.

---

<sup>2</sup> JY Mogkoro, «Ubuntu and the Law in South Africa», 1998, p.1.

<sup>3</sup> Rosalind English, «Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence» (SAJHR, 1996), pp. 646-647.

<sup>4</sup> «Constitution of the Republic of South Africa» (1996).

<sup>5</sup> JY Mogkoro, «Ubuntu and the Law in South Africa», 1998, p.4.

Quanto ao valor constitucional do Ubuntu, Mokgoro<sup>6</sup> também menciona que tendo em conta o potencial de desordem que a garantia de direitos e liberdades pode criar, após décadas de opressão e repressão, os valores orientadores do Ubuntu surgem como uma solução para uma coexistência pacífica. O preâmbulo da Constituição de 1993 exigia especificamente a necessidade de Ubuntu, mas não a vitimização. Os valores do Ubuntu são, portanto, parte integrante do sistema de valores que tinha sido estabelecido pela Constituição Provisória<sup>7</sup>.

Mokgoro<sup>8</sup> esclarece que a unidade coletiva, a solidariedade de grupo e as tendências de conformidade do Ubuntu podem ser aproveitadas para promover um novo patriotismo e uma gestão relacional muito relevantes no desenvolvimento de uma jovem democracia. É em torno destes valores que a reforma legislativa pode aproveitar o espírito do Ubuntu para alcançar as respostas às exigências do constitucionalismo.

Por outro lado, Keep e Midgley<sup>9</sup> referem que a Constituição Sul-Africana (1996) é produto do seu tempo e da história do país, sendo que foi concebida para, primeiramente, evitar a repetição de condições inaceitáveis que haviam existido no passado. Para compreender a nova abordagem legal é relevante considerar a forma como o Ubuntu tem sido utilizado pelos tribunais para expressar esse novo sentido transformador.

O prefácio da Constituição Provisória de 1993 continha uma referência expressa ao Ubuntu, no entanto, na atual Constituição não existe qualquer menção. Não obstante, a Constituição de 1996 prevê alguns valores fundamentais como, por exemplo: a dignidade humana, anti-racismo e anti-sexismo, a supremacia da constituição e da lei e sufrágio universal. Ora, estes direitos surgem previstos na Carta de Direitos e refletem, de certa forma, os valores e aspetos da nova

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>7</sup> «Constitution of the Republic of South Africa Act 200» (1993).

<sup>8</sup> JY Mogkoro, «Ubuntu and the Law in South Africa», 1998, p.4.

<sup>9</sup> Helen Keep and Rob Midgley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», s/ data, p.1.

construção abertamente decretada para a determinação da cultura jurídica do país. Refletindo, também, por sua vez, o próprio espírito do Ubuntu.

Keep e Midgley<sup>10</sup> relembram que como o Ubuntu não é um valor fundacional expressamente mencionado na Constituição de 1996, para ter qualquer efeito na jurisprudência, só pode ser de duas formas: ou tratando-o como personificando o espírito, o propósito e os objetos da Constituição e permitindo-lhe assim permear a lei de forma indireta; ou atribuindo-lhe uma influência mais direta, interpretando um dos valores fundamentais - a dignidade, como incorporando o Ubuntu. Os autores referem que nos casos jurisprudenciais (que iremos abordar adiante) o Ubuntu tem sido utilizado para promover o espírito, o propósito e os objetivos da Constituição.

Ora, se o Ubuntu faz parte dos valores constitucionais fundadores, que conteúdo jurídico pode ser dado ao Ubuntu? Bohannan<sup>11</sup> acredita que a lei corresponde a costume recriada por agentes da sociedade em instituições especificamente destinadas a lidar com questões legais. Tanto o costume como o direito são fases de desenvolvimento. As normas legais institucionalizam as normas consuetudinárias, esclarecendo-as com uma maior precisão e colocando a sua aplicação nas mãos de agentes especiais, normalmente, os tribunais, que depois supervisionam a sua utilização.

Neste seguimento, Keep e Midgley<sup>12</sup> consideram que os tribunais sul-africanos institucionalizaram o Ubuntu enquanto costume. O panorama social, cultural e político pode ser equiparado a uma democracia opressiva que passou por uma reestruturação dos fundamentos morais e cujo postulado é o de transformação do legado cultural do país como requisito para uma reflexão das normas da sociedade.

---

<sup>10</sup> Helen Keep and Rob Midgley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», sem data, pp. 34-35.

<sup>11</sup> Paul Bohannan, *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict* (Austin: University of Texas Press, 1997), p. 45.

<sup>12</sup> Helen Keep and Rob Midgley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», sem data, p. 36.

Por outro lado, English<sup>13</sup> menciona que o Ubuntu tanto significa dignidade humana individual, como conformidade com as normas básicas da coletividade. Assim, ao confiar no Ubuntu como uma forma de consenso comunitário, o tribunal acaba por acatar uma ordem externa de valores, isto é, o tribunal acaba por aplicar o conceito de Ubuntu de acordo com a interpretação da maioria da sociedade. Ora, o julgamento constitucional é sobre conflito e não harmonia, e se o Ubuntu deve ser uma adição útil ao desenvolvimento constitucional, então deveria desempenhar um papel mais importante nos casos de colisão de interesses distintos - os do indivíduo e os da comunidade - para que possa ser utilizado na verdadeira resolução desse conflito. A autora<sup>14</sup> considera que a definição de Ubuntu é vaga, o que provoca incerteza, especialmente, nos casos em que os interesses da comunidade colidem com os interesses individuais. Esta crítica é baseada na visão filosófica positivista. O positivismo sustenta que a lei deve ser baseada em factos e os tribunais devem decidir cada caso de acordo com os factos apresentados e não de acordo com a moral.

Além disso, também podemos atentar à perspectiva de Kroeze que acredita que este conceito pode tornar-se continuamente manipulável. O autor<sup>15</sup> refere que uma vez ultrapassada a história, os valores tendem a ser apropriados por qualquer força e prontos para satisfazer qualquer fim.

No fundo, estes autores consideram que o conceito Ubuntu pode ser aplicado consoante a interpretação que mais convém e que acabam por ser fontes externas a determinar o seu conceito ao invés de instituições jurídicas, como os tribunais.

Em contraste, encontramos a perspectiva de Mogkoro<sup>16</sup> que, como já mencionámos, acredita que se os valores do Ubuntu forem aproveitados de forma consciente podem tornar-se uma peça fundamental no processo de harmonização de todos os valores e práticas legais com a Constituição. O Ubuntu pode tornar-se

---

<sup>13</sup> Rosalind English, «Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence» (SAJHR, 1996), pp. 648.

<sup>14</sup> Rosalind English, «Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence» (SAJHR, 1996), pp. 648.

<sup>15</sup> Irma J Kroeze, «Doing Things with Values II: The Case of Ubuntu», 2002, pp. 340 e 343.

<sup>16</sup> JY Mogkoro, «Ubuntu and the Law in South Africa», 1998, p.11.

um trunfo para a jurisprudência da África do Sul e para o renascimento sustentável de novos valores africanos como parte do processo mais amplo da reconstrução da África do Sul.

Assim, partindo destas diferentes perspectivas, e atendendo à importância do Ubuntu, mas também aos seus pontos críticos, importa perceber a relevância do conceito e a sua admissibilidade no sistema jurídico sul-africano, confrontando estas opiniões e analisando jurisprudência, para compreender se este poderá ser um conceito paradigmático - ou não - para outros países.

#### **4. Objetivos**

A presente investigação tem como objetivo analisar as diferentes perspectivas e concepções do conceito Ubuntu na África do Sul, procurando distinguir o seu valor moral do seu valor legal e/ou constitucional. Ademais, através da análise de jurisprudência compreenderemos a aplicação do conceito.

A descoberta da importância do Ubuntu no sistema jurídico é também um dos principais objetivos desta investigação. Perceber de que forma o Ubuntu pode ser um elemento transformador da sociedade através do seu valor constitucional constituirá um ponto fundamental deste trabalho.

Esta dissertação pretende ainda estabelecer um paralelismo com princípio da boa-fé previsto no direito romano, para que também possamos compreender a aplicação do Ubuntu nas relações contratuais e de que forma poderia também constituir um conceito a ser aplicado nos sistemas de *roman-law*.

Posto isto, sem prejuízo de alterações que se possam impor ao longo da investigação, partir-se-á, das seguintes questões de análise:

- i) O que é a filosofia Ubuntu;
- ii) De que forma é que o Ubuntu se relaciona com a moral e com o Direito;
- iii) Quais são as consequências de o Ubuntu ser considerado um conceito meramente moral e/ou um conceito jurídico;

- iv) De que forma é que o Ubuntu se pode traduzir num princípio, enquanto norma jurídica;
- v) Qual é o papel transformador do Ubuntu através da sua aplicação no sistema jurídico;
- vi) De que modo podemos estabelecer um paralelismo com o princípio da boa-fé;
- vii) Qual é a aproximação ou distanciamento do Ubuntu ao conceito de boa-fé;
- viii) Qual é a relevância de se refletir sobre a filosofia Ubuntu e da possível transposição do conceito para outros sistemas jurídicos.

## **5. Metodologia de Investigação**

A presente investigação tratará de questões cujas respostas envolvem uma articulação entre diferentes áreas do saber, não obstante, o seu foco na área do Direito. Com efeito, pretendemos seguir uma abordagem interdisciplinar entre o Direito, a Sociologia e a Filosofia, assim, iremos aliar bibliografia de outros ramos do saber para além do Direito.

Outrossim, esta investigação passará pela recolha de dados documentais de fontes secundárias como relatórios e artigos de imprensa sobre o tema a tratar e de Bibliografia relevante.

Outro método a utilizar será ainda a identificação de jurisprudência importante e a sua conseqüente análise tendo em conta o tema da dissertação.

Além disto, não obstante, a aplicação do conceito Ubuntu nas mais diversas áreas do Direito, de forma a estreitar o tema e especificidade da dissertação, procurar-nos-emos em focar a aplicação do Ubuntu no direito contratual. Ademais, este foco fará especialmente sentido na medida em que iremos estabelecer uma breve comparação com o princípio da boa-fé estabelecido pelo direito romano.

Assim, estas diferentes incursões procurarão trazer a esta investigação um conjunto de informações, esclarecimentos, princípios e conhecimentos técnicos

relevantes para a discussão problemática. Espera-se que com esta metodologia se compreenda a importância do Ubuntu, o seu peso na África do Sul e a forma como pode ser verdadeiramente relevante para outros países e, sobretudo, para toda e qualquer pessoa no mundo.

## **6. Dificuldades Encontradas**

Primeiramente, uma das principais dificuldades encontradas foi a reduzida Bibliografia sobre o tema, sobretudo, sobre a forma como os países ocidentais refletem sobre a filosofia Ubuntu. No entanto, é de salientar a ajuda prestada pelo IPAV no apoio de Bibliografia.

Ademais, outra dificuldade sentida foi a de encontrar a estrutura adequada para o tema a tratar. Não obstante, esta deve ser uma dificuldade sentida por muitos investigadores e que é, naturalmente, ultrapassada ao longo do desenvolvimento da investigação.

## **7. Estrutura**

A presente dissertação divide-se em 4 capítulos, que pretendem responder a questões diferentes. Por sua vez, os capítulos subdividem-se em pontos, organizados de maneira ascendente por números.

O primeiro capítulo trata o enquadramento teórico. Já o segundo aborda a receção do conceito Ubuntu no sistema jurídico sul-africano e ocupa-se de grande parte da análise jurisprudencial deste trabalho. O terceiro capítulo debruça-se sobre uma apreciação crítica entre Ubuntu e Boa-fé.

Por fim, terminaremos esta dissertação com as nossas considerações finais.

## **CAPÍTULO I – Enquadramento Teórico**

### **1. A Origem da Filosofia Ubuntu**

A filosofia é uma área abstrata de conhecimento, que problematiza e analisa de forma crítica a interação do ser humano com os diversos elementos do seu meio natural e social. A filosofia africana Ubuntu é precisamente uma forma de pensamento crítico, que surgiu na primeira metade do século XX, com a principal incumbência de negar os pressupostos amplamente difundidos pelo ocidente de que os habitantes a sul do Sahara não tinham nenhum sistema filosófico nem seriam capazes de filosofar. Ou seja, a filosofia Ubuntu é uma reflexão crítica reivindicativa de um tributo eminentemente humano que é a razão. Os povos africanos têm uma ontologia, uma ética e uma racionalidade diferentes da ocidental. Reivindicar uma racionalidade e uma cosmovisão diferentes, uma maneira diferente de ver o mundo e de viver nele, é assumir-se como humano e ter consciência da posição que se ocupa no mundo.

Neste sentido, podemos referir que a filosofia dos países ocidentais se baseia no individualismo, constituindo um sistema excludente, que tem subjacente a desvalorização do outro. Como explica o filósofo congolês, Jean Kashindi<sup>17</sup>, pensar a realidade do Sul Global a partir de uma perspetiva somente eurocêntrica e da racionalidade ocidental é uma análise com muitos limites. Por contraposição a esta filosofia eurocêntrica, a filosofia Ubuntu pressupõe e tem como ponto de partida uma reflexão sobre as questões da globalização ocidental, e como função a destituição da visão ocidental, imposta pelo colonialismo, eurocentrismo e racismo do Ocidente.

No entanto, ignorar ou descartar a realidade da filosofia europeia e a sua influência seria como fugir ou não ver as ameaças. Assim, não se defende a exclusão completa da racionalidade ocidental, mas uma inclusão verdadeira com as outras racionalidades existentes no continente africano, que foram durante

---

<sup>17</sup> Ricardo Machado, «Ubuntu: Filosofia Africana confronta Poder Autodestrutivo do Pensamento Ocidental, Avalia Filósofo» (IHU | São Leopoldo (RS), 13 de Novembro de 2015), p.8.

séculos marginalizadas. Seguindo esta linha de pensamento, Francis Kwame Nkrumah<sup>18</sup> constatou que a sociedade africana é, desde o século XV, uma sociedade tridimensional onde se configuram três fatores: o modo de vida tradicional, a presença muçulmana no continente, e o colonialismo e neocolonialismo, com a introdução do cristianismo e cultura da Europa ocidental. Esta dialética indica a necessidade de algo mais para além da independência e da descolonização para a construção de uma nova racionalidade africana; indica a necessidade de uma força harmonizadora, capaz de sintetizar estas 3 dimensões e cristalizá-las numa filosofia, sem abandonar os princípios humanistas de África. É justamente a pluralidade cultural existente no continente africano que desafia os povos africanos a procurarem a unidade da nação respeitando todas as diversidades, e é esse um dos papéis primordiais do Ubuntu: o Ubuntu ajudou a forjar a unidade na diversidade através da sua ênfase na comunidade.

O termo Ubuntu aparece em fontes escritas desde, pelo menos 1846, e em fontes escritas publicadas antes dos anos 60. Sempre que este termo surge, ele aparece definido como uma qualidade humana, mais especificamente como uma qualidade moral de um ser humano.<sup>19</sup>

Antes dos anos 50, todas as fontes escritas que mencionavam o Ubuntu eram da autoria de pessoas de ascendência europeia. Alexis Kagame, um historiador ruandês, filósofo e padre católico, foi o primeiro africano a publicar um texto contendo o termo Ubuntu.

Além das fontes escritas, também os testemunhos orais comprovam que o termo Ubuntu está associado a uma qualidade moral do ser humano. Ora, como esclareceu Pumla Gobodo-Madikizela<sup>20</sup>, antigo membro do Comité das Violações dos Direitos Humanos da Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul,

---

<sup>18</sup> Eugenio Nkogo Ondó, «La Educación Universitaria Postcolonial África» (León, 30 de dezembro 2017), p.3.

<sup>19</sup> Christian B.N. Gade, «What is Ubuntu? Different Interpretations among South Africans of African Descent» (Department of Culture and Society Aarhus University, 2012), p.488.

<sup>20</sup> Christian B.N. Gade em Entrevista de Pumla Gobodo-Madikizela, 27 de agosto de 2008, in «What is Ubuntu? Different Interpretations among South Africans of African Descent» (Department of Culture and Society Aarhus University, 2012), pp.489-490.

a empatia é um dos elementos essenciais do Ubuntu: a essência do Ubuntu é precisamente a capacidade de ligação com outro ser humano, para ser tocado, para ser movido por outro ser humano. Ser Ubuntu é ser gentil com o outro.

Não obstante, é de salientar que depois da segunda metade do século XX o Ubuntu deixou de ser apenas definido como uma qualidade humana, passando a ser definido como uma filosofia, uma ética, um humanismo africano, e como uma visão do mundo em fontes escritas. Além disso, foi no período de 1993 a 1995 que o provérbio "*Nguni umuntu ngumuntu ngabantu*" foi utilizado pela primeira vez para descrever o que é o Ubuntu. Este provérbio traduz precisamente o significado do Ubuntu: uma pessoa é uma pessoa porque por causa das outras pessoas<sup>21</sup> ou "*Eu sou porque nós somos*"<sup>22</sup>.

## **2. Etimologia da Palavra Ubuntu**

Quanto às raízes e origens da palavra, esta deriva das chamadas línguas bantu. Esta é a denominação dada à família ou grupo de línguas predominantes numa grande área do continente africano. A literatura diverge na delimitação desta região, sendo que há autores que a equiparam a toda a África subsariana, enquanto que outros a circunscrevem à zona entre os Camarões e o Quênia, até à África do Sul. De qualquer modo, representa a maior parte do continente africano. As comunidades que partilham este património linguístico têm também em comum os valores desta filosofia de vida a que chamam Ubuntu.

A palavra Ubuntu é formada por 2 termos, sendo que alguns autores, como Mogobe B. Ramose<sup>23</sup>, abordam-na como uma palavra com hífen: ubu-ntu, como duas palavras numa. Ubu evoca a ideia geral do ser sendo, ainda antes de se manifestar; ou seja, algo que pode vir a ser, contendo em si diversas possibilidades. Ntu consiste por sua vez, na forma concreta do ser, quando este assume forma concreta. No sentido ontológico, não há separação estrita entre os dois, isto é, não

---

<sup>21</sup> Dominic Degraft Arthur, Abdul Karim Issifu, & Samuel Marfo, «An Analysis of the Influence of Ubuntu Principle on the South Africa Peace Building Process» (journal of Global Peace and Conflict, Vol. 3, nr. 2, Dezembro de 2015), p. 70.

<sup>22</sup> Mogobe B. Ramose, «African Philosophy through Ubuntu» (Mond Books, 1999).

<sup>23</sup> Mogobe B. Ramose, «A Ética do Ubuntu» (2002), pp. 2-3.

são duas realidades diferentes, pelo contrário, são mutuamente afirmantes e complementares, pois são dois aspetos do ser sendo como unidade, totalidade indivisível.

Assim, a filosofia Ubuntu rompe com a ideia de estagnação e inflexibilidade, expressando a noção de movimento, de tornar-se e vir a ser, de modo que o ser humano se faz em conformidade com o movimento e o passar do tempo. Importa referir ainda que esta palavra também é utilizada como um elogio: diz-se que a pessoa tem Ubuntu, para se referir a qualidades como compaixão e generosidade.

Nascendo então do desejo de emancipação da tutela ou dominação ocidental, com a filosofia Ubuntu há uma preocupação com a busca do próprio, das identidades locais. Como explica o filósofo congolês Jean Kashindi<sup>24</sup>, com esta filosofia deu-se uma mudança de paradigma de uma conceção excludente, do “*eu sou porque tu não és*”, para uma conceção inclusiva, de “*eu sou porque nós somos, e dado que somos então eu sou*”. Esta foi uma das principais mudanças e rutura teórico-prática da racionalidade do continente africano com a visão ocidental hegemónica.

Desta mudança de conceção ontológica surgem três postulados éticos: em primeiro lugar, todas as pessoas são valiosas em si mesmas e, portanto, ninguém pode ser considerado um elemento inútil numa sociedade; segundo, todas as pessoas são sujeitos, ou seja, agentes que podem e devem intervir na sociedade na qual vivem; e terceiro, no horizonte Ubuntu, os sujeitos ou agentes são-no pela relação intrínseca que têm com os outros, havendo uma intersubjetividade inerente e constitutiva das pessoas.

### **3. O Contributo de Nelson Mandela para a Filosofia Ubuntu**

Nelson Mandela, um dos líderes mais conhecidos do mundo, além de advogado, foi o primeiro presidente negro da África do Sul entre 1994 e 1999.

---

<sup>24</sup> Ricardo Machado, «Ubuntu: Filosofia Africana confronta Poder Autodestrutivo do Pensamento Ocidental, Avalia Filósofo» (IHU | São Leopoldo (RS), 13 de Novembro de 2015), p. 5.

Mandela nasceu a 18 de julho de 1918, em Mvezo, na África do Sul. O nome de Rolihlahla Dalibhunga Mandela foi-lhe dado pela sua família, mas em 1925, quando ingressou na escola primária, em homenagem ao Almirante Nelson, recebeu da professora o nome de Nelson, uma vez que todas as crianças que frequentavam aquela escola recebiam nomes ingleses. Mais tarde, Mandela, entrou num colégio exclusivo para negros, o Clarkebury Boarding Institute.

Mandela estudou Direito na Universidade de Fort Hare, a primeira Universidade da África do Sul a lecionar cursos para indivíduos de raça negra. Não obstante, por se envolver permanentemente em conflitos, devido à falta de democracia racial na Universidade, acabou por ser expulso.

Em 1944, juntamente com Walter Sisulo e Oliver Tambo, Mandela fundou a Liga Jovem do Congresso Nacional Africano (CNA), o principal movimento de representação política dos negros.

Um dos aspetos deixados pela colonização foi a superioridade dos brancos sobre os negros. Assim, apoiados nas ideias de superioridade racial do branco, o homem europeu instituiu leis que sustentaram o regime de apartheid, também conhecido como o regime segregacionista, que foi instalado em 1948 pelo Partido Nacional. Contra este regime estava precisamente Nelson Mandela, um dos mais notáveis líderes do movimento negro da África do Sul.

Nelson Mandela foi preso em agosto de 1962 por participações em protestos e por viajar ilegalmente para o exterior. Em 1964, Mandela sofreu uma nova condenação, desta vez a prisão perpétua, tendo ficado 27 anos preso na Ilha de Robben.

A condenação internacional do apartheid intensificou-se na década de 1980, culminando com um referendo e, finalmente, na ratificação do fim do regime. A 11 de fevereiro de 1990, o presidente sul-africano Frederick de Klerk libertou Mandela.

Em 1993, Nelson Mandela e o presidente assinaram uma nova constituição sul-africana, encerrando mais de 300 anos de governo político da minoria branca

e preparando a África do Sul para um regime democrático multirracial. Também em 1993, Mandela ganhou o Prémio Nobel da Paz por lutar pela não discriminação e pelos direitos civis. Em 1994, Mandela venceu as eleições e formou um Governo de unidade nacional, tornando-se o primeiro presidente sul-africano negro e o primeiro presidente eleito democraticamente da África do Sul.

Nelson Mandela faleceu em Joanesburgo, África do Sul, no dia 5 de dezembro de 2013.

Nesta dissertação, tentaremos fazer compreender a importância de Mandela para a Filosofia Ubuntu.

A luta de Nelson Mandela ajudou a atrair os holofotes e apoio do mundo contra o regime do apartheid. Este regime chegou ao fim em 1994 e a filosofia Ubuntu ganhou força nessa altura. Esta filosofia era um remédio para curar algumas feridas da comunidade<sup>25</sup>. Era um conceito que dava uma base filosófica para um ideal de união entre negros e brancos e mesmo entre negros de diferentes comunidades.

Mesmo durante o período em que esteve preso, foi a fé de Mandela em estabelecer uma ligação com os seus semelhantes que o permitiu alimentar-se enquanto ser e fomentar o seu perdão. Foi da misericórdia e da generosidade que Mandela se procurou nutrir. Estes sentimentos mantiveram-se depois da sua libertação. Era nas interações diretas com os outros que estava enraizado o Ubuntu. Nelson Mandela considerava que interagir respeitosamente com os seus semelhantes (nomeadamente, os guardas brancos) era agir de forma oposta à ignorância da discriminação. Assim que saiu da prisão lutou pela liberdade de todos e, acima de tudo, lutou pela liberdade da comunidade dos sentimentos de ódio e exclusão. Ora, daqui também compreendemos que a verdadeira liberdade não é aquela que nos liberta das correntes, mas que respeita a liberdade do outro enquanto seu semelhante<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Claire E. Oppenheim, «Nelson Mandela and the Power of Ubuntu», 2012, p.386.

<sup>26</sup> Claire E. Oppenheim, «Nelson Mandela and the Power of Ubuntu», 2012, p.388.

Em 1995, foi estabelecida a Comissão de Verdade e Reconciliação, que tinha como objetivo primeiro analisar as violações de direitos humanos cometidas durante o apartheid. Esta comissão constituiu o principal veículo do perdão na África do Sul. O legado de Mandela baseou-se sobretudo no perdão e na convivência pacífica e democrática de duas raças <sup>27</sup>. O seu legado e, nomeadamente, a Comissão de Verdade e Reconciliação foram fundamentais para levar a África do Sul da violência à paz, do ódio ao perdão, da raiva à reconciliação. Estabelecer a paz com o inimigo foi o mote de Mandela, por isso, hoje devemos recordá-lo como a personificação do Ubuntu, enquanto ser que procurou o perdão, a paz e a unidade da comunidade.

A filosofia Ubuntu distingue-se totalmente do individualismo que prevalece na visão de mundo ocidental. A África do Sul pós-apartheid, liderada por Nelson Mandela, profundamente influenciada pela cultura zulu e impregnada do pensamento negro africano, oferece ao mundo uma bela lição de como reconstruir relações, antes marcadas por sentimentos separatistas extremos, a partir da crença de que tudo deve estar presente e trabalhar harmoniosamente, como partes de um mesmo todo.

Ora, foi assim que o líder, Nelson Mandela, trabalhou arduamente para trazer a ideia de solidariedade para a alma de uma nação castigada, que teve de vivenciar conceitos tão familiares à cosmovisão cristã, como o perdão e o esquecimento dos pecados. Não surpreende, assim, que haja uma participação fundamental da religião cristã nesse processo – no caso, a Igreja da Anglicana. A África do Sul é hoje um país que recupera de um passado doloroso e assume-se cada vez mais como uma nação multiétnica e multicultural. A maioria dos africanistas aponta para a visão que Mandela estabeleceu durante o longo processo de apartheid e no final desse regime, como uma influência direta na filosofia que existe no conceito de Ubuntu.

---

<sup>27</sup>Jean R. Sternlight, Andrea Kupfer Schneider, Penelope Andrews, Richard J. Goldstone, Carrie Menkel-Meadow, Robert H. Mnookin, «Making Peace with Your Enemy: Nelson Mandela and His Contributions to Conflict Resolution», (Law Journal 281, Nevada, 2016), p. 301.

A realidade no pós-apartheid foi muito complicada, mas esta filosofia surgiu como uma filosofia apaziguadora, de resolução de conflito. A ideia desta filosofia era construir uma nova África do Sul, unida.

#### **4. Definição e Essência do Ubuntu**

Esta é uma das questões às quais pretendemos esclarecer com este trabalho, isto é, de que forma é que podemos delimitar efetivamente o conceito Ubuntu – enquanto conceito moral e/ou legal -, tendo em conta algumas objeções que lhe são feitas. Adiante voltaremos a esta questão. Ainda assim, para uma melhor compreensão do que se expõe é relevante perceber os alicerces do Ubuntu.

O Ubuntu é, portanto, a ética e base filosófica dos povos africanos, um princípio intrínseco dos povos, baseado nas ideias de partilha, reciprocidade, harmonia e comunidade. Na essência do Ubuntu está a noção de que uma pessoa é uma pessoa através dos outros, do reconhecimento de que a humanidade de um indivíduo depende do reconhecimento da humanidade do outro, excluindo práticas individualistas, pois a sociedade encontra-se interconectada. Assim sendo, as relações interpessoais e comunitárias dos povos africanos envolvem o respeito mútuo e permanente. Neste sentido, reconhece-se todos os seres humanos como sujeitos de direitos intrínsecos, e de dignidade em si mesmos. Outra questão intrínseca no Ubuntu é o entendimento de que o ser humano se constrói através da vida comunitária, e a partir da vida em sociedade o ser humano expande suas potencialidades.

Como já vimos, enquanto humanismo africano, ética africana ou filosofia africana, o Ubuntu encontra os seus fundamentos nas vivências comunitaristas das pessoas. Esta ética transporta a comunidade para um local central no sistema, valorizando a integração entre os seres humanos e os relacionamentos interpessoais. Isto não se resume a uma tirania da comunidade sobre o indivíduo; isto é, na verdade, um reconhecimento do facto de os interesses individuais estarem abrangidos pela vida em comunidade. A vida em comunidade estrutura as relações sociais e constrói o próprio ser individual, potencializando-o, como iremos abordar adiante.

A pessoa é ou torna-se pessoa no meio de ou através de outras pessoas. Esta filosofia parte da premissa de que o outro é condição de possibilidade para a minha realização enquanto pessoa; o outro dá-me confiança na minha humanidade, porque a compartilhamos, e porque a minha humanidade está intimamente ligada à da outra pessoa, pois pertencemos ao mesmo meio.

Então, a partir desta conceção humanista, a relação com o outro torna-se ontológica, epistemológica, social e politicamente necessária e vital. Sem o outro, não existe a possibilidade da humanidade, do conhecimento da vida; e, por sua vez, com o outro postula-se o humano e outros valores como a solidariedade afetiva e a responsabilidade, e são deixados de lado o egoísmo, a marginalização social, o racismo, entre outros.<sup>28</sup>

A partir desta reestruturação do conceito de identidade, pode entender-se que há uma igualdade ontológica de todas as pessoas, e dentro dessa igualdade existem relações importantes que permitem que alguém seja o que é. Por outras palavras, há uma interdependência vital entre todos os seres humanos. O outro é o ponto de partida ético, considerando que vivemos num mundo e numa sociedade que é *“como uma rede, onde não se pode mover um fio sem que os outros se movam”*<sup>29</sup>. Ora, na verdade, não dependemos apenas de outras pessoas, mas também de outras entidades cósmicas (ar, água, montanhas, árvores, minerais, animais, etc.) que nos possibilitam viver. Negligenciar o outro é, na perspectiva do Ubuntu, desumanizar-se. Torna-se, assim, fundamental ir ao encontro desse outro, reconhecê-lo e construir com ele uma solidariedade.

Esta filosofia compreende o ser humano em três níveis que não se sobrepõem, mas se interconectam para formar uma unidade. A primeira dimensão é a da vivência e é composta pelos seres humanos do presente. A segunda refere-se às pessoas que já morreram, aos ancestrais do povo africano, que são chamados

---

<sup>28</sup> Ricardo Machado, «Ubuntu: Filosofia Africana confronta Poder Autodestrutivo do Pensamento Ocidental, Avalia Filósofo» (IHU | São Leopoldo (RS), 13 de Novembro de 2015), p.12.

<sup>29</sup> Tempels, mencionado por Nelson Mandela, em [https://www.youtube.com/watch?v=RGFdkBI0TcI\\_\\_](https://www.youtube.com/watch?v=RGFdkBI0TcI__) (tradução da autora), consultado a 04/04/2022.

de mortos-viventes pois acredita-se que, embora sua vida material tenha desaparecido, estas pessoas continuam sua existência num outro mundo não visível aos vivos. A terceira e última dimensão é composta pelos seres humanos do futuro, aqueles que ainda irão nascer, sendo que é responsabilidade dos vivos garantirem que isso aconteça.

A filosofia africana possui, portanto, uma visão holística do mundo, reconhecendo que tudo está interconectado; não apenas os seres humanos com as suas gerações ancestrais e futuras, mas também reconhecem uma conexão com os seres não humanos, e a partir dessa visão pressupõe-se o respeito pela natureza.

Esta forma de olhar o mundo contém, assim, uma forte vertente de quebra com os paradigmas excludentes e degradantes do meio ambiente, através de princípios que reconhecem o outro ser humano e a Natureza com o devido respeito mútuo, posicionando-se como uma filosofia contra-hegemônica<sup>30</sup>. Partindo deste pressuposto, a filosofia Ubuntu pode ser vista como uma crítica à relação de exploração existente entre os povos ocidentais e a natureza, assumindo uma posição alternativa ecológica e um papel descolonizador do pensamento imposto pelos europeus sobre o resto do mundo. Com a sua concepção do ser humano não como meio, mas como fim em si mesmo, sempre ciente de que a consciência é a especificidade que o distingue de outros seres cósmicos, torna o ser humano mais responsável pelo cuidado e não pela destruição ou extinção desses outros que o rodeiam e constituem.

Outra característica fundamental desta filosofia africana é a resolução pacífica de situações de conflito, como no caso da África do Sul. Uma das maiores expressões do Ubuntu manifestou-se precisamente na Comissão da Verdade e Reconciliação na África do Sul, que tinha como objetivo reconhecer as violações aos direitos humanos ocorridas com o Apartheid, possibilitar a concessão de amnistia aos violadores desde que cumpridos certos requisitos incluindo o perdão da vítima, e estabelecer um relatório com recomendações futuras para evitar um

---

<sup>30</sup> Ricardo Machado, «Ubuntu: Filosofia Africana confronta Poder Autodestrutivo do Pensamento Ocidental, Avalia Filósofo» (IHU | São Leopoldo (RS), 13 de Novembro de 2015), p.4.

possível retrocesso. A escolha da Comissão foi baseada nos valores sociais da filosofia dos povos africanos, pelo que se optou pela justiça restaurativa, de modo a conservar a união e harmonia da nação africana.

A importância do Ubuntu também nos é dada a conhecer por Barbara Nussbaum. A autora<sup>31</sup> acredita que o continente africano, nomeadamente, a sua crença na filosofia Ubuntu, traz uma nova dimensão sobre a forma de viver que deve ser absorvida pela América e por todos os cidadãos do mundo. Nussbaum acredita que o Ubuntu pode ser o verdadeiro motor para a mudança positiva das relações.

A autora caracteriza o Ubuntu como sendo uma filosofia social e um código de ética baseado na compaixão, reciprocidade, dignidade, harmonia, justiça e cuidado mútuo. Uma pessoa é, de facto, uma pessoa por causa dos outros. Os valores do Ubuntu estão no cerne da tradicional cultura africana, no entanto, é de ressaltar que, nas áreas urbanas, tais valores estão cada vez mais corroídos. Ainda assim, o potencial da filosofia Ubuntu é incalculável e cada vez mais urgente e necessário, tendo em conta a relevância que atribui às relações humanas como sendo primárias em qualquer atividade política, social ou empresarial. O foco do Ubuntu está nas relações humanas e na forma de interação dos seres humanos. É na comunidade que esta filosofia se baseia e não na autodeterminação como aspeto essencial da personalidade.

Nussbaum esclarece que a cultura africana está atenta ao bem comum e que a própria arte de negociar entre os líderes acontece numa base de respeito mútuo, escuta ativa, transparência e tolerância, o que muitas vezes não acontece nos países ocidentais. Um dos principais líderes foi Nelson Mandela, ex-presidente da África do Sul. Como escreve na sua autobiografia “*Sempre soube que, no fundo de cada*

---

<sup>31</sup> Barbara Nussbaum, «African Culture and Ubuntu - Reflections of a South African in America» (Joe Simonetta, 12 de Fevereiro de 2003), Vol. 17, pp. 1-2.

*coração humano, há misericórdia e generosidade (...) A bondade do homem é uma chama que pode ser escondida mas nunca extinguida*”<sup>32</sup>.

Mandela é hoje um dos maiores exemplos do Ubuntu, sendo um símbolo de liberdade e respeito por toda a humanidade. Da mesma forma, Martin Luther King, apesar de ter vivido uma época diferente da história, partilha com Mandela a compreensão da ligação entre o opressor e o oprimido. A história destes líderes inspirou milhares de pessoas e, hoje, podemos encontrar muitos líderes capazes de transformar sentimentos de ódio em amor.

Ubuntu é uma qualidade que se desenvolve, por isso, qualquer indivíduo pode ser Ubuntu. Não obstante, as culturas ocidental e oriental são bastante individualistas, sendo difícil concretizar o conceito Ubuntu nas mesmas. Segundo a filosofia Ubuntu, é no coletivo que a humanidade de constrói.

Metz<sup>33</sup> parte de uma interpretação teórico-moral de Ubuntu, e, de acordo com essa interpretação, é necessário desenvolver a própria humanidade honrando relações de amizade (de identidade e solidariedade) com outras pessoas que tenham dignidade em virtude da sua capacidade inerente de se envolverem em tais relações, e as violações dos direitos humanos são graves degradações desta capacidade, assumindo frequentemente a forma de um comportamento muito pouco amigável que não é uma resposta proporcionada e racional à falta de amizades alheias.

Este conceito é caracterizado como uma filosofia e estilo de vida, que poderá ser absorvido por qualquer indivíduo, mas apenas se ele estiver recetivo à mudança e adaptação. A interiorização do conceito implica o reconhecimento do bem comum como motor do desenvolvimento da comunidade e da consciencialização de uma permanente interdependência. Almejar a dissipação do Ubuntu é almejar um mundo mais justo, equitativo, sustentável e compassivo. Para tal, o mundo

---

<sup>32</sup> Nelson Mandela, *A Long Walk to Freedom, The Autobiography of Nelson Mandela* (Little, Brown and Company, Boston, New York, Toronto, London, 1994), p.542 (tradução da autora).

<sup>33</sup> Thaddeus Metz, «Ubuntu as a Moral Theory and Human Rights in South Africa», s/ data, p. 547.

precisará de reperspetivar e recriar os seus valores e princípios, o que poderá ser um caminho demorado, mas, ao mesmo tempo, possível e recompensador.

Como refere Barbara Nussbaum, o Ubuntu pode constituir a salvação “*para todos, sejam africanos ou europeus, muçulmanos ou americanos, co-criamos a nossa própria segurança e a nossa própria salvação*”<sup>34</sup>.

## **5. A Filosofia Ubuntu entre a Moral e o Direito**

### **5.1. Direito e Moral**

O Direito e a moral representam ordens normativas distintas. Existem diferentes critérios de distinção destas duas ordens: o critério do mínimo ético; o da heteronomia e coercibilidade; e, o da exterioridade da conduta.

Segundo o critério do mínimo ético, o Direito corresponde a um mínimo de ordens éticas necessárias à convivência em sociedade, isto é, assenta num conjunto de valores fundamentais para a vida em comunidade que acolhe da moral. Assim, o Direito consubstancia um mínimo necessário para garantir um bem-estar social. Consequentemente, podemos afirmar que todas as normas de Direito são normas morais, mas o contrário nem sempre se verifica.

Ora, na verdade, este critério é insuficiente, uma vez que o Direito é muito mais do que um conjunto de valores fundamentais. O Direito não recolhe todas as regras morais e contraria algumas, além disso, muitas regras jurídicas nada têm a ver com a ética ou com a moral, como por exemplo, conduzir do lado direito da estrada. Neste caso, esta norma não reveste qualquer significado moral.

Quanto ao segundo critério, o da heteronomia e coercibilidade, este refere que o Direito é imposto por uma entidade exterior, enquanto que a moral depende apenas da consciência de cada indivíduo. Com efeito, o Direito recorre à coercibilidade, mas a moral não (ou a existir uma coercibilidade, esta é apenas psíquica). No entanto, este critério também é suscetível de críticas, na medida em

---

<sup>34</sup> Barbara Nussbaum, «African Culture and Ubuntu - Reflections of a South African in America» (Joe Simonetta, 12 de Fevereiro de 2003), Vol. 17, p. 10 (tradução da autora).

que a moral também é heterónoma, pois existe um padrão moral geral ao qual cada indivíduo se submete.

Por fim, segundo o critério da exterioridade da conduta, podemos concluir que o resultado das condutas dos indivíduos é o que realmente interessa para o Direito, independentemente das intenções. Por sua vez, na moral, importa o aperfeiçoamento interior do indivíduo. Tal critério não nos parece suficiente, pois ao Direito também releva a vontade e as intenções dos sujeitos, sobretudo, no âmbito do Direito Penal.

Tem-se então, que o Direito corresponde a uma vontade coletiva da comunidade, que se preocupa a regular a convivência dos indivíduos em sociedade à luz da justiça, da segurança e dos direitos humanos, procurando promover a convivência pacífica da sociedade. A forma de tornar eficaz a regulação é através da coercibilidade, por exemplo, com aplicação de sanções físicas ou materiais.

Por outro lado, a moral depende da opção livre da consciência individual, sendo que procura conduzir cada sujeito à prática do bem tendo em conta os deveres que a sua moral lhe impuser. Com efeito, neste caso, as sanções são interiorizadas pela própria consciência ou pela reprovação alheia.

João Baptista Machado refere “*para que uma conduta seja juridicamente censurável deve afetar um dos interesses tutelados e afetá-lo numa medida socialmente relevante*”<sup>35</sup>. Assim, segundo o autor, mesmo quando o Direito está a tutelar a moral pública ou os sentimentos de um povo, os valores éticos não estão a ser protegidos por si mesmos, mas apenas na medida em que a violação dos mesmos constitui uma perturbação prejudicial à sociedade como ordem de convivência. Assim, o que aqui está em causa é essencialmente o dano social e não a defesa dos valores éticos em si mesmos.

Com isto, o autor acaba por transmitir que o Direito não salvaguarda os valores morais *per se*, mas antes, que os salvaguarda quando estes podem constituir

---

<sup>35</sup> João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Livraria Almedina - Coimbra, 2022), p.61.

um dano social à convivência em comunidade. Logo, o Direito tem conta o dano provocado à sociedade, por isso, é, nestas situações, que o Direito deve intervir, protegendo os interesses da comunidade.

Ademais, o Direito também não se deve converter numa tutela moral da sociedade pelo Estado e, por isso, deve limitar-se à competência punitiva do Estado para que ele não se torne uma entidade capaz de ditar a moral da sociedade.

No entanto, Baptista Machado<sup>36</sup> salienta que aquilo que constitui um dano social ou que constitui um interesse socialmente relevante e, por isso, requer-se a intervenção do Estado, merecendo a tutela do direito, só pode determinar-se mediante uma decisão valorativa.

Esta questão da decisão valorativa poderá ter particular interesse na nossa investigação, na medida em que em que procuramos compreender até que ponto o Ubuntu corresponde a um interesse socialmente relevante, ao ponto de merecer uma decisão valorativa, para que seja tutelado pelo Direito.

Ora, neste seguimento, convém salientar que existe uma grande interligação entre Direito e Moral. Como já referimos, não é o Direito e o Estado que devem ter a função de garantir uma certa conceção ética, mas também não devem impor condutas imorais.

Além disso, tal como se referiu quanto à insuficiência do critério da heteronomia e coercibilidade, existe um padrão moral geral ao qual cada indivíduo se submete, uma vez que os mais altos valores morais não têm apenas que ver com o foro íntimo dos indivíduos, mas também com virtudes cívicas que procuram promover o bem comum e servir a causa pública. E, aqui, saliento mais uma vez o conceito do Ubuntu, enquanto virtude cívica que procura unir a comunidade e contribuir positivamente para a causa pública. Ao longo deste trabalho iremos descobrir mais sobre este conceito.

---

<sup>36</sup> João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Livraria Almedina - Coimbra, 2022), p.61.

João Baptista Machado assume-se como um opositor às teorias positivistas-formalistas quando afirma que “*o que nos separa dos positivistas é, afinal, o irrealismo destes: para eles o legislador é aquela entidade que fabrica uma ordem ex nihilo [...] Daí que não entenda o texto legal como nós o entendemos: como uma “interpretação”, mas uma interpretação autorizada e dotada de particular autoridade, do Direito.*”<sup>37</sup>. Daqui compreendemos que o Direito não deve corresponder a uma vontade do legislador (como já referimos), mas a uma vontade geral dos cidadãos, tendo em conta a realidade histórico-social.

Na verdade, o Direito relaciona-se com a moral na medida em que o Direito parece concretizar-se sob uma certa dependência dos valores da sociedade, dependência essa que lhe garante atingir o seu verdadeiro sentido normativo<sup>38</sup>. É aqui que o Direito se realiza verdadeiramente enquanto ordem normativa. Negar que o Direito não depende dos valores da sociedade, valores esses que estão subjacentes ao padrão geral de convivência da comunidade, seria negar que o Direito não está atento à comunidade, nem que reflete os valores em que esta assenta.

Para o pensamento jusnaturalista, por exemplo, o Direito e a moral estão vinculados. Assim, para entender o Direito precisamos de compreender a moral e vice-versa. Desta forma, para Kant, há uma ideia de direito natural na base das normas positivas e esse Direito natural parte de normas morais. É da carga axiológica da moralidade que o Direito se fundamenta.

Por outro lado, o positivismo jurídico defende que a moral e o Direito devem ser separados e que a validade do Direito deve ser isenta de moral<sup>39</sup>, tal como argumenta Hans Kelsen na sua teoria. O positivismo defende uma leitura avaliativa do Direito. A teoria defendida por Kelsen assenta do facto de as normas

---

<sup>37</sup> João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Livraria Almedina - Coimbra, 2022), p.216.

<sup>38</sup> Maria Raquel Paulino da Rocha, «Direito, Ética e Moral na Doutrina Jurídica Portuguesa Contemporânea As “Introduções ao Direito”», julho de 2023, p.12.

<sup>39</sup> Robert Alexy, *Conceito e Validade do Direito*, 1ª ed., Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2009), p.25.

estabelecerem a sua validade pelo facto de respeitarem e serem formalmente adotadas de acordo com uma norma superior, a chamada Grundnorm.

Ora, neste caso, a validade de uma norma jurídica estaria dependente de uma norma superior, norma essa que seria hipotética e que não seria suscetível de prova positiva, sendo, por isso, questionável a sua validade. Assim, a Teoria Pura do Direito de Kelsen, ao perspetivar o Direito como um sistema de normas escalonado, evita que o Direito se fundamente na moral, uma vez que é uma norma jurídica que constitui o fundamento de todo o ordenamento<sup>40</sup>. Para Kelsen, existe uma separação entre Direito e moral, sendo que o Direito é visto como um sistema normativo autorreferencial.

Em favor desta tese de separação, como refere Robert Alexy, poderíamos alegar que apenas esta tese levaria a uma clareza linguístico-conceitual e garantiria segurança jurídica, ou, ainda de que ela seria apta a oferecer a melhor solução para os problemas da injustiça legal<sup>41</sup>.

Seguindo esta lógica do positivismo jurídico contemporâneo, para Hart, o Direito corresponde a um sistema de regras primárias (regras substantivas) e secundárias (regras procedimentais) que estabelece orientações à conduta humana. Este sistema depende de uma regra de reconhecimento, enquanto critério de validade. Esta regra resulta do reconhecimento que socialmente se forma sobre as regras da ordem jurídica e sobre a instituição que pode estabelecer o Direito. O autor reconhece um poder criador de direito dos tribunais e as fontes do Direito são factos sociais e não referenciais morais. O Direito não tem fundamentação axiológica.

Estas concepções positivistas parecem-nos ultrapassadas. Na verdade, não nos parece que o Direito e a moral possam ser concebidos como realidades totalmente unidas ou realidades totalmente separadas. Devemos, por outro lado,

---

<sup>40</sup> Paula Pinhal de Carlos, «A Relação entre Direito e Moral: da Separação Kelseniana à Necessária Conexão» (Universidade Federal da Paraíba, 2013), p.8.

<sup>41</sup> Robert Alexy, *Conceito e Validade do Direito*, 1ª ed., Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2009), p.26.

conceber o Direito e a moral como sistemas complementares e interdependentes. Com efeito, podemos pensar em dois círculos que se intersectam, cujas partes que se recobrem são a parte comum partilhada por ambas as esferas. É neste círculo de interseção que pode fazer sentido abordar o Ubuntu.

Atentemos, pois, ao pensamento de Robert Alexy<sup>42</sup> explanado no seu livro, que tenta mostrar que as teses positivistas estão incorretas. O autor defende que existem conexões necessárias entre Direito e moral e que a validade do Direito deve incluir elementos morais. No entanto, a moral não pode ser vista como um valor absoluto, pois estes valores são, muito provavelmente, inatingíveis, mas negar a moralidade do Direito é negar que ele reflete inevitavelmente uma determinada moral<sup>43</sup>.

Em alguns casos a insuficiência do Direito pode ser resolvida pelo discurso moral. Assim, a moral serviria como um critério de correção do Direito, sendo que este preservaria uma autonomia relativa, na medida em que os padrões de legalidade e conformidade com o ordenamento estariam mantidos, mas na existência de uma lacuna ou em casos de evidente injustiça o discurso moral poderia corrigir o discurso jurídico.

Já Dworkin<sup>44</sup>, tal como Kelsen, não acredita numa moral universal e absoluta, mas não exclui a moral do Direito. Aliás, o autor crê que a moralidade se manifesta no Direito através de princípios. O autor defende que existem princípios morais que estão na base das leis da comunidade. Com efeito, Dworkin é um defensor da tese da interconexão entre Direito e moral.

Assim, o Direito corresponde a um seguimento da moral política e, por isso, o argumento jurídico é um tipo específico de argumento moral.

---

<sup>42</sup> Robert Alexy, *Conceito e Validade do Direito*, 1ª ed., Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2009).

<sup>43</sup> Paula Pinhal de Carlos, «A Relação entre Direito e Moral: da Separação Kelseniana à Necessária Conexão» (Universidade Federal da Paraíba, 2013), p.17.

<sup>44</sup> Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, 1ª ed., vol. Trad. Nelson Boeira (São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2002), p.125.

Esta perspectiva de Dworkin parece-nos relevante quando atentamos ao conceito Ubuntu. Adiante analisaremos se o conceito Ubuntu poderá ser preconizado como um princípio jurídico. Assim, se tal se verificar, seguindo o raciocínio de Dworkin, podemos afirmar que o Ubuntu constitui um valor moral que se manifesta no Direito sob a forma de princípio e, por isso, o Ubuntu representa também um conceito legal.

Por exemplo, Metz <sup>45</sup> procura defender a ideia de que o Ubuntu, devidamente interpretado, pode servir como fundamento da moralidade pública. O autor esclarece que as ações são corretas, ou conferem Ubuntu, enquanto sinónimo de humanidade, numa pessoa, na medida em que valorizam as relações comunais, aquelas em que as pessoas se identificam umas com as outras, ou compartilham um modo de vida, e demonstram solidariedade umas com as outras, ou se preocupam com a qualidade de vida umas das outras.

Tendo em conta esta perspectiva de Metz, poderemos considerar o Ubuntu um fundamento da moralidade pública, que, por sua vez, considerando a teoria de Dworkin, poderá ser um princípio do Direito. Assim, partindo destas perspectivas, poderemos analisar se o Ubuntu poderá, então, corresponder a um princípio jurídico que, por sua vez, será aplicado jurisprudencialmente. Esta análise será essencialmente feita no capítulo seguinte, com o foco na jurisprudência sul-africana.

---

<sup>45</sup> Thaddeus Metz, «Ubuntu as a Moral Theory and Human Rights in South Africa», s/ data, p. 558-559.

## 5.2. Princípios e Regras Jurídicas

Na sequência do debate entre Direito e moral, importa esclarecer a distinção entre princípios e regras.

Ora, os princípios e as regras correspondem a tipos de normas que se distinguem entre si.

O positivismo jurídico tradicional e o Estado legislativo concebiam o Direito como um sistema fechado, isto é, como um sistema composto apenas por regras. Posto isto, um dos principais impactos do Estado Constitucional foi precisamente abrir o Direito para o diálogo com a moral e com a justiça através dos princípios. Assim, de facto, faz sentido falar da diferença entre princípios e regras.

Dworkin e Robert Alexy desenvolveram teorias sobre essa distinção.

A teoria de Dworkin é anterior à de Robert Alexy, tendo servido como ponto de partida para esta última, que Alexy tentou aperfeiçoar.

A controvérsia entre Hart e Dworkin sobre a ausência de regras e lacunas da ordem jurídica, está por detrás do desenvolvimento da ideia de princípios por Dworkin. Hart defendia que na ausência de lei, a discricionariedade que o juiz teria para decidir seria praticamente ilimitada. Contrariamente, Dworkin entendeu que mesmo que não existisse uma regra específica, isto é, mesmo que estivéssemos perante a ausência de lei ou precedente, o juiz não teria uma liberdade irrestrita. Para Dworkin, o juiz estaria limitado pelo todo da ordem jurídica, mais precisamente, pelas ordens mais amplas da ordem jurídica, que denominou de princípios.

Dworkin concentrou o seu estudo nas situações em que não há solução prevista nas regras, os chamados *hard cases*<sup>46</sup>. Nessas situações, o autor

---

<sup>46</sup> Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, 1ª ed., vol. Trad. Nelson Boeira (São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2002), pp. 127 e ss.

considerou que se deveria estabelecer um raciocínio a partir de princípios e direitos fundamentais.

Dworkin entendia que as regras se aplicavam pela lógica do “*tudo-ou-nada*”<sup>47</sup>, ou seja, ou aplicamos uma regra ou não. Ou como Alexy ensinava, os princípios aplicam-se pela lógica da ponderação e as regras pela lógica da validade. Se temos duas regras diferentes, uma é válida e a outra não é. No caso de duas regras contrárias, prevalece a regra posterior.

Para Robert Alexy, os princípios correspondem a mandamentos de otimização, isto é, a “*normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas*”<sup>48</sup>. Segundo o autor a diferença entre princípios e regras está na estrutura da norma. Os princípios são mais genéricos e abertos, as regras, por sua vez, são normas mais específicas.

As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, mas também e, sobretudo, por princípios opostos. Como existem muitos princípios, a aplicação dos mesmos apresenta-se numa ótica de colisão. A questão é como saber qual prevalece sobre outro num caso concreto. Nesta situação, deve existir uma ponderação<sup>49</sup> dos princípios de acordo com as circunstâncias do caso, para se verificar qual tem mais peso em relação ao outro, mas isso não nos indica que o princípio que se sucumbiu foi anulado ou deixou de existir na ordem jurídica. Com efeito, para os princípios serem aplicados é necessário ter em consideração a técnica da ponderação.

Tal como referimos, para cumprir os princípios, devem ser adotadas todas as medidas possíveis que estiverem ao alcance das possibilidades jurídicas e fáticas. A partir desta ideia, surge uma outra ideia nesta teoria, que não encontramos na teoria de Dworkin. Sendo mandados de otimização, os princípios podem ter satisfação em diferentes graus: podem ter uma satisfação mais ampla ou

---

<sup>47</sup> Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, 1ª ed., vol. Trad. Nelson Boeira (São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2002), p.39.

<sup>48</sup> Robert Alexy, *Conceito e Validade do Direito*, 1ª ed., Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2009), p.85 (tradução da autora).

<sup>49</sup> *Ibid.*

menos ampla ou pode até haver uma satisfação parcial porque o grau de satisfação do princípio vai depender das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Convém ainda sublinhar que, diferentemente do que acontece com as regras, os princípios não possuem consequências jurídicas que automaticamente se seguirão diante das condições do caso<sup>50</sup>.

Contrariamente aos princípios, as regras são ordens definitivas, pois tratam de situações muito específicas e determinadas. Segundo Alexy, as regras constituem normas que prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, “*em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva*”<sup>51</sup>. As regras aplicam-se pela lógica de subsunção. Quando identificamos uma situação de facto prevista abstratamente pela regra, é necessário que se incida a consequência jurídica na regra.

Ademais, Alexy também refletiu sobre um ponto que Dworkin ainda não tinha levantado na sua teoria: os princípios podem também limitar a aplicação das regras. Segundo Robert Alexy, as regras aplicam-se pela lógica da validade, especialmente, quando estamos num conflito de regras. No entanto, a interpretação dessa regra também pode ser limitada pela consideração de um princípio, logo, a aplicação da regra também vai ser reduzida. Por exemplo, um princípio constitucional, pode limitar a forma como uma regra prevista numa lei é interpretada e limitada, sendo que, neste caso, as regras, tal como os princípios, podem ter um cumprimento parcial quando são limitadas por um princípio.

Tendo em conta esta distinção e a definição do conceito do Ubuntu (sendo que adiante, para uma melhor compreensão do próprio conceito, analisaremos a sua aplicabilidade jurisprudencial), dificilmente o poderíamos considerar uma

---

<sup>50</sup> Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, 1ª ed., vol. Trad. Nelson Boeira (São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2002), p. 40.

<sup>51</sup> Robert Alexy, *Conceito e Validade do Direito*, 1ª ed., Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2009), p.85.

regra. A questão que se coloca é se o Ubuntu pode servir como um princípio orientador e otimizador.

Ora, se por um lado, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser compreendido como a garantia das necessidades vitais de cada sujeito, o princípio do Ubuntu, aplicado, por sua vez, numa perspectiva da coletividade – e, evitando, nesta investigação, entrar na comparação entre o conceito de dignidade humana e o conceito Ubuntu, mas servindo-me da lógica – pode ser entendido como o garante de uma sociedade coesa, democrática e aberta, sendo que assenta nos valores da compaixão, empatia e respeito pelo outro.

O Ubuntu não estabelece uma consequência jurídica definitiva, nem trata de situações específicas e determinadas. Ao invés, o Ubuntu pode ser visto como um mandamento de otimização, sendo que devem ser adotadas todas as medidas possíveis que estiverem ao alcance das possibilidades jurídicas e fáticas para a satisfação do princípio. Em termos práticos, o indivíduo, a coletividade, as instituições e o próprio Estado devem orientar as suas ações num sentido de satisfação dos valores compreendidos pelo Ubuntu. É precisamente nesta medida que podemos olhar para o Ubuntu como um princípio e não como uma regra.

### **5.3. O Princípio da Boa-fé**

Primeiramente, é conveniente explicar a convocação deste princípio nesta investigação. Na verdade, outros princípios, mais óbvios, poderiam ser tratados, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, pareceu-me extremamente útil abordar outra perspectiva e compreender também a aplicação do conceito Ubuntu nas relações contratuais e o seu paralelismo com o conceito de boa-fé, que surgiu no direito romano.

Importa, pois, compreender a história e o conceito de boa-fé ou de *bona fides* para que depois possa ficar mais claro a convocação deste princípio para esta investigação.

Ora, o princípio da boa-fé constitui um dos principais princípios do direito civil e das relações contratuais, sendo que para o compreender é relevante conhecer a sua origem.

Uma teoria é que *bona fides* surgiu do conceito romano de *fides*. Não obstante, também foi alegado que as influências gregas podem ser identificadas no desenvolvimento de *bona fides*, especialmente no seu papel de correção e adaptação do *ius civile*<sup>52</sup>, que correspondia a um direito rígido exclusivo dos cidadãos romanos, que misturava questões religiosas com questões jurídicas. De acordo com a lenda, *fides* foi a primeira virtude em Roma a ser personificada como uma deusa, assim, a origem religiosa da *fides* ilustra a importância da *fides* para os romanos. Além disso, a *fides* desempenhou um papel importante na monarquia romana e continuou a fazê-lo durante o período republicano.

Apesar das suas origens religiosas, a *fides* foi-se desenvolvendo como uma construção moral e social, que se manifestou em vários aspetos da sociedade romana. Como resultado, teve vários significados, dependendo do contexto em que o conceito era usado. A *fides* foi descrita como "*manter a palavra*" ou "*estar vinculado à palavra*"<sup>53</sup>.

A fidelidade era um dos princípios fundamentais dos romanos e a falta de fidelidade à palavra resultaria numa nódoa social contra a reputação de alguém. Neste contexto, a *fides* reconhecia o dever moral de fidelidade.

Como o princípio da *fides* era usado nas relações internacionais, argumenta-se que se desenvolveu num princípio universal que se aplicava a todas as nações, e não apenas aos romanos, e se tornou parte do *ius gentium*, isto é, das normas de direito romana que se aplicavam aos estrangeiros. A partir daí, o *ius gentium*

---

<sup>52</sup> Hanri du Plessis, «Harmonising Legal Values and Ubuntu: The Quest for Social Justice in the South African Common Law of Contract» (PER / PELJ, 2019), p. 3.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p.4.

exerceu influência sobre a *fides* romana, passando-a de obrigação moral a obrigação legal<sup>54</sup>.

Importa ainda compreender como o conceito de *fides* se desenvolveu para *bona fides*. Existe alguma incerteza a este respeito, mas Schermaier propõe uma teoria<sup>55</sup>. Uma das relações fiduciárias - a fidúcia, era legalmente aplicável e não se baseava apenas na *fides*. A fórmula da *actio fiduciae bene agere* do cessionário exigia *bene agere* do cessionário, ou seja, que ele se saísse bem. Isto exigia que o cessionário agisse com cuidado, prudência e com respeito pelos interesses da outra parte. Schermaier defende que esse padrão de comportamento corresponde ao exigido pela *bona fidei iudiciae*. Assim, a *actio fiduciae* foi possível e provavelmente a precursora da *bona fidei iudicia*<sup>56</sup>. Posto isto, *bona fides* não significava apenas “*manter a palavra*”, mas também exigia que se agisse de acordo com um determinado padrão de comportamento.

Algumas influências gregas podem ser identificadas no uso da *bona fides* para corrigir e adaptar o *ius civile*. Desta forma, é relevante perceber a função da *bona fides* como expressão da *aequitas* para corrigir as injustiças da lei formal.

Cícero<sup>57</sup> evidencia como os romanos tratavam *bona fides* como uma expressão de *aequitas* que era usada para corrigir as injustiças da lei formal. Cícero considerava a boa-fé como uma expressão de *aequitas* que poderia ser usada para corrigir e adaptar o *ius civile*. Esta ideia surge porque o conceito de *aequitas*, no sentido jurídico, costuma ser descrito como um conceito que se refere à equidade e que se contrapõe especificamente ao estrito cumprimento da letra da lei. Por sua vez, o conceito romano de *aequitas* tem a sua origem no grego conceito de *epieikeia* (equidade).

---

<sup>54</sup> Hanri du Plessis, «Harmonising Legal Values and Ubuntu: The Quest for Social Justice in the South African Common Law of Contract» (PER / PELJ, 2019), p. 6.

<sup>55</sup> Schermaier "Bona Fides in Roman Contract Law" em Zimmerman R e Whittaker S (eds), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University: Press Cambridge, 2000), p. 80.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Como mencionado em: Hanri du Plessis, «Harmonising Legal Values and Ubuntu: The Quest for Social Justice in the South African Common Law of Contract» (PER / PELJ, 2019), p. 7.

Cícero emprega o termo *aequitas* para se referir a justiça, que ele contrasta com o estrito cumprimento da letra da lei. Por outras palavras, onde a *bona fides* foi usada para corrigir e adaptar o *ius civile*, foi com referência às ideias filosóficas gregas. Assim, embora pareça que os romanos usaram conceitos indígenas existentes para desenvolver uma lei de contrato mais equitativa, há provas de que eles utilizaram termos e ideias da filosofia grega para desenvolver um sistema mais justo e flexível que incorporou considerações normativas baseadas na justiça, deixando para trás um sistema tão formalista<sup>58</sup>.

Ora, a boa-fé é hoje um princípio fundamental da ordem jurídica, especialmente relevante no campo das relações civis e mesmo, de todo o direito privado.

A consagração da boa-fé corresponde, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extra-legais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha<sup>59</sup>.

O princípio da boa-fé invade todas as áreas do Direito, mas assume especial importância no domínio dos contratos.

Com efeito, importa distinguir a boa-fé em sentido objetivo da boa-fé em sentido subjetivo.

A boa-fé em sentido subjetivo corresponde a um estado subjetivo<sup>60</sup>, isto é, refere-se ao estado psicológico do indivíduo que, por qualquer motivo ou circunstância, julga estar a agir conforme o Direito, desconhecendo qualquer ilicitude. Tem-se então que a boa-fé em sentido subjetivo diz respeito à situação de quem julga atuar em conformidade com o Direito, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior.

---

<sup>58</sup> Hanri du Plessis, «Harmonising Legal Values and Ubuntu: The Quest for Social Justice in the South African Common Law of Contract» (PER / PELJ, 2019), p. 10.

<sup>59</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (Coimbra Editora, 2005), p.124.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.125.

Em muitos outros casos, porém, a lei recorre à boa-fé em sentido objetivo, constituindo um verdadeiro dever de conduta contratual, sendo neste sentido que o princípio revela todo o seu imenso potencial e traduz a dimensão de justiça social e material.

Posto isto, a boa-fé em sentido objetivo corresponde a um princípio extralegal para o qual aquele que julga é remetido através de cláusulas gerais. O princípio não contém, ele próprio, a solução, carecendo, assim, da mediação concretizadora daquele que o aplica.

A boa-fé pressupõe uma relação inter-subjetiva, em que ninguém está de boa ou má-fé sozinho, mas atua em concreto com outrem.

Nas relações contratuais, da boa-fé em sentido objetivo, constitui, pois, uma regra de conduta segundo a qual os contraentes devem agir de modo honesto, correto e leal, não só impedindo assim comportamentos desleais como estabelecendo deveres de colaboração entre eles<sup>61</sup>.

A boa-fé também conforma, em certa medida, a relação contratual, pois é um dos critérios a que se recorre para determinar o âmbito da vinculação negocial. Na verdade, do contrato também fazem parte todos os deveres laterais que se fundam no princípio da boa-fé e se mostram necessários a integrar a lacuna contratual.

Com efeito, podemos afirmar que este princípio tem em conta a moral e a ética das relações contratuais. Desta forma, este princípio desempenha diferentes funções.

Por um lado, o princípio da boa-fé tem uma função interpretativa na medida em que, sempre que houver uma dúvida sobre a interpretação de uma ou mais cláusulas contratuais deve utilizar-se a boa-fé como parâmetro balizador da interpretação, em busca da interpretação mais ética, isto é, que se coadune melhor com a função daquele contrato e com respeito aos interesses legítimos das partes.

---

<sup>61</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (Coimbra Editora, 2005), p.125.

Este princípio desempenha também uma função integrativa. Assim, sempre que houver uma lacuna no contrato, isto é, uma situação não prevista, a boa-fé deve ser utilizada como critério legislativo para suprir aquela lacuna, aquele problema.

Além disto, este princípio tem uma função de controle. A boa-fé atua como um critério de estabilização da relação jurídica, capaz de suprimir direitos de uma parte e conferir direitos a outra, sempre tendo em vista o equilíbrio contratual.

Por fim, como já salientámos, o princípio da boa-fé desempenha uma função autónoma de deveres laterais de conduta. Com isto, a boa-fé gera, autonomamente, deveres de conduta para ambas as partes em qualquer contrato, independentemente de qualquer previsão específica no contrato. As partes devem agir com lealdade, honestidade, confiança e cooperação, sendo que isto é uma decorrência natural e direta do princípio da boa-fé, que incide sobre todos os contratos e sobre eles faz incidir estes deveres anexos de conduta leal.

## **CAPÍTULO II - A Receção do Conceito Ubuntu no Sistema Jurídico Sul-africano**

### **1. Razão de Ordem**

A filosofia Ubuntu adquiriu maior visibilidade na região da África do Sul devido ao regime segregacionista implementado no país, uma vez que após a sua queda, o Ubuntu foi utilizado como forma de reestabelecer a harmonia e reunificar o país ao implementar uma forma de justiça restaurativa através do perdão, como já abordamos acima.

Assim, depois do enquadramento teórico do conceito Ubuntu, da referência à importância do papel de Mandela na construção de uma justiça restaurativa e de uma nova África do Sul, alicerçada na compaixão, empatia e respeito, e da abordagem do conceito no Sistema Regional Africano de Direitos Humanos; torna-se, agora, fundamental, perceber a receção do conceito Ubuntu no âmbito nacional, afunilando a questão ao sistema jurídico sul-africano e compreendendo a aplicação do conceito na jurisprudência.

### **2. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**

A nível regional, os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos têm o intuito de levar em consideração as diferenças culturais, económicas e sociais dos Estados, sobretudo, para facilitar a cooperação internacional. Os sistemas existentes hoje são o europeu, o interamericano e o africano.

Atualmente, o principal instrumento legal de proteção regional dos direitos humanos no continente africano é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)<sup>62</sup>, de 1981, que entrou em vigor em 1986, também conhecida como Carta de Banjul. A expressão “*direitos dos povos*” levanta desde logo problemas conceptuais complexos, que refletem as circunstâncias da descolonização em que se defendia a autodeterminação dos povos, mas que perduraram na ideologia dos novos Estados independentes. É importante realçar

---

<sup>62</sup> «Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Carta de Banjul» (1981).

também que o conceito de “*direitos dos povos*” não tem o mesmo significado na filosofia africana, que os direitos coletivos na concepção socialista dos direitos humanos.

Uma das novidades e especificidades da Carta Africana é a consagração de deveres individuais em relação aos outros e à comunidade, com base na tradição africana., nomeadamente, no capítulo II da parte I da Carta Africana, nos artigos 27.º e 28.º.

No artigo 28.º podemos ler que “*cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos*”. Esta novidade reflete características culturais do povo africano que interligam a ideia de direitos e deveres como inseparáveis, e que decorrem dos valores que vimos anteriormente na filosofia Ubuntu<sup>63</sup>. Uma outra novidade que também deve ser referida é o facto de não existir uma distinção entre, por um lado, direitos civis e políticos, e, por outro, direitos sociais e económicos, tendo em conta a mais recente doutrina do direito internacional dos direitos do homem, sendo que a Carta de Banjul atribui o mesmo peso jurídico a todos os direitos mencionados na Carta.<sup>64</sup>

A Carta Africana é também caracterizada por estabelecer o valor das tradições ancestrais dos povos africanos como princípio norteador do documento, ao expressar no seu preâmbulo a necessidade de ter em consideração “*as virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana*”<sup>65</sup> na concepção dos direitos humanos e dos povos.

A Carta criou, posteriormente, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que possui uma competência ampla no tema, além de receber queixas de Estados, indivíduos e grupos sobre violações dos Direitos Humanos. Todavia,

---

<sup>63</sup> Alfa Oumar Diallo e Gustavo Silveira Borges, «A Filosofia Africana do Ubuntu e os Direitos Humanos», s/ data, p.15.

<sup>64</sup> *Ibid.* p.17.

<sup>65</sup> Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, «Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Carta de Banjul», 1981.

as decisões emitidas pela Comissão não possuem força vinculativa. A Comissão admite também queixas de ONGs em nome das vítimas de violações, constituindo-se em uma importante fonte de informações para a Comissão.

Não só o artigo 28.º da Carta de Banjul reflete o conceito e a filosofia Ubuntu, como também, a própria criação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, mostra a importância do indivíduo se proteger a si mesmo e aos outros, estando também aqui espelhado o Ubuntu.

Ora, o Ubuntu corresponde à essência do ser humano, por isso, ser Ubuntu é sentir – e atuar como tal – que todos nós enquanto humanos pertencemos a um feixe de vida, e que a pessoa com Ubuntu está aberta e disponível para os outros. Com efeito, a ausência de Ubuntu implica uma rutura dessa harmonia, e isto manifesta-se na violência contra outro ser humano – como, por exemplo, nas situações de desigualdade económica, exílio, deslocamentos forçados e assassinatos - contra a natureza – vejamos os exemplos da poluição da água e do ar e extinção de várias espécies animais e vegetais. A humanidade para com os outros tem uma estreita relação com a vida. Na cosmovisão africana é o centro de tudo, pois toda ação do ser humano deve procurar fortalecer a sua vida e a comunidade.

Devido ao seu passado histórico, o continente africano possui particularidades culturais incompatíveis com as características ocidentais. Como é reforçado pela filosofia Ubuntu, os povos africanos consideram que a cidadania somente é atingida quando o indivíduo se encontra em comunidade, e a partir da inserção na sociedade será atingido o seu potencial máximo. O indivíduo não é fragmentado do social e individualizado; pelo contrário, a humanidade concretiza-se na totalidade, numa relação mútua na qual o indivíduo e a sociedade formam uma unidade dialética de relações indispensáveis à existência de ambos.

Assim, podemos questionar-nos se a perceção dos direitos humanos no contexto universal está condicionada, no espaço e no tempo, por múltiplos fatores históricos, políticos, económicos, sociais e culturais. Ou seja, o seu conteúdo real dos direitos será definido de modo diverso e com modalidades variáveis? E no

seguimento deste questionamento, surge uma outra pergunta: existe uma conceção universal dos direitos humanos? Esta questão não será respondida com esta investigação, mas pareceu-nos pertinente salientar o facto de que os direitos e deveres devem ter em conta a cultura e as circunstâncias, para podermos encontrar o seu verdadeiro conteúdo, daí a necessidade de enquadrarmos o surgimento do Ubuntu em África (e, adiante, na África do Sul). Não obstante, atentemos à possibilidade de olharmos à nossa volta e percebermos que um conceito que nasceu e cresceu num determinado lugar, poder vir a ser transposto e desenvolvido noutro, ou não estaríamos a desenvolver este trabalho sobre o Ubuntu e a possibilidade de os países ocidentais rececionarem este conceito.

Dada a multiplicidade de fatores que condicionam a diversidade cultural encontrada no continente africano, podemos constatar que o ideal ocidental de individualismo não se adequa ao contexto de solidariedade cultural africana desenvolvida no período pós-apartheid, pelo que é necessário considerar e conhecer a África através dos próprios africanos. Assim, para conhecermos os direitos africanos não podemos simplesmente querer impor à força a visão ocidental de humanismo, progresso ou direitos humanos. Devemos antes, ter em consideração as circunstâncias e a diversidade cultural e perceber o que também podemos retirar da sua história.

### **3. O Sistema Jurídico Sul-africano**

O sistema jurídico sul-africano é reflexo do processo de colonização que ocorreu no país, traduzindo-se num profundo pluralismo jurídico.

A descoberta e a colonização da África do Sul tiveram início em 1448, quando Bartolomeu Dias chegou à Ilha de *Robben*. A Ilha era frequentada por navegadores holandeses, portugueses e ingleses e era habitada por diferentes povos, entre eles, o povo Zulu.

Ora, a primeira lei ocidental foi trazida para a África do Sul, em 1652, pela Companhia Holandesa das Índias Orientais, uma empresa privada que não

representava o Estado holandês.<sup>66</sup> Os objetivos holandeses eram puramente comerciais e limitavam-se a oferecer um sítio seguro de fornecimento de água, carne, frutas e legumes a um custo mínimo. Isto afetou a sua política em relação à população indígena, ou seja, de não agressão e pró-comércio. A lei holandesa não era codificada, nem uniforme. A Cidade do Cabo não se chegou a tornar uma colônia holandesa, pois era apenas o local da sede da empresa.

Em 1795, as forças revolucionárias francesas ocuparam a Holanda e os ingleses conquistaram a Cidade do Cabo com o objetivo de salvaguardar a rota marítima para a Índia<sup>67</sup>.

Nos termos dos Artigos da Capitulação em 1795 e de acordo com a regra de direito internacional, que estabeleciam que as leis de um país conquistado permanecem em vigor até que sejam alteradas pelo conquistador, a lei romano-holandesa permaneceu enquanto lei do Cabo<sup>68</sup>.

Em 1814, o Cabo tornou-se uma colônia da Coroa britânica, nos termos da Convenção de Londres. Assim, e de forma quase inevitável, com o objetivo de criar jurisdição funcional, a administração colonial inglesa remodelou o sistema e introduziu leis de procedimento ingleses<sup>69</sup>, daí a enorme influência do sistema de *common law*.

Com as guerras dos bôeres, que opuseram os colonos holandeses e franceses ao exército britânico, não só um exército venceria o outro, como também, um sistema jurídico acabaria por prevalecer relativamente ao outro. Ora, os ingleses saíram vencedores e os bôeres ficaram sob o domínio britânico<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Philip Thomas, «European Legal Tradition and the Romanist Legacy in South Africa» (Iura & Legal Systems, Università degli Studi di Salerno, 2018), p.4.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>68</sup> Ph J. Thomas, «Harmonising the Law in a Multilingual Environment with Different Legal systems: Lessons to be Drawn from the Legal History of South Africa», 2008, p.135.

<sup>69</sup> Philip Thomas, «European Legal Tradition and the Romanist Legacy in South Africa» (Iura & Legal Systems, Università degli Studi di Salerno, 2018), p. 26.

<sup>70</sup> Ph J. Thomas, «Harmonising the Law in a Multilingual Environment with Different Legal systems: Lessons to be Drawn from the Legal History of South Africa», 2008, p.139.

Com o fim da guerra, em 1902, houve uma anexação do Transvaal e do Estado Livre de Orange (que estavam sob o domínio dos bôeres) às colônias britânicas de Natal e do Cabo, o que potenciou a criação da União Sul Africana em 1910, que ficou sob o domínio inglês.

Após a criação desta União, as leis de segregação e racial e de subjugação dos negros foram crescendo. Louis Botha, o primeiro chefe político da União, potenciou a existência de leis segregacionistas. Este regime racista foi ganhando espaço e em 1948 chegou ao poder da União Sul-Africana o Partido Nacional Africano. Este sistema de segregação, também denominado de apartheid, vigorou na África do Sul desde 1910 até 1990, terminando com libertação de Nelson Mandela e, posteriormente, culminando com a eleição de Mandela enquanto Presidente da África do Sul.

Esta realidade vivida na África do Sul teve uma profunda influência no sistema jurídico do país.

Atualmente, a lei estatal sul-africana corresponde a um sistema jurídico misto ou híbrido, abrangendo direito civil proveniente dos holandeses, direito comum herdado dos ingleses e direito consuetudinário herdado dos indígenas. Uma das principais características do direito sul-africano é o facto de não ser, em grande parte, codificado e por isso, as fontes de direito encontram-se na legislação, nas decisões judiciais e no direito consuetudinário<sup>71</sup>.

O direito consuetudinário representa as várias leis observadas pelas comunidades indígenas e podem ser encontradas em livros escolares, legislação, decisões judiciais e costumes. Na verdade, algumas formas de leis não estatais surgiram como reação a algumas injustiças causadas pelas leis coloniais. Veja-se o caso do direito penal, em que os tribunais populares têm aplicado métodos alternativos não oficiais de disputas, desenvolvidos como reação contra a inacessibilidade e injustiça dos tribunais ocidentais.

---

<sup>71</sup> Christa Rautenbach, «Deep Legal Pluralism in South Africa: Judicial Accommodation of Non-State Law» (Journal of Legal Pluralism, nr. 60, 2010).

De facto, o pluralismo jurídico é mais do que uma simples peculiaridade jurídica. É uma realidade que está intimamente entrelaçada com a vida quotidiana dos sul-africanos. Por exemplo, os membros de comunidades culturais e religiosas, anteriormente obrigados a viver juntos em resultado do regime do apartheid observam certos aspetos das suas próprias leis que geralmente não são reconhecidos pela lei sul-africana. Neste caso, estamos perante sistemas jurídicos não oficiais de direito comum e consuetudinário que incorporam o pluralismo jurídico profundo como, por exemplo, o direito hindu, o direito judaico e o direito muçulmano<sup>72</sup>.

Por um lado, o sistema de direito comum herdado dos britânicos teve uma grande influência nos aspetos processuais do sistema legal e nos métodos de adjudicação, e, por outro lado, o direito romano-holandês surtiu uma maior influência no direito privado substantivo.

Quanto ao sistema judicial, o mesmo é mencionado no Capítulo 8 da Constituição da República da África do Sul<sup>73</sup>, sendo referido que a autoridade judiciária da República é exercida pelos tribunais e que os mesmos são independentes. Os tribunais estão organizados hierarquicamente existindo o Tribunal Constitucional; o Supremo Tribunal de Recurso, sendo um tribunal puramente de apelação, isto é, de segunda instância; o Supremo Tribunal da África do Sul, com várias divisões por todo o país; os tribunais de magistrados; e, por fim, qualquer outro tribunal estabelecido ou reconhecido nos termos de uma lei do parlamento. Ademais, foram ainda criados diferentes tribunais especializados, que existem paralelamente à hierarquia, nomeadamente, o Tribunal Eleitoral ou o Tribunal de Reivindicações. Existem também alguns tribunais indígenas africanos, que tratam apenas da lei indígena.

A África do Sul sofreu uma harmonização jurídica que não se confundiu com uma unificação. A harmonização deve sempre reconhecer a diversidade, e o

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>73</sup> «Constitution of the Republic of South Africa» (1996).

método britânico introduzido na colônia do Cabo e, posteriormente, na União, levou à criação de instituições, estruturas e processos que colocaram o foco nos procedimentos legais e não nos valores jurídicos *per si*<sup>74</sup>.

#### **4. O Rol de Direitos da Constituição enquanto Reflexo do Conceito Ubuntu**

O Ubuntu foi explicitamente consagrado na Constituição Provisória da África do Sul<sup>75</sup>, aprovada pelo Parlamento em 1993. Nela concedeu-se o direito aos negros de votarem e participarem nas eleições, tendo Nelson Mandela sido eleito em 1994.

A Constituição Provisória lançou as bases legais para o estabelecimento da lei que cria a Comissão da Verdade e Reconciliação, como forma de lidar com os conflitos pós-apartheid, sendo que a decisão de criar esta comissão se baseou na filosofia Ubuntu. A criação de Comissões da Verdade conduz a uma investigação sobre o passado, reconhecendo as atrocidades cometidas e a partir daí essas Comissões estipulam soluções de forma a evitar o seu reaparecimento no futuro com base no conhecimento das violações de direitos humanos às vítimas e na restauração da paz; assim, não se trata do esquecimento dos acontecimentos, mas da necessidade comprovada de que a memória possui conteúdo terapêutico para as comunidades através de seu papel preventivo.

A filosofia africana assume assim, um papel descolonizador do pensamento imposto pelos europeus sobre o resto do mundo, postulando a filosofia Ubuntu como uma verdadeira contribuição cultural.

Apesar de o termo Ubuntu surgir expressamente na Constituição Provisória de 1993<sup>76</sup>, o mesmo não acontece na Constituição de 1996<sup>77</sup>. Não obstante, o conceito aparece subentendido, na medida em que a dignidade humana é referida inúmeras vezes e o conceito faz parte da jurisprudência emergente sul-africana. Ademais, a

---

<sup>74</sup>Ph J. Thomas, «Harmonising the Law in a Multilingual Environment with Different Legal systems: Lessons to be Drawn from the Legal History of South Africa», 2008, p.154.

<sup>75</sup>«Constitution of the Republic of South Africa Act 200» (1993).

<sup>76</sup> «Constitution of the Republic of South Africa Act 200» (1993).

<sup>77</sup> «Constitution of the Republic of South Africa» (1996).

Constituição de 1996 prevê um extenso rol de direitos económicos, sociais e culturais. Enquanto que a Constituição sul-africana cuida da tutela interna dos direitos humanos (sendo que nos direitos humanos no geral também existe uma contradição, uma vez que há uma luta pela solidificação dos direitos inerentes ao homem, mas quem levanta esta bandeira - países ocidentais - ainda explorava as suas antigas colónias, de forma direta ou indireta), a jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional Sul-Africano, almeja dar eficácia prática à Constituição, tendo-se destacado pela promoção da igualdade e justiça.

É inegável a importância das constituições modernas como meio de modificação da realidade e do modo de vida dos povos, já que são normas superiores que vinculam poderes políticos, para a mudança do Direito, para que se concretizem os direitos fundamentais do indivíduo, promovendo a justiça social. Portanto, o seu carácter transformador advém da capacidade que possuem de orientar as mudanças sociais.

A recente democracia sul-africana tem desenvolvido uma jurisprudência sobre direitos socioeconómicos que impõem uma série de proteções para o bem-estar social, incluindo os direitos à habitação, saúde e educação, ficando evidente a influência dos ditames do Ubuntu. O seu carácter transformador advém justamente da capacidade que possuem de orientar as mudanças sociais.

Adiante, analisaremos a questão da redundância do conceito Ubuntu, tendo em conta a existência de um extenso rol de direitos sociais previstos na Constituição, que podem – ou não – substituir ou complementar o papel do Ubuntu. Ainda assim, é relevante analisar os casos infra tendo em conta a nova perspectiva constitucional vertida nos casos e que deve ser seguida no caminho democrático e solidário do pós-apartheid.

#### 4.1. O Caso Soobramoney<sup>78</sup>

Thiagraj Soobramoney era um senhor desempregado de quarenta e um anos, que sofria de uma série de problemas de saúde. No ano de 1996, sofreu um acidente vascular cerebral, tendo vindo a desenvolver problemas renais. Apresentava um quadro irreversível, pois estava no estágio final da doença renal. Caso fizesse hemodiálise, poderia ser prolongada a sua vida por algum tempo. Entretanto, o hospital em que ele poderia efetivar o seu tratamento não possuía vagas disponíveis. Eram poucos aparelhos para a enorme procura de pacientes que existia, por isso, houve a limitação do uso, no sentido de que apenas seriam realizadas sessões de hemodiálise em pacientes que tivessem possibilidade de recuperação ou que estivessem a aguardar um transplante de rins.

Soobramoney não se enquadrava nas categorias e, perante tal situação, intentou uma ação, pedindo que lhe fosse garantido o direito à vida, previsto na Constituição. Na ação judicial proposta, requeria que o hospital lhe reservasse um dos aparelhos, pois precisava de o usar três vezes por semana.

A Corte Sul-Africana acabou por negar o pedido do Autor, alegando, entre outros argumentos, que:

- (1) o governo havia demonstrado não possuir fundos para incluir todos os pacientes que se encontravam numa situação similar, no programa de hemodiálise;
- (2) se fosse feito o tratamento no Autor, outros pacientes com maiores probabilidades de sobrevivência teriam que ficar fora do programa;
- (3) mesmo que ocorresse a ampliação no número de aparelhos, de médicos e enfermeiros, os hospitais públicos não teriam as condições para efetuar hemodiálise em todos os pacientes na mesma situação do Autor, pois a capacidade de atendimento na rede pública era apenas de 30% dos pacientes com problemas renais crónicos;

---

<sup>78</sup> Constitutional Court of South Africa, Thiagraj Soobramoney versus Minister of Health (kwazulu-natal), nr. 17 SA 765 (Constitutional Court of South Africa 1997).

- (4) como o Governo não possuía condições de tratamento de todos os pacientes na mesma condição do Autor, o melhor seria não tratar de nenhum;
- (5) as decisões dramáticas, em matéria de saúde, deveriam, em princípio, ser tomadas por quem está, de facto, na linha de frente, e não pelo tribunal;
- (6) os critérios adotados pelo hospital público, em matéria de atendimento, eram considerados razoáveis perante a escassez de recursos.

Logo após a decisão, Soobramoney acabou por falecer e, devido a isso ficou reconhecido expressamente que os cidadãos poderiam exigir judicialmente o cumprimento do direito à saúde, dentro de certas situações. Assim, deveria o poder judiciário avaliar se as medidas governamentais estariam de forma efetiva a possibilitar o acesso ao referido direito. Esta decisão reflete os valores subjacentes ao conceito Ubuntu, na medida em que a comunidade se deve interessar por todos os indivíduos e vice-versa. Logo, o Estado, enquanto representante da comunidade deve garantir o bem-estar dos cidadãos para que estes de alguma forma também possam reverter para o bem-estar coletivo, promovendo-se, assim, a construção um círculo saudável de convivência pacífica.

#### **4.2. O Caso Grootboom<sup>79</sup>**

Irene Grootboom e várias famílias moravam numa favela chamada Wallecedene, cujas condições eram precárias: não havia saneamento básico, serviços de limpeza pública, água potável e pouquíssimas casas tinham acesso a eletricidade. O poder público incluiu os moradores num programa de fornecimento de casas a baixo custo. No entanto, passados anos, o mesmo não havia sido implementado.

Perante tal situação, vários moradores de Wallecedene resolveram abandonar a localidade e ocupar uma área particular. O proprietário, inconformado com a ocupação, intentou uma ordem de despejo, que foi concedida em dezembro de

---

<sup>79</sup> Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others, nr. 19 SA 46 (Constitutional Court of South Africa 2000).

1998. Porém, não houve o cumprimento da ordem pelos que ocuparam a propriedade, permanecendo no local após o prazo que havia sido concedido.

Em março do ano seguinte, foi concedida uma nova ordem de despejo, cumprida dois meses mais tarde, de maneira desumana. Os moradores foram expulsos sem tempo de retirar os seus pertences, que foram destruídos por escavadoras. Posteriormente, houve a alocação dos mesmos em abrigos temporários e foi requerida ao município uma solução para o problema.

Como o município foi vago na sua resposta, não apresentando medidas efetivas para aliviar a condição em que as pessoas se encontravam, Irene Grootboom e outros tantos ingressaram na justiça para que a Constituição fosse cumprida.

A Suprema Corte da África do Sul decidiu a favor dos moradores e afirmou que o caso mostra o desespero de centenas de milhares de pessoas por todo o país que vivem em condições miseráveis. A Constituição exige que o Estado tome medidas para amenizar estas situações. A obrigação consiste em providenciar acesso à habitação, saúde, comida e água suficientes e segurança social para os necessitados e as suas famílias. O Estado deve também promover condições que permitam aos cidadãos acesso equitativo às terras. Os mais necessitados têm o direito correspondente de exigir judicialmente o cumprimento dessas obrigações. É inquestionável que é uma tarefa extremamente difícil para o Estado cumprir essas obrigações na situação que prevalece no país. De facto, isso é reconhecido pela Constituição, a qual expressamente dispõe que o Estado não é obrigado a gastar mais do que tem ou implementar esses direitos imediatamente. Assinala-se, contudo, que, apesar disso, trata-se de direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar-lhes efetividade. Assim, esta é uma obrigação que o Tribunal pode, nas circunstâncias apropriadas, exigir o cumprimento.

A Corte determinou que fosse implantado pelo Poder Público, de acordo com os recursos disponíveis, um programa para progressivamente possibilitar o acesso à habitação, por meio de medidas e pelo auxílio às pessoas que se encontravam em situação de vulnerabilidade, todas a serem fiscalizadas pela Comissão de Direitos Humanos. Dessa forma, a decisão uniu os valores democráticos e a possibilidade

de efetivação judicial dos direitos económicos, sociais e culturais. Portanto, o Estado teria a função de procurar a concretização de tais direitos, mas caso houvesse a omissão, caberia novamente ao poder ao Judiciário, agir no sentido de reforçar o seu cumprimento.

Com efeito, apesar de não conter referência expressa na Constituição de 1996, o Ubuntu foi absorvido na corrente principal do discurso jurídico por uma série de decisões da Corte Constitucional.

Não se deve entender que o Ubuntu suprime os direitos pessoais únicos do indivíduo num contexto comunitário, mas que tem como premissa o respeito da autonomia das pessoas como um requisito essencial na construção e desenvolvimento da humanidade numa comunidade.

A filosofia Ubuntu, além de promover grande influência na vida africana e de, por via de consequência, ter ganho o respeito da comunidade mundial, passa também a compor julgamentos relevantes da Corte Constitucional, na África do Sul.

Esta filosofia aplicada aos casos que envolvem os direitos sociais, tem sido responsável por restaurar e estreitar os laços rasgados na sociedade sul-africana por conta do incumprimento estatal em relação às prestações sociais, em especial ao direito à habitação (caso Grootboom), mas também o direito à saúde (caso Soobramoney).

É ainda de salientar o papel fundamental desempenhado por dezenas de magistrados que inserem nos seus votos referências à Filosofia Ubuntu, mesmo não estando, esse valor africano tão profundo, na Constituição da África do Sul.

## 5. A Receção Constitucional do Conceito Ubuntu: o Caso *S v Makwanyane*

Na África do Sul existe uma necessidade real de legitimar o sistema legal. Este sistema só será, de facto, legítimo, se refletir a demografia e diversidade cultural do país<sup>80</sup>. Assim, segundo Keep and Migdley<sup>81</sup> a ideal cultura legal africana é aquela que for capaz de mostrar ao mesmo tempo a coesão e a pluralidade do país. É precisamente através do Ubuntu que estes valores podem ser atingidos.

O conceito Ubuntu foi incorporado pela primeira vez numa lei oficial sul-africana, em 1993, na sua Constituição Provisória<sup>82</sup>.

A Constituição de 1996<sup>83</sup> não faz qualquer referência ao Ubuntu, mas o conceito de dignidade humana é referido inúmeras vezes e está previsto um extenso rol de direitos económicos, sociais e culturais (como já analisamos). Não obstante, na verdade, a Constituição de 1996, reconhece o costume como fonte de direito e como matéria sujeita ao escrutínio constitucional, por isso, os tribunais devem também fazer uso dele. Com efeito, apesar de Ubuntu e direito consuetudinário não serem sinónimos, o conceito Ubuntu está inerentemente ligado ao direito costumeiro, logo, recorrer aos costumes também significa poder recorrer ao conceito Ubuntu.

O reconhecimento do direito consuetudinário e do Ubuntu está intimamente ligado ao processo de transformação constitucional que era necessário no período pós-apartheid. O reconhecimento do direito costumeiro é um aspeto vital do constitucionalismo<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> C Himonga, M Taylor and A Pope, «Reflections on Judicial Views of Ubuntu» (Vol.16, nr.5, 2013), p.370.

<sup>81</sup> Helen Keep and Rob Migdley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», s/ data, p. 30.

<sup>82</sup> «Constitution of the Republic of South Africa Act 200» (1993).

<sup>83</sup> «Constitution of the Republic of South Africa» (1996).

<sup>84</sup> C Himonga, M Taylor and A Pope, «Reflections on Judicial Views of Ubuntu» (Vol.16, nr.5, 2013), p.372.

O primeiro caso que mostrou a importância do papel do Ubuntu no Tribunal Constitucional foi o *S v Makwanyane*<sup>85</sup>. Este julgamento mostrou a relevância do Ubuntu enquanto conceito legal. O Tribunal Constitucional decidiu, por unanimidade, que a implementação da pena de morte era inconstitucional. Nesta jurisprudência não existiram referências históricas, filosóficas e escritas do conceito Ubuntu. Na verdade, é de notar que os juízes tenham tido um raciocínio tão capaz e aberto ao ponto de fazerem inferências pessoais e subjetivas sobre o conceito.

Este julgamento é de particular importância para o desenvolvimento da revisão dos direitos judiciais. Segundo Roux<sup>86</sup>, este julgamento precoce significou o surgimento de um Tribunal confiante, disposto a empenhar-se em raciocínios morais substantivos sobre a correção da ação governamental e capaz de dar resposta a questões politicamente controversas.

Apesar do que poderia ter sido o apoio do público em geral à pena de morte, aqui o Tribunal foi, enquanto nova instituição pós-apartheid, um golpe na prática do antigo regime, uma prática que tinha sido carregada de disparidade racial e vista como um instrumento utilizado contra aqueles que lutaram contra o apartheid.

Swartz<sup>87</sup> refere que o Ubuntu oferece uma visão unificada de comunidade baseada no conceito de compaixão, respeito e interdependência. Tem-se discutido também se o próprio termo Ubuntu deve ser debatido noutras línguas. No entanto, parece-nos que este não é um assunto a refletir, uma vez que, se o Ubuntu serve para facilitar a transformação e a reconciliação, devemos estar aptos a debatê-lo e compreendê-lo em qualquer língua.

A verdade é que até ser invocado e explicado pelos tribunais, o conceito Ubuntu foi sempre uma questão aberta sobre o quão fundamental ou importante

---

<sup>85</sup> *State v Makwanyane*, nr. 3 SA 391 (Constitutional Court of South Africa 1995).

<sup>86</sup> Roux *apud* James Rooney, «Judicial Culture and Social Rights: A Comparative Study of How Social Rights Develop Within Common Law Legal Systems», fevereiro de 2021, p.229.

<sup>87</sup> Sharlene Swartz, «A Long Walk to Citizenship: Morality, Justice and Faith in the Aftermath of Apartheid» (Journal of Moral Education, Vol. 35, nr. 4, University of Cambridge, UK, dezembro de 2006).

seria encontrar uma definição para servir o propósito de interpretação constitucional. Mogkoro referiu que a o constitucionalismo pós-apartheid exige que os tribunais se desenvolvam e interpretem direitos alicerçados "*em termos de um conjunto coeso de valores, ideal para uma sociedade aberta e democrática*"<sup>88</sup>. Na opinião de Mogkoro, esta interpretação deveria ser inclusiva dos sistemas de valores indígenas da África do Sul, que se relacionam intimamente com o objetivo constitucional de construção de uma sociedade baseada na dignidade, liberdade e igualdade.

Mogkoro acredita que o Ubuntu pode servir de base para a interpretação da Declaração de Direitos prevista na Constituição de 1996. A autora aderiu à ideia do Ubuntu enquanto um valor constitucional abrangente e básico, que pode impulsionar e ajudar a futura jurisprudência do Tribunal.

Tornou-se claro no caso *Makwanyane* que o estatuto do Ubuntu enquanto valor constitucional significa que se trata de uma noção inerentemente normativa, tal como muitas outras noções éticas e morais que são constitucionais como: dignidade, liberdade, igualdade, desumano.

As questões que se colocam relativamente à definição do Ubuntu estão, por isso, intimamente ligadas a questões morais. Consequentemente, quando o sistema judicial aplica o Ubuntu como um valor constitucional, inevitavelmente, tenta defini-lo para tornar o seu conteúdo normativo mais claro no contexto em consideração. Assim, explicar o significado do conceito envolve simultaneamente delinear os valores a que está vinculado, não se tratando de uma tarefa descritiva ou não-normativa.

Neste caso, Langa J<sup>89</sup> sublinhou o valor que o Ubuntu atribui à vida e à dignidade humana. Identificou a importância da vida de outra pessoa como sendo a sua própria vida. Este raciocínio também está de acordo com a expressão "*umuntu ngumuntu ngumuntu bantu*". Uma pessoa é um membro da sociedade,

---

<sup>88</sup> *State v Makwanyane*, nr. 3 SA 391 (Constitutional Court of South Africa 1995), para 302.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para 225.

independentemente das transgressões dessa pessoa. Assim, a vida de um cidadão cumpridor da lei é tão importante como a vida de um que tirou a vida de outro.

No caso de *Makwanyane*, o tribunal relacionou o conceito Ubuntu ao comunalismo e, ao mesmo tempo, à ênfase que o conceito atribui aos valores sociais particulares; referiu a sobreposição do conceito com outros valores consagrados na Declaração de Direitos; e mencionou a importância do conceito Ubuntu na justiça de reconciliação. O Ubuntu reconhece, assim, a humanidade de cada pessoa e o direito de todas as pessoas ao respeito incondicional, dignidade, valor e aceitação da própria comunidade<sup>90</sup>. Estes direitos implicam também o inverso: cada pessoa tem um dever correspondente de mostrar o mesmo respeito, dignidade, valor e aceitação a cada membro dessa comunidade.

O Ubuntu está intrinsecamente ligado à reconciliação, por isso, aceitar a pena de morte não seria agir em conformidade com o Ubuntu. A pena de morte situa-se no extremo mais afastado de um sistema de justiça de reconciliação. Um sistema de valores que enfatize a reconciliação ou o perdão leva-nos para longe deste extremo. Se o objetivo é criar um sistema que quer prevenir o crime, a solução não passará por matar os criminosos, mas por tentar estabelecer uma relação de reconciliação e impor aos criminosos novos valores baseados no Ubuntu<sup>91</sup>.

O julgamento em *Makwanyane* sublinha a necessidade de aplicação do Ubuntu como uma ajuda extra-textual à interpretação constitucional. O destaque no respeito incondicional pela dignidade humana corresponde a um dos valores fundadores da Constituição de 1996, que é o respeito pela dignidade humana. Tal como refere Mokgoro<sup>92</sup>, o direito à vida e à dignidade humana foram apoiados pelo espírito do ubuntu. Assim, o realce na dignidade humana neste julgamento, reafirma que o respeito pela dignidade humana é sempre inerente ao conceito

---

<sup>90</sup> State v Makwanyane, nr. 3 SA 391 (Constitutional Court of South Africa 1995), para 224.

<sup>91</sup> *Ibid.*, para 131.

<sup>92</sup> *Ibid.*, para 307.

Ubuntu. A inviolabilidade da dignidade humana é a base para garantir outros valores no Ubuntu.

Não obstante, apesar de nos parecer simples compreender o Ubuntu, a sua definição enquanto conceito legal é suscetível de críticas.

Alguns críticos referem que o conceito é insuficiente ou demasiado vago quando definido<sup>93</sup>. O conceito está sujeito a interpretações subjetivas e isso cria ambiguidades.

É uma condição prévia para a eficácia do Ubuntu como um conceito legal que aqueles que julgam que, por sua vez, podem ou não ter conhecimento do Ubuntu como um sistema de valor pessoal, são capazes de digerir a sua força normativa e aplicá-la a cenários particulares. Se o conteúdo do conceito Ubuntu é ambíguo, pode ser difícil para juízes ou advogados recorrer a ele com confiança. A utilização do conceito pode também levar a aplicações inconsistentes ou imprevisíveis.

Segundo English<sup>94</sup>, a ambiguidade do Ubuntu traduz-se no facto de o conceito não poder significar ao mesmo tempo “*dignidade humana individual*” e “*conformidade com as normas básicas e união coletiva*”. No entanto, podemos contra-argumentar que, apesar destes conceitos não significarem exatamente o mesmo, não há razão para pensar que precisamos de escolher entre eles para dar sentido ao conceito Ubuntu.

Na verdade, nenhuma contradição é inerente à ideia de que conceitos normativos, como o Ubuntu, englobam diferentes valores simultaneamente. Mokgoro refere que o Ubuntu envolve outros valores chave, tais como compaixão, união, solidariedade e respeito<sup>95</sup>.

A ambiguidade do Ubuntu seguiria do facto de não nos ser dada qualquer orientação quanto ao que se exclui mutuamente e, por isso, essa exclusão seria feita

---

<sup>93</sup> Como mencionado em: C Himonga, M Taylor and A Pope, «Reflections on Judicial Views of Ubuntu» (Vol.16, nr.5, 2013), p.382.

<sup>94</sup> Rosalind English, «Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence», 1996, 645.

<sup>95</sup> State v Makwanyane, nr. 3 SA 391 (Constitutional Court of South Africa 1995), para 307.

meramente de acordo com preferência de interpretação. Contudo, como se tornará evidente, a jurisprudência inspirada no Ubuntu aponta de facto na direção da realização de uma sociedade democrática baseada na dignidade, liberdade e igualdade.

Ainda assim, é de salientar que é fundamental que um conceito jurídico não seja tão aberto que possa ser explorado para servir qualquer propósito. Uma noção jurídica normativa deve ser preenchida por detalhes ou especificidades suficientemente capazes de garantir que diferentes juízes aplicam o conceito da mesma forma. Kroeze<sup>96</sup> refere que o Ubuntu inclui uma gama tão ampla de valores que acaba por tornar o conceito ambíguo.

Por outro lado, Mogkoro<sup>97</sup> argumenta que a falta de especificidade é um trunfo do Ubuntu, pois quanto mais aberto e flexível for o conceito, maior será o seu potencial como ferramenta de transformação da sociedade sul-africana. Da mesma forma, Bennett<sup>98</sup> refere que, uma vez que a África do Sul está num processo de construção de novos valores, exigir uma definição precisa do conceito Ubuntu nesta fase seria impor uma restrição prematura à sua função.

Ora, a adoção de uma posição equilibrada parece-nos o mais adequado. Adotar uma noção técnica seria fechar ou encerrar a própria função do conceito Ubuntu, não obstante, existe a necessidade de encontrar uma noção que garanta uma aplicação adequada da lei.

Ainda, quanto à questão de podermos considerar o Ubuntu um conceito vazio por ser tão abrangente, a verdade é que conceitos como a compaixão ou a dignidade, apesar de serem abstratos e de difícil explicação, isto não faz deles conceitos sem conteúdo.

---

<sup>96</sup> Irma J Kroeze, «Doing Things with Values II: The Case of Ubuntu», 2002, p. 261.

<sup>97</sup> Como mencionado em: C Himonga, «The Right to Health in an African Cultural Context: the Role of Ubuntu in the Realization of the Right to Health with Special Reference to South Africa"», 2013, p. 173.

<sup>98</sup> TW Bennett, «Ubuntu: an African Equity» (Vol. 11, nr. 4, 2011), p. 47.

Outra questão que se coloca é a redundância do conceito Ubuntu<sup>99</sup>, na medida em que a Constituição Sul-Africana de 1996, na parte da Declaração de Direitos, já contém outros conceitos que expressam os mesmos valores. No entanto, a verdade é que o Ubuntu não entra em conflito com esses direitos e valores e ainda serve para apoiar e sustentar a Declaração de Direitos. Ademais, não se pode avaliar até que ponto o Ubuntu se sobrepõe a esses conceitos a menos que se tenha clareza sobre o seu conteúdo.

Tendo em conta a posição de Keep e Midgley<sup>100</sup> sobre a necessidade premente de legitimar a ordem constitucional pós-apartheid, os autores argumentam que é fundamental que a jurisprudência da África do Sul reflita os diversos sistemas de valores da população. Como a harmonização dos valores ocidentais e africanos é a melhor forma de conseguir isto, eles veem a sobreposição entre o Ubuntu e a Declaração de Direitos como ideal.

Podemos ainda salientar que há algo de muito poderoso em ter o raciocínio judicial reforçado por dois sistemas de valores separados.

Existe uma enorme necessidade em legitimar o sistema sul-africano e, acima de tudo, sendo o Ubuntu um conceito inclusivo, aspiracional e também acessível; tudo isto parece torná-lo num ideal pelo qual vale a pena lutar na África do Sul pós-apartheid. Consequentemente, mesmo que a objeção da redundância do conceito Ubuntu seja apoiada, a sua redundância não exclui necessariamente a importância do Ubuntu no direito sul-africano.

---

<sup>99</sup> C Himonga, M Taylor and A Pope, «Reflections on Judicial Views of Ubuntu» (Vol.16, nr.5, 2013), p.387.

<sup>100</sup> Helen Keep and Rob Midgley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», s/ data, p. 48.

## 6. A Expansão Judicial do Ubuntu e a Distinção entre a Boa-fé

Depois do caso de Makwanyane, em 1995, poucos foram os casos que desenvolveram ou utilizaram o Ubuntu enquanto conceito legal da África do Sul. Ainda assim, será relevante fazer uma breve análise de alguns casos, para compreendermos a aplicação do conceito.

### 6.1. Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers<sup>101</sup>

Em outubro de 2004, surgiu um novo caso no Tribunal Constitucional: *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*<sup>102</sup>. Este caso marcou um novo renascimento da jurisprudência baseada no Ubuntu. Embora, tenham existido importantes desenvolvimentos envolvendo a utilização do Ubuntu em tribunais inferiores depois do caso de Makwanyane, foi só em 2004, no caso *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*, que o conceito recebeu um tratamento substancial por parte do Tribunal Constitucional.

Neste caso, a autoridade local, em resposta a uma petição de 1600 residentes, procurou o despejo de cerca de sessenta e oito pessoas que tinham instalado barracas em propriedade privada dentro da sua área urbana. A maioria dos indivíduos tinha vivido lá entre dois a oito anos, após ter sido despejada de outras terras. Ora, antes da atual Constituição, a resposta dos tribunais teria sido simples e drástica<sup>103</sup>. No entanto, na era pós-Constituição, esta matéria teria de ser decidida de acordo com as secções 25 e 26, imbuídas no espírito do Ubuntu.

Com efeito, o Tribunal foi obrigado a procurar o equilíbrio de interesses entre, por um lado, o direito de acesso dos ocupantes a habitação adequada e o seu direito a não serem despejados ilegalmente das suas casas, e, por outro lado, os direitos de propriedade do proprietário. As secções 25 e 26 da Constituição

---

<sup>101</sup> Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers, nr. 1 SA 217 (Constitutional Court of Justice 2005).

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Helen Keep and Rob Migdley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», s/ data, p. 43.

(relativas aos direitos de propriedade e de habitação respetivamente), juntamente com a Lei de Prevenção de Despejos Ilegais e Ocupação Ilegal de Terras (PIE)<sup>104</sup>, fornecem o contexto constitucional e estatutário para este delicado ato de equilíbrio de direitos e interesses. O Tribunal Constitucional considerou que o despejo não podia prosseguir.

Sachs J<sup>105</sup> explicou que as secções 25 e 26 da Carta de Direitos e o PIE exigiam o equilíbrio dos interesses concorrentes dos ocupantes e proprietários ilegais de uma *"forma baseada em princípios"* para promover *"a constitucional visão de uma sociedade atenciosa baseada na boa vizinhança e na preocupação partilhada"*. O facto de o juiz Sachs afirmar que o Ubuntu *"combina os direitos individuais com uma filosofia comunitária"* indica que o Ubuntu implicaria mais do que um equilíbrio de interesses apenas entre as partes, mas também estaria preocupado com os interesses da comunidade maior. É de salientar que este é um dos pontos que distingue o conceito Ubuntu do princípio da boa-fé.

Acrescentando aos valores fundadores expressamente prescritos pela Constituição, Sachs J<sup>106</sup> afirmou que *"A Constituição e o PIE confirmam que não somos ilhas para nós próprios. O espírito do ubuntu, parte do profundo património cultural da maioria da população, abrange toda a ordem constitucional. Combina direitos individuais com uma filosofia comunitária. É um motivo unificador da Carta de Direitos, que é nada se não uma declaração estruturada, institucionalizada e operacional na nossa nova sociedade com necessidade de interdependência humana, respeito e preocupação."*

Este caso marcou, assim, o início do realce do tribunal na estreita ligação entre o Ubuntu e a justiça restaurativa. Também deu voz a uma vertente influente de jurisprudência baseada no Ubuntu em matéria de despejo.

---

<sup>104</sup> Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 19 (1998).

<sup>105</sup> Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers, nr. 1 SA 217 (Constitutional Court of Justice 2005), para. 37.

<sup>106</sup> *Ibid.* (tradução da autora).

Keep e Midgley afirmam que<sup>107</sup>, sendo o foco do Ubuntu a comunidade e a "dignidade através dos outros", não devemos ficar surpreendidos com a influência do Ubuntu nesta área.

Tendo em conta o espírito e essência do Ubuntu, os complexos problemas socioeconómicos subjacentes à ocupação ilegal de terras exigem que os ocupantes ilegais sejam tratados com respeito e que as suas opiniões sejam efetivamente ouvidas.

O caso do Município de Porth Elizabeth abriu o caminho para os tribunais aplicarem os princípios do Ubuntu em casos que exigem uma abordagem de justiça restaurativa.

## **6.2. Barkhuizen v Napier<sup>108</sup>**

Importa agora, focar no Direito privado, mais precisamente no Direito dos contratos, tendo em conta a breve comparação ao conceito de boa-fé que pretendemos realizar.

O exemplo mais proeminente de como o Ubuntu influenciou a lei comum dos contratos, na medida em que a intenção das partes deve estar alinhada com o sistema de valores constitucionais, pode ser encontrado em *Barkhuizen v Napier*<sup>109</sup>.

Neste caso, o requerente (segurado) intentou uma ação num Tribunal Superior contra o requerido (a seguradora) sobre um contrato de seguro de curto prazo. Por sua vez, a seguradora apresentou um argumento especial de que tinha sido exonerada da responsabilidade nos termos do contrato, uma vez que o requerente não tinha intentado a ação dentro do prazo especificado no contrato, nomeadamente, noventa dias a partir da data de repúdio do sinistro.

---

<sup>107</sup> Helen Keep and Rob Midgley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», s/ data, p. 43.

<sup>108</sup> *Barkhuizen v Napier*, nr. 5 SA 323 (Constitutional Court of Justice 2007).

<sup>109</sup> *Ibid.*

O requerente replicou que a cláusula de prescrição era inconstitucional e inaplicável porque violava o seu direito, ao abrigo da Constituição da República da África do Sul, de ter a questão determinada por um tribunal.

Já depois de existir um recurso para o Tribunal Superior de Recurso, o requerente dirigiu-se, então, ao Tribunal Constitucional para recorrer da decisão.

Na introdução do primeiro artigo foi mostrado como o Tribunal Constitucional vinculou a consideração de política pública de simples justiça entre sujeitos ao Ubuntu ao invés da boa-fé<sup>110</sup>.

Com efeito, o Tribunal estabeleceu um teste de duas partes para determinar a justiça de uma cláusula do contrato. Por um lado, a primeira parte do teste dizia respeito à justiça da própria cláusula e exigia um ato de equilíbrio entre as considerações políticas de liberdade e inviolabilidade do contrato que tem efeitos nos valores constitucionais de liberdade e dignidade humana, e, por outro lado, outra consideração política refletida num direito ou valor constitucional (*in casu* o direito de acesso à justiça) em apoio à não execução do contrato.<sup>111</sup>

Este exame é objetivo por natureza, pois trata de valores num nível abstrato, conforme refletido nos termos do próprio contrato. O tribunal afirmou ainda que, se a cláusula objetivamente não violar a ordem pública, deve ser determinado se a cláusula por si só viola a ordem pública à luz das situações relativas das partes contratantes, o que deve incluir uma avaliação das posições de negociação das partes. Ora, esta determinação é de natureza subjetiva. Esta investigação subjetiva promove direitos socioeconómicos e igualdade substantiva, e, portanto, podemos afirmar que esta extensão foi inspirada no Ubuntu.

A segunda parte do teste de imparcialidade investigava se, apesar de a cláusula em si não violar a ordem pública, a aplicação da cláusula seria justa à luz das circunstâncias que impediram o cumprimento da mesma.<sup>112</sup> Esta segunda parte do

---

<sup>110</sup> Barkhuizen v Napier, nr. 5 SA 323 (Constitutional Court of Justice 2007), para. 51.

<sup>111</sup> *Ibid.*, para. 57.

<sup>112</sup> *Ibid.*, para. 56.

teste também é de natureza subjetiva e promove a igualdade substantiva. Logo, esta parte é igualmente inspirada no Ubuntu.

### **6.3. Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd<sup>113</sup>**

Num outro caso - *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd* - o Tribunal Constitucional refletiu sobre quando deveria intervir para desenvolver o direito dos contratos à luz do espírito, do propósito e dos objetos da Carta de Direitos, como requerido pela secção 39(2) da atual Constituição.

Everfresh tinha celebrado um contrato de arrendamento com o antigo proprietário de um centro comercial. Uma das cláusulas atribuía a Everfresh a opção de renovar o contrato de arrendamento quando este expirasse, sob reserva de se chegar a acordo sobre o arrendamento. Algum tempo depois de Shoprite se ter tornado o novo proprietário do centro, procurou uma ordem do Supremo Tribunal despejando Everfresh. Todavia, Everfresh argumentou que Shoprite não o podia de o fazer porque tinha a obrigação, ao abrigo da cláusula de renovação, de fazer esforços de boa-fé para chegar a um acordo sobre o arrendamento. Shoprite, por sua vez, argumentou que a cláusula não constituía um direito vinculativo de renovação, e o Supremo Tribunal concordou, sustentando que uma opção de renovação de um arrendamento a ser acordado era inaplicável. O Supremo Tribunal considerou ainda que mesmo que tivesse havido um acordo negociado de boa-fé, a obrigação era demasiado incerta para ser executada, e concedeu a ordem de despejo.

Everfresh viu o seu pedido de licença<sup>114</sup> para recorrer ao Tribunal Superior de Recurso ser recusado. Então, o Tribunal Constitucional foi novamente contactado

---

<sup>113</sup> *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd*, nr. 1 SA 256 (Constitutional Court of Justice 2012).

<sup>114</sup> Importa esclarecer que, o pedido de licença para recurso, exige que o Tribunal Constitucional considere os círculos em que deve intervir para infundir a lei do contrato com valores constantes, dado que o desenvolvimento da lei comum não foi levantado em nenhum dos tribunais anteriores. Esta determinação de intervenção é baseada nos requisitos dos interesses da justiça. Colocava-se, assim, a questão se era ou não do interesse da justiça que ela se ocupasse do assunto que tinha sido levantado pela primeira vez numa etapa tão tardia.

para mais uma licença para recorrer, levantando pela primeira vez a questão constitucional sobre se o direito comum dos contratos tinha de ser reformulado pela importação de um requisito de boa-fé.

Ora, a maioria recusou a licença para recorrer ao Tribunal, mas aceitou o argumento de que o conceito Ubuntu "*foi reconhecido como informação sobre política pública num contexto contratual*"<sup>115</sup>. Esta foi, sem dúvida, uma referência ao caso mencionado acima - *Barkhuizen v Napier*. O papel do Ubuntu na modelação do desenvolvimento do direito comum - incluindo a lei dos contratos - foi aceite:

*“De facto, é altamente desejável e necessário infundir o direito dos contratos com os valores constitucionais, incluindo os valores do Ubuntu, que inspiram grande parte do nosso pacto constitucional.”*<sup>116</sup>.

Outros afirmaram que a lei contratual não podia continuar a confinar-se a tradições legais coloniais, que formataram e desenvolveram a lei comum no período da democracia do apartheid. Na sua opinião, a noção de que as pessoas podiam voltar atrás nos compromissos, para negociar por razões comerciais “*certamente implicaria Ubuntu*”<sup>117</sup>.

#### **6.4. Botha and Another v Rich N.O. and Others**<sup>118</sup>

A preocupação com a promoção da justiça social e de uma sociedade mais igualitária também pode ser identificada no caso *Botha v Rich*.

Em *Botha v Rich*<sup>119</sup>, o Tribunal Constitucional tinha notado que a anulação de um contrato para a venda de um terreno seria uma penalização desproporcional apenas por causa de uma mera violação do contrato por parte do comprador e seria, portanto, injusta.

---

<sup>115</sup> Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd, nr. 1 SA 256 (Constitutional Court of Justice 2012), para.61 (tradução da autora).

<sup>116</sup> *Ibid.*, paras. 71-72 (tradução da autora).

<sup>117</sup> *Ibid.*, para. 24 (tradução da autora).

<sup>118</sup> Botha and Another v Rich N.O. and Others, nr. 4 SA 124 (Constitutional Court of Justice 2014).

<sup>119</sup> Pieter Steyn, «Constitutional Court clarifies when a contract and its enforcement will be invalid for being contrary to public policy», *Werksmans* (blog), 5 de agosto de 2020.

O caso *Botha* tratou do direito (nos termos do artigo 27 da Lei de Alienação de Terras) de um comprador de terras a ter as terras registadas em seu nome, se este tivesse assegurado pelo menos metade do preço. A Sra. Botha havia pago 80% do preço, mas depois falhou o resto do valor e o vendedor cancelou a venda e reclamou a confiscação dos montantes pagos.

O tribunal considerou que se deveria agir em conformidade com o 27 e, por isso, a Sra. Botha podia exercer o seu direito ao artigo 27 e registar as terras no seu nome, apesar da anulação da venda por parte do vendedor. As declarações do Tribunal relativas à desproporcionalidade foram feitas no contexto da interpretação do esquema estatutário criado pelo artigo 27 e da constatação de que a Sra. Botha manteve o seu direito ao artigo 27.

O tribunal referiu-se à sua obrigação constitucional, nos termos da seção 39(2) da Constituição atual, de desenvolver qualquer legislação de acordo com o espírito, propósito e objetos da Declaração de Direitos, bem como o ideal constitucional de transformar "*uma sociedade baseada na injustiça e exclusão o processo democrático para um fundado na supremacia da Constituição, no Estado de Direito e nos valores dignidade e igualdade*"<sup>120</sup>.

O tribunal também defendeu uma interpretação que promoveria a igualdade entre as partes, o que indicaria que o tribunal estava consciente do objetivo constitucional de uma sociedade mais igualitária.<sup>121</sup> Claramente, isto está de acordo com a ideia de Ubuntu, que promove a justiça social. Portanto, o julgamento do tribunal pode ser visto como um exemplo da harmonização do Ubuntu e da boa-fé no direito comum do contrato de acordo com os valores constitucionais (apesar do facto de o Ubuntu não ser mencionado).

---

<sup>120</sup> *Botha and Another v Rich N.O. and Others*, nr. 4 SA 124 (Constitutional Court of Justice 2014), para.28 (tradução da autora).

<sup>121</sup> *Ibid.*, para. 40.

### **CAPÍTULO III - Apreciação Crítica: Ubuntu e Boa-fé**

Parece-nos efetivamente relevante abordar estes dois princípios não só, por não nos parecer a comparação mais óbvia, o que se torna particularmente desafiante e, ao mesmo tempo interessante, mas também, e, sobretudo, porque a boa-fé, no direito romano, foi utilizada para abordar o pluralismo jurídico e as mudanças políticas, sociais e económicas na sociedade e o Ubuntu pode ser usado de maneira semelhante para legitimar o novo sistema jurídico na África do Sul. Também, de outra forma, é particularmente relevante abordar estes conceitos para compreender os limites da boa-fé e as áreas em que ela não está presente, mostrando o quanto o Ubuntu pode ser importante, precisamente por ser mais abrangente e almejar cobrir patamares mais ambiciosos do que o princípio da boa-fé. Torna-se, assim, relevante, que o direito romano possa, eventualmente, também começar a refletir sobre o uso deste conceito, não obstante, o facto de ser importante inseri-lo num contexto histórico e cultural.

Ora, o princípio da boa-fé dá origem a obrigações recíprocas, estando cada parte sujeita a direitos e deveres. Desta forma, a boa-fé pode ser usada para proteger a parte mais fraca da exploração da parte mais forte e assegurar a justiça e equidade entre as partes. No entanto, a boa-fé nunca se concentrou em abordar as maiores desigualdades políticas, sociais e económicas prevalentes na sociedade romana em si. Por outras palavras, embora a boa-fé pudesse ser utilizada para proteger uma parte mais fraca contra a exploração por uma parte mais forte em casos específicos, não estava habituada a abordar a relação desigual subjacente entre as partes, a fim de alcançar uma sociedade mais igualitária.

Por outro lado, o Ubuntu, enquanto valor constitucional subjacente, exige que a promoção da equidade nos contratos leve em conta as ideias de justiça restaurativa e o movimento em direção a uma sociedade mais igualitária, o que inclui uma consideração das questões políticas, sociais e situação económica das partes. Tem-se, então, que o Ubuntu não exige apenas que a justiça seja feita entre as partes com referência à sua relação específica; o Ubuntu exige também o conhecimento do ambiente político, social e económico no qual a transação

ocorreu (ou seja, a estrutura constitucional). Assim, a intenção das partes deve estar alinhada não só com o cumprimento dos deveres laterais do contrato, mas também com o sistema de valores constitucionais e a ambição de construir um sistema para uma comunidade constitucional ideal.

Os romanos desenvolveram a *bona fides* a partir do conceito romano indígena de *fides*, mas como expressão de *aequitas*, sendo por isso o conceito de boa-fé também influenciado pelas ideias gregas. Em particular, essa influência pode ser observada no papel da boa-fé para corrigir e adaptar o *ius civile* para alcançar a justiça e acompanhar as mudanças no ambiente político, social e económico. De maneira semelhante, a boa-fé como um princípio existente do direito consuetudinário também pode ser desenvolvida de acordo com os ideais do Ubuntu (um valor inerente ao direito consuetudinário, mas também um valor subjacente à Constituição). Assim, infundir o conceito de boa-fé com o Ubuntu resultará numa melhor promoção da igualdade substantiva na lei comum do contrato.

Midgley e Keep<sup>122</sup> argumentam que é concebível harmonizar o que eles chamam de valores ocidentais e africanos porque "*há valores universais que transcendem origens e fronteiras*". No contexto do direito dos contratos, esta harmonização entre o direito consuetudinário e os valores consuetudinários também pode ser observada. Como pudemos constatar, os tribunais vincularam a boa-fé e o Ubuntu aos objetivos de justiça, razoabilidade e equidade nos contratos.

Entende-se, pois, que o conceito de justiça no direito dos contratos deve encapsular os valores tanto da boa-fé quanto do Ubuntu. Mostrou-se como ambos os conceitos podem ser usados como uma norma aberta para corrigir e complementar a lei existente onde a justiça o exigir. O tribunal em *Botha v Rich* referiu-se a essa ligação entre reciprocidade e o princípio da boa-fé e sustentou que a boa-fé contém a flexibilidade necessária para garantir a justiça e adaptar as leis existentes onde a aplicação dessas leis levaria à injustiça.

---

<sup>122</sup> Helen Keep and Rob Midgley, «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», s/ data, p. 47.

No entanto, enquanto que a boa-fé foi desenvolvida para promover a justiça e a equidade apenas entre as duas partes contratantes, o Ubuntu vai mais além, pois também promove a conquista de uma sociedade igualitária. Por outras palavras, enquanto que a boa-fé não foi concebida para promover uma maior igualdade entre os membros da comunidade da sociedade romana, o Ubuntu apoia o ideal de justiça social e a promoção de uma sociedade mais igualitária na África do Sul.

Portanto, o Ubuntu (como a boa-fé no direito romano) implica um equilíbrio dos direitos e obrigações recíprocos entre as próprias partes contratantes, mas diferentemente da boa-fé no direito romano, o Ubuntu também abrange uma responsabilidade e dever do indivíduo para com a comunidade maior e visa promover os interesses políticos, sociais e económicos da comunidade.

Assim, embora ambos os conceitos se refiram à justiça, equidade e razoabilidade, a questão principal deve ser sobre o que justiça, equidade e razoabilidade no direito contratual devem significar no contexto sul-africano hoje. Como tal, a boa-fé não se deve referir apenas à justiça, equidade e razoabilidade como entendida na tradição do direito consuetudinário, mas também deve ser interpretada de acordo com uma abordagem constitucional transformadora, incluindo o valor constitucional subjacente do Ubuntu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta investigação, procurámos compreender o conceito Ubuntu e a sua relevância. Este conceito, surge, então, como uma filosofia, ética ou moral do povo sul-africano, tendo este conceito surgido como uma solução unificadora e harmonizadora no período pós-apartheid, representando Mandela a personificação do Ubuntu. Assim, sendo o Ubuntu um conceito moral, a questão que se colocava era se podia ser recebido pelo Direito.

Ora, alguns autores, como os positivistas, consideram que o Direito não se relaciona, nem se intersesta com a moral; no entanto, outros, como, Robert Alexy, defendem a existência de uma conexão necessária entre o Direito e a moral. Neste caso, defende-se que a moral não constitui um valor absoluto, mas pode servir de parâmetro de correção do Direito, isto é, na existência de uma lacuna ou em casos de evidente injustiça, o discurso moral poderia corrigir o discurso jurídico.

Também Dworkin, defende que a moral se reflete no Direito através de princípios e que tais princípios estão na base da construção das leis da sociedade. Esta argumentação parece-nos relevante, pois existem comportamentos morais gerais que não são alheios ao Direito. Tais comportamentos e pensamentos morais, muitas vezes, refletem-se no Direito precisamente através de princípios. Posto isto, é aqui que cabe o Ubuntu enquanto princípio orientador de uma conduta de otimização. O Ubuntu pode ser visto como um mandamento de otimização, na medida em que cada indivíduo, a comunidade, as instituições e o próprio Estado devem orientar as suas ações num sentido de satisfação dos valores compreendidos pelo Ubuntu. É precisamente nesta medida que podemos olhar para o Ubuntu como um conceito também de Direito e não meramente um conceito moral e, por sua vez, enquanto um princípio e não como uma regra, pois não trata situações específicas e determinadas.

Assim, por ser considerado um conceito jurídico, o Ubuntu pode e deve ser aplicado no sistema jurídico, nomeadamente, no sistema sul-africano. A aplicação deste conceito assume um papel transformador no sistema jurídico sul-africano. Como analisámos nesta investigação, a atual Constituição Sul-Africana é produto

do seu tempo e da história do país, sendo que foi concebida para, essencialmente, prevenir a repetição de condições inaceitáveis que haviam existido no passado. Neste sentido, o Ubuntu tem sido utilizado pelos tribunais para expressar este novo caminho transformador.

Ao analisarmos o valor constitucional do Ubuntu, por exemplo, no caso *S v Makwanyane*<sup>123</sup>, somos capazes de aceitar as críticas em relação à possível redundância e ambiguidade da aplicação do conceito Ubuntu, no entanto, parece-nos que é aqui que reside o poder do Ubuntu uma vez que quanto mais aberto e flexível for o conceito, maior será o seu potencial como ferramenta de transformação da sociedade sul-africana. A África do Sul está num processo de construção de novos valores, e, por isso, exigir uma definição precisa do conceito Ubuntu nesta fase seria impor uma restrição prematura à sua função. Adotar uma noção técnica seria encerrar a própria função do conceito Ubuntu, não obstante, concordamos com a necessidade de encontrar uma noção que garanta uma aplicação adequada da lei.

A verdade é que, tal como analisámos, muitas vezes, este conceito está subentendido noutros direitos sociais e noutros conceitos indeterminados da lei,

Podemos olhar para o exemplo do conceito de boa-fé e para a sua aplicação enquanto princípio jurídico e, da mesma forma, considerar o Ubuntu um princípio jurídico que orienta todos os valores da Constituição sul-africana (não obstante, as diferenças entre os dois conceitos). Ora, apesar de não ser tão claro que o Ubuntu constitui um princípio jurídico, a utilização dada ao conceito e aplicada na jurisprudência tem sido como a de um princípio jurídico.

Com efeito, considerando que, inúmeras vezes, os conceitos jurídicos, são antes conceitos morais (mas o contrário nem sempre se verifica), podemos afirmar que o Ubuntu é um conceito moral e um conceito jurídico. Mas, para além disso, o Ubuntu é também um princípio jurídico que, por se diferenciar do conceito de boa-fé, na medida em que se preocupa com a promoção da igualdade substantiva nas

---

<sup>123</sup> *State v Makwanyane*, nr. 3 SA 391 (Constitutional Court of South Africa 1995).

relações privadas, a boa-fé não o substitui nos sistemas de *roman-law*. Embora ambos os conceitos promovam a justiça contratual entre as partes, o Ubuntu implica um dever adicional de promover o bem-estar social e económico das partes, bem como da comunidade em geral. O Ubuntu vai mais além e olha para o bem-estar coletivo.

Tem-se então que, este conceito pode e deve ser explorado e desenvolvido pelos países ocidentais e de sistemas jurídicos romano-germânicos, uma vez que lhe está subjacente a ideia de transformação da comunidade. Sendo o Direito também um veículo de transformação da sociedade, aliar o Ubuntu ao sistema jurídico constitui uma ferramenta de enorme potencial de transformação. Todavia, tal como a boa-fé, importa olhar para as circunstâncias e para o contexto em que surgiu o Ubuntu, para o enquadrarmos da melhor forma. Assim, este conceito, quando aplicado e interpretado noutros sistemas não deve ser alheio ao contexto em que surgiu na África do Sul.

Desta forma, encontrar uma definição jurídica do Ubuntu nem sempre nos parece fácil, até por todas as objeções que apontámos. No entanto, parece-nos possível aplicar aos sistemas jurídicos todas as ideias e valores subjacentes à filosofia Ubuntu e ao conceito Ubuntu. Acima de tudo, acreditamos que é necessário reforçar a importância desses valores não só nos sistemas jurídicos, bem como na construção de uma sociedade mais tolerante, empática e apaziguadora.

Posto isto, sendo o Direito uma das principais ferramentas de transformação da sociedade, transpor os valores do Ubuntu para os sistemas jurídicos será um veículo para transpor a filosofia Ubuntu para a sociedade e construir um mundo pacífico.

Com esta investigação concluímos que o Ubuntu pode ser muito mais do que uma mera filosofia. O Ubuntu tem espaço e relevância no sistema jurídico.

Assim, é fundamental que se continue a debater e a difundir o Ubuntu enquanto valor fundamental do ser humano. Cada sujeito deve ser capaz de olhar para o outro enquanto seu semelhante. Cuidar do outro e da coletividade dá-nos

um propósito e sentido de vida. O Ubuntu coloca o foco na humanidade e revela o que de melhor guardamos em cada um de nós.

Somos seres construtores de pontes, seja entre seres humanos, territórios, civilizações ou culturas. Num mundo onde os extremos se fazem ouvir e as guerras ainda prevalecem, urge a necessidade de dar voz a conceitos apaziguadores, que sejam capazes de trazer uma nova visão, para que cada um de nós seja capaz de construir um mundo mais coeso, pacífico, digno e humano.

Acreditamos que servir o outro é o mote para um mundo mais empático e respeitador. Educar para uma liderança servidora, é educar os futuros líderes na base dos valores do Ubuntu. Assim, abordar o Ubuntu é fundamental para que a sociedade se desenvolva no caminho do amor. Foi esta a principal razão desta dissertação: acreditamos que é no amor ao próximo que reside a essência para o desenvolvimento da sociedade que almejamos construir. O Ubuntu é aquilo que almejamos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Literatura

- Alfa Oumar Diallo e Gustavo Silveira Borges. «A Filosofia Africana do Ubuntu e os Direitos Humanos», sem data.
- C Himonga. «The Right to Health in an African Cultural Context: The Role of Ubuntu in the Realization of the Right to Health with Special Reference to South Africa"». *Journal of African Law*, 2013.
- C Himonga, M Taylor and A Pope. «Reflections on Judicial Views of Ubuntu». Vol.16, nr.5, 2013.
- Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4<sup>a</sup> ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005.
- Christa Rautenbach. «Deep Legal Pluralism in South Africa: Judicial Accomodation of Non-State Law». *Journal of Legal Pluralism*, nr. 60, 2010.
- Christian B.N. Gade. «What is Ubuntu? Different Interpretations among South Africans of African Descent». Department of Culture and Society Aarhus University, 2012.
- Claire E. Oppenheim. «Nelson Mandela and the Power of Ubuntu», 2012.
- Dominic Degraft Arthur<sup>1</sup> e Abdul Karim Issifu<sup>2</sup> & Samuel Marfo. «An Analysis of the Influence of Ubuntu Principle on the South Africa Peace Building Process». *Journal of Global Peace and Conflict*, Vol. 3, nr. 2, dezembro de 2015.

- Eugenio Nkogo Ondó. «La Educación Universitaria Postcolonial África». León, 30 de dezembro 2017.
- Hanri du Plessis. «Harmonising Legal Values and Ubuntu: The Quest for Social Justice in the South African Common Law of Contract». PER / PELJ, 2019.
- Helen Keep and Rob Migdley. «The Emerging Role of Ubuntu-botho in Developing a Consensual South African Legal Culture», sem data.
- Irma J Kroeze. «Doing Things with Values II: The Case of Ubuntu», 2002.
- James Rooney. «Judicial Culture and Social Rights: A Comparative Study of How Social Rights Develop Within Common Law Legal Systems», fevereiro de 2021.
- Jean R. Sternlight, Andrea Kupfer Schneider, Penelope Andrews, Richard J. Goldstone, Carrie Menkel-Meadow, Robert H. Mnookin. «Making Peace with Your Enemy: Nelson Mandela and His Contributions to Conflict Resolution». Law Journal 281, Nevada, 2016.
- João Baptista Machado. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Livraria Almedina - Coimbra, 2022.
- John Hailey. «Ubuntu: A Literature Review a Paper Prepared for the Tutu Foundation», 2008.
- JY Mogkoro. «Ubuntu and the Law in South Africa», 1998.

- Maria Raquel Paulino da Rocha. «Direito, Ética e Moral na Doutrina Jurídica Portuguesa Contemporânea As “Introduções ao Direito”», julho de 2023.
- Mogobe B. Ramose. «A Ética do Ubuntu», 2002.
- Mogobe B. Ramose. *African Philosophy through Ubuntu*. Mond Books, 1999.
- Nelson Mandela. *A Long Walk to Freedom, The Autobiography of Nelson Mandela*. Little, Brown and Company, Boston, New York, Toronto, London, 1994.
- Paul Bohannan. *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*. Austin: University of Texas Press, 1997.
- Paula Pinhal de Carlos. «A Relação entre Direito e Moral: da Separação Kelseniana à Necessária Conexão». Universidade Federal da Paraíba, 2013.
- Ph J. Thomas. «Harmonising the Law in a Multilingual Environment with Different Legal systems: Lessons to be Drawn from the Legal History of South Africa», 2008.
- Philip Thomas. «European Legal Tradition and the Romanist Legacy in South Africa». *Iura & Legal Systems*, Università degli Studi di Salerno, 2018.
- Pieter Steyn. «Constitutional Court clarifies when a contract and its enforcement will be invalid for being contrary to public policy». *Werksmans* (blog), 5 de agosto de 2020, disponível em: <https://www.werksmans.com/legal-updates-and-opinions/constitutional->

court-clarifies-when-a-contract-and-its-enforcement-will-be-invalid-for-being-contrary-to-public-policy/, consultado em 23/04/2022.

- Ricardo Machado. «Ubuntu: Filosofia Africana confronta Poder Autodestrutivo do Pensamento Ocidental, Avalia Filósofo». IHU | São Leopoldo (RS), 13 de novembro de 2015.
- Robert Alexy. *Conceito e Validade do Direito*. 1ª ed. Vol. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2009.
- Ronald Dworkin. *Levando os Direitos a Sério*. 1ª ed. Vol. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2002.
- Rosalind English. «Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence». SAJHR, 1996.
- Sharlene Swartz. «A Long Walk to Citizenship: Morality, Justice and Faith in the Aftermath of Apartheid». *Journal of Moral Education*, Vol. 35, nr. 4, University of Cambridge, UK, dezembro de 2006.
- Thaddeus Metz. «Ubuntu as a Moral Theory and Human Rights in South Africa». *African Human Rights Law Journal*, sem data.
- TW Bennett. «Ubuntu: an African Equity». Vol. 11, nr. 4, 2011.
- Zimmerman R e Whittaker S (eds). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge University: Press Cambridge, 2000.

## **Jurisprudência**

- Barkhuizen v Napier, nr. 5 SA 323 (Constitutional Court of Justice 2007).
- Botha and Another v Rich N.O. and Others, nr. 4 SA 124 (Constitutional Court of Justice 2014).
- Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd, nr. 1 SA 256 (Constitutional Court of Justice 2012).
- Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers, nr. 1 SA 217 (Constitutional Court of Justice 2005).
- State v Makwanyane, nr. 3 SA 391 (Constitutional Court of South Africa 1995).
- Thiagraj Soobramoney versus Minister of Health (kwazulu-natal), nr. 17 SA 765 (Constitutional Court of South Africa 1997).

## **Legislação**

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Carta de Banjul (1981).
- Constitution of the Republic of South Africa (1996).
- Constitution of the Republic of South Africa Act 200 (1993).
- Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 19 (1998).

