

Não se trata pois de perseguir a verdade em si [...] fazendo do desvendamento um movimento para infinito [...], mas de guardar o segredo ou ministério na sua incandescência, naquilo que o ilumina como tal, irredutível e consumindo-se todos os possíveis nessa irredutibilidade. ("Do segredo à utopia", p. 76.) ■

Isabel Alegro de Magalhães

150

André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*. Paris, Ed. P.U.F., 1991.

A Europa, lembra Edgar Morin, é uma noção geográfica sem fronteiras com a Ásia, e uma noção histórica com fronteiras variáveis. Esta fluidez da identidade europeia assume, no nosso tempo, novos significados e novas expressões, sobretudo no contexto da batalha política em torno do figurino pretendido para um futuro integrado nos planos económico e político. Com *Pour une pensée juridique européenne*, saído a público em Outubro de 1991, André-Jean Arnaud traz importantes contributos para o debate, a partir de uma convicção fundamental: a Europa é também a Europa do pensamento jurídico.

O alcance desta profissão de fé vai muito além de um certo europeísmo de vistas curtas corrente entre nós. Com efeito, a obra de André-Jean Arnaud não se pretende mais um repositório de provas da evidente e eficiente instrumentalidade do ordenamento jurídico comunitário relativamente à integração do espaço económico europeu. Há, aliás, uma miopia perigosa na limitação da identidade europeia à formação e desenvolvimento da Comunidade Europeia, como pretensa entidade recapituladora de uma indesejável dispersão dos europeus por uma multidão anárquica de unidades políticas autónomas. A verdade é que a identidade da Europa se forjou num cenário de multiplicidade que foi o seu traço constitutivo fundamental até ao segundo pós-guerra. Não faz, pois, qualquer sentido especular sobre a identidade europeia por referência a uma qualquer mítica unidade harmoniosa: a Europa não se reconhece nesse quadro unicitário porque nunca antes constituiu uma unidade económica, política e cultural. Pensar a identidade europeia, também no domínio do pensamento jurídico, exige, por isso, refutar a tentação unicitária e, de novo com Morin, pensar uma *unitas multiplex*.

Deste ponto de vista, aliás, o antagonismo entre o universo mental nacionalista e os mecanismos supranacionais pode ser uma mera aparência. O fundamentalismo pré-moderno, na sua ânsia de retorno à coesão em torno de fundamentos valorativos objectivos (logo comuns), e a tecnocracia supranacional, mobilizada para a construção de um grande espaço comum através da diluição das suas partes (a regionalização de tudo o que não seja supra-nacional, como sintetiza Jean-Marc Ferry), convergem na mesma incapacidade de fazer integrar, de forma reciprocamente enriquecedora, a pluralidade nacional com a unidade política europeia. E assim, numa escala geoinstitucional mais ampla, repete-se afinal o vício nacionalista.

Ora, a originalidade da integração europeia reside justamente na rejeição de uma transposição automática dos modelos centralistas do Estado-nação para o nível supra-nacional e na conjugação da unidade com a pluralidade. A incompatibilidade da integração europeia com os cânones do princípio nacionalista há que buscá-la na construção de uma nova identidade, a *identidade pós-nacional*.

O grande mérito desta obra de Arnaud está, primeiro, em realçar que há um percurso secular trilhado pelo pensamento jurídico europeu nessa conjugação entre unidade e pluralidade que constitui o núcleo da sociedade pós-nacional; e, depois, em apontar os bloqueamentos e insuficiências do pensamento jurídico moderno relativamente ao modo de operar essa articulação exigido pelo novo modo de ser da(s) sociedade(s) da Europa.

Situar o pensamento jurídico no quadro daquele legado de pluralismo pressupõe pois uma opção. A história do pensamento jurídico europeu pode ser, em primeiro lugar, a detecção do papel jogado pelo universo jurídico na sucessão das manifestações de hegemonia e centralização do poder na Europa. Mas pode também ser, por outro, a história do seu contraponto: a das ideias e práticas jurídicas que animaram, em cada momento, os territórios europeus. "Partimos do pressuposto de que, tendo os juristas actuado na consolidação da autoridade do príncipe que serviam, porque era essa a sua função, não é aí que se poderão encontrar os fundamentos de um pensamento novo". O traço de continuidade fecunda entre o passado e o futuro do pensamento jurídico europeu fica assim enunciado como desafio primeiro encarado por Arnaud: "tentaremos

compreender como, ao longo da história europeia, o pluralismo conseguiu coexistir, como combateu permanentemente e quando e como cedeu aos modos de regulação impostos de cima; tentaremos apontar os traços actuais desse múltiplo: se ele ainda existe e sob que formas, se tem hipóteses de se ampliar, em que contexto, e em que condições pode não só não prejudicar uma unidade europeia mas enriquecê-la e vivificá-la." (p. 46)

Nesta busca da componente jurídica da identidade europeia, André-Jean Araud procede a um estudo em dois tempos. Em primeiro lugar, assumindo a memória do pensamento jurídico europeu (Iª Parte) para depois a confrontar com as novas exigências das sociedades europeias e indicar as rupturas necessárias que poderão buscar na memória uma promessa (IIª Parte).

A memória genética do pensamento jurídico europeu é feita dessa coexistência entre a experiência espontânea da pluralidade e as tentativas unificadoras.

A Europa do primeiro milénio é uma mostra generosa de fenómenos de pluralismo jurídico, de inter-legalidade, de conflito entre direito e prática social, de polissistemia, de confronto entre auto-regulação social e hetero-regulação jurídica. Nessa Europa medieval reconhecem o jurista e o cientista social uma imagem de profusão de modos de regulação jurídica que, por definição, não se situam numa relação hierárquica entre si. "Menos uma justaposição do que uma gigantesca encruzilhada de caminhos" (p. 60). O princípio da personalidade das leis como procedimento de aplicação da lei no espaço e critério de solução dos conflitos de ordenamentos supostamente aplicáveis é porventura a expressão jurídico-política mais evidente desta situação de polissistemia. Uma polissistemia simultânea, por um lado: o direito medieval é um direito múltiplo, espelho do cruzamento da pluralidade de estatutos que cada indivíduo tem no terreno social ou familiar; uma polissistemia disjuntiva, por outro: a Europa medieval é um mosaico de circunscrições territoriais, cada uma com as suas normas próprias.

Os momentos mais recuados desta memória trazem-nos portanto uma explosão do pluralismo jurídico corporizada na fragmentação do Direito Romano em múltiplos ordenamentos nascidos da combinação das antigas regras com as tradições dos grupos bárbaros (os direitos vulgares). A juridificação das especificidades de cada comunidade

pessoal vê-se reforçada com o feudalismo ("o feudalismo é o lugar por excelência do vínculo jurídico pessoal, de que decorre necessariamente uma pluralidade de sistemas de direito em presença. O feudalismo conhece a hierarquia, não a sujeição territorial e menos ainda as nacionalidades" (p. 63)) e, paradoxalmente, com o lançamento da cristandade, quando as directivas da autoridade pontifícia são veiculadas pelos canais hierárquicos locais.

Mas o peso do pluralismo naquela memória é temperado por uma dupla dinâmica de reconcentração. De um lado, reconcentração dos poderes temporais, que tem a sua base teórica no agostinianismo político e na sua defesa da unidade do poder e da obrigação de obediência às leis por ele emanadas. E nesta base que assenta o "processo mental novo" do binómio territorialidade-positividade e, com ele, a emergência dos príncipes temporais ciosos de uma regulamentação jurídica única uniformemente aplicável a todos os súbditos radicados num território determinado. A emergência de uma nova ordem económica alimentada pelo reflorescimento do comércio e das cidades determina uma inclinação, pragmaticamente orientada, para a unificação das regulamentações sem pôr em causa o primado da territorialidade do Direito (p. 84) — é o fenómeno do *jus commune*. Mas, acima de tudo, aquela reconcentração opera-se sob a autoridade da Igreja. A cristandade medieval veio a traduzir-se principalmente nesse movimento de unificação do pensamento jurídico como patamar de uma regulação social global tutelada pela autoridade espiritual.

Este processo genético do pensamento jurídico europeu, marcado pela confluência de uma experiência pluralista com uma dinâmica de reconcentração foi o berço de um pensamento paradoxal (Cap. II). O pensamento moderno acelera as tendências unificadoras. É para aí que convergem, primeiro, o racionalismo jusnaturalista, axiomático e laico, e, depois, o individualismo e o subjectivismo.

A redescoberta do Direito Romano, um direito anterior à cristianização do império, e a sua reelaboração pelos glosadores e pelas universidades, vem a desaguar na substituição da tradição jusnaturalista de matriz agostiniana por um novo modo de pensar o Direito, despoletado por S. Tomás de Aquino, em que a natureza humana e a sociabilidade natural do homem são reabilitadas como pressupostos primeiros, e pelo recur-

so à "jurisprudência laica" como método, isto é, a uma interpretação racionalista, subjectiva e axiomática dos textos legais.

Deste modo, "permitindo ao Direito repousar sobre fundamentos outros que a revelação e a fé, como a razão e a experiência sensível, os pensadores de então arrastam a Europa para um paradoxo. Se, com efeito, a razão ou a experiência sensível constituem um factor de unidade entre os homens, e mesmo se a concretização dessa razão ou dessa experiência no Direito permitem construir um sistema axiomático a priori comum a todos os homens, tal construção de sistemas variará, no mínimo, de um autor para outro na doutrina, e, mais ainda, de uma região para outra na prática, no momento em que se trate de ultrapassar os grandes princípios e construir corpos normativos utilizáveis pelos diversos grupos sociais" (pp. 116-117).

A emergência do positivismo legalista alia-se à exacerbação da territorialização do Direito é, assim, o outro lado do bloqueamento transportado em gérmen pelo pensamento jurídico europeu moderno. Um bloqueamento evidenciado nos seus dois grandes produtos técnicos: as declarações de direitos e os códigos. Ambos são atravessados pela contradição entre a sua pretensão à universalidade — do reconhecimento dos direitos naturais do indivíduo anteriores ao Estado pelos ordenamentos jurídicos positivos em qualquer tempo e lugar, nas primeiras; da composição, com vocação de completeza, das normas secundárias de garantia daquelas declarações (o direito civil garantia dos direitos individuais, o direito penal garantia contra as violações individuais dos direitos, o direito constitucional garantia contra as violações públicas dos direitos) nos segundos — e o fechamento dos sistemas jurídicos nacionais de que acabaram por ser instrumentos privilegiados. "Eis o paradoxo europeu: enquanto que uma declaração de direitos do homem poderia, em virtude do seu carácter necessariamente universal, unir os povos da Europa, o positivismo jurídico implicado nas próprias premissas que fundamentavam esta afirmação, dividia a mesma Europa em tantos sistemas positivos de Direito quantas as nações historicamente formadas" (p. 121). E o mesmo se diga da *allcomprehensiveness* dos códigos, afinal erigidos em "monumento absolutamente fechado de um Direito unificado no interior das fronteiras nacionais" (p. 143).

É certo que, como André-Jean Arnaud reconhece (p. 145), a influência trans-fronteiri-

ras do Code Napoleon ou da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é um irrecusável factor de unidade, não só técnica mas substantiva, das construções jurídicas dos Estados europeus. Em boa verdade, porém, a permanência dessa forma de "universalismo modelizado" — como lhe chama o Juiz Wilmaris no prefácio a esta obra — deixou progressivamente de se pretender marco de unidade do universo jurídico europeu para ser antes um instrumento de "legitimação nacional de leis universais adaptadas aos particularismos locais" (p. 148).

O equilíbrio conseguido pelo pensamento jurídico moderno é precário porque assenta no que Arnaud apelida de conjunto de ilusões: ilusão do progresso ilimitado, ilusão da simplicidade propiciada em toque de magia pela comum referência à Razão, ilusão das virtualidades da generalidade e da abstracção da norma (lização), ilusão da universalidade do Direito (afinal contido nas fronteiras do Estado) (p. 201).

Uma precaridade posta a nu, de forma drástica, pela dinâmica de integração europeia iniciada no segundo pós-guerra. Neste novo quadro, o direito europeu é, a um tempo, segundo Arnaud, credor e testemunha da emergência de uma nova racionalidade, "uma racionalidade pós-moderna que está ainda largamente por definir" (p. 196). Eis-nos chegados à tese central desta obra: "o aparecimento do direito europeu é correlativo de uma ruptura com o modo de pensar as relações sociais ligado ao Estado moderno e, mais precisamente, à filosofia jurídica e política engendrada na época moderna" (p. 202).

Sabemos, com o auxílio da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que nem os mecanismos clássicos de recepção do Direito Internacional nos ordenamentos internos nem muito menos a lógica e a mecânica do Direito Internacional Privado se afiguram adequados à compreensão da pluralidade de fontes e de níveis de regulação que constituem o panorama jurídico da Europa de hoje, e à complexidade assim gerada.

A Europa jurídica dos nossos dias é, desde logo, um terreno plural. André-Jean Arnaud capta os vãos planos desse pluralismo: o dos princípios estruturadores do espaço jurídico europeu (a simultaneidade da integração, da harmonização e da cooperação), o do dualismo institucional (a Europa a duas velocidades, económica e simbólica, locali-

zadas na CEE e no Conselho da Europa) e o das fontes do Direito (os direitos internos, o direito comunitário, o direito das demais organizações europeias, ...). A gestão da complexidade, exigência da Europa jurídica actual, pressupõe assim uma assunção do pluralismo jurídico (e, desde logo, o reconhecimento da coexistência de um nível "oficial" com uma "experiência vulgar"). As experiências de auto-revisão dos direitos nacionais e de modos de solução de conflitos alternativos ao processo judicial são embriões desse processo de decisão complexa cuja teorização se exige ao pensamento jurídico europeu contemporâneo.

O paradigma positivista-legalista não permite incorporar este novo dado de base da complexidade e do pluralismo "senão pela violência contra o intruso, o direito europeu que se pretende impor, ou [pela] violência contra si mesmo que os nacionalistas sentem como uma provocação ao suicídio" (p. 228). É um modo de pensar o Direito que correspondia a um mundo simples, previsível e por isso programável, e à sua cristalização política primordial, o Estado-nação, *communitas maxima* a que se referenciam todas as demais comunidades.

Já não é essa a Europa em que vivemos. A integração europeia, tomada num sentido amplo, evidencia a superação do exclusivismo do Estado-nação. E, com a falência de alguns dos pressupostos da mundividência moderna, são fatalmente os pilares do pensamento jurídico nela fundamentado que são postos em causa: a universalidade, a generalidade e abstracção, a igualdade formal perante a lei não dão respostas aos desafios contemporâneos da complexidade e da realidade jurídica plural. Deste modo, sintetiza André-Jean Arnaud, não é credível um processo de integração europeia que não se baseie "num plano fundador, isto é, num pensamento jurídico correspondente aos progressos dos conhecimentos e dos instrumentos metodológicos de que dispõem hoje os cientistas sociais" (p. 295).

O repto lançado por esta obra não pode seriamente ser ignorado face à presente encruzilhada do figurino europeu. O fim da *plena potestas* do Estado-nação é hoje um dado incontestável na observação da sociedade internacional. Pode, a este respeito, falar-se de um movimento de duplo esvaziamento do estatuto internacional do Estado — operado, por um lado, por formas institucionalizadas de identidade e de relacionamento político situadas além do Estado (orga-

nizações internacionais) ou quem dele (regiões, comunidades autónomas, movimentos de libertação,...) e, por outro lado, por estruturas associativas a quem é alheia a referência estadual (ONG's).

Ora, se é certo que o Estado-nação se oferece como o precipitado político, por excelência, da modernidade, tal facto não legitima, todavia, nem um antecipado juízo negativo sobre a globalidade dos contributos dos Tempos Modernos, nem, em concreto, uma perigosa redução do alcance material dos mecanismos jurídicos sedimentados pelo pensamento moderno. É assim com a igualdade perante a lei como com a generalidade e abstracção das normas que, obviamente, não podem ser lidas apenas como técnicas da indiferença, antes têm que ser percebidas como redutos mínimos da justiça relativa e da segurança jurídica dos cidadãos. Nenhum pensamento jurídico, por mais adequado às circunstâncias sociais que seja, pode passar ao lado destes conteúdos já intemporais.

E muito menos se pode aceitar a consideração do direito moderno como um produto congelado no tempo, por onde aparentemente não terão passado diferenciações pluralistas ou o direito do trabalho à escala interna ou o direito do desenvolvimento à escala internacional.

A preocupação metodológica não pode ser desvinculada do primado das opções de conteúdo. Ora, deste ponto de vista, as páginas finais da obra de Arnaud confirmam, em nosso entender, a licitude da acusação ao pensamento sistémico relativa à sua apatia perante o sentido emancipatório do credo moderno. Não deixa de ser inquietante, na verdade, a ênfase colocada, já na conclusão, no relativismo e no pragmatismo como elementos nucleares de uma racionalidade pós-moderna a impregnar o direito europeu, em contraste flagrante com o estatuto da democracia e dos direitos do homem. Embora o autor explicitamente reconheça a estes valores básicos o carácter de património intocável do pensamento jurídico europeu, fica por esclarecer se, bem vistas as coisas, "a revolta contra a unidade em nome da pluralidade subjugada" de que fala Habermas, visivelmente inspiradora das leituras pós-modernas da complexidade e do pluralismo, reserva ainda algum lugar para aqueles dois traços de unidade do pensamento jurídico do velho continente. ■