

## ***Integração normativa e pluralismo jurídico***

**S. Tomé, 8 de Abril de 2009**

1. Cabe-nos examinar, nestas Jornadas sobre o “Estabelecimento de um Ambiente Favorável ao Desenvolvimento dos Negócios em São Tomé e Príncipe”, o tema: “*Integração normativa e pluralismo jurídico*”. Tema este, sem dúvida, da maior importância e actualidade.

A integração é hoje, com efeito, um fenómeno na ordem do dia. Muitos países têm, ao longo das últimas décadas, vindo a inserir-se em organizações de *integração económica regional*, visando assegurar a livre circulação das pessoas, mercadorias, serviços e capitais e a criação, em espaços geográficos cada vez mais vastos, de mercados únicos. Foi o que sucedeu na Europa, com a criação, em 1957, da Comunidade Económica Europeia, de que Portugal é parte desde 1986; na América do Norte, com a elaboração do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), de que são partes os Estados Unidos, o Canadá e o México; na América do Sul, com a criação do MERCOSUL, ao qual pertencem a Argentina, o Brasil, o Uruguai e o Paraguai, e da Comunidade Andina, que congrega, entre outros, o Perú, a Bolívia e o Equador; e na Ásia, com a criação da ASEAN.

Também a África tem registado movimentos dessa natureza, entre os quais se destacam a SADEC, à qual pertencem Angola, Moçambique e a África do Sul, e a UEMOA, que congrega diversos países oeste-africanos, entre os quais se inclui a Guiné-Bissau.

2. Sucede que a integração económica tem frequentemente reclamado a *integração normativa* entre os Estados-membros das referidas organizações. Uma vez, esta tem lugar mediante actos jurídicos emanados dessas organizações; noutros, resulta da actuação de organizações especificamente criadas para o efeito. Estão no primeiro caso a *Comunidade Europeia* e o *Mercosul*; corresponde ao segundo, a *Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios*

(OHADA), que tem sido objecto de discussão nas presentes jornadas e a que São Tomé e Príncipe pondera agora aderir.

É sobre os problemas suscitados pelo binómio integração normativa – pluralismo jurídico nesta última organização que iremos aqui apresentar algumas reflexões.

3. A OHADA tem por objecto, de acordo com o artigo 1.º do seu Tratado instituidor, “a harmonização do direito dos negócios nos Estados Partes, através da elaboração e adopção de *regras comuns* simples, modernas e adaptadas à situação das respectivas economias, através da instauração de processos judiciais apropriados, e pelo incentivo do recurso à arbitragem para a resolução dos conflitos contratuais”.

De acordo com o artigo 5.º, os actos que têm como objectivo a adopção das disposições comuns previstas no artigo 1.º têm a designação de “*Actos Uniformes*”.

Esses actos são, segundo o artigo 10.º, “*directamente aplicáveis e obrigatórios* nos Estados Partes, não obstante toda e qualquer disposição contrária de direito interno, anterior ou posterior”.

4. A fim de caracterizarmos devidamente esses Actos Uniformes, importa distinguir as diferentes modalidades que, em tese, pode revestir a integração normativa.

a) Ela pode traduzir-se, desde logo, numa *harmonização de Direitos*.

Esta consiste na eliminação das diferenças que separam os sistemas jurídicos nacionais quanto a determinadas matérias, tendo em vista assegurar um certo grau de *equivalência funcional* entre as soluções neles consagradas, mas sem que seja inteiramente suprimida a diversidade das respectivas regras. A harmonização pode ser conseguida de diferentes formas, entre as quais avultam, na Comunidade Europeia, as *Directivas*, que vinculam os Estados-Membros quanto aos *resultados* a alcançar na disciplina jurídica de certas matérias, deixando no entanto às instâncias nacionais a competência quanto à *forma* e aos *meios* de o conseguirem.

É também esse o caso das *Leis-Modelo* emanadas das Nações Unidas e do UNIDROIT.

b) Mas a integração normativa pode ser prosseguida por outra via: a *unificação de Direitos*. Esta, por seu turno, pode revestir também diferentes *modalidades*:

- Pode ser uma *unificação em sentido estrito*, em que se *substitui* uma pluralidade dos ordenamentos jurídicos por *um único ordenamento*, porventura atribuindo-se a um único órgão a competência para decidir em última instância as questões suscitadas pela respectiva interpretação; e

- Pode ser uma *uniformização*, que é uma *forma mais mitigada de unificação*, pois consiste na *inserção*, em certos ordenamentos jurídicos nacionais, de regras idênticas, que todavia *não põem em causa a pluralidade e a diversidade desses ordenamentos* quanto aos demais aspectos.

5. Ora bem: é nesta última categoria que, a nosso ver, se integram os *Actos Uniformes da OHADA*.

Nesta, com efeito, não se suprimem os particularismos nacionais, até porque há nos respectivos Estados-Membros sistemas jurídicos muito diversos:

- a) *Sistemas francófonos* (a maioria) – v. g. o Senegal;
- b) *Sistemas lusófonos* – hoje a Guiné-Bissau, futuramente, S. Tomé e Príncipe, caso venha a aderir àquela organização;
- c) *Um Sistema de base espanhola* – o da Guiné Equatorial;
- d) *Um Sistema híbrido*, francófono e de *Common Law* (o dos Camarões).

E podem ainda vir a integrar a OHADA outros sistemas de *Common Law*, como o da Nigéria, que tem estreita ligação aos actuais Estados-Membros.

6. Pensamos que está certo que assim seja. Mesmo numa época de globalização da economia, como a presente, em que os fenómenos de integração normativa foram muito incentivados pela integração económica regional, importa respeitar a *pluralidade e a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais*.

Por várias ordens de razões:

1.º, porque essa pluralidade e diversidade não são senão o reflexo da *pluralidade e diversidade das culturas nacionais*: muitas regras jurídicas, mesmo no domínio do Direito Privado, reflectem os *usos* e os *costumes* das comunidades nacionais, o seu sentimento ético-jurídico. Pense-se, por exemplo, na diferente medida em que os sistemas jurídicos consagram, nos preliminares e na formação dos contratos, deveres de conduta a cargo das partes. Nisso se reflectem diversas concepções acerca do grau de *solidariedade recíproca* que deva existir entre essas partes.

2.º, porque o pluralismo jurídico é o garante da *adequação do Direito* às necessidades reais das comunidades em que se destinam a vigora, sem a qual ele pode destinar-se à *ineficácia*, como tantas vezes sucedeu ao longo da história;

3.º, porque a *competição* entre diferentes modelos de regulação jurídica dos mesmos problemas sociais (*regulatory competition*) favorece o *progresso do Direito* e é *fonte de eficiência*.

Assim, se compreende, por exemplo, que na Europa o Direito Comunitário se encontre subordinado a um *princípio de subsidiariedade* por força do qual a intervenção legislativa dos órgãos comunitários constitui uma *“ultima ratio”*, apenas podendo ter lugar nos domínios em que os objectivos dos órgãos encarados não possam ser suficientemente salvaguardados pelos Estados-Membros (artigo 5.º do Tratado de Roma).

7. Vale isto por dizer que, como sustentou Emílio Kafft Kosta, na sua dissertação de doutoramento sobre o *Estado de Direito* (p. 156), publicada em 2007, há hoje um *“imperativo da diferença”* que postula que sejam *respeitadas e valorizadas*, mesmo num mundo pretensamente uniformizado e globalizado como o actual, a *pluralidade e a diversidade* dos sistemas jurídicos nacionais.

8. Do que dissemos até aqui podemos concluir, em suma, que o Direito da OHADA necessariamente deixa alguma margem de aplicação aos Direitos nacionais dos Estados membros, designadamente:

a) Nas matérias em que os próprios Actos Uniformes *remetem para os Direitos nacionais, v. g.* quanto à fixação de prazos, a definição de sanções, etc.:

b) No *desenvolvimento e adaptação dos Actos Uniformes aos sistemas jurídicos nacionais*, que os órgãos legislativos nacionais são livres de levar a cabo, desde que, como resulta do artigo 10.º do Tratado da OHADA, não o façam através de regras contrárias aos Actos Uniformes.

O Direito da OHADA pressupõe uma *co-regulação* das matérias objecto dos A. U., e não uma *exclusividade* dessa regulação por estes últimos.

Foi neste pressuposto que assentou a adaptação do Direito guineense aos A. U. da OHADA, cuja legitimidade à luz das ideias acabadas de expor temos por inequívoca.

9. Agora pergunta-se: mas sendo os Actos Uniformes directamente aplicáveis nos Estados membros da OHADA, *como se articularão* eles com os diplomas legais nacionais que visam ajustar a eles Direito de fonte interna?

Pensamos que os tribunais e outros órgãos de aplicação de Direito guineenses devem observar nesta matéria *o princípio da fonte mais próxima*.

Quer dizer: em todas as matérias em que existam simultaneamente Actos Uniformes e leis nacionais de adaptação devem aplicar-se estas últimas, que são a *fonte mais próxima* daqueles órgãos e naturalmente aquele que *insere* o Acto uniforme na ordem jurídica local, assegurando a *coerência* de regulamentação instituída com essa ordem jurídica.

Os Actos Uniformes valerão, neste contexto, sobretudo como *elementos interpretativos* da legislação nacional, visto que são a sua causa em termos normativos.

Claro que, havendo contradição – o que cremos não ser o caso de qualquer dos anteprojectos em causa –, devem prevalecer, segundo o Tratado da OHADA, os Actos Uniformes.

10. Desta forma se conciliarão, a nosso ver, os desígnios fundamentais:

- a) Por um lado, *a integração dos sistemas jurídicos* dos Estados membros da OHADA, que os A. U. têm em vista;
- b) Por outro, a *preservação do pluralismo jurídico* no seio desta organização, que é reclamado pelo próprio imperativo de *preservar o pluralismo das expressões culturais*

Como se pode ler num quadro que se encontra exposto no Museu Nacional de São Tomé e Príncipe, “*cultura é interacção entre os povos*”.

O Direito uniforme da OHADA, se aspirar a ser expressão da cultura jurídica dos países em que se aplica, terá necessariamente de resultar da interacção entre estes e de permitir que cada um deles preserve a sua especificidade própria – por outras palavras, não poderá nem deverá suprimir o *pluralismo dos respectivos sistemas jurídicos*.

Tal o voto que, no momento em que S. Tomé e Príncipe pondera a sua adesão a essa organização, aqui nos permitimos formular.