

REFLEXÃO: POR UM DIREITO COMUM...

Michelle Rattón Sanchez

RESENHA

DELMAS-MARTY, MIREILLE. *POR UM DIREITO COMUM* (TRADUÇÃO DE MARIA ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO GALVÃO). SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2004, 306 p..

A pós dez anos de sua publicação na França (em 1994), a editora Martins Fontes lançou no Brasil a tradução do livro *Por um direito comum*, de Mireille Delmas-Marty. Uma contribuição grande para a literatura e o ensino das ciências sociais no Brasil, apesar deste significativo lapso temporal. Tal obra está, com certeza, dentre as principais de Delmas-Marty, e espelha a teoria e os confrontos da primeira metade da década de 90. Uma época que – suspiramos – contava com o otimismo, bastante escasso nos dias atuais. Por isso, é fundamental contextualizar a obra no momento histórico de sua

publicação original e dentre os trabalhos da autora.

Na seqüência de *Por um direito comum*, Delmas-Marty lançou na França, em 1998, *Três desafios para um direito mundial* (no Brasil, Editora Lumen Iuris, 2003). Nesse e noutros trabalhos publicados, a autora manteve a preocupação central da obra de 1994. Apesar da mudança de contextos, os novos exemplos e suas análises permitem Delmas-Marty recolocar suas perguntas e redimensionar sua tese. Essa continuidade das reflexões demonstra a seriedade com que a autora desenvolve seus trabalhos e instiga o leitor a acompanhá-los.

ESTRUTURA DO LIVRO E COMENTÁRIOS

Por um direito comum está dividido em três partes (Livros) principais: *Recomposição de uma paisagem*, *Pensar o múltiplo* e *Reinventar o direito comum*. As análises nas três partes dirimem-se pela seguinte preocupação central: como coordenar a atual profusão de normas "jurídicas"? Jurídicas com aspas porque Delmas-Marty está claramente vinculada ao reconhecimento de fontes estatais e não-estatais; portanto, vai além daquelas tradicionalmente reconhecidas pelo direito centralizado e quase que identificado com o Estado. Delmas-Marty propõe-se, então, a reinventar um "direito comum" que possibilite a conciliação da multiplicidade do que podemos conceber como sistemas jurídicos. Isso na tentativa de encontrar uma nova lógica harmônica para o sistema; nas palavras da autora, uma paisagem em ordem (*paysage ordonné*).

Ao reconhecer que "o que está em jogo é o conteúdo das normas e não a existência delas" (p. 8), a autora organiza as três partes do livro com base em três clássicas perguntas existenciais: o que são os novos movimentos das normas, ou melhor, do que essa desordem está composta; como organizá-la; e, por fim, para que organizá-la.

Portanto, uma premissa importante do trabalho é: apesar de a ordem jurídica clássica ter-se desestruturado, isso não significa o seu fim. Assim, o uso da nomenclatura "direito comum" não é insensato. Está relacionado ao método aplicado por Delmas-Marty, para a reconcepção do sistema jurídico. O objetivo da autora é identificar um direito

que "não seja imposto de cima como verdade revelada (...) mas consagrado de baixo como verdade compartilhada, portanto relativa e evolutiva" (prefácio).

Deve-se alertar os menos informados que a identidade ortográfica do "direito comum" não se reduz, no entanto, a uma simples tradução de *common law* nem de *jus commune*. A autora evidencia essa distinção no prefácio do livro, sem que a retome de forma explícita ao longo de sua análise. Contudo, na leitura, pode-se notar que o livro *Por um direito comum* é mais do que uma mera paráfrase...

A autora aponta que o método clássico, fundado na pirâmide de normas de Hans Kelsen, é insatisfatório para explicar a complexidade dos movimentos atuais. O desafio que se coloca é, então, como definir novos métodos que coordenem a pluralidade de normas e que não se subvertam à lei do mais forte. A autora considera que somente se essa pluralidade for ordenável, pode permanecer como "jurídica". Nesse sentido, convoca a imaginação e a criatividade jurídica para evitar a desordem.

Na primeira parte do livro (Livro I), Delmas-Marty compromete-se a indicar a retirada dos marcos teóricos e a mudança dos paradigmas para o direito. Para tanto, baseia-se em exemplos do direito penal¹ – área de concentração da autora – e do direito civil, sob as combinações e incoerências na aplicação de seus conceitos e identificação de competências para decidir. Após analisar esses pontos em decisões proferidas pelos tribunais franceses, a autora conclui que

novas fontes estatais e não-estatais emergiram e permeiam hoje a lógica jurídica, ao mesmo tempo em que algumas fontes tradicionais ficam cada vez mais enfraquecidas. Formam-se, assim, as *pirâmides inacabadas e hierarquias descontínuas* – nas palavras da autora – quando se tenta aplicar o método clássico. Daí, a necessidade de pensar o múltiplo.

Para trabalhar o *como*, na segunda parte do livro, a autora parte da metodologia de Gérard Timsit sobre predeterminação, co-determinação e sobre-determinação, entendidos como elementos para *prescrever, interpretar e legitimar* o direito. A partir dessa seção, inicia-se o maior desafio do livro que é, para além do descritivo, apresentar uma leitura normativa. Qual o novo método para relacionar as atividades de predeterminação, co-determinação e sobre-determinação do direito? Como aplicá-lo?

Breve e sucintamente, Delmas-Marty afirma que o trabalho de predeterminação ou prescrição foi reduzido, permitindo, assim, que o de co-determinação conquistasse destaque. A autora, a seguir, reconhece que a juridicidade da co-determinação depende do processo de sobre-determinação, isso é, a interpretação da norma depende da sua legitimidade (entendida pela autora como relação com um código cultural comum).

À predeterminação, segundo Delmas-Marty, restou o papel de facilitar a inter-normatividade, em especial entre os diferentes níveis. Para evidenciar essa afirmação, a autora traz exemplos de como mecanismos do sistema nacional adotam, em suas interpretações, conceitos do

direito internacional e agregam a esses outros conteúdos, permitindo assim uma reinterpretação daquelas disposições, por vezes, mais abrangente. Ao mesmo tempo, os mecanismos internacionais também se apropriam das disposições de um sistema nacional “A” que poderá ser aplicado para um Estado “B” (conforme evidenciado pelos exemplos das decisões da Corte Européia de Direitos Humanos). A interpretação, assim, precisa ter referenciais mais seguros. A autora propõe a determinação de critérios, entre os quais o do princípio democrático (referido na Convenção Européia de Direitos Humanos), aliada à introdução da lógica da gradação. Esses dois pontos também não são suficientemente explorados no livro. Isso deixa ao leitor perguntas basilares: do que se compõe o princípio democrático? qual o procedimento mínimo para defini-lo? As definições desses elementos na segunda parte do Livro II apóiam-se em nomenclaturas vagas que parecem aportar definições circulares.

O que também dificulta a leitura desta parte do livro é que, quando passa a analisar a sobre-determinação ou o processo de legitimação, Delmas-Marty retoma a descrição e quase que abandona por completo sua análise normativa. A autora justifica a escolha ao afirmar que a legitimidade do sistema repousa em “verdades impossíveis de demonstrar”. – Como assim? – Por essa razão, apenas demonstra como o processo de sobre-determinação sofreu mudanças nos últimos anos, mais uma vez, sob o exemplo dos direitos do homem na experiência da Corte Européia de

Direitos Humanos (CEDH). Ao tomar esse exemplo, Delmas-Marty classifica os direitos humanos como um "direito dos direitos" e retoma a análise normativa. Essa oscilação, especificamente no item 3 do Livro II, faz com que não fique claro para o leitor a configuração integral da nova lógica ou o novo método.

Em toda a passagem, a autora não deixa de reforçar a necessidade de combinação entre lógicas, já que novos métodos de sobredeterminação não podem desconsiderar a lógica clássica (apoiada basicamente na teoria de Hans Kelsen) – que não desaparece por completo. Esse dado é importante para seguir a leitura, que se adentra na busca de como reinventar o direito comum.

No Livro III, em uma certa medida, a autora reconhece a dificuldade do método quando esclarece que o maior obstáculo na busca de um direito comum é a ambigüidade que embasa o procedimento para sua definição (pp. 209-10). Na busca de reinventar o "direito comum", Delmas-Marty, em referência a obstáculos a serem vencidos, justifica *para que* um direito comum.

Primeiro desafio: o "direito comum" tem que ser um direito acessível (a todos). Por essa razão, é preciso que se torne um direito para além da comunidade de especialistas e que supere as especificidades-obstáculo de cada uma das áreas do direito. Segundo desafio: que as práticas específicas (no caso é dado o exemplo da Europa) do pluralismo jurídico reconheçam-se como parte de um desafio planetário (e em alguma medida influenciem outras práticas).

Terceiro e último desafio: transpor esse raciocínio para a escala planetária. *Para que?* Em busca de ordem!

Para Delmas-Marty, o risco seria de, em sua escala planetária, a ordem adquirir um perfil totalitário. Por isso, a procura de um método ou procedimento que iniba o exercício do unilateralismo e mantenha o pluralismo exercitável. Assim, a autora funda sua tese no conceito do irredutível humano, retomando o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Extrai da análise que a proibição de crimes contra a humanidade abre a possibilidade de construir princípios comuns para pensar um "direito dos direitos", que aproxime os diferentes sistemas jurídicos. Nesse ponto, mais uma vez, a autora traz o exemplo e deixa vaga a perspectiva de como desenvolver o "direito comum".

Esta é a estrutura que consta das páginas de *Por um direito comum*. O importante é que a obra não se esgota aqui, permanece viva e em constante revisão nos trabalhos posteriores da autora. É possível identificar a continuidade da reflexão da autora em suas publicações recentes, bem como nas aulas ministradas pela autora no Collège de France².

INTERLOCUTORES DE DELMAS-MARTY

Ao longo de sua obra, Delmas-Marty combina (i) a análise de decisões de tribunais franceses e da Corte Européia de Direitos Humanos e (ii) o diálogo com autores da *doutrina clássica* (Hans

Kelsen, em especial) e de teorias contemporâneas aliadas ao seu pensamento (com destaque para Gérard Timsit). A descrição das decisões promove o exercício indutivo que fundamenta a proposta normativa de Delmas-Marty, apresentada acima. Sob essa metodologia, os referenciais europeus (tanto em uma instância teórica como numa prática) parecem promover a lógica de como se pensar o múltiplo.

As referências da autora sugerem uma crítica recorrente em trabalhos do gênero: pretender o comum a partir do eurocentrismo. A própria autora reconhece a concentração de sua análise na experiência européia. Se, por um lado, o conteúdo do livro não consegue resistir a essa crítica, por outro, a autora instiga a questão: será que é possível confirmar suas pretensões normativas a partir de outras realidades sociojurídicas? Fica a proposta.

Em relação à doutrina, para o leitor fica a pergunta, por que Delmas-Marty não desenvolveu sua reflexão sobre o direito comum em um diálogo mais próximo das teorias do cosmopolitismo (como David Held, Jürgen Habermas e outros)? Ou mesmo daqueles buscam repensar o direito internacional hoje? Neste momento é necessário contextualizar a obra historicamente e, para melhor compreender o trabalho de Delmas-Marty, acompanhar suas publicações posteriores. Já que em *Três desafios para um direito mundial*, por exemplo, a autora dialoga com uma boa parte dessa doutrina, ausente em *Por um direito comum*.

DESTAQUES DO LIVRO

Os méritos a serem atribuídos ao livro são muitos. Identifico, em primeiro lugar, o caráter extremamente contemporâneo – senão de prenúncia – da temática apresentada, sobretudo no início da década de 90 (na Europa, o Tratado de Maastricht havia sido assinado dois anos antes da publicação). Isso comprova a sensibilidade não apenas teórica, mas na escolha dos exemplos empíricos analisados pela autora.

Outro ponto que merece destaque é a interdisciplinariedade presente no método de análise do problema. Na análise de mecanismos jurídicos, a autora utiliza-se de elementos das ciências sociais, com destaque para teorias da filosofia e da sociologia do direito. Ainda merece destaque a relação que a autora consegue estabelecer entre diferentes áreas do direito (penal, civil e administrativo). Das teorias gerais aos direitos específicos, a autora também carrega consigo a percepção das relações internacionais e do direito internacional.

Ademais, a coordenação entre teoria e exemplos empíricos durante a obra é de notável excelência. *Por um direito comum* pode ser apontado como exemplo de como aplicar o método indutivo no direito. No caso, uma análise original é realizada por Delmas-Marty com a combinação de elementos da teoria clássica e da contemporânea e o exame sistemático e indutivo dos casos. A partir de exemplos das decisões das cortes francesas (nacionais) em relação ao direito interno e o direito comunitário europeu, a autora faz a análise de decisões da

Corte Européia de Direitos Humanos e daí retira regras gerais, sobre as quais se arrisca, inclusive, a construir uma metodologia para identificação do direito comum.

Para a área jurídica especificamente, Delmas-Marty, ao abordar o desafio da sociedade de especialistas, propõe não apenas uma revisão do direito, mas também do seu ensino e de sua prática. Isso, em nome do direito comum acessível. A recomposição no ensino, nas considerações da autora, poderia iniciar-se com a quebra das barreiras ilusórias entre o direito público e o direito privado. A prática do direito, sob o exemplo da distância promovida por preconceitos presentes na sociedade entre os universitários e os advogados, poderia ser harmonizada na reinvenção da categoria de jurista. A autora também aponta para o desafio colocado ao jurista atual quando tem que conciliar a economia e os direitos humanos, como duas ordens da globalização que interferem uma na outra e que devem ser repensadas de forma harmônica e não sob a dominação de uma sobre a outra. Os exemplos, apresentados de forma sintética, já nos permitem ponderar pontos significativos da prática do direito e dos seus profissionais (incluindo a área do ensino), também a partir do Brasil...

Pelo fato de ser uma tradução, vale aqui a menção à qualidade do trabalho da tradutora Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Foi possível constatar a precisão na tradução dos termos técnicos e também o cuidado na tradução daqueles que configuram

terminologias novas, ainda não consolidadas, na área das ciências sociais, para explicar fenômenos contemporâneos.

ÚLTIMAS OBSERVAÇÕES

A metodologia aplicada no livro é um exemplo de como as análises "por um direito comum" podem ser traçadas a partir de diferentes experimentações hodiernas no direito. Para além do exemplo europeu, uma proposta inspiradora seria verificar como outros exemplos podem confirmar ou desconfirmar a hipótese levantada por Delmas-Marty, inclusive em relação às práticas jurídicas no Brasil. Sempre, tendo-se em conta a necessidade de manter atualizadas e revisadas leituras e interpretações sobre o mundo contemporâneo.

Com vistas a caminhar para as últimas notas, vale indicar, como exemplo de recomposição contínua de suas reflexões face aos movimentos contemporâneos, o alerta por Delmas-Marty, na abertura de seu curso *études juridiques comparatives et internationalisation du droit* (Collège de France), neste ano: "A défaut d'accord sur une 'symbolique commune' permettant de fonder, non pas un système de valeurs unifié, mais du moins quelques interdits communs juridiquement protégés, la suite est inéluctable: *après le désordre et l'impuissance, c'est la guerre*"³ (grifos nossos).

Por fim, observa-se que as minúcias apontadas acima não desqualificam de qualquer forma a obra *Por um direito comum*. Isso porque, se considerarmos que "os grandes homens e mulheres não são

aqueles(as) que resolveram os problemas, mas que os descobriram" (com inclusão do gênero, a frase de Albert Schweitzer),

Delmas-Marty, como *Por um direito comum* evidencia, qualifica-se entre os grandes homens e mulheres da atualidade.

NOTAS

1 Nesta área, destaca-se a recente publicação no Brasil da obra de Mireille Delmas-Marty *A imprecisão do direito*, editora Manole, 2005.

2 Quanto às publicações, reforça-se a indicação das obras anteriormente mencionadas (*Três desafios para um direito mundial e A imprecisão do direito*) e indica-se, entre outras, a obra coletiva *Critique de l'intégration normative*, PUF, 2004, bem como os artigos "A mundialização do direito: probabilidades do direito no início do século 21", *Studia juridica*, Universidade de Coimbra, n. 41, 1999, pp. 131-144; "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste", *Revue Internationale de droit comparé*, 2000, pp. 753-780. Para informações

tanto sobre as publicações como sobre os cursos e palestras ministrados, v. <http://www.college-de-france.fr/site/int_dro> (última consulta em novembro de 2005).

3 Uma tradução livre desse trecho, do francês para o português: Na incapacidade de se atingir o consenso sobre um 'simbolismo comum' que permita definir, não um sistema de valores único, mas ao menos alguns limites juridicamente protegidos, a consequência é inevitável: após a desordem e a incapacidade, tem-se a guerra. Para acesso ao resumo da aula inaugural, v. <http://www.college-de-france.fr/site/int_dro/p1048509291586.htm>. O conteúdo do curso e desta aula contam com a previsão de publicação pela Editora Seuil, em 2006.

Michelle Ratton Sanchez

PROFESSORA DA DIREITO GV
PESQUISADORA NO CEBRAP E NO IDCID