

## 9ª. AULA. Direito e teoria das fontes do Direito

### TEXTO:

DELMAS-MARTIY, Mireille, *Por um direito comum*, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2004, ps. 211 a 226.

### CASO PRÁTICO: O CASO DA COMUNIDADE TUKURÉ

A comunidade indígena tradicional TUKURÉ habita a região central do Mato Grosso do Sul, desde tempos imemoriais. A expansão das fazendas de soja pressiona a comunidade a fazer deslocamentos sazonais, provocando a divisão da comunidade em grupos menores. Depois de anos de redução de seus territórios, os pequenos grupos são hoje compostos mais por mulheres e crianças, tendo em vista que os homens ou se suicidaram, ou foram mortos, ou foram levados para o trabalho em lavouras. Há relatos na região de que “mascarados” estejam ateando fogo em áreas preservadas, contaminando a água de nascentes e rios, e destruindo os roçados das comunidades indígenas sobreviventes, para amedrontar, provocar mortandades coletivas e expulsar os índios da região.

A dizimação progressiva do meio ambiente e do modo de vida levam a comunidade indígena tradicional TUKURÉ à redução drástica de sua população, em níveis vertiginosos. Como a maioria dos povos indígenas brasileiros, o povo TUKURÉ pratica costumes comunitários fundados no respeito às terras tradicionais, à tradições simbólicas, à memória dos ancestrais, além de se dedicarem à caça e à pesca. O direito brasileiro reconhece a estes povos autonomia, mas não soberania. Como ocorre com os povos indígenas em geral, os TUKURÉ não possuem registros escritos sobre as terras tradicionais, e nem podem provar os seus direitos, em contraste com os documentos cartorários obtidos pelos fazendeiros e as leis civis que se consolidam a seu favor.

Com o agravamento da situação, o Conselho Deliberativo da FUNAI, organizado e composto de forma paritária com a sociedade civil, contando com 12 membros integrantes permanentes, resolve tomar medidas drásticas para mudar a situação reinante na região, e reúne seus(uas) Conselheiro(as). Na ocasião da reunião do Conselho, após 5 rodadas de discussão, ao longo uma manhã e uma tarde de deliberações, vota-se que 3 opiniões irão ser consideradas como fundamentos dos votos de todo o Conselho, sendo que a partir daí se irá encaminhar as medidas e soluções para o caso.

1. A degravação e transcrição de trechos da audiência pública, em que foram ouvidas lideranças indígenas idosas e sobreviventes, com depoimentos sobre a sua situação e sugestões de medidas a serem tomadas. Através da voz das lideranças indígenas, discuta o conceito de *injustiça histórica*, relativa às comunidades indígenas. Formule a opinião de uma liderança com propostas de soluções concretas e encaminhamentos efetivos;
2. O laudo antropológico, contando com os dados concretos sobre as terras tradicionais e sua invasão por proprietários de terra e grilagens, com detalhes sobre a redução da densidade demográfica e as condições de vida dos povos indígenas da região. Formule o laudo antropológico;
3. O parecer técnico-jurídico, proveniente da Assessoria Jurídica, indicando as fontes do Direito aplicáveis em favor da defesa das terras indígenas, considerando-se os costumes tradicionais, a noção de propriedade indígena, o Estatuto do Índio, a Constituição Federal de 1988 e Declarações Internacionais.

# Por um direito comum Mireille Delmas-Marty

Por um direito comum Mireille Delmas-Marty

## Justiça e Direito

Esta coleção tem por objetivo reunir obras nos áreas de Filosofia e Teoria do Direito e de Filosofia Política. Pretende oferecer aos leitores os mais significativos estudos e pesquisas sobre justiça e sobre direito, reunindo autores que se caracterizam "classicos" e também os da atualidade que alimentam hoje o debate e enriquecem o direito sobre o mundo.

Martins Fontes

ISBN 85-204-2026-4



9 788533 162026

mento. Pois a internacionalização do direito cria a ilusão de que o direito se torna comum, ao passo que comporta o duplo risco de deixá-lo mais opaco ainda aos não-juristas – portanto, de fortalecer a hegemonia dos profissionais do direito – e de impô-lo sob a pressão econômica ao conjunto dos países – portanto, de fortalecer a hegemonia dos países desenvolvidos. Logo, seria ingênuo acreditar que a internacionalização do direito (e a complexidade crescente que o acompanha) garantirá o advento de um direito comum em todos os sentidos do termo.

Mas o fracasso não é inevitável. Em vez de travar um combate de retaguarda, para preservar ciosamente as concepções tradicionais de um direito estritamente nacional e estatal, a via daquilo a que se poderia chamar uma utopia realista consiste em apoiar-se sobre as transformações em curso para reinventar o direito comum. "Comum" no sentido mais forte que consagra, sem pretender fixá-lo nem circunscrevê-lo, esse "irredutível humano" em cujo nome os quase cento e oitenta Estados presentes à Conferência de Viena reafirmaram, em 1993, a universalidade dos direitos do homem proclamados em 1948 por menos de sessenta Estados.

Um duplo desafio, pois a crescente especialização do direito afasta o jurisdicionado, ou simplesmente o cidadão, mesmo quando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabelece, como uma das condições de "qualidade", que a lei seja "suficientemente acessível" e que o cidadão disponha "de informações suficientes, nas circunstâncias da causa, sobre as normas jurídicas aplicáveis a dado caso"<sup>6</sup>, e mesmo quando o Parlamento francês, ao adotar uma lei sobre a assistência jurídica, assinala a importância que confere ao "acesso à justiça e ao direito" (art. 1º, I, 10 de julho de 1991).

A esse primeiro desafio – conceber um direito comum a todos, juristas e não-juristas, quando é preciso conjugar especialização e acesso ao direito – acrescenta-se um segundo, mais temível ainda, pois põe em causa a própria idéia de que um direito possa ser comum a todos os ramos do direito e expressar de certo modo o espírito dos direitos. Depois do direito romano e do direito canônico, o direito civil, na tradição greco-romana, bem como o *common law* na Grã-Bretanha, puderam assegurar essa função fortemente simbólica de "rito ocidental de acesso à lei da espécie", ou seja, para além da técnica jurídica, uma função que, pelo "vínculo de legalidade", transforma o homem biológico em sujeito

6. Acórdão Malone contra Reino Unido, 2 de agosto de 1984 (cf. *supra*, Livro II).

de direito<sup>7</sup>. Formulando abertamente a questão: o direito civil será ainda habitável?" e, mostrando como "a mudança para o ético" marcaria, com a derrota do direito, "o abalo da concepção psicossomática do homem no Ocidente"<sup>8</sup>, Pierre Legendre anuncia como inevitável uma "reinterpretação do mundo e do sujeito *fixados* no *corpus* filosófico próprio do Ocidente". Mas o Ocidente não é cortado do resto do mundo e é integrando o fenômeno de internacionalização do direito que podemos começar, se não a "faxina enorme" anunciada por Legendre, pelo menos certa retirada do pó que deixe visível, sob o acúmulo de textos e de interpretações, o espírito que os habita... supondo-se que ainda estejam habitados.

### O acesso ao direito

Um direito "comum" é sobretudo um direito acessível, e, na medida do possível, acessível a todos. Isso pressupõe uma disciplina, quase uma deontologia, do trabalho legislativo, uma vez que é verdade que, "dentre todos os abusos do direito que nossa época protetora forcejou para combater, o abuso do direito de legislar teria merecido um lugar"<sup>9</sup>. O legislador deveria, de todo modo, preocupar-se em organizar entre "a lei e o povo" esse meio de comunicação do qual Portalis dizia que ele era necessário "a fim de que o povo saiba ou possa saber que a lei existe e que existe como lei".

Embora os primeiros codificadores tenham-se esforçado em seguir esse preceito, seria vão pretender que o povo conheça mesmo de nome os cinquenta e seis códigos hoje em vigor na França, aos quais se juntam inumeráveis leis não codificadas, decretos e portarias, e também se acrescentam regulamentos e diretrizes da Comunidade Europeia.

7. P. Legendre, *Les enfants du texte, Étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, 1992, p. 49.

8. *Ibid.*, pp. 151 ss.

9. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, prefácio, Delfrénois, 1970.

Criando, por um decreto de 12 de setembro de 1989, uma "Comissão Superior de Codificação", o Primeiro-Ministro pretendeu realinhar o princípio de que os "usuários do direito [...] possam encontrar, todos eles, num código o contido de uma matéria, sob uma forma tão simples quanto o possível"<sup>10</sup>. Mas a própria composição da Comissão, na qual predominam os representantes dos ministérios, assim como "das mais altas instâncias administrativas, judiciárias e financeiras do Estado", não dá o menor espaço a esses "usuários do direito" para os quais ela supostamente trabalha. Concepção tecnocrática, se não burocrática, que evoca mais a idéia de fábrica das leis do que o ideal republicano da lei, "expressão da vontade geral". E o fato de que dois parlamentares (membros da Comissão das Leis da Assembleia Nacional e do Senado) estejam associados a essa comissão dita "superior" só agrava o efeito de marginalização do Parlamento, pois o papel deles é permitir abordar, "nas melhores condições", diz o relatório, ou seja, o mais rapidamente e com o menos possível de debate, "a fase decisiva do voto das leis de codificação"<sup>11</sup>.

Aliás, ninguém se ilude. O novo Código Penal votado em 1992 (entrada em vigor prevista para 1.º de março de 1994) admite o erro de direito no título das causas de irresponsabilidade, renunciando assim à regra que Portalis qualificava de "constante", segundo a qual "a ignorância do direito não é desculpa". E o Primeiro-Ministro, ao instituir a Comissão de Codificação, se apressa em reconhecer, depois de seu rapapé aos usuários do direito, que não pretende "nutrir a ilusão de um direito miraculosamente simples, redigido num vocabulário limitado a quinhentas palavras e acessível a qualquer um que tenha feito o aprendizado da leitura"<sup>12</sup>.

Isto mostra a importância de quem explica a lei e faz os usuários conhecerem seus direitos, portanto a importância

10. Alocução de Michel Rocard, *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 303.

11. Comissão Superior de Codificação, 3.º relatório anual, 1992.

12. Alocução de Michel Rocard (citada, nota 10).



do advogado e, para garantir a todos o benefício de seus conselhos, aquela da assistência jurídica aos mais desfavorecidos: "A proclamação dos direitos do homem, fundamento essencial da democracia e do Estado de direito, não poderia bastar sem garantia dos direitos; ora, esta não pode ser efetiva se o igual acesso à justiça não está realmente assegurado." Posta no início do relatório do Conselho de Estado sobre a assistência jurídica, essa frase marca a vontade de substituir, para além de uma primeira etapa realizada pela lei de 1972, a tradição de assistência, de caridade, consentida e arcada pelos auxiliares de justiça, e principalmente pelos advogados, pela idéia de um auxílio assumido pelo Estado (e aliás imposto pelos textos internacionais relativos aos direitos do homem).

Entregue ao Primeiro-Ministro em 1990, esse relatório deveria redundar na lei, já evocada, de 1991 que, de fato, organiza, além da assistência jurisdicional (acesso à justiça aberto a todos, inclusive aos estrangeiros), um auxílio "ao acesso ao direito". Comportando este tanto um auxílio à consulta que incide sobre "os direitos e as obrigações relativos aos direitos fundamentais e às condições essenciais de vida do beneficiário" como uma assistência perante as comissões de caráter não jurisdicional ou as administrações, "a fim de obter uma decisão ou de exercer um recurso preliminar obrigatório".

Mas essa reforma segue de perto a da profissão de advogado que, por duas leis de 31 de dezembro de 1990, cria uma "nova" profissão resultante da fusão das de advogado e de conselheiro jurídico. Profissão "liberal e independente", claro, mas que o "novo advogado" pode exercer daqui para frente, não só a título individual ou no seio de uma associação ou de uma sociedade civil profissional, mas também no âmbito de uma sociedade comercial (sociedade de responsabilidade limitada, sociedade anônima ou sociedade em comandita por ações) cujo estatuto é simplesmente organizado em "sociedade de exercício liberal"; ou ainda como "assalariado" de um advogado, de uma associação ou de uma sociedade de advogados. Ao consagrar essa comer-

cialização da profissão de advogado, as duas leis de 1990 fizeram a escolha da modernização, com o risco de resultar numa justiça com duas velocidades: para os detentores do poder econômico, uma "justiça sob medida" nos "supermercados" nos quais se tornaram os grandes escritórios internacionais, em que cada especialidade está representada, sendo o superequipamento muitas vezes uma escolha estratégica destinada a tranquilizar os clientes e a intimidar os concorrentes<sup>13</sup>; mas, para os jurisdicionados comuns, uma justiça "de massa" - alguns falam de justiça "de carregaço" -, em que o advogado generalista, pequeno artesão diante dos grandes engenheiros das multinacionais, se esforça em ajudar seu cliente dentro dos limites de uma competência que não pode ser universal.

Da fábrica das leis aos supermercados do direito, a evolução é paralela pelo fato de tender para o mesmo objetivo de modernização, de repousar nas mesmas técnicas de gestão e obedecer às mesmas coerções econômicas. Resta saber se as respostas são as mesmas na busca de um direito que ficaria comum.

### A fábrica das leis

A própria concepção dos códigos, construídos como monumentos isolados e autônomos, se assentava no nuro múltiplo de um espaço estatal, de um tempo estável e de uma ordem fundamentada na lei. Mas não se pode esquecer que a paisagem mudou. Com a multiplicação das fontes do direito e a diversificação delas, marcada pelo aparecimento de fontes não estatais (notadamente, mas não exclusivamente, internacionais), extralegislativas e variáveis no tempo, a mudança, a um só tempo quantitativa e qualificativa, impõe uma renovação completa dos métodos legislativos. Pois a

13. Y. Dezalay, *Martiniens de droit*, Fayard, 1992; vide também "La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles", in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, pp. 230 ss.

grande novidade é a inter-relação entre textos e contextos ou, mais amplamente, entre os diversos conjuntos normativos que funcionam simultaneamente. Daí a utilidade da Comissão Superior de Codificação que, postada no cruzamento do conjunto das codificações, está em condições de perceber essa dificuldade, que evoca em seu terceiro relatório: "À medida que avançam seus trabalhos, a Comissão Superior de Codificação confrontou-se com frequência cada vez maior com a questão de saber como se articulam os diferentes códigos existentes ou em curso de elaboração." Falta encontrar a resposta adequada. No início de seus trabalhos, a Comissão escolheu excluir a remissão de um código para o outro, sem reprodução dos artigos concernidos, pois ela "apresenta um caráter sibilino e obriga de fato a reportar-se a vários códigos"<sup>14</sup>. Assim é que, para facilitar o acesso ao direito e "garantir, em condições de boa segurança jurídica, a informação dos leitores do código", a Comissão distingue entre um "código piloto" e um (ou vários) "código(s) seguidor(es)", precisando que "indica-se no código seguidor que as regras relativas a tal questão são regidas pelos artigos adiante reproduzidos do código piloto"<sup>15</sup>. Se bem que ela evite isso — "a qualificação de código seguidor naturalmente não implica nenhuma inferioridade nem subordinação das regras que nele figuram, nem das administrações que são encarregadas dele em relação àquelas do código piloto" —, a Comissão introduz assim uma espécie de hierarquização de fato que decerto não é a melhor maneira de co/ordenar conjuntos diferentes. Ademais, em seu terceiro relatório, a própria Comissão exprime reservas sobre esse método: "A técnica do código piloto e do código seguidor permite superar certo número dessas dificuldades [de articulação entre diversos códigos], mas a Comissão percebeu o perigo que resultaria de um recurso maciço a essa técnica quanto à legibilidade do texto final."

14. Comissão Superior de Codificação, primeiro balanço após um ano de atividade da Comissão, relatório geral para 1990.

15. *Ibid.*

Além disso, ela assinala "a impossibilidade, para as autoridades francesas, de englobar o direito comunitário de outra maneira senão por anexos documentários", salientando que, "embora esse procedimento constitua um progresso na acessibilidade dessas novas normas para o cidadão, a questão de uma codificação do direito europeu surgirá num futuro próximo com acuidade cada vez maior"<sup>16</sup>.

Com o tempo, pode-se supor que o suporte informático permitirá incorporar a qualquer conjunto normativo que seja textos inseridos noutro conjunto (nacional, infra ou supranacional), sem com isso retirá-los do conjunto de origem, sendo a investigação de cada base de dados garantida por uma chave de acesso autónoma, o que exclui qualquer hierarquização de fato. Por exemplo, uma disposição de direito penal do trabalho poderá ficar acessível a partir de uma base "direito penal" ou a partir de uma base "direito do trabalho"<sup>17</sup>. Ocorrendo o mesmo com uma diretiz comunitária referente ao direito do consumidor, acessível a partir de uma base "direito do consumidor" ou "direito comunitário".

Se o acesso material pode ser assim organizado, apesar da complexidade crescente do direito, falta o acesso intelectual, noutras palavras, a possibilidade de leitura e de compreensão, que a existência de remissões torna particularmente árdua. É aí que a fábrica das leis, por mais perfeita que seja de um ponto de vista técnico, não pode substituir a vontade geral, pois não tem competência nem legitimidade para definir as linhas de força que, somente elas, tornarão a dar coerência e legibilidade ao conjunto considerado. É aí que o debate no Parlamento poderia retomar um significado político e jurídico, expressando verdadeiras escolhas de sociedade mediante a adoção de princípios diretores, que orientam a interpretação das diversas regras técnicas.

Princípios diretores de supressão de caráter penal, que comportem uma série de indicadores de gravidade (a falta,

16. Comissão Superior de Codificação, 3º relatório anual, 1992.

17. Sobre a aplicação desse método considerado em direito penal ver Delmas-Marty, "Le nouveau Code pénal", apresentação, *RSC*, nº 3, 1993, pp. 439 ss.

o dano, o valor protegido) e de utilidade (a efetividade e a eficácia das sanções existentes ou propostas), para orientar as escolhas entre sanções penais e extrapenais<sup>18</sup>, princípios processuais fundamentais que permitem uma diminuição do formalismo e um aclaramento do regime das nulidades<sup>19</sup>, ou princípios de harmonização na escala europeia<sup>20</sup>, a busca de tais princípios é, decerto, um dos meios de facilitar o acesso ao direito sem contudo reduzir uma complexidade que é apenas a tradução, no campo jurídico, de uma organização social tomada por sua vez mais interativa, portanto mais complexa.

Em suma, a resposta não é suprimir a fábrica das leis para voltar aos tempos heróicos das codificações napoleônicas, mas, antes, inspirar-se no exemplo de Matisse, que procurava a harmonia das cores em sua tela: "Quando a segunda cor não parecia combinar com a primeira, eu punha uma terceira que devia combiná-las." Assim, quando a remissão de um código para o outro não cria a harmonia procurada, a adição de princípios diretores pode fornecer a síntese, sem com isso renunciar aos instrumentos analíticos das burocracias modernas.

Isto quer dizer que o acesso ao direito não é forçosamente o acesso a todas as sutilezas técnicas da regra jurídica, mas pelo menos a possibilidade, por conhecer os princípios que as embasam, de fazer um juízo argumentado como cidadião e, como jurisdicionado, segundo a expressão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão Malone contra o Reino Unido já citado (1984), "de reger sua conduta" e de "prever num grau razoável, nas circunstâncias da causa, as consequências que podem derivar de um determinado ato", cercando-se, "se necessário", diz ainda o Tribunal, de "conselhos esclarecidos".

18. *Ibid.*, p. 444.

19. Vide comissão "Justiça penal e direitos do homem, *La mise en état des affaires pénales*, relatórios da Documentation française, 1991, pp. 111 ss.

20. Vide *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, atas do Colloque de l'abbaye de Royaumont, Econômica, 1993, pp. 319 ss.

Ainda é preciso que a necessidade de conselhos esclarecidos seja efetivamente satisfeita pela garantia de um acesso igual à justiça e ao direito. Esse é o princípio que o Conselho de Estado lembrava em seu relatório de 1990 sobre a assistência jurídica. Lembrança necessária, mas tardia, na hora em que a concorrência entre sistemas jurídicos acelera a mutação da profissão de advogado iniciada pela reforma de 1990. A ponto de certos observadores já afirmarem<sup>21</sup> que "as elites jurídicas nacionais renunciam a defender a velha concepção artesanal e individualista do direito e se alinham, por sua vez, por trás da bandeira" dos grandes escritórios nacionais e internacionais. Aqueles cujas palavras de ordem – lucro, rentabilidade, eficácia – e cuja política de diversificação provém, de fato, de uma estratégia de supermercado.

#### Os supermercados do direito

Supermercados de luxo: "Quando os serviços jurídicos representam, como nos Estados Unidos, um peso econômico superior ao da siderurgia, quando os *City law firms* podem vangloriar-se de contribuir para a balança de pagamentos britânicos com mais de trezentos e cinquenta milhões de libras, quando a abertura de um escritório no exterior ou a compra de um equipamento informático totalizam centenas de milhões de francos, fica claro que essas organizações profissionais também são empresas totalmente capitalistas."<sup>22</sup> Com os mesmos riscos, comprovados por algumas falências retumbantes e algumas fusões dolorosas. Com a mesma tendência à expansão: mais além das atividades tradicionais, jurídicas ou jurídico-financeiras (a consultoria) e judiciárias (a defesa na justiça), os grandes escritórios de negócios são também produtores de direito, trate-se de justiça privada, mediante as técnicas de mediação e de arbitragem, ou de justiça de Estado, quando, além

21. Y. Dezalay, *Marchants de droit* (op. cit. nota 13), p. 230.

22. *Ibid.*, p. 224.

da voga recente das grandes batalhas jurídico-financeiras, desenvolve-se o "lobby" legislativo ou jurisprudencial.

E no entanto o advogado tradicional, a um só tempo artesão e figura importante, aquele cuja profissão, dizia-se, "parece o sacerdócio", não desapareceu. O advogado Woog<sup>3</sup> descreve assim, em 1987, a sua profissão: "Ela requer pelo menos o completo envolvimento da pessoa" e, para além da aquisição prévia e permanente dos conhecimentos e da prática, ela exige "o respeito da regra moral e a valorização de qualidades humanas profundas". Daí este resumo fascinante: "Ser advogado é acima de tudo consagrarse ao outro e amá-lo."

Do sacerdócio ao supermercado, já não é de evolução que se trata, mas de um verdadeiro sismo que atingiria toda uma profissão.

Ainda há que levar em conta sua capacidade de resistência, ao mesmo tempo econômica - fusões e falências que marcam os limites da política de expansão dos grandes escritórios nacionais e internacionais - e ética - a tradição deontológica das ordens de advogados tem, na França, uma longa história, sem equivalente nos Estados Unidos. Provam isso as primeiras modalidades de execução das leis de 1990, em cuja elaboração o recente Conseil National des Barreaux (CNB) [Ordem dos Advogados da França] desempenhou um papel motor. Criado pela lei de 31 de dezembro de 1990, eleito em abril e definitivamente organizado desde setembro de 1991, esse Conselho apresenta a originalidade de ser "nacional", ao passo que as cento e oitenta ordens de advogados sempre tinham até agora reivindicado sua autonomia regional (inclusive na Conferência dos presidentes das ordens, que agrupava todos os presidentes, com exceção daquele de Paris). Organizado em comissões (formação profissional, questões internacionais, acesso ao direito e à justiça, harmonização das regras e usos da profissão, comissões social), o CNB tem como principal missão representar a

profissão perante os poderes públicos. Por essa razão, zela notadamente pela harmonização das regras e usos da profissão e dos programas de formação. Assim é que foi levado a formular propostas e pareceres sobre pontos tão sensíveis como o programa do exame de entrada nos centros regionais de formação profissional de advogados, a lista das especializações desde então admitidas ou ainda a regulamentação da publicidade.

Nesses três campos, as escolhas do CNB marcam certo apego à ética tradicional da profissão, às vezes reforçada, como com a prova chamada do grande oral (a única que escapa de qualquer dispensa por equivalência de diplomas por ocasião do exame de entrada nos centros de formação profissional): a velha concepção elitista da exposição de "cultura geral" é substituída, pelo novo regulamento, pela escolha, a um só tempo ética e prática, de uma exposição sobre um tema relativo à proteção das "liberdades e direitos fundamentais".

Quanto às especializações - de que o advogado agora pode, como o antigo conselheiro jurídico, fazer menção -, a lista foi fixada por portaria do Ministro da Justiça a partir de propostas do CNB. Embora as rubricas de conotação econômica sejam predominantes (tais como direito tributário, direito econômico, direito comercial, direito societário, direito das medidas de execução, direito imobiliário etc.), o direito das pessoas aparece, não obstante enquanto tal, no começo da lista (que comporta notadamente o direito de família e da criança, assim como o direito dos estrangeiros, seguido do direito penal e completado pelo direito social).

Enfim, no tocante à publicidade, o CNB reconhece sua utilidade "numa sociedade dominada pela lei do mercado, por uma acirrada concorrência internacional, pelo papel crescente das mídias e das associações de consumidores", mas salienta também a necessária "fidelidade a certos princípios": "A profissão de advogado não pode ser assimilada a uma atividade comercial qualquer; o advogado não é um empresário como os outros; não é somente um técnico do

23. J.-C. Woog, *Pratique professionnelle de l'avocat*, LITEC, 1987, p. 6.



direito; sua *especificidade*, que lhe justifica o estatuto particular na sociedade, é o cumprimento de uma missão no *interesse do público, sua participação num serviço público*" (relatório U. Iannucci, 1993).

É por isso que, no âmbito de sua missão de harmonização das regras e usos da profissão, o Conselho Nacional editou um pequeno livro intitulado "La publicité personnelle de l'avocat" [A publicidade pessoal do advogado], que formula certo número de proibições, como a de propor ou de oferecer em domicílio seus serviços – solicitação e procura de clientes em domicílio –, de publicar os resultados contábeis do escritório (salvo obrigações legais para as novas sociedades comerciais de advogados), ou de mencionar a identidade dos clientes (salvo para desenvolver atividades no exterior). Além dos princípios de utilidade, de exatidão, de discrição e de respeito da dignidade da profissão, o CNB impõe uma comunicação prévia do suporte publicitário ao presidente da Ordem dos Advogados, "a fim de lhe permitir tornar conhecidas suas observações"; enfim, especifica que a difusão da informação publicitária "não deve efetuar-se senão a partir do escritório, sem possibilidade de depositar os documentos em lugares públicos ou de enviá-los a terceiros com o fito da difusão deles".

Ainda assim subsiste certo número de ambigüidades. Numa sociedade que ele descreve como "dominada pela lei do mercado, por uma acirrada concorrência internacional, pelo papel crescente das mídias e das associações de consumidores", não se tem certeza de que o Conselho Nacional consiga fazer o "interesse do público" prevalecer sobre o modelo americano que já fascina uma parte da profissão.

Isso poderia levar a pensar que lembrar princípios éticos tem um valor apenas encantatório, muralha irrisória em face da concorrência internacional e de certas cobaiças nacionais que tendem a transformar os advogados em "comerciantes do direito".

A realidade decerto é mais matizada e é provável que a transformação só dirá respeito a uma parte dos advogados,

o que anunciaria não a decomposição da profissão, mas uma ampla recomposição, que substitui a divisão acadêmica entre direito privado e direito público e a classificação sociológica dos universitários opostos aos advogados praticantes por uma nova separação bipartida entre juristas de direito dos negócios e juristas de direito das pessoas.

Se a questão do acesso ao direito pode com isso ser modificada em seu próprio significado – um poder de um lado, um direito de outro –, é também a idéia de um direito comum às diversas disciplinas jurídicas que se vê questionada na mesma ocasião. A ponto de duvidar da existência de uma afinidade espiritual que oporia à fragmentação das especialidades se não a unidade, pelo menos a harmonia do conjunto denominado direito.

### O espírito dos direitos

Acessível, o direito se torna algo comum e familiar. "Comum", no sentido de um direito posto ao alcance de todos.

À primeira vista, a busca de uma afinidade espiritual, em face da fragmentação das disciplinas que se compartilham à medida que se vão diversificando, procede de uma posição oposta, pois de inspiração erudita<sup>24</sup>. Como atesta a ressurgência do direito romano na Europa, da Idade Média ao Renascimento; ressurgência limitada, é verdade, à Europa ocidental. Pois a Inglaterra rejeita o direito romano e inventa, pelo desenvolvimento do recurso à justiça monár-

24. Apesar do efeito de conhecimento por ritoche que se poderia esperar de uma afinidade de espírito que, agrupando diversos ramos especializados, tornaria a dar coerência de conjunto, portanto acesso ao direito. Quanto a uma tentativa de vincular ao direito dos direitos do homem tal efeito de "democratização do direito", vide a pesquisa coletiva, "La perception des droits de l'homme dans la société contemporaine", sob a direção de M. Delmas-Marty, W. Doise, A. Girardet, R. Lenoir e A. Percheron, relatório do Instituto de Direito Comparado de Paris, 1991, resenha em *Archives de politique criminelle*, 1989, n.º 11, p. 35, e 1990, n.º 12, p. 145 (Discours juridique et discours ordinaire – Premiers résultats de la recherche sur la perception des droits de l'homme).

quica, seu próprio *common law*, que aliás desempenhará o papel do direito romano nos países colocados, em algum momento de sua história, sob a dominação inglesa.

Como comprova também a redação do Código Civil francês, no momento em que "a Revolução se esgota na conquista tão desejada de um direito comum"<sup>25</sup>. Um direito comum que se pretende, de fato, a síntese moderada do antigo direito francês e da Revolução: "Raciocina-se com muita frequência como se o gênero humano acabasse e comesse a todo instante, sem nenhuma espécie de comunicação entre uma geração e aquela que a substitui. As gerações, ao se sucederem, se mesclam, se entrelaçam e se confundem... gostamos demais, em nossos tempos modernos, das mudanças e das reformas; se, em matéria de instituições e de leis, os séculos de ignorância são o teatro dos abusos, os séculos de filosofia e de luzes são muito amiúde apenas o teatro dos excessos."<sup>26</sup> Daí o tom de moderação dos redatores do Código: "Fizemos, se for permitido expressar-se assim, uma transação entre o direito escrito e os costumes, todas as vezes que nos foi possível conciliar as disposições de uma ou modificá-las umas pelas outras, sem romper a unidade do sistema e sem chocar o espírito geral."<sup>27</sup>

Paradoxo do Código Civil, que unifica o direito no interior das fronteiras nacionais e influenciará mais de um direito nacional, sem contudo alcançar a unificação européia que o direito romano e o direito canônico haviam esboçado. É verdade que a pretensão universalista dos redatores quase havia desaparecido com a supressão, na versão definitiva, do Livro preliminar. Este abria-se de fato com uma afirmação suscetível de inquietar um Napoleão que sonhava im-

25. F. Ewald, *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p. 35.

26. Portalis, "Discours préliminaire au projet de Code civil", in *Naissance du Code civil* (op. cit., nota 25).

27. *Ibid.* Há que assinalar que a cerca de duzentos anos de distância o novo Código Civil de Quebec, que entra em vigor em 1º de janeiro de 1994, também tem a ambição de constituir um direito comum: vide R. Cabrillac, *Le nouveau Code civil du Québec*, D. 1993, p. 267.

por o Código como emblema da hegemonia francesa sobre a Europa: "Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: é simplesmente a razão natural na medida em que governa todos os homens." O argumento em favor da supressão foi facilmente encontrado no princípio de uma distinção entre o que é "a parte da ciência e a parte da legislação". O Livro preliminar se tornou um título preliminar de oito artigos muito técnicos, que organizam "a publicação, os efeitos e a aplicação das leis em geral".

Permaneceria a força simbólica de um código que por muito tempo foi considerado pelos juristas franceses o *jus commune* dos diversos ramos do direito, espécie de tronco em comum que definia método e princípios aplicáveis no conjunto do sistema.

Isso mostra a angústia que invade muitos juristas à idéia de que, por uma marginalização progressiva, o Código Civil agora seria apenas um código dentre os outros, os outros cinquenta e cinco inventariados em 1989 pela Comissão Superior de Codificação.

Pois o Código Civil oferecera a gerações de intérpretes a ferramenta apropriada para exercer a função deles e "sistematização". Função a um só tempo instrumental e simbólica, pois mantém a crença na racionalidade do direito, que tende a "reconstruir o direito como um conjunto coerente, integrado, monolítico, cujos elementos se sustentam e se imbricam todos harmoniosamente"<sup>28</sup>.

Ora, a multiplicação de ramos cada vez mais especializados que se cruzam e devem ser conciliados ou combinados aumenta a complexidade jurídica, mais ainda porque aumenta a quantidade dos textos. Verdadeiro desafio para "o ideal lógico"<sup>29</sup> ao qual a maioria dos juristas continua apegada, o fenômeno é vivenciado como fonte de incertezas e de desordem, no mesmo momento em que o direito

28. J. Chevallier, "Les interprètes du droit", in *La doctrine juridique*, pp. 259 ss. (op. cit., nota 13).

29. J. Lenoble e F. Ost, *Droit, mythe et raison*, Facultades Universitárias Saint-Louis, 1980, p. 297.

aparece, porém, em plena expansão. Daí o desnoiteio deles, que se expressa pelo número de trabalhos consagrados ao "declínio"<sup>30</sup>, à "crise"<sup>31</sup>, ao "quinhão do direito na angústia contemporânea"<sup>32</sup> ou às "tendências regressivas do direito"<sup>33</sup>.

É que esse ideal está por reinventar, pois há que se aprender, diziamos nós, a pensar o múltiplo, ou seja, conhecer e dominar o instrumento das novas lógicas, não para desqualificar a lógica clássica, mas para completá-la de maneira que se tratem os problemas que lhe escapam.

Resta saber dentro de qual espírito. Pois o instrumento lógico permite interpretar a norma (co-determinação), sem com isso revelar o código cultural que a inspira (sobredeterminação).

Tal como a descrevemos no início deste livro, a recomposição da paisagem jurídica parece inspirada ao mesmo tempo pelo espírito do mercado e pelo espírito dos direitos do homem. Duas maneiras de dizer e de fazer que sobrederminam as escolhas no interior do sistema, mas que seria prematuro assimilar depressa demais à separação esboçada acima entre o direito dos negócios e o direito das pessoas, uma vez que esses espíritos moram às vezes nos mesmos territórios.

30. Ripert, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949; Bataïol, "Le déclin du droit. examen critique", *Archives de philosophie du droit*, t. VIII, 1963, p. 43; Burdeau, "Le déclin de la loi", *Archives de philosophie du droit*, t. VIII, 1963, p. 35. Vide também a análise crítica de A. Perrot, "La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit", in *La doctrine juridique*, p. 1815 (op. cit. nota 13).

31. Roubier, "La crise du droit et l'évolution régressive", in *Traité générale du droit*, Sirey, 1951, p. 330; Terré, "La crise de la loi", *Archives de philosophie du droit*, t. XXV, 1980, p. 17. Vide também as referências citadas por A. Perrot (artigo citado, nota 30).

32. J. Carbonnier, "La part du droit dans l'angoisse contemporaine", in *Flexible droit*, LGDJ, 2<sup>a</sup> ed. 1971, pp. 112 ss.

33. B. Oppetit, "Les tendances régressives du droit", in *Mélanges Holzman*, 1991; igualmente "L'hypothèse du déclin du droit", in *Droits*, n<sup>o</sup> 4, 1986, p. 9.

### O espírito do mercado

Se é verdade que o espírito do mercado designaria "tudo o que, sob o nome de dinheiro, não se deixa reduzir à economia pura e simples" ou ainda "o que, no mercado, não se reduz ao campo passível de fechamento de uma teoria"<sup>34</sup>, concebe-se que ele vai muito mais além do direito dos negócios.

E até além do direito dos bens. Primeiro com a velha idéia, inserida no Código Civil, de que "toda obrigação de fazer ou de não-fazer reduzida em perdas e danos, em caso de inexecução da parte do devedor" (art. 1.142). Idéia simples e realista – qual outro meio de coagir alguém a executar suas obrigações? –, que todavia pode acarretar uma derivação, "de sorte que a decisão de respeitar ou de infringir sua obrigação pode resultar de um cálculo monetário, o que mostra assim que a sanção da regra de direito é ao menos tão importante quanto a própria regra e que em várias hipóteses um cálculo econômico pode conduzir a escapar a obrigações"<sup>35</sup>. Uma derivação ainda mais visível por que em matéria de responsabilidade delituosa, e não mais contratual, as perdas e os danos permitem avaliar, por equivalência ou por substituição, o preço da vida humana. E descobrir sua relatividade. No tempo sobretudo – o capital humano se beneficia com os estudos, cresce com as primeiras experiências profissionais, depois diminui à medida que se avança em idade e se esgota às vésperas do falecimento de um idoso, como se o preço da vida humana seguisse uma curva em sino: nenhum no início, aumento rápido durante o tempo dos estudos, ainda um pouco no início da vida profissional, depois diminuição com a idade para tornar a ficar nenhum no dia do falecimento.

34. J. Derrida, "Du sans prix ou le juste prix de la transaction", in *Comment penser l'argent?*, textos reunidos por Roger-Pol Droit, Le Monde Éditions, 1992, p. 386.

35. Vide D. Cohen, "Le droit et l'argent, tout a-t-il un prix?", in *ibid.*, pp. 299 ss.