

ENTREVISTA
MIREILLE DELMAS-MARTY

EM BUSCA DE UM DIREITO COMUM DA HUMANIDADE

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

ENTREVISTA MIREILLE DELMAS-MARTY EM BUSCA DE UM DIREITO COMUM DA HUMANIDADE

Ana Cláudia Ferigato Choukr

Tradução

Fauzi Hassan Choukr

Supervisão da tradução

SUMÁRIO

12 Prefácio

Uma célere competição é travada entre os Direitos do Homem e os Direitos do mercado.

16 Retrato

18 A democracia tomada pelo Direito

O declínio da política e a renovação do jurídico estão em pé de igualdade. Se os políticos deixam de ter visão, os juristas, segundo a Autora, deixam frequentemente de ter imaginação. A tendência destes é de instrumentalizar o Direito, o invés de fazê-lo uma referencia, uma reflexão comum.

35 O Sonho de um Direito comum

Como a Europa se tornou o laboratório do Direito comum? Do jus commune medieval à Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, os juristas não param de trabalhá-lo. A Autora propugna uma ordem jurídica pluralista capaz de dar corpo à idéia de uma humanidade em si plural.

52 A invenção da humanidade

Mais que a definição dos Direitos do Homem, o que convém hoje assinalar é sua função como princípios de Direito oponíveis aos Estados, e somos levados a aprender a invocá-los.

66 Rumo a um Direito dos Direitos

Da bioética ao estatuto dos estrangeiros, não há questão política de importância que não seja objeto de um mecanismo jurídico. Além disto, o Direito dos Direitos têm uma ambição mais elevada: a de se tornar uma espiritualidade laica rigorosa e aberta capaz de frear o desumano.

77 Notas

77 Bibliografia

PREFÁCIO

UMA CÉLERE COMPETIÇÃO É TRAVADA ENTRE OS DIREITOS DO HOMEM E OS DIREITOS DO MERCADO

Concebida como uma exploração dos mundos possíveis, a ambição de um Direito comum da humanidade foi capturada por um mundo real, com todas as contradições que isso implica. Do sonho à realidade, e desta ao pesadelo: por isto a utopia é mais que nunca necessária, não como refúgio quimérico, mas como comportamento crítico e de busca de um horizonte para entreabrir o caminho.

O sonho tornou-se realidade no sentido que a justiça penal internacional, limitada, há dez anos, quando da primeira edição desta obra, aos Tribunais para ex-Iugoslávia e Ruanda, alcançou escala mundial. Graças a uma extraordinária aceleração da História, a Convenção de Roma criou, em 1998, uma Corte Penal Internacional com caráter permanente, e o número de ratificações necessárias, rapidamente atendido, permitiu a entrada em vigor desta Corte em 2002. As primeiras persecuções foram ajuizadas e serão julgadas nos próximos anos. Simultaneamente, a idéia de julgar sistematicamente os autores de crimes “contra a humanidade”, faz seu papel mesmo entre os responsáveis políticos mais hostis a uma justiça *supranacional*, situada acima dos Estados. Donde a multiplicação de jurisdições mistas, compostas de juízes nacionais e internacionais que aplicam uma combinação do Direito interno e do Direito Internacional. O fenômeno é observado em diversas partes do mundo: no Kosovo, em Serra Leoa, no Timor Leste, no Camboja e, mais recentemente, no Iraque, com o Tribunal especial criado para julgar Saddam Hussein.

Mas a hostilidade declarada dos Estados Unidos, combinada à recusa de grandes países como a China e a Índia, assim como Israel e grande parte dos países do Islã, enfraquecem incontestavelmente o que tenderá a ser, no futuro, o verdadeiro “Direito Comum”, de modo que a Corte não poderá julgar todos os crimes. É necessário, então, concomitantemente, conseguir integrar a norma internacional aos códigos penais nacionais, a fim de favorecer a “mundialização dos juízes” que descubram o Direito internacional e deveriam aprender a servi-lo. O movimento, iniciado de forma emblemática pelo caso Pinochet (recordemo-nos da prisão do antigo ditador em seguida a uma decisão da Câmara dos Lordes, em 1998), suporia uma harmonização de procedimentos e uma melhora de status dos juízes para garantir sua independência e imparcialidade. À medida que nos aproximamos da realidade, as dificuldades concretas se revelam e descobrimos a amplitude do trabalho que resta a desempenhar. No mais, o Direito comum se constrói também através da abertura do mercado.

O Direito do comércio mundial progride com grande rapidez, verdadeiro TGV¹ do Direito! (algo que eu já escrevia há dez anos). Criada somente em 1994, a Organização Mundial do Comércio (OMC) dispõe de um Órgão de Regulamento das Diferenças (ORD) que se judícia e não hesita em processar os grandes países assim como os pequenos, impondo a estes e àqueles, importantes reformas para integrar a norma internacional ao Direito interno. É assim que a adesão da China a OMC (em dezembro de 2001) transformou o Direito chinês em um vasto canteiro, enquanto a ratificação do Pacto da ONU sobre os Direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC) pouco havia conseguido mudar o Direito em vigor.

Tudo se passa como se uma célere competição fosse travada entre os diferentes processos de internacionalização do Direito. No que se refere aos Direitos do Homem, o processo de internacionalização anunciado desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e revisado pelos pactos de 1966, caracterizou-se pela morosidade da evolução em escala mundial. Não há, ainda, a Corte Mundial dos Direitos do Homem e o afastamento se aprofundou entre os Direitos do mercado e o Direito dos Direitos do Homem, com risco de cercear a transposição, em escala mundial, de trocas recíprocas como as que são instituídas horizontalmente entre as duas Cortes europeias citadas neste trabalho (a Corte de Estrasburgo para os Direitos do Homem, e esta, de Luxemburgo, para a Comunidade e a União Europeia). O “laboratório europeu” poderia então, tornar-se, com efeito, a exceção europeia que evoca Philippe Petit em nossa conversa.

Mas a própria Europa está também vacilante como atestam as tensões crescentes entre a Comissão e o Parlamento, que se juntam às tensões internas reveladas na ocasião do projeto de Constituição ou do debate sobre a candidatura da Turquia.

A realidade pode, ainda, tornar-se um pesadelo, não somente no nível europeu mas, também, em escala mundial, onde a liberação do mercado parece acompanhar uma progressão da pobreza, revelada não somente pelo Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) mas, também, pelos estudos de instituições financeiras como o Banco Mundial ou o Fundo Monetário Internacional. Por esta razão a questão dos Direitos econômicos, sociais e culturais tornou-se essencial, observado que ela não se limita mais à oponibilidade dos Direitos do Homem aos Estados. Como enfatiza um recente estudo da Sub-Comissão dos Direitos do Homem da ONU, a globalização chama, em face da elevada força dos atores econômicos, a adoção de “Princípios sobre a responsabilidade em matéria de Direitos do Homem para as sociedades transnacionais e outros empreendimentos”. A força das resistências, marcada pela decisão da Comissão dos Direitos do Homem (na sessão da primavera de 2004) para remeter o caso ao Alto Comissariado dos Direitos do Homem, mais que

1 A Autora se refere com a sigla TGV aos trens franceses de grande velocidade. Na tradução manteve-se a sigla na língua francesa. NT

operacionalizá-la, mostra o que está em jogo para os próximos anos. Mas o pesadelo chegou também pela multiplicação dos atentados terroristas desde 11 de setembro de 2001.

A discordância entre globalização e universalismo torna-se aqui tão forte que abala a própria idéia de universalismo. Donde a confissão surpreendente (e quase emocionada) do filósofo alemão Jürgen Habermas, em sua conversa com Jacques Derrida: “desde os atentados de 11 de setembro, eu não paro de me indagar se, à vista de conceitos de tal violência, toda minha concepção de uma atividade orientada à compreensão – a que eu desenvolvo na *Teoria do agir comunicacional* – não está naufragando no ridículo”. Apesar das divergências passadas, os dois filósofos partilham do mesmo apego a um universalismo que adviria, para Habermas, de um diálogo construtivo e, para Derrida, de uma lenta desconstrução das relações entre o político e a religioso. Eles exprimiam a mesma inquietação diante deste acontecimento que, fazendo esvanecer a distinção entre o terrorismo e a guerra, parece desqualificar a idéia de valores comuns e de pertencimento à mesma comunidade humana (*Le concept du 11 septembre*, Galilée, 2004).

Eu não tenho certeza se encontraremos a resposta em um novo conceito. Ao menos as questões pertinentes estão, assim, abertamente postas e as respostas simplistas são aceitas menos facilmente, o que permite esperar uma concordância progressiva. O papel do Direito deveria ser o de facilitar esta maturação, pois pode oferecer, apesar de seu formalismo (ou graças a ele), uma linguagem comum e o início de uma gramática comum. Se a noção de crime contra a humanidade não constitui de uma só vez a resposta adequada a todos os crimes globalizados, ao menos oferece um quadro jurídico de análise e reflexão crítica que pode contribuir para constituir a humanidade como categoria jurídica. Primeiro, como vítima, depois como titular de um patrimônio ou de bens coletivos declarados “comuns”.

No futuro, talvez, a emergência de um Direito comum da humanidade suponha um lento trabalho de ajustamento entre o relativo, o global e o universal. O Direito comum não se situará em um só sistema, mas no cruzamento de vários sistemas, tratando-se de Direito interno ou internacional, de Direito regional ou mundial, geral ou especial. Se, no essencial, o percurso resta a ser traçado, ao menos ele poderia se inspirar em diversos processos (cooperação, harmonização, unificação pela hibridação) que, começando a se operacionalizar simultaneamente em escala regional e mundial, tenta ordenar o múltiplo sem o reduzir à extensão hegemônica de um sistema único.

Mas a eficácia já observável não basta para fundar uma legitimidade que suporia valores comuns, donde uma reflexão sobre o re-equilíbrio de poderes, entre o político, o jurídico e o econômico. Se os poderes econômicos se globalizam, os poderes políticos, que ainda estão identificados com os Estados, permanecem largamente impotentes para colocar limites em nome de um interesse geral que, verdadeiramente, não é representado por qualquer instância.

Nada de surpreendente, tendo-se em conta que a principal resposta à globalização é jurídica, a saber, ou um Direito internacional em plena expansão, mesmo fragmentado entre o mercado e os Direitos do Homem, ou o crescimento da autoridade dos juízes, cuja competência tende a se tornar universal, sendo-lhes, para tanto, atribuído critérios de independência e imparcialidade que são indispensáveis em todos os níveis (nacional, regional e mundial).

Logo, a famosa “governança mundial” não se limitaria de forma duradoura ao binômio econômico-jurídico; ela clamaria por uma transposição, na mesma escala, de conceitos políticos de democracia representativa e participativa. Mas, na falta de Parlamento mundial, a Assembléia Geral das Nações Unidas somente representaria os governantes dos Estados, nem todas verdadeiras democracias – aliás, longe de sê-lo –, o que reduz ainda mais a capacidade de resistência da ONU face ao risco de um Direito comum hegemônico, imposto de maneira unilateral pelo Estado mais forte. E os atentados de 11 de setembro, provocando a resposta unilateral que conhecemos têm, com efeito, demonstrado que a globalização poderia, paradoxalmente, favorecer o renascimento de um modelo imperial que esperávamos superar, com o risco de fazer perder de vista o horizonte de um Direito comum pluralista que está no âmago desta obra.

Assim, pois, temos necessidade de tal horizonte e, por isso, pode ser útil reler este livro dez anos depois. Não para recusar de maneira dogmática a globalização e a interdependência que dela resulta, mas para apoiar-se nelas, quer dizer, apoiar-se na força das coisas para encontrar respostas à incompletude das idéias e, ao inverso, nutrir-se da incompletude de idéias para não se submeter à força das coisas. Situando o horizonte “além do relativo e o universal”, construir o Direito mundial sobre o modelo do “pluralismo ordenado” pode ser a única via para evitar a dupla ameaça de uma ordem hegemônica e de uma desordem impotente.

Mireille Delmas-Marty

Professora no Collège de France

RETRATO

“A ética não existe; não existe senão a ética-da (da política, do amor, da ciência, da arte).” Esta observação do filósofo Alain Badiou vale para o Direito? Recordemo-nos dos virulentos ataques de Péguy contra ela, do desdém com o qual ele a tratava em seus *Cadernos*, comparando-a a uma regra de compatibilidade social, estabelecida, sobretudo, para facilitar o cálculo das sanções. O Direito não existe senão demasiadamente, poderia dizer o autor de *Clio*, e a justiça não existe. O Direito nos veste de garantias nos seus códigos, como ele nos veste de uniformes em suas leis. O Direito existe, mas ele não é senão uma contrafação da justiça, ele reina soberano sobre os homens, mas ele zomba da humanidade dos pobres e dos desvalidos. Culpa das condições para o exercer, os Direitos “não são nada além senão os Direitos do membro da sociedade burguesa”, dizia Marx, como disse, após ele, Péguy. O Direito não existe senão sob certas condições, e na medida que realizam os princípios que o guiam, poderiam ter acrescentado estes dois turiferários da liberação social. É isto mesmo?

E porque o Direito não seria senão aquele do Estado de Direito? É forçoso reconhecer que a Segunda Guerra mundial teve suas causas. Não que os Direitos do Homem, os da Declaração Universal de 1789 e de 1948 estejam, enfim, se tornando o Direito de todos, mas eles alcançaram a maturidade; de abstratos que eram, tornaram-se, na seqüência da catástrofe européia, oponíveis ao Estado e ao poder. Eles estão se tornando Direitos concretos, ratificados pela Convenção européia de salvaguarda dos Direitos do Homem de 1950, reconhecida pelos pactos e convenções da ONU. Como? É o que tentamos compreender no diálogo com a jurista Mireille Delmas-Marty. Dar conta desta revolução não é fácil. E é necessário paciência para mensurar todos os efeitos.

A Autora de *Pour un droit commun*, a quem solicitamos esclarecer o nascimento deste Direito dos Direitos, destes Direitos fundamentais que são os Direitos do Homem, não está dentre os que reclamam da dimensão do esforço. Nós tentamos delimitar com ela a diversidade dos Direitos do Homem na Europa, a fim de elucidar sua função, que consiste “em colocar limites oponíveis a todos e em todos domínios”.

Nascida em Paris em 1941, caçula de uma família de seis filhos de origem cévenol² e de Poitou, batizada no Oratório do Louvre, Mireille Delmas-Marty pertence à tradição esclarecida do protestantismo francês. Ela combina uma sede de liberdade com um desejo de rigor de opinião. Leitora precoce de Mallarmé, apaixonada pela música contemporânea, ela que foi presidenta da Comissão de Justiça penal e Direitos do Homem entre os anos de 1988 a 1990, não se deixou jamais enclausurar no campo do Direito. Estudante, ela se sente requisitada pela medicina e o chinês antes de perambular pelos corredores da faculdade e passar com sucesso sua

graduação de Direito privado e ciências criminais em 1970. Docente, escreveu livros corajosos e cultivava sua paixão pela escultura em cimento e os quadros de Van Rogger e de Klee.

Experta, multiplica suas atividades de consultora jurídica junto ao Presidente da República, ao Ministério da Justiça e do Ensino Superior, bem como em diversas organizações internacionais (Conselho da Europa, União Européia, Nações Unidas). E sonha, à exemplo do Reitor Carbonnier, com um Direito “sinuoso, caprichoso, incerto...imóvel e se eclipsando, mudando mais ao acaso e muitas vezes recusando modificar o esperado...”

“A lei não contém mais todos os Direitos”, pois “nós sabemos que também o Direito é mortal”, escreveu com convicção Mireille Delmas-Marty na sua introdução aos *Libertes et droits fondamentaux*. Da Convenção Européia (1950) ao Tribunal Internacional de Haia (1993), passando pelos diferentes pactos da ONU, substituiu-se, com efeito, as “declarações de princípios, cuja importância é unicamente moral e filosófica, por princípios de Direito que podem ser invocados perante uma jurisdição nacional ou internacional”.

O princípio da dignidade da pessoa não é mais uma utopia e os cidadãos podem reclamá-lo. Esperando poder um dia acionar o Conselho constitucional, caso se julguem mal amparados, eles podem se dirigir à Corte Européia dos Direitos do Homem se forem vítimas de uma violação. É a prova que o Direito existe.

E é urgente dar conhecimento disto àqueles que se desesperam por não poder reinstalar a democracia. Contra os negociantes do Direito e outros operadores do Direito que usam a lei como um meio de pressão, é chegada a hora de “superar a oposição entre Direito natural e Direito positivo”, contra os libertários inconscientes e as ultra-liberais egoístas, o momento chegou de não mais ter a escolha, como dizia Camus, “entre minha mãe e a justiça”. Pois, antes de ser um meio, o Direito é um ideal, uma referência, uma instância de regulação a serviço da dignidade humana, e não um simples regulamento de co-propriedade como pensa o ministro Alain Madelin.

Tal é a lição que Mireille Delmas-Marty nos expõe nas páginas que seguem. Ela não é uma das ilusões líricas das quais nosso século foi pródigo, nem uma aventura sem amanhã, mas o prolongamento vivo dos sonhos visionários de René Cassin e dos primeiros inventores do Direito comum da humanidade. Uma maneira, em suma, de fazer frear o desumano.

Philippe Petit

A DEMOCRACIA CONSTRUÍDA PELO DIREITO

O interesse da Senhora pela música contemporânea não é um segredo. A Senhora está dentre os admiradores de Boulez. A Senhora tem gosto pela poesia, curiosidade para com a filosofia e o Direito. A Senhora, enquanto jurista, padeceria de aridez em sua disciplina? A Senhora teme se enclausurar no Direito?

Eu receio, sobretudo, que o Direito se enclausure em si mesmo, no momento preciso em que dele mais precisamos. Impondo se adaptar a um mundo em transformação acelerada, ao Direito se supõe também contribuir com esta transformação, precedendo-a algumas vezes. O rigor técnico é mais que necessário, mas ele não é suficiente sem o esforço da imaginação, única via da inovação face aos novos desafios.

Para mim, a arte, quando ela é inovadora, não é um refúgio para escapar de uma vida marcada pela aridez do Direito, mas um verdadeiro alimento do espírito. Não que uma composição musical ou um poema – O senhor poderia agregar um quadro ou uma escultura – seja diretamente transportável para o Direito. Como na seara científica, a analogia vale tanto pelos obstáculos que ela une como pelas pontes que projeta de uma disciplina a outra. O que implica um conhecimento da obra se fazendo, o que é quase impossível na arte.

Em compensação, a obra de arte é acessível, senão mais facilmente ao menos de forma mais imediata. No lugar do lento encaminhamento pelas vias do saber científico, ela tem, às vezes, a fulgurância de uma revelação que, sem nada explicar, coloca todo o ser em enlevo. Um tríptico³ de Soulages, uma natureza morta de Cathelin, como um poema de Elliot ou de Mallarmé criam uma tal emoção que no sentido próprio do termo põe em movimento as forças imaginantes do espírito. Estas forças sobre as quais Bachelard dizia terem aprofundamento e progresso, o mistério da germinação e o milagre do inesperado – o surgimento de uma flor.

É que o Direito não se deixa reduzir a uma aposta de poder. Ele é também a busca de uma sabedoria que passa pelo mistério do “*jurisdicional*”, que cada cultura tece ao fio do tempo, e torna possível, por fragmentos, o milagre de um Direito começando a ser linguagem comum, uma sabedoria comum.

“A justiça está se tornando o lugar de eleições de paixões democráticas e o pretório, o último teatro de afrontamento político”, observa Antoine Garapon em *Les Gardien des promesses*. Esta crença exacerbada na autoridade da justiça lhe parece um sinal de boa saúde política ou a expressão de um declínio do ideal republicano? Tem-se o sentimento que o Direito vem ocupar um lugar desocupado pela política.

³ Do latim *triptychos*, que significa dobrado em três. No texto acima a Autora se refere a um quadro pintado sobre três panos ou tábuas que se podem dobrar. A tradução encontra significado na língua portuguesa. In http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx, acessado em 27 de setembro de 2005 às 10h30min. NT

Os dois fenômenos parecem, com efeito, ligados. É a um só e único movimento em que a sociedade se “despolitiza”⁴ e se “judicializa”⁵. Eu não creio num ativismo dos juízes. À exceção, talvez, de uma minoria, os juízes não estão procurando tomar o poder. Como escreveu Paul Ricoeur em seu prefácio ao livro de Garapon: “Encontra-se [...] não um juiz triunfante, mas um juiz perplexo, incumbido de reabilitar uma instancia política a qual ele deveria ser apenas o garantidor”.

Eu desejo acrescentar que o poder político reage de modo assaz mal a este fenômeno. No fundo, os responsáveis políticos contribuem muito frequentemente, quando se recusam a tomar posições claras, para colocar os juízes em primeiro plano. Quando uma questão é difícil, quando ela é “sensível”, eles não legislam. Aqui um exemplo: a bioética. O anteprojeto preparado por um grupo de trabalho do Conselho de Estado, sob a presidência de Guy Braibant, está pronto desde 1989. A idéia seria de promulgar uma grande lei no campo dos Direitos fundamentais da pessoa à ocasião do Bicentenário. Bem, foi necessário esperar até 1994 para que o texto fosse votado. Ele foi, aliás, trinchado em três leis, para confiar a diferentes ministérios uma parte do texto sem atribuir a nenhum a responsabilidade pelo todo. Uma lei vem do Ministério da Pesquisa, uma outra do Ministério da Saúde e a última do ministério da Justiça. Nesse meio tempo, os juízes foram confrontados por problemas concretos. Seria melhor que eles julgassem para preencher o vazio deixado pelo Parlamento. E descobre-se hoje que o destino dos embriões excedentes está apenas parcialmente regulado por lei.

Há uma relação de causa e efeito entre a evolução do Direito penal econômico e o número de empresários investigados?

Não verdadeiramente. A corrupção que se confunde com a concussão em nosso antigo Direito é incriminada desde o primeiro código penal de 1791 e o abuso de bens públicos desde 1935. Quanto ao novo Código Penal, votado em 1992, ele não prevê o Direito penal das empresas, que permanece, essencialmente, dividido em diversos códigos e leis, como o código do trabalho ou dos impostos, o código do consumidor ou as leis sobre as sociedades. Se o número de empresários investigados aumentou – dificilmente poderia diminuir em matérias onde a não aplicação da lei penal atingisse recordes -, é que as infrações são denunciadas e perseguidas mais frequentemente que antes. O que traduz uma evolução de opinião pública e de práticas judiciárias.

4 A palavra não tem tradução para o português, mas a Autora quis se referir ao ato de se afastar da política para se tornar mais “judicial”. NT

5 No mesmo sentido da palavra *despolitiza*, que não encontra tradução para o português, a Autora se refere ao fato da sociedade passar a ter mais influência e atuação judicial do que política -. NT

A Senhora quer de dizer, em suma, que os “políticos” não conduzem...

Eles conduzem ocasionalmente, no corpo a corpo, mas não são levados a se antecipar por uma visão mais global, mesmo quando ela foi precedida por uma reflexão longamente amadurecida. Assim, a Comissão de Revisão do Código Penal da qual eu fazia parte na época, previu disposições novas sobre a responsabilidade penal do diretor da empresa e mais amplamente, daquele que se encontra em posição de decidir, o decisor. Este texto seria o fruto de uma análise aprofundada dos dados atuais. A sua fonte residia na vontade de não deixar uma matéria tão importante do Direito penal somente à apreciação dos juízes. Mas se tratava de um tema extremamente delicado e conflituoso. Também o texto proposto pela Comissão havia desaparecido no projeto depositado pelo governo (tanto o projeto depositado em 1986 por Robert Badinter quanto aquele novamente depositado em 1989 por Pierre Arpaillange). Havia sido re-introduzido no curso dos debates parlamentares pela Assembléia Nacional – é necessário dizer que vários membros da Comissão de Revisão tinham sido ouvidos pela Comissão das leis, pela Assembléia e Senado. Não obstante, em razão de um desacordo do Senado, a Assembléia Nacional que, juridicamente, teria podido ter a última palavra, finalmente cedeu em nome do consenso e da urgência – queria-se que o código fosse votado antes do fim da legislatura. E é por isso que no novo Código Penal um dos aspectos mais modernos da responsabilidade penal passou em silêncio. Existe um texto inovador sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas nada sobre a responsabilidade penal do “decisor”. É assim que, por um indubitável abandono do Parlamento, os responsáveis políticos colocam os juízes em primeiro plano, pois é necessário julgar esta espécie de problema. A contradição é espantosa, pois ao mesmo tempo, observa-se uma desconfiança exacerbada do poder político com relação aos juízes.

Assistimos nos Estados Unidos e na Europa um aumento de processos. A Senhora não receia que a sociedade civil se transforme em uma sociedade de litigantes? O apelo à justiça não se transformaria em uma maneira de se desresponsabilizar?

É necessário distinguir a situação dos Estados Unidos daquela da Europa. Nos Estados Unidos, é verdade, o aumento do número de processos, que faz a fortuna dos advogados americanos, é um dado importante. As corporações de advogados – esta elite profissional que representa, ao mesmo tempo, os banqueiros, a aristocracia econômica, a aristocracia empresarial – estão ligadas a uma concepção do Direito puramente instrumental. Num artigo escrito por sociólogos americanos e franceses, foi citada esta descrição do recrutamento ideal para um grande escritório econômico americano. “Não se exige capacidades intelectuais demasiadas brilhantes. Imaginação demais, espírito demais, um excesso de habilidades, se não são compensados por um sólido senso de medidas, podem se revelar tanto um obstáculo

quanto um trunfo”. Dito de outro modo, busca-se juristas sem imaginação para um Direito submisso à economia.

Na Europa, eu tenho a impressão que a questão é um pouco mais complexa. O advogado tradicional, ao mesmo tempo artesão e notável, que amava pensar que sua profissão seria semelhante ao sacerdócio, não desapareceu ainda, ao menos nos domínios do Direito das pessoas. A reforma francesa de assistência judiciária, votada em 1991, tenta manter esta concepção, e mesmo reforçá-la, na medida em que a lei de 1991 tende a facilitar o acesso ao Direito dos mais desfavorecidos, compreendendo os estrangeiros em caso de processos administrativos. É verdade que, pouco antes, em dezembro de 1990, a lei de fusão das profissões de advocacia e do conselheiro jurídico⁶, vai ao cerne da concepção americana dos “supermercados” do Direito e permite nestas profissões, todavia liberais, o recrutamento de advogados assalariados. Se é difícil de fugir desta tendência de instrumentalização do Direito, eu penso que a situação, em um país como a França, não se reduz à aparição de “mercadores do Direito”.

E ao nível europeu, a Senhora diria a mesma coisa?

No Direito europeu, o acesso à justiça é atualmente consagrado como uma garantia imposta pela Corte Européia dos Direitos do Homem, sob o fundamento do artigo 6º da Convenção que estabelece as condições de um justo processo. A racionalidade é interessante, pois combina os Direitos civis e políticos com os Direitos econômicos e sociais: A Corte considera que alguém sujeito à jurisdição não foi beneficiado pelo Direito a um justo processo se não teve ao menos o Direito de recorrer a um advogado para sua defesa. Vários países, notadamente a Grã-Bretanha, foram condenados por não terem respeitado este princípio.

E a “advocatura”, para falar como Daniel Soulez-Larivière, o que se tornou? Os escritórios de advocacia não estão cada vez mais inclinados a se assemelhar a uma associação de advogados?

A própria concepção da profissão da advocacia agora se encontra como objeto de debates, tanto no seio da União Européia quanto do Conselho da Europa. Eu citaria, por exemplo, um julgado de 1994, da Corte Européia dos Direitos do Homem, “Casado Coca contra Espanha”. Tratava-se de publicidade (os advogados começaram na Europa a utilizar a publicidade, sob influência justamente da concepção americana dos grandes escritórios). O requerimento tinha sido entregue por um advogado espanhol, sancionado pela Ordem dos Advogados para publicar encartes publicitários. Ela se fundamentava na violação do Direito à liberdade de expressão garantida pela Convenção Européia dos Direitos do Homem – existe, com efeito,

6 A distinção entre advogado e conselheiro jurídico não existe no Direito interno brasileiro. NT

uma jurisprudência da Corte Européia que compreende liberdade de expressão na mensagem publicitária, mesmo quando ela é paga. A questão era de se saber se no âmago deontológico da profissão se poderia justificar tal limitação à liberdade de expressão. Esta limitação foi admitida pela Corte Européia que então não condenou a Espanha.

Naquela ocasião, o julgado analisou a evolução da profissão: “A maioria dos Estados contratantes, dentre os quais a Espanha conheceu, há pouco tempo, uma evolução rumo a uma moderação da deontologia em razão das mudanças em suas sociedades, respectiva e notadamente, do papel crescente das mídias.” Os juízes europeus fizeram referência a um Código Deontológico dos Advogados da Comunidade Européia que data de 1988 e as conclusões da Conferência das grandes Ordens dos Advogados da Europa, adotadas em 1991. Segundo a Corte Européia, estes textos, embora todos tenham mantido o princípio da proibição da publicidade, autorizaram os advogados a se exprimir nas mídias, a se fazer conhecer e a participar de debates públicos. Entretanto, o julgado conclui sublinhando a extrema diversidade de tendências atuais: “Este grande leque de regulamentações e os diferentes ritmos dos Estados membros mostram a complexidade do problema”. A conseqüência é reconhecer uma tão grande “margem nacional de apreciação”. Ao menos as bases de uma reflexão comum e estão colocadas.

Isto não impede o fato de que um número cada vez maior de pessoas recorra a advogados...

Quando se fala de uma inflação do número de processos, é necessário distinguir o Direito das pessoas e o Direito das coisas. No Direito das pessoas, atrás do litigante se tem sempre o “descontente”. Eu faço referência ao livro do sociólogo Jean-François Laé, *L’Instance de la plainte*: “Os litígios deslocaram os sofrimentos pela erosão da culpa individual, instalando-os no campo da previsibilidade e da decodificação, da afinidade e do domínio coletivo. Eles organizam espaços de confrontos que ampliam as questões sobre a hierarquia e as dependências”. É necessário não esquecer isto quando se fala de “sociedade de litigantes”. Há o litigante astucioso do Direito econômico, mas também o litigante sofredor do Direito das pessoas. Não se pode colocá-los num mesmo nível.

Todas vítimas! É uma palavra de ordem desesperante...

É verdade que o movimento atual em favor das vítimas tende ao que Ricoeur chama de “uma reestruturação das responsabilidades”. O cuidado de restaurar o dano suportado pela vítima conduz progressivamente a um enfraquecimento da noção de culpa. É uma mudança dos próprios fundamentos do Direito, quer se trate do Direito civil ou do Direito penal. No Direito civil, esta inversão tende a privilegiar o risco sobre a culpa e a desenvolver, ao lado de uma

reparação individual assegurada pelo culpado, uma indenização garantida pela coletividade. Paralelamente, em matéria penal, esta inversão conduz ao deslocamento da culpabilidade em sentido à periculosidade. Esta evolução pode preocupar na medida em se passa também de uma concepção onde o Direito fixa limites e não intervém senão em matéria claramente delimitada – a culpa distinta da ausência de culpa, a responsabilidade oposta à irresponsabilidade – a uma concepção quase ilimitada. O “risco zero” não existe, a “periculosidade zero” menos ainda.

Como a Senhora explica o excesso de justiça a que se assiste hoje?

Eu não creio que se trate sempre de um “excesso”. Em certos casos, o desenvolvimento do processo me parece corresponder a “mais” justiça. No Direito penal econômico, o desenvolvimento das perseguições significa que o ambiente dos negócios, e, em casos limites, os ambientes políticos não estão “acima das leis”. No Direito do trabalho, o aumento dos recursos significa que os assalariados são levados a fazerem valer seus Direitos para não estarem “abaixo das leis”.

Ao mesmo tempo, é verdade que a reorganização da idéia de responsabilidade poderia tornar o Direito um espaço em expansão contínua. No Direito civil, eu evocaria o deslocamento da culpa, “imputada” a uma pessoa, ao risco, “implicado” por uma coisa. Assim, no caso de um acidente automobilístico, o responsável é o proprietário do veículo “implicado” no acidente. E, em Direito do consumidor, uma diretiva europeia de 1985 põe em causa a responsabilidade daquele que fabrica ou vende um produto “defeituoso”.

A palavra “responsabilidade”, que significava a divisão da causa verdadeira de uma ação, está perdendo este sentido inicial. Como dizia Paul Ricoeur: “Ser responsável é ser capaz de indenizar, é responder, não a uma questão, mas à demanda indenizatória”.

O liame jurídico-moral entre a responsabilidade e a culpa é, com efeito, criação recente. No Direito Romano, o *sponsor* é o responsável pela sua própria dívida, e o *responsor* caucionante da dívida de outrem. E sob a influência da moral cristã, exprimida notadamente pelo juriconsulto Domat no século XVII, que seria progressivamente instituído um liame entre a culpa e a obrigação de respondê-la, o que conduz à separação da resposta civil (obrigação de reparar) da resposta penal (obrigação de suportar uma punição). Esta concepção seria consagrada pela codificação napoleônica, mas a palavra “responsabilidade” apareceu somente em 1798 no *Dictionnaire de l’Académie*, não figurando nem no Código Civil de 1804 nem no Código Penal de 1810. Distinguir novamente a responsabilidade da culpa não seria senão em suma um retorno ao Direito romano.

O Parlamento francês não fez prova da imaginação sobre a questão da responsabilidade...

A resignação do Parlamento francês sob o problema da responsabilidade do “decididor” é um tanto mais lamentável que uma convenção européia, adotada em 1995 e concernente à repressão da fraude em matéria orçamentária da Comunidade, atribui muito claramente a responsabilidade penal ao empresário ou a toda pessoa detentora do poder de decisão ou de controle do seio de uma empresa. O debate sobre a responsabilidade está então longe de ser encerrado e nosso Parlamento deverá se manifestar novamente um dia ou o outro. No estado atual de evolução, há superposição de conceitos mais precisamente que substituição, mesmo no Direito civil onde os tribunais redescobriram as virtudes morais da culpa, conciliando algumas vezes prejuízos-interesses sobrevalorizados (*dissuasive damages* no Direito anglo-americano). Eu não creio que a solução seja escolher uma via única, por exemplo, um retorno à única combinação culpabilidade-responsabilidade. Uma responsabilidade sem solidariedade leva frequentemente a uma sociedade injusta. Da mesma forma que uma sociedade sem segurança, caso se negligencie a periculosidade pode tornar-se uma sociedade de violência. Poder-se-ia tentar a alternativa consistente no abandono da idéia de responsabilidade por culpa em benefício de um sistema exclusivamente fundado no risco e na periculosidade. Isto parece ainda mais inquietante porque os conceitos de culpa e de responsabilidade parecem necessários para manter uma sociedade em movimento. A solidariedade sem a responsabilidade é uma sociedade assistida. O pior me parece ser a segurança sem a responsabilidade, o que conduziria a uma sociedade imóvel, completamente petrificada. Trata-se, portanto, de escolher a sociedade que se quer.

Falar da incerteza da norma, do desaparecimento do mundo comum, da crise das instituições estruturantes, da crise de valores, do desaparecimento de símbolos sociais, como fez Garapon, não é finalmente ratificar o fracasso do Estado, sua incapacidade de assegurar o liame social?

Na enumeração feita, eu não colocaria tudo sob o mesmo plano. Quando Garapon fala de “crises das instituições estruturantes” e do “Desaparecimento de símbolos sociais”, ele levanta uma questão particularmente importante na sociedade atual: o papel das mídias. Ele considera que “as mídias despertam a ilusão da democracia direta”, isto é, “o sonho de um acesso a uma verdade liberada de toda mediação procedimental”. O paradoxo seria que as mídias suprimiriam a mediação no sentido institucional do termo. Donde, o risco de regresso a mecanismos muito arcaicos, tais como o “bode expiatório”, o linchamento. Ao mesmo tempo, o acontecimento das mídias marca a passagem à cultura da desconfiança. É um ponto que me tem surpreendido muito em sua análise. Efetivamente, as mídias têm uma função de crítica, de contestação, de

desestabilização. Neste sentido, elas revelam uma cultura da desconfiança com relação às pessoas detentoras de um papel público, como com relação às instituições. É aquele um papel útil, e até mesmo indispensável à democracia; exceto se as mídias venham a se substituir às instituições porque o papel destas últimas é, ao contrário, o de instituir o liame social. Como instituir o liame social sob a desconfiança? A análise de Garapon mostra que a justiça é ocasionalmente o objeto desta desconfiança, ao risco de perder toda credibilidade, na medida em que instrumento desta desconfiança, por um tipo de cumplicidade entre justiça e imprensa contra o poder político (executivo e legislativo), o que não ajuda muito. A irrupção das mídias toca então, de perto, a formação do liame social. O jogo me parece ser não somente um jogo de poder, mais ainda, quando se trata da justiça, um jogo de sentido, de significação da justiça.

Qual é a natureza deste poder?

A questão que se começa a colocar, mais ainda pela televisão e pela imprensa escrita, é de saber se, além de um exercício de contra-poder pela crítica e a contestação das instituições, não se assiste a uma verdadeira transferência de poder de julgar. Um processo midiaticizado, antes ou durante seu desenvolvimento perante as instituições judiciárias, é necessariamente acompanhado de um efeito de subordinação, no sentido de que o julgamento será realizado sob influência das mídias, no qual os juízes se submetem à sua pressão ou resistem ao seu encontro. Donde, a expressão “autoridade de fato” pode indicar, ao lado de instituições judiciárias, apenas autoridade do Direito, esta transmissão de poder.

E a confusão de sentidos, de onde vem ?

Ela surge também da midiaticização dos processos, vindo, lá também, mais do audiovisual do que da imprensa escrita. Eu gostaria de mencionar o trabalho de Pierre Legendre em *Le Crime du caporal Lortie*. Ele analisa, em uma “nota sobre uma função ritual da imprensa”, a gravação em vídeo de um crime cometido de maneira simbólica nas dependências da Assembléia Nacional de Quebec: “Toda cena de crime colocada de forma midiática (o que seria o caso, pois o crime foi filmado) é uma apresentação do princípio da causalidade, que pode facilitar o trabalho de reconstrução pelo qual o processo revive o crime simbolicamente.” O processo tem por função, e a apresentação midiática pode contribuir para isto, reintegrar a transgressão em palavras, de lhe dar um sentido. Neste ponto de vista, pode-se então considerar que as mídias ocasionam um acréscimo de sentido; mas Legendre sublinha também um tipo de precipitação das mídias sobre fatos diversos. Não é novo, mas com a televisão o fenômeno está se tornando mais violento. “O risco é, diz-se, de abrir as comportas de uma ritualização selvagem que terminaria por incinerar os tempos sociais, privatizando o discurso sobre a causalidade e ao mesmo tempo desqualificando o conjunto da justiça”. Volta-se a esta crise de instituições estruturantes que o senhor referia.

Quanto aos outros fenômenos – a incerteza da norma, o desaparecimento de símbolos sociais, a crise de valores – eu os vejo menos como fracasso do Estado que a dificuldade que nós temos em pensar o múltiplo e a pluralidade, como a pensar o indeterminado. A pluralidade faz desordem. É um desafio para o Estado, reforçando as trocas entre as instituições e a sociedade civil, de conseguir pensar e em ordenar o múltiplo. Esta pesquisa de um Direito “comum”, concebida como um pluralismo ordenado, está no âmago de meus trabalhos.

A Senhora está de acordo com François Ewald, quando afirma no *L'État providence*: “Quanto mais o Direito é incerto, mais a sociedade é constrangida a se tornar jurídica” ?

Tudo depende do que se entende pela palavra “Direito”. Uma outra fórmula de Ewald explica: “O regime democrático que se tem imaginado vivo no Direito como um elemento natural, se revela particularmente equivocado”, e ele acrescenta que “o Direito poderia muito bem morrer de democracia, para democracia e a golpes de leis”. Dito de outro modo, se se faz referência à inflação de leis, e mais largamente de normas, pode-se, com efeito, estar de acordo com Ewald.

E a Senhora, que sentido emprega à palavra “Direito”?

Eu gostaria de iniciar pela distinção entre “Direito-instrumento” e “Direito-referência”. É verdade que o desenvolvimento de um Direito puramente instrumental, forjado em leis, forjado em decretos ou diretivas e de regulamentos europeus reflete, ao mesmo tempo, a tendência judicante da sociedade e o enfraquecimento do Direito. Nesse sentido, “mais” textos querem dizer “menos” Direito. Mas a noção de Direito comum assinala, conforme digo, uma outra orientação, rumo a um Direito referência comum, localizado acima das leis e mesmo acima dos Estados, e vindo, por ele próprio, limitar, em última análise, a inflação legislativa. Nesta perspectiva de uma referência comum tendo valor supra-legislativo e supranacional, aparece uma judicialização de um tipo novo. Uma judicialização que se exprime, não por uma inflação legislativa, mas pelo estabelecimento de limites à lei e de fronteiras ao Estado.

Este Direito acima das leis não tem significado semelhante à lei moral de Kant?

Com esta diferença que a moral se incorpora de hoje em diante ao Direito “positivo”, o que significa que se pode alegá-lo diante de um tribunal e que as sanções juridicamente ordenadas podem, se a ocasião permitir, ser aplicadas. Esta transformação remonta essencialmente ao pós-guerra. Os princípios morais estão se tornando princípios de Direito sob um nome um pouco vago de “Direitos e liberdades fundamentais”. Para tentar definir esta espécie de mosaico de textos provenientes de períodos diferentes, eu parafraseei uma fórmula de Portalis, segundo o qual “as

leis penais são menos uma espécie particular de lei que a sanção de todas as outras“. O que se pode transpor assim: as liberdades e Direitos fundamentais são menos uma espécie particular de Direito que os limites indicados a todos (compreendendo os Estados e os legisladores) e em todas as matérias (Direito das pessoas, Direito dos bens...) limites para não transpor e, às vezes, a direção para qual se deve voltar.

Nós acabamos de ver que não há uma concepção única de Direito. Também não há uma causa única a este entusiasmo pelo Direito, que se funda inicialmente em escolhas políticas. Assim, a corrente liberal quer, sobretudo em matéria econômica, mas também, por extensão, em Direito das pessoas, desenvolver o Direito, apresentado como superior a todos os poderes. Mas se trata de um Direito concebido conforme o modelo americano: não todo um Direito referência, mas um Direito instrumentalizado ao serviço de uma estrutura mais contratual que institucional. Notei uma fórmula significativa de Alain Madelin, em uma entrevista publicada pelo *Le Monde* com o título “O Direito é superior a todos os poderes”. Conforme o antigo ministro, os Direitos do Homem “são nosso regulamento de co-propriedade”. Tomado ao pé da letra, tal fórmula conduziria à uma temível instrumentalização do Direito, aqui compreendido os Direitos do Homem!

Mas existem outras causas que as políticas. Assim, no que concerne à reestruturação da idéia de responsabilidade a qual falamos, surgem causas estruturais, voltadas às vezes a dar atenção à demanda das vítimas e a dificuldade que existe em situar o poder no seio de dispositivos de tomada de decisão muito complexas. Pode-se acrescentar causas culturais: o enfraquecimento do tecido social, o desaparecimento de solidariedades locais, a laicização da sociedade. Tudo isto, por certo, faz do Direito o único recurso e da litigância na justiça o único meio de exprimir um sofrimento. Finalmente, o processo se tornou o único local onde se pode dar novamente sentido a este sofrimento.

No *Le Figaro* de 9 de maio de 1996, consagrado ao mal-estar na justiça, Alain-Gerard Slama dizia, em suma, que a questão que se coloca hoje face à escalada do juridismo é a seguinte: “quem, legislador ou juiz, deve ser a fonte principal do Direito?” E complementava, que a tradição republicana francesa tinha investido nesta função o legislador e que a concepção anglo-saxã era responsável pelo juiz. A Senhora pensa, como ele, que este último exerce uma pressão sobre nossa justiça a ponto de justificar o mal-estar atual que ela atravessa?

Não se pode esquecer que a República efetuou a arregimentação de magistrados que poderiam se justificar no contexto da época (1848, 1879, 1883), mas isto não serviria de modelo para hoje ou para o futuro. Para sair do mal-estar atual, mais que tradição republicana, seria

melhor falar de democracia, ou de “democracia renovada”, conforme a fórmula de Garapon. Pois bem, os pilares da democracia, ou se preferimos, os pilares do Estado de Direito, não devem ser definidos como a lei *ou* o juiz, mas a lei *e* o juiz. É a concepção da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que consagra ao mesmo tempo o princípio da legalidade e este da garantia judiciária. É verdade que, tradicionalmente, num país de Direito escrito como a França, admitia-se mais importância à lei; por outro lado a concepção anglo-saxã privilegiava o juiz. Mas, é necessário ter em conta o fato que uma evolução se produz nos dois lados da Mancha⁷. Na Inglaterra, o juiz tem o poder, e ele também o tem na Escócia, de criar infrações penais, infrações ditas da *common law*, que não são votadas pelo Parlamento nem inscritas num texto de Direito escrito, mas são pura criação jurisprudencial. Mas o juiz inglês perdeu este poder. Se restam as antigas infrações antigas da *common law*, doravante para as novas infrações, criadas por textos denominados *estatutos*, o juiz inglês tem os mesmos poderes de interpretação que o juiz francês. No continente, em particular na França, permanece-se mais próximo ao princípio da legalidade, mas o juiz atua um papel cada vez mais importante como intérprete da norma escrita. Em certas matérias, como o Direito administrativo ou o Direito constitucional, os juízes tem poderes criadores muito próximos daqueles dos juizes anglo-saxões tradicionais. Mas este fenômeno, já antigo, não é um desvio da democracia. É, ao contrário, desta forma desde que foi construído o Estado de Direito, o Conselho de Estado resgatando do Direito não escrito os “Princípios gerais do Direito”, postos como limites à extensão dos poderes do governante.

Atualmente, nós estamos caminhando rumo a uma síntese que é, entre outros, indicada pela Corte Européia dos Direitos do Homem quando diz que “não se teria razão em forçar a distinção entre países da *common law* e países continentais. A lei escrita é revestida de importância nestes; vice versa, a jurisprudência atua tradicionalmente um papel considerável naqueles”. E a Corte conclui por esta fórmula de síntese: “Em matéria prevista pelo Direito escrito, a lei é o texto em vigor a qual as jurisdições competentes interpretarão”. Esta combinação dos dois princípios, legalidade e garantia judiciária, reúne, além do mais, a metáfora de Ronald Dworkin descrevendo o Direito como uma história escrita a várias mãos. O que é importante num Estado de Direito, numa democracia, não é, pois, saber qual é o pilar a consolidar, mas consolidar os dois pilares.

O que é que definiria então a exceção francesa em matéria de Direito?

Não sei se ainda se pode falar em exceção francesa. Eu creio verdadeiramente na emergência progressiva de uma concepção européia da democracia e de Estado de Direito, fundado sob estes dois pilares que são, de um lado, a lei e de outro a garantia judiciária. Com conseqüências muito concretas. Cada vez que há exceção ou restrição às liberdades ou a

⁷ A Autora se refere ao Canal da Mancha que divide geograficamente a Inglaterra e a França, no norte da Europa. NT

Direitos fundamentais, estas exceções e restrições devem ser previstas por um texto da lei. Mas é necessário também que este texto de lei seja aplicado sob o controle de um juiz.

Para voltar a sua questão, não vejo mais tal diferença entre a tradição republicana francesa e aquela das outras democracias. A herança republicana é a da legalidade e é necessário manter esta herança; mas a conquista da democracia é a submissão desta legalidade a princípios superiores. Tanto que uma instância como o Conselho Constitucional, ao não ver reconhecido o poder de censurar as leis, demonstrou que a eficácia destes princípios permaneceu vulnerável. Na História francesa, a República, sobretudo, trouxe consigo a idéia da garantia pela lei. Durante dois séculos, estivemos contentes com esta garantia, a soberania da lei. Atualmente a lei não contém mais todos os Direitos. Ela deve respeitar princípios de valores supra-legislativos que são os mesmos da democracia.

A clivagem da qual fala Slama é, portanto, bem real.

Com a condição de não se constituir uma alternativa. No lugar de opor o legislador ao juiz, é necessário reforçar cada uma das duas garantias. A clivagem fica talvez inscrita na memória coletiva, mas é hoje ultrapassada. Em nosso país, a democracia começou pela lei, materializada pela soberania do Parlamento. Mais recentemente pudemos assistir a certa consolidação do princípio da legalidade através da idéia de “qualidade” da lei. Durante muito tempo, um texto votado pelo Parlamento satisfazia, mesmo se fosse totalmente vago de tal forma que não pudesse ser possível sua interpretação pelo juiz, o que conferia ao juiz um poder criador. O progresso foi imposto tanto pelo Conselho Constitucional quanto pela Corte Européia dos Direitos do Homem. De hoje em diante não é suficiente uma lei no sentido formal de um texto votado pelo Parlamento. É necessário que este texto respeite as condições de qualidade, que são a precisão, a acessibilidade e a previsibilidade. Contudo, outros progressos ainda hão de ser feitos no tocante à elaboração do Direito no seio da União Européia. O Direito europeu não foi votado pelo Parlamento europeu. É um Direito originado dos tratados, quer dizer, das negociações conduzidas entre Estados ou “derivado” dos tratados pelo conjunto de regulamentos e de diretivas adotadas pelo Executivo (a Comissão e o Conselho). O famoso “déficit da democracia” deverá ser corrigido por um re-equilíbrio de poderes.

Quanto ao juiz, se nos inquietamos quanto ao poder que lhe é dado, antes de acusar sua origem anglo-saxônica, seria melhor aprimorar também suas próprias qualidades. A medida em que se desenvolvem os poderes dos juizes para controlar a aplicação da lei, é necessário se preocupar, como nos preocupa as condições do voto da lei, condições de designação de juizes. Dois grandes princípios são colocados pela Convenção Européia dos Direitos do Homem e aplicados pela Corte: a independência e a imparcialidade. Talvez não tenhamos bastante, na tradição francesa, refletido a cerca de sua operacionalização.

Para completar minha resposta, eu insisto ainda sob a necessidade de ter em conta a evolução em curso. Esta evolução é favorecida pela construção de uma Europa que não se limita aos quinze Estados membros da União Européia, mas constitui também uma Europa dos Direitos do Homem para os trinta e três países signatários da Convenção Européia dos Direitos do Homem. Assim que os Direitos do Homem tornaram-se oponíveis aos Estados, a “cultura estatal” que caracterizava a concepção republicana, está enfraquecida ao ponto de um Estado poder ser condenado em nome da regra de Direito. Dito de outra forma, existe um divórcio parcial entre o Direito e o Estado. Na medida em que o Direito não se identifica mais necessariamente com o Estado. Há, ainda, uma diferença maior com os Estados Unidos, que ao conhecem este divórcio.

Poderia a Senhora dar um exemplo recente de um Direito oponível ao Estado?

Tomemos o exemplo do Direito com respeito à vida privada, oponível ao Estado que se obriga a regulamentar as escutas telefônicas, como ele conduziu, em todas as outras matérias, para limitar os poderes de persecução do fisco ou das alfândegas. De forma mais ampla, todos os Direitos e liberdades consagrados pela Convenção Européia dos Direitos do Homem e pela Declaração de 1789, integrada no “bloco de constitucionalidade” são oponíveis ao Estado sob certas condições. Da liberdade de ir e vir à liberdade de expressão, passando pelo Direito ao respeito à vida familiar, exceções e restrições devem ser fundadas sob uma base legal e estabelecidas sob o controle de um juiz.

A Senhora concorda com o Direito dos Homossexuais ao casamento? A Senhora é favorável ao contrato de união social?

Eu acredito que, apesar de sua aparência progressista, havia qualquer coisa de conservador nesta postulação, porque tal contrato teria por efeito consolidar as situações, mais do que contribuir às evoluções desejáveis. Juridicamente, o Direito ao casamento é consagrado pelo artigo 12 da Convenção Européia dos Direitos do Homem como pelo artigo 16 da Declaração Universal, mas somente entre homem e mulher. Pode-se reivindicar uma extensão deste Direito, em nome do princípio da não-discriminação, ele próprio inscrito na Convenção Européia e nos textos internacionais? Este princípio da não discriminação com fundamento nos costumes, permitiu a despenalização da homossexualidade. Isto foi uma etapa importante, visto que vários países europeus, dos quais a Inglaterra e Irlanda incriminavam penalmente o simples fato de ter relações do tipo homossexuais. Em nome do princípio da não-discriminação, e, sobretudo pela referência ao respeito da vida privada, a Corte Européia estimou que houvesse uma violação da Convenção, o que não pode ser aprovado. Mas, despenalizar não é instituir. São duas questões

profundamente distintas. A despenalização rendeu aos homossexuais uma liberdade de ordem privada que deveria lhes permitir, assim como aos heterossexuais, viver em união livre ou concubinato, conforme sua escolha.

Certas associações reclamam o Direito ao concubinato, independentemente da identidade sexual dos concubinos. O que a Senhora pensa?

A união livre, pela definição, é a escolha decorrente de uma total liberdade, sem nenhuns deveres nem Direitos respectivos. O concubinato implica etimologicamente a coabitação, logo certa comunhão de vida, podendo desencadear Direitos patrimoniais com respeito a terceiros (fiador da moradia comum ou autor de um acidente que causou danos), tornando-se notório, pela sua estabilidade e duração.

Michel Foucault refletira sobre a situação de ser cônjuge e se perguntava por que, em nossa sociedade, todos são unidos por um liame sexual, o liame afetivo e o contrato matrimonial.

A grande diferença entre o casamento e o concubinato é que o casamento procede de uma escolha que não é somente individual, mas social. É de sua própria essência comportar obrigações, tanto entre os cônjuges quanto ao respeito aos seus filhos, que não provém mais a vontade de cada parceiro, mas são impostas pela lei, em nome do interesse social. E isto não tem uma concepção cultural particular, mas é geral através das variantes das diversas civilizações. Tanto a Declaração Universal quanto a Convenção Européia associam expressamente o Direito ao casamento a este de fundar uma família.

As proposições recentemente avançadas sob denominações diversas (na França, contrato de união civil, depois contrato de união social) são provas essencialmente de uma aceitação de reconhecimento social da parte de alguns homossexuais. Uma parte das disposições propostas, tendentes em conceder aos concubinos homossexuais os Direitos patrimoniais reconhecidos aos heterossexuais com relação a terceiros, provém da aplicação normal do princípio da não-discriminação. Mas o projeto no seu todo tem a marca de um compromisso entre tendências perseguidoras de objetivos diferentes. Não se poderia alcançar a resolução dos problemas mais fundamentais que dizem respeito à evolução dos costumes, senão colocando em debate não apenas a liberdade de união entre as pessoas, qualquer que seja seu sexo, mas também o Direito de fundar uma família no sentido dos textos internacionais os quais eu já mencionei. Todo avanço neste campo deverá também levar em consideração a nova concepção dos Direitos da Infância, resultantes das recentes convenções internacionais (Convenção da ONU de 1989, Convenção européia de 1995).

A Senhora é partidária da igualdade em matéria de Direitos políticos para as mulheres?

É verdade que uma lei de 1992 assimila a discriminação em razão dos costumes, à discriminação em razão do sexo. Mas, com exceção do risco da discriminação, as duas situações são totalmente diferentes.

A pertinência à categoria “mulher” tem, em princípio, um caráter definitivo, com reserva do transexualismo que permanece uma exceção. Ao contrário, a pertinência à categoria “homossexual” ou “heterossexual”, pode ser evolutiva e apresentar multi-pertinências.

Isto dito, o princípio da não-discriminação deveria ser aplicado de maneira neutra, quer dizer, em termos de paridade entre os sexos. É necessário, aliás, pensar que no horizonte do próximo século talvez o problema se coloque no âmbito da discriminação em relação aos homens.

Um segundo ponto me parece importante em matéria de Direitos políticos, é que o princípio da não-discriminação deve permanecer flexível em sua aplicação, para ser compatível com outras exigências. O fato de pertencer a tal ou qual sexo é um elemento de escolha política, mas também de outros elementos intervenientes, como a competência, a idade, a categoria socio-profissional ou sócio-econômica. Tantos fatores que podem se revelar essenciais quando se trata de escolher um representante numa instância política. Não se pode reduzir a escolha somente a variável do sexo.

Em suma, é necessário assegurar uma não-discriminação em razão do sexo, mas esta não-discriminação deve ser neutra e flexível: qualquer coisa como uma paridade limitada a 30% ou 40% para cada sexo, o que deixa margem para ter em conta as outras variáveis.

Resta saber se a paridade deve ser imposta pela regra de Direito. Eu preferiria um auto-engajamento dos partidos políticos. Mas se o bloqueio é tal que exclui esta solução deveria necessariamente utilizar a regra do Direito.

A Senhora não concorda com Elisabeth Badinter, que afirmou no *Le Monde* de 12 de junho de 1996, que existe sobre esta questão um confronto entre a filosofia universalista republicana francesa e a filosofia da democracia americana.

Eu me filio, preferentemente, à resposta de Sylvianne Agacinski Jospin, observando que não se pode ignorar absolutamente a diferença sexual, quer dizer, a mistura do gênero humano. O universalismo não tem a intenção de ser uma identidade absoluta de todos os seres humanos, mas a aplicabilidade a todos, dos mesmos Direitos. Em compensação, eu repito que o princípio da paridade deve ser exprimido de maneira neutra. Nesta condição, não deveria causar problema constitucional. Mas, ainda uma vez, uma paridade muito rígida arriscaria reduzir gravemente a escolha de representantes políticos.

A Senhora não receia, a exemplo de Max Weber, uma standardização da vida social, e até da vida privada, pelo Direito?

O risco existe, mas eu não tenho certeza que ele se situa onde Weber o colocava. Weber aludia o risco do nivelamento dos governos no prolongamento da racionalização do Direito e do formalismo jurídico: “O formalismo jurídico permite funcionar o aparelho judiciário como uma máquina tecnicamente racional”. Ele descrevia uma imagem comovente do juiz “reduzido à interpretação de parágrafos e contratos, trabalhando como um autômato, sobre o qual se arremessam os fatos e os custos da justiça, e que entorna a decisão e seus motivos”. Pois esta não é a tendência atual. Nós acabamos, ao contrário, de falar por várias vezes do temor da arbitrariedade de um juiz muito poderoso. O nivelamento por um excesso de racionalidade e de formalismo do Direito não parece atual.

Em compensação, o risco se situa no trabalho de interpretação e de aplicação da norma. Há duas deriváveis da palavra norma: “normativo” que remete ao dever-ser, e “normalidade”, que implica a medida de comportamentos. A norma jurídica é normativa: ela estabelece um dever-ser. Mas, na margem de interpretação, reivindicada pela escola da “livre pesquisa científica do Direito” (com François Gény) e desde então, a normalidade se coloca como elemento de aplicação da norma. Identifica-se assim o risco da standardização ou de nivelamento pelo Direito, mas não pelas razões indicadas por Max Weber. O que eu retenho, sobretudo de Max Weber, é sua reflexão sobre o materialismo e o desencantamento do Direito. A isto sou particularmente sensível porque este desencantamento não é somente desmobilizador no plano nacional, mas também desestabilizador no plano internacional. Numa pesquisa muito vasta realizada sobre o Direito comum, nós encontramos as famílias jurídicas mais afastadas do Direito ocidental, notadamente a China e os países do Islã. É difícil para certos representantes destes últimos, aceitar a idéia de que uma espiritualidade possa ser compatível com um Direito laico. Não é por acaso se esta dificuldade surgir agora. Com efeito, o que é mais bem descrito por Pierre Bouretz, em seu estudo sobre Weber, é esta perda de espiritualidade dos Direitos ocidentais. Pois, o acordo sobre um Direito comum pode revelar senão uma visão não materialista, ou então será um Direito comum puramente instrumental, concebido sobre o modelo dos contratos americanos. Se o objetivo é construir um Direito comum como um Direito referência, é necessário encontrar a espiritualidade através de um Direito necessariamente laico, visto que em escala internacional, mais ainda do que num plano nacional, uma religião ou, mais largamente, uma cultura, não pode-se sobrepor às outros.

Este debate está no âmago da discussão travada com os países do Islã. Nossa equipe que ora se constitui compreende os Egípcios, os Iranianos, os Magrebinos, Senegaleses – no Senegal, os habitantes são 90% muçulmanos, mas a Constituição afirma o princípio da laicidade. Assim,

o jovem professor senegalês da equipe teria lido a seu pai, nossos documentos de trabalho sobre a dignidade da pessoa, tema sobre o qual nos queremos trabalhar em Direito comparado. Este homem, que é profundamente religioso, admirou-se de ter sentido uma espiritualidade nos textos, todavia laicos. De onde nossa esperança de conseguir abranger estes que identificam ainda laicidade e materialismo.

Para além do Direito, o que é que poderia ajudar o nascimento de uma democracia laica espiritual ?

Pode-se primeiro notar que “espiritualidade” tem uma afinidade semântica com “espiritismo”. No momento em que a religiosidade se degrada em seitas de todo gênero, isto deve fazer com que se atente para o risco de suscitar o retorno, sob o manto da espiritualidade laica, de um dogmatismo estreito, anti-religioso e anti-científico. A resposta não pode consistir em projetar de maneira maniqueísta laicos contra crentes. Ela se denomina, para todos, confiança e respeito.

Confiança, e não fé cega – para vencer o medo que reduz o Homem à materialidade imediata. Respeito, se cada religião e cada ideologia renunciar em alegar possuir totalmente “a” verdade e se contentar de buscar em nome de uma “humanidade plural”. Eu gostaria de criticar aqui o texto recentemente publicado do *Rev.^{mo} Claverie*, Bispo de Oran, assassinado em 1º de agosto de 1996 na Argélia: “Fala-se de tolerância, eu acho que é um mínimo e eu não gosto muito desta palavra, porque a tolerância supõe que houve um vencedor e um vencido, um dominante e um dominado, e que este que detém o poder tolera que os outros existam [...], mas eu prefiro falar do respeito ao outro. Se somente na crise argeliana, após a passagem pela violência e rupturas profundas da sociedade, mas também da religião e da identidade, conseguiu-se conceber que o outro tem o Direito de existir, que ele contém uma verdade e que ele é respeitável, então, os perigos aos quais nós nos expusemos agora não teriam sido transcorridos em vão”. O que poderia contribuir ao nascimento de uma democracia laica espiritual é, com efeito, o reconhecimento por todos, crentes ou descrentes, de que cada homem possui nele uma parte de verdade, a descobrir, a confrontar, a expandir.

O SONHO DE UM DIREITO COMUM

A Senhora gosta de dizer que a Europa é um observatório e um laboratório do Direito comum. De quando é a origem desta sua convicção européia?

Falar de “convicção européia” é um pouco ambíguo. Eu não tenho convicção total que a Europa tenha obtido um grau de perfeição que se torne modelo a seguir, para construir um Direito comum da humanidade.

Esta referência a Europa está ligada por mim a toda uma outra convicção, de que o Direito comum futuro não possa ser senão plural ou pluralista – é a idéia de um “pluralismo ordenado”. Pois, precisamente, a Europa está localizada, por suas raízes culturais e históricas, e como local geográfico, sob a marca do múltiplo.

A harmonia, mais que a unidade, é buscado para além de todas as divisões políticas, religiosas, lingüísticas, culturais, econômicas, que são entrecruzadas no curso da história. Porque, a outra característica da Europa é de não ter, apesar destas divisões, jamais renunciado ao sonho de um Direito comum que anima, particularmente desde o pós-guerra, a “construção européia”.

É assim que a Europa se torna um observatório, no sentido de que se pode nela observar fenômenos bem reais – abrangendo diversas perturbações – acompanhando a pesquisa de um Direito comum pluralista. Não somente um observatório, mas também um laboratório de estudos e análises, como dão testemunho o número de trabalhos universitários e de comitês de especialistas consagrados em Direito europeu; e ainda, laboratório de ensaios, se se sonha com um trabalho pioneiro – com todas as inexperiências e fracassos que isto comporta – dos juízes das duas cortes européias.

A Senhora falaria da exceção européia em matéria de Direito comum?

Eu falaria, sobretudo, de uma especificidade européia, na medida em que o Direito comum, por razões históricas, já existe por fragmentos na Europa. A dificuldade é que na Europa se sobrepõem diversos dispositivos normativos, autônomos uns em relação aos outros, contendo cada um, fragmentos de Direito comum. Para simplificar, tomemos os dois grandes dispositivos aos quais nós temos já feito alusão. O primeiro é o Direito comunitário, originado de três tratados fundamentais (o Tratado CECA (carvão-aço) de 1951, depois, em 1957, o Tratado Euratom tratando da energia atômica e, enfim, o tratado instituindo a Comunidade Econômica Européia), complementados pelo Ato único, em 1986, e pelo Tratado de Maastricht, em 1992. Este conjunto representa, em suma, a Europa econômica, mas compreende normas jurídicas com os próprios tratados e o Direito “derivado” dos tratados (massa de regulamentos e de diretivas testemunhando uma forte tendência à uma inflação normativa). No mais, o Direito

comunitário contém um mecanismo de colocar em aplicação, com sanções, e o controle de uma Corte de Justiça das comunidades com sede em Luxemburgo. O segundo grande dispositivo é este da Convenção Européia dos Direitos do Homem, adotada no âmbito do Conselho da Europa e localizado sob o controle da Corte Européia dos Direitos do Homem com sede em Estrasburgo. Estes dois conjuntos cobrem uma Europa que, geograficamente, não é mais completamente a mesma. A Comunidade Européia congrega quinze países, que, desde a abertura do Leste Europeu, o Conselho da Europa computa mais de trinta. Esta diversidade estabelece um problema de coerência, em termos de harmonização e de unificação, no interior de cada grupo e de um grupo a outro. Se considerarmos os fragmentos do Direito comum que já existem, cada um dos dois grupos compreendem ao mesmo tempo normas unificadas e normas simplesmente harmonizadas. Quanto à relação entre os dois, a concepção mais simples seria de impor a subordinação, quer dizer, a ratificação da Convenção Européia dos Direitos do Homem pela Comunidade Européia. Esta questão tem sido objeto, em março de 1996, de um provimento negativo da Corte de Justiça, com base no fato da Comissão das Comunidades europeias não ter juridicamente competência para ratificar a Convenção europeia dos Direitos do Homem.

O problema é assim reenviado aos responsáveis políticos: seria necessário modificar o tratado caso se quisesse dar à Comissão, poderes necessários para ratificar a Convenção Européia dos Direitos do Homem. Para o momento, a subordinação está então afastada. Práticas empíricas de cooperação se instauram sob forma de trocas cruzadas entre as duas cortes, a de Luxemburgo e a de Estrasburgo. O tratado de Maastrich vai um pouco mais longe, pois faz explicitamente referência, por várias vezes, à Convenção Européia dos Direitos do Homem, mas não reconhece para tanto a competência da Corte Européia dos Direitos do Homem. Isso mostra a que ponto este Direito comum da Europa, que surge por fragmentos, parece complexo. Duas vias restam abertas: aquela de uma ordem jurídica europeia única ou esta, nova na história do Direito, de uma ordem jurídica a duas cabeças, compreendendo duas Cortes Supremas, não hierarquizadas uma em relação à outra.

É neste sentido que eu falei de laboratório de ensaio para referir à experimentação de diferentes possibilidades de um Direito comum. Esta experimentação tem o interesse de ser ao mesmo tempo possível e pertinente; possível porque, no quadro geográfico limitado da Europa, os problemas de línguas e culturas diferentes não são insuperáveis; e pertinente em razão da diversidade europeia, tanto nas tradições jurídicas nacionais, quanto nas estruturas supranacionais que foram atuadas. Enfim, a imagem do “laboratório” remete também ao modo pelo qual se pode utilizar os resultados desta experimentação. Se a Europa demonstra que ainda não está madura, que é possível construir uma ordem jurídica pluralista, um pluralismo ordenado, ela poderia contribuir para a elaboração de um Direito comum com tendências

planetárias. Tanto para seus fracassos quanto para seus sucessos, o Direito comum europeu poderia balizar o caminho para um Direito comum em escala planetária.

A Senhora escreve no início de *Pour un droit commun* “Na Europa, chamam à *Direito comum*, norma de costumes locais, de Direito feudal, de Direito romano, de Direito canônico e de Direito comercial, acompanhadas do século XII ao XVI, a emergência dos Direitos nacionais...”. Qual é a idéia fundadora deste *Direito comum*?

Eu não sei se é necessário falar da idéia fundadora, trata-se mais de um processo histórico que cobre toda a Europa – da Sicília à Islândia, de Portugal a Polônia – que vêm da Idade Média aos tempos modernos. Durante este período, a maior parte das universidades da Europa não ensinavam o Direito local, que é o Direito em vigor, mas um *jus commune* com vocação universal. É resultante do Direito romano e consubstancialmente ligado a outro Direito comum da cristandade, o Direito canônico, e este conjunto romano-canônico é ensinado como um método de racionalidade, uma espécie de guia para o intérprete. É necessário sublinhar que, por natureza, este *jus commune* é supranacional, enquanto o Direito aplicado é local, quer dizer, infra-nacional. Entre os dois, não há Direito nacional, salvo na Inglaterra, aonde vai se constituir rapidamente um Direito inglês em torno do *common law*, ou Direito comum do reino. Sem dúvida, porque o processo de recepção do Direito romano não funciona da mesma maneira na Inglaterra; ensina-se o Direito romano, mas a título histórico, sem integrá-lo aos métodos de racionalidade e sem referi-lo em caso de lacuna.

Dito isto, sobre o próprio continente, o lugar do *jus commune* é evolutivo. Na Idade Média, ele é considerável em razão do duplo fundamento que lhe é reconhecido. Primeiro um fundamento político: o *imperium*, o caractere imperativo deste Direito que se incorpora também ao Direito positivo. O segundo fundamento é a *autoritas*, a autoridade que repousa sobre um valor, ao mesmo tempo técnico e moral, do Direito romano e do Direito canônico. Esta autoridade os coloca acima dos Direitos locais e Portalis, um dos grandes redatores do Código Civil, enfatizaria assim o valor do Direito romano: “É nesta época que nossos Tribunais tomam uma forma mais regular e que o terrível poder de julgar foi submisso aos princípios”. Ele utiliza para esta expressão uma linguagem quase religiosa: “A descoberta que nossos ancestrais fizeram da *Compilação* de Justiniano foi por eles uma espécie de revelação”. Da mesma maneira, para condenar aqueles que rejeitaram o Direito romano: aqueles que criticam “blasfemando o que eles ignoram”. Todavia, progressivamente a partir do século XIV, a doutrina francesa contestou o primeiro fundamento, o *imperium*, e lançou a fórmula que se tornaria célebre: “O rei da França é imperador em seu reino”. No século XVI, os juristas franceses (entre eles Du Moulin), refutaram ao Direito romano toda característica imperativa. Mas, conservaram

a inspiração científica do *jus commune* pelas razões que permaneceram as mesmas: seu valor técnico e moral. Donde esta fórmula, reprisada por vários autores: o *jus commune* se aplica *non ratione imperii sed imperio rationis*, quer dizer, não por sua característica imperativa, mas sob o império da razão.

Na Inglaterra, o que é a *common law* exatamente?

A *common law* se forma, na Inglaterra, a partir da conquista normanda no século XI. É o Direito comum do reino, fonte da unidade por oposição aos costumes locais. A sua origem reside na vontade, para a criação de cortes reais e a extensão progressiva de sua competência, de evitar o esmigalho do sistema jurídico. Ao contrário, o Direito romano foi pouco admitido na Inglaterra: se a *common law* apresenta alguma obscuridade ou lacuna, os juízes não se reportam, como no continente, ao Direito romano, mas à sua consciência. Todavia, ele foi ensinado; não se pode então excluir toda inspiração da fonte romana na constituição do Direito inglês, mas não teve jamais o *imperium*, a característica imperativa, nem esta autoridade científica que tinha no continente.

Quando os tribunais apareceram pela primeira vez na Europa?

Sem remontar à antiguidade greco-romana que já conheciam os tribunais, é necessário observar o fato de que o poder de julgar está desmembrado na Idade Média entre os senhores, a Igreja e o Rei, este último afirmando progressivamente seu monopólio. Em matéria penal, por exemplo, o procedimento é acusatório perante as cortes feudais, no sentido que a persecução pertence somente à parte lesada ou aos seus sucessores: o processo criminal não é senão uma discussão entre dois particulares, sendo raras as diferenças de detalhe o separam do processo civil. Pois, sob a influência do Direito canônico e do Direito real, o sistema inquisitorial, que confia a pesquisa das provas à autoridade pública, é introduzido: no século XVI aparece o Ministério Público, composto de procuradores e, em 1670, o grande regulamento sobre procedimento criminal de Luiz XIV reservará o monopólio das persecuções ao Ministério Público, representante do Rei.

A tradição francesa em matéria de justiça penal é, sobretudo, do tipo inquisitorial.

No século XIII, perante as cortes feudais, o processo é ainda acusatório, no sentido de que eu venho falando. É entre os séculos XIII e XVII que o processo penal evolui rumo a um modelo inquisitório, tornando-se hoje sinônimo de processo continental, sob a dupla influência do Direito canônico e, sobretudo do poder real, que não quer deixar mais ao cidadão o monopólio da persecução, embora na Inglaterra o princípio acusatório seja oficialmente mantido. Ainda hoje, na Inglaterra, qualquer cidadão pode processar penalmente outro. Na prática, este tipo

de perseguição é excepcional. O mais freqüente é a polícia, suposta representante de todos os cidadãos, que inicia a perseguição penal e a exerce (auxiliada desde 1985, por um *Crown Prosecution Service*, ou Serviço de Perseguições), com a ficção da igualdade de armas entre o acusado e a polícia, composta de cidadãos como seus pares. Donde a aparição de desequilíbrios graves porque na realidade a polícia tem poderes bem superiores àqueles do cidadão comum e bem superiores aos do acusado.

Como se desenvolveu a história do Direito comum? Pode-se falar de um Direito comum do século XVIII?

No ambiente do século XVI, que dizer, no momento onde juristas como Du Moulin elaboram um Direito “francês”, o *jus commune* serve também de referência, mas num um plano de igualdade com os costumes locais. E é desta combinação que vai surgir um Direito comum, nacional desta vez, e não mais europeu, que prepara a codificação – os futuros código civil, código penal, código do comércio. O primeiro código, o código penal, data de 1791, mas a conversão se situa bem antes, com a edição de San-German, em 1679, que nacionaliza o Direito: nesta data, o ensino do Direito francês é instituído nas Faculdades de Direito. A idéia de Direito universal se encontra enfraquecido em proveito de uma espécie de patriotismo cultural e jurídico que alcançará as grandes codificações napoleônicas do início do século XIX.

Entretanto, esta evolução não é linear. A idéia de Direito universal subsiste em certos autores. Ainda no século XVI, Bodin publica uma *Exposé du droit universel*. Ele faz referência ao Direito romano, mas para colocá-lo sobre o mesmo plano que as outras fontes do Direito: “Enquanto que as artes e as ciências são objetos universais, o Direito romano não é próprio senão de uma cidade”. Desde então, para construir um Direito universal, seria necessário partir de um Direito comparado. Bodin não emprega o termo, que não é ainda consagrada na época, mas entrevia uma comparação dos Direitos nacionais. No século seguinte, Leibniz forma um projeto de esboço do grande quadro evolutivo de toda a legislação do mundo, o *theatrum legale*. A idéia de Direito universal não desaparece então completamente. Mas o ele significa, na maioria da doutrina, é o patriotismo cultural e jurídico.

No século XVIII, fala-se de um Direito comum?

No século XVIII, separa-se o Direito positivo, que é o Direito nacional, de seus fundamentos, tomados na “razão universal”. Esta razão universal conduzirá à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que proclama os Direitos “naturais, inalienáveis e sagrados” de todo Homem. Não esqueçamos que, à época, os Direitos do Homem não são ainda princípios de Direito. A Declaração não é diretamente aplicável pelos Tribunais. Ela se

tornará muito mais tarde, somente em 1971, quando o Conselho Constitucional a integrará ao “bloco de constitucionalidade” e começará aplicá-la para censurar as leis a ela contrárias. No século XVIII, o Direito comum está, então, afastado dos espíritos. O único vestígio, afora um *jus commune* muito enfraquecido, está ligado ao fato que os fundamentos do Direito positivo nacional remetem àquilo que chamamos agora por razão universal.

A escola do Direito natural na qual Rousseau se inspirou vem da Alemanha. Existe uma junção entre esta escola do Direito natural e a razão universal?

A junção encontra-se nos próprios textos: no prefácio da Declaração de 1789 – por esta proclamação de “Direitos naturais, inalienáveis e sagrados” – está inscrito a idéia de Direito natural. A encontramos no início do século XIX, no artigo primeiro do Livro preliminar do código civil: “existe um Direito universal e imutável, fonte de todos os Direitos positivos: ele não é senão a razão natural, aquela que governa todos os homens”. O Conselho de Estado teria, entretanto, considerado este texto como uma preleção filosófica, sem valor normativo, não tendo seu lugar num código. O Livro Preliminar, devido essencialmente a Portalis foi, então, afastado.

Parece então que existe já uma separação entre a filosofia do Direito e o jurídico, propriamente falando...

A separação é mesmo mais forte que hoje onde os Direitos do Homem, que são em várias espécies o prolongamento da idéia de Direito natural, penetraram no Direito positivo, após a Segunda Guerra mundial. É a conseqüência da “constitucionalização” do Direito e de sua “internacionalização” pelos textos como a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Enquanto jurista, como a Senhora concilia a filosofia universalista do Direito, aquela de Kant ou de Fichte, por exemplo, com o Direito comum, que por definição tenta respeitar a pluralidade das normas, procurando suplantá-las? Como a Senhora faz para conciliar os princípios universalistas dos Direitos do Homem com a pluralidade das culturas jurídicas?

É verdade que o pensamento dos Iluministas não resolve esta contradição. O imperativo categórico de Kant remete ao universalismo moral. Ele afirma que cada homem é um ser racional, elevado à condição de legislador à vista de toda comunidade humana. Fichte vai mais longe, na medida onde ele insiste sobre na necessidade do Estado. Ele o vê como meio de integrar na sua unidade, a multiplicidade dos indivíduos, mas reconhece que o Estado é uma totalidade limitada e considera que é necessário introduzir um Direito internacional. Ele antevê até um Tribunal Internacional, que seria necessário esperar até 1993 para que a ONU criasse um tribunal penal

realmente internacional – este que não seria o Tribunal de Nuremberg, constituído apenas pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial. Se Fichte sobre este ponto vai além de Kant, ele não diz como conceber este Direito internacional. Ele não resolve, também, a contradição entre a idéia de um Direito comum universal e a realidade múltipla dos indivíduos, e, também, dos Estados, com suas tradições políticas, econômicas, culturais e jurídicas. Hoje, a dificuldade ainda não foi resolvida porque o múltiplo causa temor de sempre colocar em risco pensamento e Direito únicos. Assim escreveu Michel Serres: “o múltiplo propaga a angústia, e a unidade, tranqüilidade”. Como a unidade tranqüilizadora, tem-se sempre tendência a restabelecê-la, sendo a pluralidade assimilada à desordem e ao caos. Sendo isto, é necessário estar atento às novidades científicas anunciadas. Começa-se a descobrir, por exemplo na biologia, que certos componentes caóticos são uma propriedade intrínseca dos seres vivos. Isto se dá, nas variações dos números de glóbulos brancos. Na pessoa saudável, as variações são muito irregulares; em contrapartida, em certos casos de leucemia, as variações se tornam muito regulares e até mesmo periódicas. Assim, o caos pode ser sinônimo de um organismo são e a regularidade, sinal de uma patologia.

Mas eu acredito que é a arte que permite responder melhor a questão. Um quadro de Paul Klee é particularmente significativo: *Monument em pays fertile*. É um dos quadros mais rigorosos e severos. Ele parece extremamente estruturado, com linhas de construção muito visíveis, enquanto que Klee frequentemente as apaga. As variações nele são reduzidas ao mínimo. Mas a riqueza de algumas variações que Klee introduziu é que faz surgir uma poesia, tão forte quanto rigorosa é a estrutura. Eu adoraria citar, sobre este quadro, o comentário de Pierre Boulez, esclarecendo, para nele incluir uma reflexão sobre o Direito comum: “Se a estruturação torna-se excessivamente muito forte”, nos situamos “ao lado da infertilidade”. Ele sugere além do mais que o quadro poderia ter tido por título *À la limite du pays fertile*. Com efeito, estamos num ponto extremo: pendula-se em direção à infertilidade se a estruturação se torna muito rígida; em compensação encontramos um país fértil “se a estrutura força a imaginação a penetrar numa nova poética”. Daí a comparação que Pierre Boulez desenvolve em seguida com a obra musical.

Que relação há entre Boulez e o Direito comum?

A comparação me parece transportável ao Direito comum. Para conciliar a unidade e o múltiplo, é necessário uma estrutura muito rigorosa, mas que não suprima toda capacidade de invenção, quer dizer, a possibilidade de exceção e mesmo de transgressão. O Direito comum não deve ser nem unificado ao ponto de excluir todas as exceções e todas as transgressões, nem reduzido à coexistência de conjuntos normativos totalmente autônomos e enclausurados. É o problema do pluralismo tal qual se manifesta, por exemplo, no *Les Sphères de justice*.

Temos a impressão que estas esferas, descritas pelo filósofo americano Michael Walzer, são simplesmente justapostas, sem coordenação entre elas. A fragilidade é dupla, pois a estrutura não é suficientemente rigorosa e, todavia, a combinação entre esferas é excluída por este enclausuramento. Também, a lição de Paul Klee é exemplar, quando ele ensina a seus alunos como coordenar um círculo e uma linha direta descrevendo três modos de agrupamento: por oposição, por justaposição ou por composição. A composição é, para mim, a melhor imagem do pluralismo ordenado tal como eu o imagino para o Direito comum. Klee sugere que caso se contente em justapor as linhas diretas e os círculos, o resultado não evocará outra coisa senão barras cilíndricas postas sobre caixas de conserva. Eu não posso me impedir de pensar que é necessário efetivamente evitar que o Direito comum pareça com barras cilíndricas empilhadas ordenadamente sobre caixas de ervilhas. Isto supõe todo um trabalho preparatório.

Este trabalho passa primeiro pela sistematização do Direito comparado, quer dizer, o aparamento das convergências, divergências e lacunas entre os diversos sistemas de Direito; depois, num segundo momento, por uma tipologia do Direito comum, consistente em distinguir o que permite a unificação – pelo conjunto de normas idênticas – e o que é denotador de uma simples harmonização, forte ou fraca – por uma aproximação de normas, sem, com isso, fazer com que elas se tornem idênticas. Enfim, intervém o modo de racionalidade. A racionalidade jurídica é muito seduzida por uma lógica unitária, supondo regras muito precisas e a obrigação, para cada sistema, de ser idêntico a estas regras. Caso contrário haverá constatação de não-conformidade. Esta lógica unitária, que corresponde perfeitamente ao processo de unificação, é uma tentação porque o pensamento jurídico se constrói sobre este modelo. Mas, em certos casos é necessário precisamente sair por uma lógica pluralista que conduza à harmonização substituindo o binômio “identidade-conformidade” por “proximidade-compatibilidade”. Basta então que as normas sejam suficientemente próximas do princípio de referência para serem julgadas compatíveis. Juridicamente, a harmonização é mais difícil que a unificação, pois é necessário definir critérios de proximidade e fixar um limiar de compatibilidade para que uma decisão seja possível. Caso contrário permaneceremos num universo “indeterminável”, com riscos de arbitrariedade que isto comporta ao proveito do juiz. Mais difícil juridicamente, a harmonização é não obstante a única maneira de evitar politicamente um Direito comum que seja sinônimo de Direito único.

Como a Europa seria portadora do sonho de um Direito comum? Como este sonho se perpetua no curso do nosso terrível século XX, que Patocka chamava de “século das guerras”?

É um sonho com eclipse. Da idade média aos tempos modernos, o *jus commune* está carregado pela ambição política do Santo Império romano germânico, pela ambição cultural

da cristandade e pelos fatores econômicos – é necessário não esquecer que o *jus commune* integra a *lex mercatoria*, a lei dos mercadores. Em seguida, vem o período de reserva, dos séculos XVI ao XIX, com as codificações nacionais. No entanto, no prolongamento do espírito cosmopolita do século XVIII, as codificações puderam exprimir a busca de um Direito comum. Ocasões são apresentadas. Por exemplo, Frederico II da Prússia submeteu o *Land Recht*⁸ de 1794 a grandes discussões internacionais e Bonaparte criaria em 1800, no Ministério da Justiça, para contribuir com a elaboração do Código civil, uma secretaria das legislações estrangeiras suprimidas em 1804 quando este foi adotado. Com efeito, esta oportunidade de fazer progredir o Direito comum na ocasião do movimento de codificação não teve verdadeiramente seqüência. Ao contrário, passamos do relativismo geográfico de Montesquieu ao positivismo jurídico da escola histórica alemã cujo fundador, Savigny, considera o Direito como o resultado necessário de organização interna própria de cada nação. Não obstante este efeito de clausura, o sonho vai, todavia, renascer, pois a separação própria dos Direitos nacionais conduz a aparição, tal qual disciplina jurídica, do Direito comparado. Nós estamos então no meio do século XIX. Há razões comerciais, o comércio não se detém mais às fronteiras, e razões científicas, como a influência da anatomia comparada, com Cuvier, ou da literatura comparada, com Sainte-Beuve. No Collège de France, uma cadeira de história geral e filosofia das legislações comparadas, foi criada em 1831. Lerminier foi o primeiro titular, depois Laboulaye. Mais, nos manuais, o ato de criação do Direito comparado é datado de 1869. Naquela data, Laboulaye cria, em Paris, uma sociedade de legislação comparada, enquanto Oxford instituiu a primeira cadeira de Direito comparado. O Direito comparado progride então, com um grande momento em 1900. O sonho de um Direito comum novamente toma forma e ultrapassa até mesmo a Europa, depois que um congresso de Direito comparado reuniu juristas do mundo inteiro por ocasião da Exposição Universal. Os organizadores, dos quais Saleilles, o definem com um programa muito ambicioso: diferenciar do conjunto de instituições particulares, um fundo comum ou, ao menos, pontos de aproximação suscetíveis de fazer aparecer, sob a diversidade aparente de formas, a unidade funcional da via jurídica universal. O objetivo é elaborar um “Direito comum da humanidade civilizada”. Assim, o Direito comparado vai tomar seu impulso no início do século XX. Criou-se em Lyon o primeiro Instituto de Direito Comparado em 1914, a partir do qual se desenvolve ao redor de Édouard Lambert uma escola lyonesa de Direito comparado muito dinâmica. Em Paris, o Instituto de Direito Comparado criado em 1932 por Lévy Ullman, que busca por seu turno construir o Direito mundial do século XX. Se o Direito comparado é ainda na época assaz teórico, a perspectiva imediata é também muito prática: um código franco-italiano das obrigações, seara muito técnica do Direito, é publicado e discutido em 1929.

8 Na expressão alemã, *Direito local*. NT

Não se falava à época do Direito internacional?

Dizemos antes de tudo que se separa o Direito internacional (público ou privado conforme ele rege relações entre Estados ou relações privadas de características internacionais) do Direito comparado. Se o Direito comparado tem por ambição descobrir o Direito mundial oculto, a realização de tal projeto não está na ordem do dia, e os idealizadores do projeto permanecem limitados sobre a comparação dos Direitos nacionais, a ponto de cegar muitos juristas. Na véspera da guerra em 1938, Boucaud, comparatista da escola lyonesa, crê ainda no Direito mundial que, escreve ele, “se unirá ao Direito positivo como a alma ao corpo [...], como o pensamento ideal do artista é inseparável do mármore, da cor e do som, para constituir sua obra de arte”. Num clima quase lírico, a guerra será vivida como um despertar brutal. A humanidade dita “civilizada” produziu devastações que o Direito não soube impedir e que até mesmo legitimou em certos casos, por um programa de degradação e de destruição sistemática da pessoa humana: eu penso nas leis raciais. O despertar é verdadeiramente brutal.

Você me pergunta como o despertar se perpetua no curso deste terrível “século das guerras”. A resposta se encontra em Patocka, que cita Heráclito e esta fórmula de duplo sentido, “*ton polemon eonta zunon*”, pela qual Heráclito parece dizer que a guerra é comum, no sentido de universal, mas também – pela interpretação de Paul Ricoeur – que “da guerra, pode surgir qualquer coisa em comum”. Em seus comentários *Essais hérétiques*, Ricoeur escreve: “Heráclito, tal qual percebe Patocka, não é o pensador da existência selvagem ou da ação terrorista, mas o que imaginou o nascimento de todo um liame a partir da comoção mais extrema”. Em suma, é necessário compreender a vida, “não do ponto de vista do dia, que dizer, da vida admitida, mas da noite, que dizer, de *polemos*. A resposta a sua questão poderia estar lá. Após a comoção mais extrema da guerra, o sonho de um Direito comum renasce, sob a urgência e num ambiente trágico, o que pode explicar que ele tome uma forma mais política que jurídica. A urgência é de construir a Europa para evitar o retorno à barbárie, como uma maneira de dizer: “isto jamais”. É o papel dos pioneiros visionários como René Cassin ou Jean Monnet. A Europa política começa com o estatuto do Conselho da Europa, em 1949, berço da Convenção Européia dos Direitos do Homem (assinada em 1950). Muito rápido, o projeto político afunda e a Europa econômica chega a tomar lugar com os três tratados já citados (CECA, em 1951, depois Euratom e CEE, em 1957). Mas o sonho de um Direito comum não se limita à Europa. René Cassin será também um dos redatores da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Este sonho de um Direito comum que a Senhora chama de sua aspiração não é uma máquina de guerra contra o universalismo ingênuo?

Tudo depende de qual ingenuidade se trata. Há verdadeiras ingenuidades, mas há as falsas.

A falsa ingenuidade consiste em preconizar um universalismo que prepararia o acontecimento de um Direito único. É uma maneira de camuflar a hegemonia de um sistema sobre os outros, quer dizer, um imperialismo. Em relação a este universalismo, sim, o que eu proponho é uma máquina de guerra, para evitar, além de tudo, a guerra que se seguiria quase inevitavelmente.

E mais, há as verdadeiras ingenuidades: o universalismo dos bons sentimentos, das idéias generosas, mas pouco fecundas, consistente em acreditar que bastariam quaisquer declarações solenes para criar um Direito comum. É o que denuncia Gilles Deleuze e Félix Guattari, muito desconfiado com respeito aos conceitos universais: Os conceitos mais universais, estes que apresentamos como valores eternos são os mais esqueléticos e menos interessantes. Evitar esta ingenuidade supõe uma luta para dar lugar e consistência ao esqueleto e transformar os Direitos do Homem em princípios de Direito diretamente operacionais. Mais que uma máquina de guerra, é um trabalho de ir ao fundo da questão, de aprofundamento e de construção. Começamos a perceber a diferença quando comparamos o clima no qual cerca de sessenta Estados adotaram a Declaração Universal, em 1948 e aquele da Conferência Inter-governamental de Viena, em 1993, onde a característica universal da Declaração foi fortemente contestada pelos representantes de tradições jurídicas muito afastadas da tradição ocidental. Finalmente, os pouco mais de cento e oitenta Estados presentes em Viena mantiveram o princípio de uma Declaração “Universal”, mas enriquecidos após um vivo debate criticando precisamente o universalismo ingênuo de 1948.

Direito comum e pluralismo jurídico são então compatíveis na opinião da Senhora?

Eu creio não apenas que são compatíveis, mas que devem ser indissociáveis, pois um Direito comum concebido como um Direito único me parece extremamente perigoso. Melhor querer renunciar à própria idéia de Direito comum.

A Senhora falava de Cassin e de Monnet pela obra econômica. Nos anos cinqüenta, quais foram os homens que trabalharam para fazer avançar o Direito comparado?

O Direito comparado se encontra em crise, após a guerra, por causas primeiramente políticas: a constituição dos blocos Leste e Oeste na Europa. Mais que continuar a comparar, como anteriormente, o Direito continental e o Direito anglo-americano, começou-se a comparar o Direito ocidental e o Direito dito “socialista”, que exprimia a rejeição do Direito dito “burguês”, comparação maquiada pelo medo de ver, sob a capa do Direito comparado, se instaurar um imperialismo de um ou de outro. A esta primeira causa, se mescla uma causa teórica, uma explicando a outra. Do ponto de vista da teoria do Direito comparado, toda corrente crítica contesta, com efeito, a idéia de uma ciência do Direito comparado para retornar a uma concepção mais positivista: mais que comparar as grandes estruturas, comparar o Direito vivo.

Por exemplo, René David escreveu em 1960 um *Traité élémentaire du droit civil comparé* e sobretudo *Les Grands Systèmes de droit contemporains*, publicado em 1964 e regularmente reeditado desde então. Ele rejeita a idéia de uma ciência autônoma e adota uma concepção muito pragmática do Direito comparado. Nele, um tal debate foi sem dúvida fecundo. Mas a renovação atual do Direito comparado, porque está ligado ao renascimento do *jus commune*, é atribuído também aos promotores do Direito internacional europeu, notadamente René Cassin e Jean Monnet.

Para querer demais sistematizar práticas jurídicas heterogênicas, a Senhora não teme aniquilá-las?

A sistematização não suprime a heterogeneidade, porque o Direito comparado não se sustenta somente sobre convergências, mas também sobre divergências e lacunas. Seguramente as convergências facilitam a unificação. Por exemplo, nos quinze países membros da Comunidade europeia, a pena de morte não é mais aplicada. Sobre este ponto, poder-se-ia unificar legislações, assinalando assim a especificidade europeia em relação aos Estados Unidos. Em compensação, quando há divergências, é necessário imaginar um Direito comum de síntese, que dizer, um Direito harmonizado mais que um Direito unificado. Eu mencionei mais acima a separação entre o procedimento acusatório e o procedimento inquisitório. As duas tradições permanecem fortes na Europa. É então difícil de unificar o procedimento penal europeu, mas poder-se-ia tentar uma síntese.

Há também lacunas, domínios onde o Direito comum pode vir a completar o Direito nacional que não tem resolvido tal ou qual problema. Pode-se dar o exemplo do Direito de ser julgado num prazo razoável. Inscrito na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigos 5 e 6), este princípio, que comanda a duração da prisão temporária e da prisão provisória bem como a duração do processo, não foi inserido no Direito interno. Contudo, releva sem dúvida advir de um Direito comum europeu que se constitui precisamente para completar esta lacuna do Direito interno.

Pode-se falar em progresso do Direito europeu?

É necessário primeiramente ter definidos os critérios de evolução. Um progresso do Direito europeu significa que este consiga corrigir o que é considerado como insuficiente no Direito interno. Isto repercute num sistema de valores: progresso em relação a que? Implicitamente, o sistema de valores tal qual o conhecemos nos tempos atuais para a Europa é aquele definido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem que garante, sobretudo os Direitos civis e políticos. Em relação aos tais Direitos, os progressos são indiscutíveis, não obstante uma lentidão

enfadonha: é necessário, algumas vezes, várias condenações pela Corte de Estrasburgo para que um Estado modifique a legislação ou melhore suas práticas. Em compensação, a proteção dos Direitos econômicos e sociais permanece muito insuficiente. Existe uma Carta europeia dos Direitos Econômicos e Sociais, mas sua aplicação não é diretamente controlada. Cada vez mais, os juristas começam a integrá-la à sua racionalidade. Por exemplo, um caso de exclusão ligada a uma situação de muita pobreza foi objeto de petição a Estrasburgo, sob o fundamento de “tratamento desumano ou degradante”, vedado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mas, o requerimento foi rejeitado. Resta então, a tarefa de ampliar a passagem dos Direitos civis e políticos em direção aos Direitos econômicos e sociais.

Caminharia a Senhora até reconhecer um progresso geral da civilização?

Seria presunçoso falar de “progresso da civilização”, face à violência que se alastra por todos os cantos do mundo. Na medida em que as diferenças econômicas não cessam de se aprofundar, quer se trate de indivíduos ou de Estados, entre ricos e pobres. Se há progresso, está circunscrito a certos campos.

No Direito, o progresso me parece se encontrar na superação da oposição entre Direito natural e Direito positivo. A concepção tradicional do Direito natural foi, sobretudo, orientada na busca de um conteúdo comum, uma espécie de moral universal, puramente incitativa e sem força de constrição. Na sequência do pós-guerra, mecanismos de controle têm atuado e começam a desempenhar a função teoricamente atribuída ao Direito natural, mas que não teria jamais sido desempenhada efetivamente: uma função de colocar limites ao Direito positivo. Isto é inegavelmente um progresso.

Após a queda do muro de Berlim, a Europa do Estado de Direito teve que dar um passo suplementar. Certos países do Leste se inspiraram em nosso Direito político. Robert Badinter, por exemplo, trabalhou sobre a nova Constituição romena. Como se passou a transição para estes países?

Dos tempos em que o soviétismo dominava este que chamamos a “legalidade socialista”, quer dizer, na realidade a negação do que podemos considerar como um Estado de Direito, o Estado estava então acima do Direito e não limitado pelo Direito. O Direito soviético conheceu diversas fases. Uma primeira fase durante a qual o Direito desapareceu enquanto tal (conhecemos as críticas do marxismo considerando o Direito como uma forma de luta de classes, uma arma inventada pelos poderosos para dominar os fracos); vem em seguida a fase na qual aparece um Direito soviético, com uma Constituição que é um verdadeiro engodo, na medida em que a maior parte dos Direitos fundamentais são reconhecidos, mas sem nenhum mecanismo permitindo

censurar as práticas contrárias. Um Direito penal se instaura assim, conforme “fundamentos” comuns às diferentes repúblicas socialistas, repousando sobre incriminações freqüentemente muito vagas, incluindo delitos de opinião. É isto que permitirá condenar os dissidentes. Tanto que a definição do estado de demência está tão ampla que facilita a utilização de tratamentos psiquiátricos. Estes tratamentos seriam, além do que, dispensados, não em hospitais mantidos pelo Ministério da Saúde, mas em hospitais vinculados ao Ministério do Interior, o que marca bem qual seria o objetivo.

Atualmente a influência da Europa é sensível pois, pouco a pouco, o Conselho da Europa se abre ao Leste Europeu, sob o risco de enfraquecer, digamos, aos poucos, a “cultura democrática”, no seio de suas instituições. Há, desde então, um juiz romeno na Convenção Européia dos Direitos do Homem, como há um juiz polonês, um juiz tcheco. Mas a evolução não vem somente do Direito, ela diz respeito também à política econômica: é mais ou menos admitido hoje que, para entrar na União Européia e se beneficiar de suas vantagens econômicas, é necessário ter aderido ao Conselho da Europa e ratificar a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Que balanço a Senhora faria dos anos que se seguiram à queda do muro?

Na Europa, podemos observar ainda muitos insucessos – eu penso no conflito na ex-Iugoslávia: o Direito não soube impedir práticas tão inaceitáveis quanto a “purificação étnica”. E, fora a Europa, a constatação da violência confirma uma certa impotência do Direito. Entretanto, surgem pouco a pouco fragmentos do Direito comum. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estruturas regionais são criadas, derivadas da Convenção Americana dos Direitos do Homem ou da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos povos. É ainda difícil de lhes mensurar o impacto. Igualmente, em escala mundial, com os pactos da ONU que acabam de entrar em aplicação – pacto sobre os Direitos civis e políticos, pacto sobre os Direitos econômicos, culturais e sociais. Mais recentemente também, o Tribunal Penal Internacional de Haia (criado em 1993) acaba de adotar, sob o título um pouco duro de *Règlement de procédure et de preuve*, um texto de cerca de cento e cinquenta artigos que é um verdadeiro código de processo penal comum ao conjunto das tradições jurídicas. Este tribunal, composto por juízes de cinco continentes, proferiu em abril de 1996 uma decisão processual, interessante para ler sob este ponto de vista, pois ela busca a solução a partir de um tipo de síntese de sistemas nacionais, sempre referindo-se ao Direito romano. Encontra-se aí o *jus commune* da Idade Média, mas em perspectiva mundial!

Não se pode acusar a Senhora de ser eurocêntrica?

O risco existe sempre, pois sempre a análise é conduzida a partir de um certo lugar e num certo momento. Consciente deste risco, eu iniciei há três anos a pesquisa que mencionei, com as

outras famílias jurídicas. Primeiramente com a China, em matéria circunscrita ao Direito penal econômico, de um lado, e à proteção da dignidade da pessoa – notadamente contra os maus tratamentos nos campos, nas prisões, nas delegacias -, de outro. Pouco depois, uma réplica desta pesquisa, acerca dos mesmos temas, inicia com certos países do Islã. Como encontramos também o Islã na Europa, a comparação entre a Europa e os países Islâmicos se mostra particularmente difícil. O objetivo é de sair do eurocentrismo, mas nosso trabalho permanece ainda explorador. Trata-se, sobretudo, de mensurar obstáculos à edificação de um Direito comum pluralista em escala mundial. Isto tomaria, sem dúvida, muito tempo e energia, levando-se em conta os mal entendidos possíveis, como aqueles ligados à terminologia e aos problemas de tradução. Há um ano, eu tenho lições de chinês, nem tanto para falar correntemente, mas para me fazer explicar as escolhas terminológicas e ter uma idéia do modo de pensar de meus interlocutores, tendo como objetivo último evitar a armadilha do universalismo ingênuo. Por exemplo, é útil analisar de perto a maneira de traduzir “Direitos do Homem”. Os textos oficiais chineses utilizam caracteres *ren quan:gen*, quer dizer “o homem”, e *quan* (ou *quan li*), que significa “poder do Estado”. Uma outra tradução, escolhidas por alguns juristas chineses, admite a expressão *ren shen quan li*, que, não obstante a homonímia, repercute a um caractere diferente, evocando a noção de vantagem ou de “interesse”. Se a primeira tradução é incompatível com a própria idéia de um Direito oponível ao Estado, em compensação, a segunda, pela noção de “interesse do homem”, permite aparecer uma tal possibilidade.

Imagina a Senhora que suas idéias sobre o Direito comum seriam percebidas pelo cidadão? Na época onde procuramos colocar mais civismo na sociedade, porque estas idéias não são mais vulgarizadas? O Direito comum do qual a Senhora fala não seria uma maneira de restabelecer um pouco do civismo na sociedade e de restituir um conteúdo ao projeto europeu, que é freqüentemente tido pelos Franceses como uma proposição vazia de sentido?

O problema reside primeiramente na extrema complexidade dos dispositivos normativos que se apresentam, em escala europeia e, *a fortiori*, em escala planetária. No mais, as responsabilidades políticas, elas mesmas apresentam geralmente a Europa de maneira muito simplista. Isto me tem tocado no momento dos debates preparatórios do referendun sobre o tratado de Maastricht: da comunidade europeia, apenas os países europeus que o fim sendo de integram a comunidade Europeia foram chamados. Apenas uma vez, foi assinalado o vínculo existente, justamente sobre plano jurídico, com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Esta visão muito compartimentada da Europa parece presa ao fato que os responsáveis políticos, como os cidadãos, conhecem melhor a Comunidade e a União Europeia que o Conselho da

Europa. Muitos entre eles se inquietam, além do mais, com a da inflação normativa que tem sua fonte em Bruxelas – os parlamentos nacionais descobriram um pouco tardiamente que uma parte de sua soberania lhe escapou. Isto posto, a imprensa começa a falar um pouco da Convenção Européia dos Direitos do Homem, mas muitas pessoas ainda não conseguem distinguir bem a diferença com a outra Europa. Eu guardo em meu espírito o quase-silêncio das mídias quando da primeira condenação da França pela Corte Européia dos Direitos do Homem, em 1986, pela violação do Direito à liberdade e à segurança, em razão de um procedimento de expulsão que não seria na realidade se não uma extradição dissimulada. A França, país dos Direitos do Homem, condenada em razão de um pedido formulado por um estrangeiro, ele mesmo condenado penalmente por assassinato em seu próprio país! Este momento histórico não mereceu mais que dez linhas, entre dois acontecimentos já esquecidos. Após quatro ou cinco anos, a situação evoluiu um pouco: cada vez que a França fosse condenada em Estrasburgo, os comentários seriam publicados. Mas, permanece difícil compreender o funcionamento e a estruturação no seu conjunto. O cidadão tem uma vaga idéia do dispositivo comunitário, uma idéia ainda mais vaga da Convenção Européia dos Direitos do Homem e absolutamente nenhuma idéia da maneira pela qual o conjunto se estrutura. Esta ignorância vêm possivelmente em parte do fato que não existe um “espaço público europeu”, no sentido definido por Dominique Wolton, de um “espaço simbólico, no sei do qual se trocam discursos, na maior parte contraditórios, dos diferentes atores sociais, religiosos, culturais ou científicos, que compõem uma sociedade”. Esta ausência de “espaço público europeu” é uma das dificuldades, não somente para explicar e fazer conhecer estes fragmentos de Direito comum, mas também para construir este Direito comum de maneira democrática.

Sem considerar que existem campos muito conflituosos ainda na Europa.

Sim, por exemplo, no que concerne ao aborto, onde a legislação vai de pesadas sanções penais como na Irlanda à uma larga despenalização como na França, passando por concepções intermediárias como a concepção alemã. Outro exemplo menos conhecido: em certos países europeus (a Áustria ou Irlanda notadamente), existe ainda um delito penal da blasfêmia, muitas vezes até mesmo imposto pela Constituição, enquanto outros países, como a França, proclamam, ao contrário, a laicidade. Nessas zonas extremamente heterogêneas, o Direito comum não se pode fazer sem um “espaço público”, onde a informação e o debate poderiam contribuir à maturação de um consenso que não seria um compromisso medíocre. Um tal consenso não se decreta – atende-se aqui o limite do voluntarismo. Em compensação, procura-se, e certas instituições poderiam ser mais desenvolvidas neste sentido. O Tratado de Maastricht criou um cargo de mediador europeu, que poderia ser uma via a explorar. Da mesma

maneira que um debate de idéias começa a se instalar no Parlamento europeu e no seio da Assembléia parlamentar do Conselho da Europa. Um imenso trabalho resta a desempenhar, de informações, mas também de formações de idéia de Comunidade, no sentido pleno, implicando um sentimento de pertencer a comunidade, uma vontade de viver em conjunto.

Em uma passagem do *Qu'est-ce que la philosophie?*. Deleuze cita Primo Levi, que diz em resumo: todo aquele que não experimentou a vergonha de ser um homem não é digno. E Gilles Deleuze assinala que os Direitos do Homem em nossas democracias se tornaram uma espécie de tabu que nos impede de provar esta vergonha. O que pensa a Senhora?

Mas Deleuze raciocina sobre uma imagem muito global dos Direitos do Homem. Quando estudamos, juridicamente, a jurisprudência criada a partir, seja da Declaração dos Direitos do Homem – Conselho Constitucional -, seja da Convenção Européia dos Direitos do Homem – Corte Européia -, a análise é, por sua vez, mais precisa e com mias nuances. Em certas matérias, as práticas permanecem muito aquém do que seria desejável, mas observa-se, também, evoluções promissoras. O setor da polícia dos estrangeiros, por exemplo, teve progresso em Estrasburgo, sob a base de um princípio que poderia parecer vago e impreciso, o Direito ao respeito de uma vida familiar. Todavia, é aplicando este princípio que o Conselho de Estado anula as expulsões, mesmo em caso de estrangeiros condenados por infrações graves, se todas as suas raízes familiares estão na França.

E, além dos Direitos do “homem”, se coloca de hoje em diante a questão da construção jurídica da idéia de humanidade, ao ardil de noções como o crime contra a humanidade ou mesmo a dignidade humana, muito tempo circunscrita à pessoa, enquanto que as biotecnologias concernem hoje, à humanidade ou inteira: as manipulações genéticas, por exemplo, podem colocar em discussão a integridade da espécie humana, do ponto de vista não somente físico, mas de qualquer espécie metafísico. Michel Foucault assinalou que “o homem é uma invenção recente”, remontando ao século XIX com o acontecimento das ciências humanas. A humanidade, de surgimento ainda mais recente, permanece em grande parte a inventar. E o Direito poderia abrir o caminho.

A INVENÇÃO DA HUMANIDADE

Haverá em 1997⁹, um encontro em Bruxelas, entre teólogos, juristas e filósofos do Direito, sobre a construção jurídica do conceito de humanidade. Veremos um dia a humanidade se constituir como parte civil¹⁰?

Este encontro é organizado pela Escola das ciências filosóficas e religiosas das faculdades universitárias de Saint-Louis, que reúne a cada ano filósofos, teólogos e pesquisadores em ciências humanas em torno de um tema. O chamamento de juristas, desta vez, sobre o tema “Humanidade – Humanitária”, incita, com efeito, a refletir sobre a emergência da humanidade como nova categoria jurídica. Parte civil? É bem necessário, desde que o crime “contra a humanidade” atinja a humanidade através dos indivíduos e seus familiares, que podem exercer a ação civil perante os Tribunais nacionais. No plano internacional, quando a Corte permanente estiver enfim criada, o procurador terá atribuição para representar a comunidade humana como um todo, aí compreendidas as gerações futuras. Mas, a humanidade se constrói num duplo movimento: proibir o crime contra a humanidade e impor, além dos Direitos individuais do “homem”, o respeito dos Direitos coletivos da “humanidade”.

A Senhora escreveu em *Pour un droit commun* que “A ambição de um verdadeiro Direito dos Direitos não é somente racionalizar a razão do Estado, ela é também de lhe opor limites intransponíveis e de estabelecer assim este que poderíamos chamar o “irreduzível humano” para designar este núcleo duro e tão frágil dos Direitos que instituem a humanidade humana”. Quais são estes Direitos e qual sentido a Senhora dá a esta última expressão?

Regressemos primeiro à noção de limites intransponíveis. Entre os diferentes Direitos garantidos pelos textos relativos aos Direitos do Homem, pode-se observar uma hierarquia implícita.

Alguns Direitos são “de proteção absoluta” e colocam, com efeito, limites intransponíveis, pois que nenhuma exceção, restrição ou derrogação é admitida, mesmo em caso de guerra ou de “outro perigo público ameaçando a vida da nação”, conforme a fórmula do artigo 15 da Convenção Européia dos Direitos do Homem que enumera os Direitos “inderrogáveis”.

Porquanto se possa espontaneamente colocar a vida no ápice desta hierarquia, ela não aparece como Direito à proteção absoluta pela boa razão que todos os textos sobre os Direitos do Homem admitem exceções com respeito á vida. Primeiro com a pena de morte, que foi

9 A tradução deste livro empregou a edição francesa publicada no ano de 2005 e, na obra, não houve atualização em relação ao encontro mencionado no texto. NT.

10 Mantém-se a tradução literal da terminologia jurídica francesa no corpo do texto. Numa adaptação à terminologia jurídica brasileira, poder-se-ia empregar o termo “Autora”, no sentido de parte litigiosa num processo. NT.

abolida por um protocolo “adicional” à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas não nela própria. E este protocolo, como o protocolo adicional ao Pacto da ONU, reserva o caso de guerra. Adiciona-se a exceção da legítima defesa. O homicídio voluntário é então admitido em caso de guerra, como em caso de agressão individual.

Existe então, mais preciosidade que a vida, um valor que os textos não ousam nomear senão para defendê-la: proibir a tortura e os tratamentos inumanos ou degradantes, proibir a escravidão, proibições estas que não podem jamais ser transgredidas. Em caso de guerra, um Estado pode reintroduzir a pena de morte, mas não pode empregar tortura nem reduzir seus inimigos à situação de escravos.

Ao contrário destas proibições, pode-se ler o valor exprimido como o respeito da dignidade inerente à pessoa, dignidade num sentido extremamente forte, sinônimo de “irredutível humano”, que Boutros Boutros-Ghali definia, durante a Conferência inter-governamental de Viena, sobre os Direitos do Homem, em 1993, como “a quinta-essência dos valores pelos quais nós afirmamos juntamente que nós somos uma só comunidade humana”. É verdadeiramente a humanidade humana.

Estes são, então, os Direitos à proteção absoluta que fundamenta o irredutível humano?

Não somente. A outra face do “irredutível humano” é o crime imprescritível. A noção de limite “intransponível” se traduz juridicamente pelos dois conceitos: os Direitos “inderrogáveis” e os crimes “imprescritíveis”, estes que violam a proibição suprema do crime contra a humanidade. Em *Le Refus du sens*, José Santuret escreveu: “O crime contra a humanidade é mais que um crime perfeito: o ato perfeitamente criminal”. O limite deve ser intransponível porque tal crime marca a refutação de todo sentido, a destruição da ordem simbólica que permite justamente construir a humanidade humana. O filósofo belga Jean Ladrière já tinha proposto, com relação à tortura, uma análise que pode se estender às diversas formas de crime contra a humanidade: “Reduzir o corpo à pura passividade de um sofrimento desintegrante, é tentar dissolver a consciência na carne, é literalmente querer uma destruição metafísica”. Dito de outra maneira, mais grave que a destruição física é a destruição metafísica, e ela é inaceitável, porque “ela significa a destruição da ordem humana inteira, a negação do próprio esforço pelo qual existe a humanidade humana. Não se pode, aliás, justificá-la sem contradição, porque toda justificação se refere a um sentido a construir, e este sentido não pode ser senão a realização do humano, qualquer que seja a maneira pela qual o concebemos”.

A Senhora escreveu que “Foi preciso a Segunda Guerra mundial para descobrir que as nações ditas civilizadas poderiam produzir um Direito diretamente contrário aos Direitos do Homem [...], mas a novidade – verdadeira ruptura epistemológica – foi de transformar os Direitos do Homem em princípios de Direito, que dizer, em princípios que se possa diretamente invocar judicialmente”. Como a Senhora explica que seria necessário tanto tempo, e uma guerra, para elaborar tais princípios?

Historicamente, com efeito, é um processo muito lento, feito de sedimentações sucessivas, um pouco como camadas geológicas. A evolução não foi linear nem o progresso contínuo; ela está ainda inacabada e falta muito progresso a fazer, notadamente, como já disse anteriormente, para os Direitos econômicos, culturais e sociais.

As primeiras etapas remontam ao século XVII, com o *Bill of habeas corpus* e o *bill of rights*, na Inglaterra, e, no século XVIII, com a Declaração Americana depois a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França. O ritmo se acelerou, no século XX, depois da Segunda Guerra mundial, com a Declaração Universal de 1948, a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, em 1950, os dois pactos da ONU sobre os Direitos civis e políticos e sobre os Direitos econômicos, culturais e sociais, em 1966. Como vimos, o processo regional se desenvolveu fora da Europa com a Convenção Americana dos Direitos do Homem, em 1969, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos povos, em 1981.

Juridicamente, a ruptura epistemológica se produziu no momento quando passamos das Declarações de Princípios, cuja envergadura era unicamente moral e filosófica para os princípios de Direito, que podem ser diretamente invocados perante uma jurisdição, nacional ou internacional: invocados contra uma lei, em razão do controle de constitucionalidade das leis, e mesmo contra um Estado, pelo ajuizamento de ações perante a Corte Européia dos Direitos do Homem ou do Comitê dos pactos da ONU. Se colocamos à parte o controle de constitucionalidade das leis criadas nos Estados Unidos desde o século XIX, é, com efeito, após a Segunda Guerra mundial que se situa, para o essencial, esta ruptura, sem dúvida impensável, sem o choque criado pela guerra.

A Senhora advoga então pela continuidade?

Reunindo-se todos estes textos, temos efetivamente a impressão, para além das rupturas da história, de uma certa continuidade. Uma continuidade no sentido da extensão da lista de Direitos protegidos e de sua efetividade, a partir do momento quando mecanismos de controle são postos e começam a funcionar.

Em 1964 foi votada uma lei visando estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Poderia a Senhora recordar as circunstâncias desta votação? O que significa para um Direito ter um valor inalterável?

A prescrição é a regra em nome da qual a ação processual ajuizada expira, passado um certo prazo. Ela expira porque o tempo cria o esquecimento. É a idéia do perdão, mas há também uma razão mais pragmática: com o tempo, as provas se apagam e se torna muito mais difícil ter um processo. Mas a prescrição não é admitida em todos os lugares. Um país como a Inglaterra, por exemplo, exclui a prescrição para as infrações graves, os tribunais podem, entretanto, impedir as perseguições, passado um certo prazo, aplicando a teoria do abuso do processo. Quanto aos outros países europeus, eles, em sua maioria, fixam prazos prescricionais, genericamente mais longos que na França – indigna-se da jurisprudência que adia o termo inicial do prazo prescricional, em princípio de três anos, pelo abuso de bens sociais, mas na Alemanha ou na Espanha, os prazos são muito mais longos para infrações semelhantes.

O senhor me pergunta porque a lei de 1964 introduziu o princípio da imprescritibilidade para os crimes contra a humanidade, princípio inscrito depois nas Convenções da ONU (1968) e do Conselho da Europa (1974) que a estende aos crimes de guerra. Parece que, nos anos sessenta, a Alemanha tinha preparado uma lei sobre a imprescritibilidade dos crimes cometidos durante a guerra. É isto que teria conduzido a França, depois a comunidade internacional, a consagrar, por escrito, o princípio da imprescritibilidade que já havia surgido no Direito consuetudinário internacional. Mas a lei francesa limita este princípio aos crimes contra a humanidade, excluindo os crimes de guerra, porque à época a França estava envolvida nas guerras de colonização. O problema da prescrição é então, às vezes, mais jurídico e mais político.

Podemos fazer a genealogia do crime contra a humanidade?

A noção de crime contra a humanidade não surgiu brutalmente por ocasião da Segunda Guerra mundial. Sua origem pode já ser revelada no século XVIII, mas, à época, o sentimento é ainda separado da razão. Beccaria emprega, em relação à tortura, termos de indignação como “barbárie”, “hábito digno de canibais”, mas quando ele argumenta para convencer da necessidade de suprimir uma tão abominável pragmática, é unicamente baseado na sua inutilidade. O humanismo é um humanismo de sentimento que não é considerado como um argumento por si só. Para convencer, Beccaria prefere insistir no fundamento utilitário do Direito: a tortura arrisca fazer confessar “o inocente que treme”, enquanto que o criminoso ferrenho, mais resistente, escapará a perseguição.

É após a Segunda Guerra mundial que a noção de crime contra a humanidade tomou forma jurídica e que um conteúdo jurídico foi dado aos atos de barbárie. Sem ir até uma definição

geral, diversas práticas são a partir de então qualificadas como crimes contra a humanidade. A lista vai progressivamente se alongando. O estatuto do Tribunal de Nuremberg já definia como crime contra a humanidade toda uma série de atos: “o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação, e todos outros atos inumanos cometidos contra todas as populações civis antes ou durante a guerra, ou também, as perseguições por motivos étnicos, raciais ou religiosos, logo que estes atos ou perseguições [...] tenham sido cometidos na sequência de todo crime de competência do tribunal, ou em conexão com ele”. É a primeira tentativa para dar um conteúdo ao crime contra a humanidade.

Mas, haverá outras, em Direito internacional e em Direito francês. No Direito internacional, os textos importantes são as duas convenções já citadas, que estabelecem a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e, ao mesmo tempo, dos crimes de guerra: a Convenção da ONU e aquela do Conselho da Europa.

E os outros textos, quando foram votados?

Dizendo propriamente, eles não são votados em Direito internacional, somente no Direito interno. Em 1968, no momento de declarar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra, os Estados agregaram, na Convenção da ONU, uma referência ao genocídio. Em 1973, a lista se estende ao apartheid. O último texto internacional é a resolução da ONU de 1993 que criou o Tribunal Penal incumbido de julgar os crimes cometidos sobre o território da ex-Iugoslávia e dá competência a este tribunal para quatro tipos de crimes, dentre os quais o crime contra a humanidade. Esta resolução contém uma nova definição dos crimes contra a humanidade. No outro caso citado anteriormente, aparecem as formas descritas no relatório do Secretário Geral da ONU, “da limpeza étnica, estupros generalizados sistemáticos, e outras formas de violência sexual, incluindo a prostituição forçada”. No Direito francês, a lei de 1964 “constata” a imprescritibilidade, esta que subentende que a imprescritibilidade, que não tinha sido ainda afirmada por escrito, já fazia parte do Direito consuetudinário internacional. Este texto vai permitir julgar Barbie e Touvier. Outra etapa importante: o novo código penal, votado em 1992 e que entrou em vigor em 1994, contém uma definição do crime contra a humanidade tão próxima daquela que encontramos no Direito internacional. Ao mesmo tempo que a lista se alonga, se faz uma separação, muito lenta e não completamente aperfeiçoada, entre o crime contra a humanidade e o crime de guerra. Em Nuremberg, as duas figuram no estatuto do tribunal e são muito próximas. Nestes julgamentos, o tribunal evita fazer a distinção, e o professor francês Henri Donnedieu de Vabres, juiz em Nuremberg, constata então que “a noção de crime contra a humanidade se dissipa no julgamento”. O crime contra a humanidade, sendo uma categoria nova em relação ao crime de guerra, faz com que os juízes receiam ser

repreendidos por uma aplicação retroativa da lei penal, o que teria fragilizado seu julgamento. A resolução da ONU sobre o Tribunal Penal de Haia se choca com um problema diferente. O Conselho de Segurança não é competente para criar este tribunal, na medida em que sua decisão contribui à manutenção da paz. A Resolução é então ligada à situação da guerra, assim a competência do tribunal se limita aos atos cometidos enquanto durar as hostilidades, o que pode contribuir a uma certa confusão entre a guerra e o crime contra a humanidade.

Em compensação, a lei francesa de 1964 vai levar, talvez, pela primeira vez, a separação entre crime de guerra e crime contra a humanidade. Por razões históricas que já mencionei, esta lei não prevê a imprescritibilidade senão para os crimes contra a humanidade, tanto que receávamos que a imprescritibilidade dos crimes de guerra não fosse abarcar certos casos ligados à descolonização. Nos processos Barbie e Touvier, a distinção se imporá. Os acusados não poderão ser julgados senão por crimes contra a humanidade, e não pelos crimes de guerra.

A Corte de Cassação vai, contudo, confundir um pouco a questão, considerando que os crimes contra a humanidade permanecem ligados ao contexto da guerra, na medida em que estes crimes devam ter sido cometidos “em nome de um Estado, praticando uma política de hegemonia ideológica”. É somente com o novo código penal que se consegue separar completamente o crime contra a humanidade de toda situação de guerra.

“Matar qualquer um sob o pretexto de que ele nasceu”. Segundo André Frossard, esta é a definição do crime contra a humanidade. Para a Senhora, esta definição não lhe convém ou parece muito restrita?

Ela tem precisamente a vantagem de permitir distinguir o crime contra a humanidade do crime de guerra. Com o genocídio, ou a purificação étnica, é pertencer a um grupo, designado por uma referência étnica, racial ou religiosa, que determina o ato criminoso. É verdadeiramente dizer a vítima: “Eu o mato porque nasceu judeu, negro, muçulmano, cristão...”. Em contrapartida, nos crimes de guerra, a vítima é designada não porque é nascida em tal ou qual categoria, mas pelo que ela fez como adversária. No caso Barbie, o Procurador Geral Pierre Truche, perante a Câmara de Acusação de Lyon, criticou a distinção sugerida por André Frossard. A consequência foi tratar diferentemente os rebeldes, vítimas de crimes em razão do que eles fizeram, e os judeus, vítimas porque nasceram judeus. A Corte de Cassação não seguiu este raciocínio para evitar excluir a constituição da parte civil dos resistentes. Se quisermos construir uma noção autônoma e permanente do crime contra a humanidade, é necessário retornar a esta distinção.

A complexidade da noção de crime contra a humanidade não teria, antes de tudo, como observava já Hannah Arendt, em impossibilitar a definição do “irreduzível humano”?

Hannah Arendt considera, sobretudo, que a noção de humanidade é irreduzível a uma definição filosófica. Ela não emprega o termo do “irreduzível humano”, mas exclui a possibilidade de uma definição filosófica, ou mesmo, de uma denominação do humano, acentuando “a impossibilidade de consolidar em palavras, a essência viva da pessoa”.

Isto pode ser a razão inconsciente desta estranheza na redação de textos sobre os Direitos do Homem: a maior parte dos artigos começa por designar um valor para salvaguardar, depois indicam uma proibição correspondente. Os únicos artigos que se limitam a mencionar a proibição sem indicar o valor que a funda, são precisamente estes sobre a tortura e escravidão. Como se a pessoa não tivesse ousado “consolidar em palavras” o valor que funda essas proibições, como se fosse impossível defini-la de outro modo, que não, pela proibição.

O problema da definição se encontra no crime contra a humanidade. A palavra “humanidade” é pronunciada, mas seus elementos não são jamais postos, senão pela enumeração constantemente renovada dos comportamentos qualificados de crimes contra a humanidade.

O momento chegou, não obstante a pertinência, na época, das intenções de Hannah Arendt, de passar da forma negativa à forma positiva. Nós devemos tentar definir este irreduzível humano, na interseção dos Direitos inderrogáveis e dos crimes imprescritíveis.

Qual seria esta forma positiva?

Para responder à sua questão, há vários métodos. Pode-se fundar sobre uma espécie *a priori* metafísico ou ideológico, o que é sempre um pouco perigoso. Eu prefiro o método indutivo: partir de um conteúdo já conferido aos Direitos inderrogáveis e aos crimes contra a humanidade para tentar remontar à definição.

Uma primeira leitura das proibições dispostas como crime contra a humanidade deixa um sentimento de heterogeneidade. Os textos apontam ao mesmo tempo o homicídio e o assassinato, a escravidão, a deportação, a violência, as perseguições, e mesmo um certo número de discriminações indo até o apartheid. Em contrapartida, a tortura enquanto tal não figura na lista de crimes contra a humanidade, tanto que a proibição à tortura faz parte dos Direitos inderrogáveis. É que a simetria não está perfeita. O fundamento dos Direitos inderrogáveis permanece um fundamento individual, aquele dos Direitos do “homem”. Com o crime contra a humanidade, vemos aparecer o que pode ser o mais novo, a idéia de um fundamento coletivo. O ponto comum entre as diferentes práticas qualificadas de crimes contra a humanidade, nós encontramos neste fundamento coletivo. Por exemplo, o estatuto do Tribunal de Nuremberg como a resolução criadora o Tribunal Penal de Haia visam crimes cometidos contra uma “população civil”, assim como contra um grupo. Quanto ao genocídio, ele supõe a intenção de destruir, totalmente ou em parte, um “grupo” nacional, étnico, racial ou religioso. O mesmo

se dá com o apartheid, cujo objetivo é de instituir ou de manter a dominação com respeito de um “grupo” racial de seres humanos e de oprimi-lo sistematicamente. E no novo código penal francês, encontramos o genocídio e toda uma série de atos que são praticados contra um “grupo” ou contra uma “população civil”. Que pode ser extraído desta constante referência ao grupo, em termos de definição? Pode ser esta idéia que o ser humano, mesmo inserido profundamente num grupo familiar, cultural ou religioso, não deveria jamais perder sua individualidade e vir a ser reduzido a um elemento de troca, e como tal, rejeitado, não pelo que ele fez, mas por sua filiação a tal ou tal grupo. Dito de outra forma, o que se tenta proteger, é a alteridade, a dizer, às vezes, a singularidade de cada ser humano, reconhecido como ser único e, ao mesmo tempo, seu igual pertencimento à comunidade humana.

Singularidade e pertencimento são, então, os dois pilares que permitem reconstruir o impensado?

Parece-me, com efeito, que podemos avançar numa definição a partir destes dois pilares que fundam a humanidade como pluralidade de seres únicos. O que permite definir o crime contra a humanidade, além da enumeração sempre reiniciada, como toda prática deliberada, política, jurídica, midiática, médica ou científica, comportando, seja a violação princípio de singularidade, seja do princípio de igual pertencimento à comunidade.

A primeira ramificação da alternativa remete à exterminação de grupos humanos reduzidos a uma categoria racial, étnica ou genética; ela visa também uma prática que começa a se tornar possível, senão, difundida, à fabricação de seres humanos idênticos pela clonagem, que deveria ser considerada como crime contra a humanidade porque ela leva à violação do princípio da singularidade. Quanto a outra ramificação, a violação do princípio de igual pertencimento, ela leva a considerar como crime contra a humanidade, as práticas discriminatórias como o apartheid; igualmente, se nós a colocamos numa perspectiva de bio-ficção, a criação de super-homens por seleção genéticas ou por sub-homens por miscigenação de espécies.

Estes exemplos mostram que o crime contra a humanidade, assim definido, pode consistir, seja para destruir a vida humana, seja para fabricar seres vivos, sem respeitar os princípios da singularidade e do igual pertencimento. É essencial, se queremos ser tomados não apenas com base no passado e presente, mas, também, com base no futuro.

Qual é, para a Senhora, a especificidade dos Direitos do Homem?

Eu não creio que podemos falar de especificidade quanto ao seu conteúdo. No mais, os Direitos do Homem tocam em todos os campos do Direito. Em contrapartida, o que é específico é sua função. Esta função que consiste em fixar os limites oponíveis a todos e em todas as

matérias, o que significa os limites oponíveis ao Estado. Reencontramos aqui a ruptura, já mencionada, que se produz precisamente no momento quando os Direitos do Homem se tornam oponíveis ao Estado. Antes mesmo da aparição dos sistemas de controle de constitucionalidade, esta ruptura tinha sido preparada pela transformação do papel do Conselho de Estado. Ele sempre manteve seu nome de “Conselho”, mas enquanto que, na origem, ele tinha um papel puramente consultivo, a partir de 1872 vai se transformar em órgão judicante e começar a julgar o governo. Depois de um século de distância, o Conselho Constitucional conhecerá a mesma evolução. Os redatores da Constituição da Vª República não quiseram criar uma Corte Constitucional nem um Tribunal Constitucional, como existe na Alemanha ou na Itália. O “Conselho” não teria senão um papel muito limitado, visto que não poderia ser provocado pelo presidente da República, presidente da Assembléia Nacional ou do Senado. É uma lei de 1974 que transformou a função do Conselho Constitucional, permitindo sua provocação por um grupo de sessenta deputados ou senadores, em geral, parlamentares da oposição.

O que se torna, em tal perspectiva, uma razão do Estado? Um Direito que se opõe ao Estado admite que isto não é a regra?

A concepção tradicional está expressa na célebre fórmula: “A democracia [nela compreendida a regra de Direito] se detém onde a razão do Estado começa”. As regras de Direito são rígidas demais para penetrar nas zonas sensíveis onde a razão do Estado está em jogo. Ao contrário, uma concepção muito flexível integra os Direitos do Homem, com todas as suas fraquezas, suas imprecisões, suas lacunas, permite uma extensão do Direito graças a certa margem de aproximação com a razão do Estado.

Eu gostaria de retomar o exemplo já citado num campo onde, durante muito tempo, regravava a razão do Estado: aquele da polícia dos estrangeiros. A situação está ainda muito longe de ser perfeita, mas os Direitos fundamentais da pessoa introduziram limites aos procedimentos de expulsão, mesmo quando são determinados contra pessoas condenadas penalmente. Como já falei, a Corte Européia e, desde então, o Conselho de Estado, julgam a expulsão incompatível com a Convenção dos Direitos do Homem se ela atentar contra o Direito à uma vida familiar, pois ela visa que uma pessoa que sempre tenha vivido em seu país, tendo suas raízes em seu país, mesmo que se trate de um reincidente.

Há também o exemplo das escutas telefônicas...

Elas se difundiram após a guerra, tendo a França herdado as práticas aplicadas pela Gestapo. Estas práticas foram utilizadas de maneira um pouco anárquica durante anos. Em 1960, uma circular secreta do Primeiro Ministro Michel Debré se empenha em colocar algumas regras

de utilização. Depois, diversas comissões – sem sucesso – chamaram a atenção de sucessivos governos para o fato de que se deveria legislar sobre a matéria. Finalmente, foi necessária uma condenação da França, sob o motivo de violação do Direito ao respeito da vida privada, por dois julgados, – os julgados Huvig e Kruslin, prolatados pela Corte de Estrasburgo no mesmo dia, 24 de abril de 1990 – para que o governo preparasse, enfim uma lei, adotada pelo parlamento em julho de 1991.

Assim, a flexibilidade dos Direitos do Homem permite avanços do Direito, o que não permite uma concepção muito rígida: não se pode nem proibir todas as expulsões (ou todas as escutas) nem autorizar todas elas. Uma concepção flexível permite uma resposta mais diversificada. Por certo, um tal controle da razão do Estado permanece imperfeito e por vezes ambíguo, porque um texto como a Convenção Européia dos Direitos do Homem, para tomar o exemplo mais significativo, deve admitir restrições aos Direitos anunciados: o Direito ao respeito à vida privada, o Direito à liberdade de expressão, o Direito ao respeito à liberdade de opinião, são proclamados pela convenção mas emanam de uma cláusula autorizadora das restrições quando são “necessárias em uma sociedade democrática”. É uma maneira, ao mesmo tempo, de legitimar as restrições e de impor um certo número de condições: para serem julgadas necessárias, estas restrições devem ser invocada com um fim legítimo (como a segurança nacional, a saúde pública, a defesa da ordem), proporcionais a este fim e aplicada num espírito democrático. Da mesma maneira, a Convenção admite um certo número de exceções à liberdade de ir e vir, como a prisão após condenação penal ou, mais discutível, a internação de uma pessoa suscetível de transmitir uma doença contagiosa, ou, ainda, de um alienado, de um alcoólatra, de um toxicômano, de um vagabundo, mas ela impõe, todavia, garantias e proíbe toda privação de liberdade excluída da lista.

Um mendigo que apresentasse queixa por ter sido deslocado de Nice rumo à periferia, obteria ganho de causa? Falo no condicional, mas o caso dos sem-teto queixando-se por terem sido deslocados foi ajuizada durante o verão de 1996.

No Direito interno, pode ser, conforme as motivações da decisão de deslocamento. Mas, do ponto de vista europeu, é pouco provável. Deslocar não significa privar sua liberdade: trata-se de apenas uma restrição e não uma privação no sentido jurídico. E, mesmo que tivesse havido emprego da força numa instituição fechada para vagabundos, a Corte Européia dificilmente poderia condenar este tipo de prática. A este respeito, o texto europeu parece refletir uma concepção que estaria há muito suplantada. Lembro-me que uma lei belga do século XVIII, suprimindo totalmente o delito de mendicância, organizou um sistema de internação, por até sete anos, para os “vadiagem habitual”, e dois anos para os outros. Julgada compatível com

a Convenção dos Direitos do Homem, sob reserva do controle jurisdicional, este sistema foi espontaneamente ab-rogado pelo Parlamento belga em 1993. Em suma, os Direitos do Homem nem aboliram a razão do Estado, nem suprimiram sua legitimidade. Mas eles servem para “racionalizar” a razão do Estado, no sentido que não reconhecem sua legitimidade senão à expressão de uma racionalidade jurídica que permite verificar o respeito a certas garantias. É uma novidade na medida em que, durante longo tempo, a razão do Estado não admitia nenhuma argumentação contrária.

Como funciona esta famosa Corte Européia dos Direitos do Homem?

Ela está em plena transformação. No início, em 1950, os Estados não desejavam o controle jurisdicional. Eles tinham, então, instituído um sistema assaz complexo de modo a limitar a competência da Corte: num primeiro momento, as pessoas, estimando-se vítimas de uma violação, protocolavam uma petição junto à Comissão dos Direitos do Homem, que examinaria o caso e decidiria a admissibilidade. A Comissão teria então a escolha entre três vias: alcançar uma composição amigável entre o Estado; encaminhar o caso ao Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, que poderia propor uma solução política; ou acionar a Corte Européia dos Direitos do Homem. Em suma, esta Corte foi criada com a esperança que interviesse o menos possível e que a maior parte dos casos fossem decididos, seja por uma composição amigável, seja pelo Comitê dos Ministros.

A situação evoluiu, com uma aceleração no curso dos últimos anos. Nos tempos atuais, a Corte é muitas vezes acionada (proferiu mais de cinquenta julgados em 1995), e um protocolo adicional à Convenção, assinado em 1995, transforma completamente o mecanismo, suprimindo a solução política perante o Comitê dos Ministros e a dualidade Comissão e Corte. Este protocolo criou um organismo único, plenamente jurisdicional, acionado em todos os casos, aumentando consideravelmente os meios colocados à sua disposição.

Esta última informação é importante, pois a única das fragilidade da Corte Européia dos Direitos do Homem, em relação à Corte de Justiça das Comunidades, é a falta de meios. Seus membros mantinham, até aqui, sua profissão de origem, tanto que, conforme o protocolo, eles estarão, a partir de então, afetos à Corte dos Direitos do Homem em tempo integral; eles não terão presentemente nenhum assistente, enquanto que o protocolo prevê atribuir-lhes conselheiros referendários que lhes ajudarão a preparar os autos. Este protocolo (número 11) entrará em vigor apenas quando todos os Estados o tiverem ratificado, o que deverá levar dois ou três anos¹¹. Será uma etapa essencial na construção de um verdadeiro controle jurisdicional dos Direitos do Homem.

11 A obra utilizada, publicada em 2005, não faz referência à entrada em vigor da modificação analisada neste texto. NT.

A Senhora gosta de dizer que a aplicação dos Direitos do Homem reclama novas lógicas jurídicas. Quais são elas?

Em relação ao pensamento jurídico tradicional, que se vê unitário e hierarquizado, os Direitos do Homem causam verdadeira desordem. Eles repousam sobre textos que, aos olhos dos juristas, apresentam graves defeitos: empregam termos vagos e imprecisos, como a legalidade ou a vida privada, e provém de uma concepção às vezes lacunosas. Lembro que a Declaração de 1789 não evoca nem o Direito ao respeito à vida, nem a vida privada, nem a dignidade. E ainda, os Direitos do Homem parecem contraditórios entre eles, por exemplo quando censuramos a liberdade de ir e vir e a segurança das pessoas e dos bens, ou a liberdade de expressão e o respeito à vida privada, ou ainda, da vida familiar e a vida privada. Última fraqueza, estes Direitos não são estritamente hierarquizados. Para certos Direitos, a Convenção Européia dos Direitos do Homem admite uma “margem nacional de apreciação”, isto é, uma espécie de Direito diferente para cada Estado: cada um pode marcar sua diferença na interpretação que dá a tal ou qual princípio.

Uma tal margem não é ela a prova de que os Direitos do Homem são um modo de ser do espírito?

Muitos juristas são tentados a concluir pelo declínio do Direito. Integrando os Direitos do Homem à racionalidade jurídica, os sistemas de Direito renunciariam, segundo eles, ao rigor e se colocariam abertamente sob o signo de um fluxo sinônimo do arbítrio. No horizonte renasce o velho medo de um governo de juízes, que se manifesta na França a propósito da jurisprudência do Conselho Constitucional, ou na Inglaterra, nestes últimos tempos, a propósito das condenações pronunciadas pela Corte dos Direitos do Homem. Para responder a estas críticas, em si mesmas legítimas, é necessário adaptar os modos de argumentação jurídica: aprender a pensar o múltiplo, o aleatório, raciocinar a partir de categoria que são, senão indeterminadas, ao menos fragilmente determinadas. Este aprendizado não impõe renunciar em todo o caso à lógica jurídica tradicional, que permanece pertinente, mesmo em matéria de Direito do homem, cada vez que a norma posta é suficientemente precisa. Por exemplo, o protocolo que aboliu a pena de morte é extremamente preciso: se um Estado ratifica este protocolo e não aboli a pena de morte, ele será condenado por violação dos textos. Outro exemplo de texto preciso, o artigo 5, que enumera os casos admitidos de privação da liberdade. Se um Estado estabelece uma privação da liberdade para pessoas que considera como perigosas, mas que não são alcançadas pelo artigo 5, ele será condenado, neste sentido que a violação da Convenção será constatada e que deverá, se a ocasião permitir, indenizar a vítima.

Como alcançar esta adaptação de lógicas diferentes?

Na presença de textos precisos, não é necessário então renunciar a lógica clássica. Mas, cada vez que se trata de um princípio muito vago, é necessário aprender a raciocinar segundo um outro tipo de lógica, que chamo “lógica pluralista”, para se opor à lógica clássica, de vocação unitária. Em outras matérias, como as ciências da engenharia ou certas pesquisas matemáticas mais teóricas, que chamamos “lógicas não-padrão”, um exemplo particularmente pertinente é a lógica dos *fuzzy sets*, ou lógicas dos conjuntos fluxíveis. Adaptar as lógicas diferentes consiste em escolher o raciocínio que convém a cada tipo de norma. Logo que a norma é precisa e se impõe segundo uma estrita hierarquia, nós prendemos a um raciocínio clássico segundo o binômio identidade-conformidade. Se a prática em causa é idêntica à norma, ela é declarada conforme; caso contrário, tão frágil que seja a diferença, ela é julgada não conforme. Em compensação, na presença de textos menos precisos, ou quando se permite um enfraquecimento da hierarquia porque cada Estado se reconhece uma margem nacional de apreciação, o binômio identidade-conformidade não funciona mais e é necessário raciocinar a partir do binômio proximidade-compatibilidade: o intérprete incumbido de aplicar a norma deverá situar a prática que ele examina sobre uma espécie de escala graduada, onde esta prática aparecerá mais ou menos próxima da norma de referência. A dificuldade é que logo, para tomar uma decisão, é necessário ainda fixar um limiar de compatibilidade com relação a qual prática será censurada, se ela é julgada incompatível, ou admitida como compatível se o limiar não é atingido, mesmo no caso de diferenças com a norma de referência. Trata-se então de uma lógica “pluralista”, pois que as diferenças podem ser aceitas, mas este pluralismo é “ordenado”, porque os desvios não devem ultrapassar um certo limiar.

Qual o interesse maior de tal passo?

Como acabamos de ver, o interesse é, inicialmente, de permitir o pluralismo; igualmente de dar uma flexibilidade ao conjunto porque o limiar de compatibilidade pode variar segundo os setores correspondentes. Se se trata de uma questão conflitual entre Estados, o limiar pode ser fixado muito baixo, notadamente mais baixo que nas matérias já consensuais. É possível fazer variar o limiar em função da evolução da sociedade, sem mudar a norma. Chegamos assim à idéia de uma norma “evolutiva”, simplesmente pela variabilidade do limiar. Esta flexibilidade não é, evidentemente, sem risco. Quando as jurisdições variam o limiar de compatibilidade ou os critérios que permitem avaliar a proximidade de uma prática com a norma de referência, não de maneira objetiva, mas em função da solução que querem obter, então a decisão perde em rigor e em previsibilidade o que ganha em flexibilidade. É o que chamamos o arbitrário.

Por isso, a mudança da lógica implica num aprendizado. Caso se queira reduzir o risco de

arbitrariedade, levando-se em conta as vantagens da flexibilidade, é necessário um aumento de transparência e rigor. Transparência no sentido em que as decisões devam ser motivadas e que os juízes devam indicar os critérios sobre os quais eles se fundaram para apreciar a proximidade e aqueles empregados para fixar um limiar de compatibilidade. E rigor na medida em que os juizes devam aplicar os mesmos critérios de um caso a outro, criando um tipo de autolimitação.

Estas lógicas são, mais ainda, desenvolvidas na medida em que a complexidade cresce. Quanto mais o número de fatores que comandam a decisão é importante, mas a lógica clássica fica não se adaptada. Pode-se até mesmo demonstrar que a partir de um certo número de fatores, a lógica clássica não funciona mais. A lógica dita fluxível é bem o anteparo da complexidade.

Donde esta última é a própria essência da Europa, a qual eu relembro que é historicamente composta de elementos fortemente disjuntivos e há longo tempo conflituosos.

A Senhora não pensa que há uma contradição entre Maastrich, que procura harmonizar as normas européias, e o desenvolvimento das diferenças que exercitam estas lógicas pluralistas?

Isto depende do sentido que o senhor emprega a “harmonizar”. Eu distingo, de minha parte, “harmonização” e “unificação”. A unificação reflete ao Direito único, a mesma norma aplicada por todos, e isto é o que reprovamos na Europa. Menos ao tratado de Maastrich, que, ao Direito derivado dos tratados, por regulamento e mesmo, por diretiva. O que me parece interessante privilegiar, é o processo de harmonização no sentido de uma certa proximidade exigida de todas as normas nacionais em relação à norma européia, esta proximidade não implicando uma identidade absoluta. Preservam-se assim as diferenças e o pluralismo, ao mesmo tempo que se buscamos uma harmonia, com o objetivo de construir uma ordem jurídica. Não é um pluralismo de justaposição à maneira americana, mas um pluralismo ordenado que consiste em tornar compatíveis estas diferenças. Distinguir a harmonização da unificação deveria permitir lutar contra a tendência que eu já evoquei, notadamente no Direito comunitário, de impor a uniformidade em searas onde ela não seria, de forma alguma, necessária. Esta tendência leva em conta, que é mais fácil para os juristas, num plano técnico, de unificar que harmonizar. Apenas o freio político pode resistir a esta tendência natural. Aprender a ordenar o múltiplo é a condição necessária para construir um Direito comum, seja em escala européia como em escala planetária.

RUMO A UM DIREITO DOS DIREITOS

João Paulo II, na sua *Encíclica*, parte das ameaças que pesam sobre a via das ciências biológicas. A lei Mattéi sobre a bioética procura proibir toda pesquisa relativa ao embrião humano. Não é contraditório frear a pesquisa sobre o embrião, sabendo, além do mais, que os biólogos estão longe de terem unanimidade acerca desta definição?

A lei que o senhor evoca, votada em 1994, reflete esta contradição. Ela proíbe em princípio a pesquisa sobre o embrião, mas entreabre duas portas. De um lado, a lei autoriza o casal de pais a doar seus embriões excedentes, não para as pesquisas científicas, mas para os “estudos”, e estabelece três condições a esta doação: um aviso adequado da Comissão Nacional de Medicina e de Biologia da Reprodução, com finalidade médica dos estudos visados e a ausência de ofensa ao embrião. Ela não impede que a distinção entre os estudos e as pesquisas seja tão sutil que será difícil traçar as fronteiras entre os bons estudos, que são admitidos, e as más pesquisas, que são proibidas. Pode-se até mesmo acreditar que esta disposição não seja, uma incitação para certos médicos a realizar fecundações múltiplas visando obter embriões excedentes.

Uma outra possibilidade entreaberta acerta de um ponto muito controverso, o diagnóstico pré-implantação. Há dois tipos de diagnósticos: o diagnóstico pré-natal, quando a criança se encontra dentro do útero da mãe e o diagnóstico pré-implantação, nos casos de embriões fecundados *in vitro*, antes de sua implantação no útero. O senado tinha, inicialmente, excluído a segunda. Finalmente, foi admitida, a título excepcional, mas a exceção poderá se tornar a regra. Com efeito, este diagnóstico é admitido para casais apresentando uma “forte probabilidade de gerar uma criança com uma doença genética de uma particular gravidade e reconhecidamente incurável no momento do diagnóstico”. Mas, o que é uma doença genética de uma particular gravidade? Ainda, tudo será questão de interpretação. Despeito das garantias previstas pela lei, o diagnóstico pré-implantação poderia ser utilizado para uma espécie de triagem genética dos embriões antes de sua transferência. No fundo, a lei reflete tão bem a contradição que pode existir entre a proibição, por meio dos monstros que a ciência poderia fabricar, e, ao contrário, em nome do progresso científico, um sistema de autorização generalizada.

Para responder a sua questão, que faz referência ao debate entre os próprios biólogos, eu gostaria de retomar a fórmula de Henri Atlan, biólogo e filósofo: “A biologia não tem grande coisa a nos dizer sobre porque um indivíduo da espécie humana se torna uma pessoa, ou muito menos é conhecido como tal em certas sociedades”. A biologia conhece as células, mas não a pessoa. Paralelamente, Atlan critica, do ponto de vista biológico, a noção de “pessoa humana potencial”, que foi utilizada pelo Comitê de Ético. É necessário observar que, durante os primeiros dias de gestação, o embrião é indiferenciável. Pode-se ainda, por manipulações,

bifurca-lo para outras espécies senão a espécie humana. O embrião não é apenas uma pessoa “humana” em potencial. Ele tem uma potencialidade muito maior.

O ponto de vista dos biólogos importa pouco para a Senhora?

A biologia tem pouco a dizer sobre a pessoa porque esta, no sentido em que nós a entendemos, é uma construção do espírito, sendo que a natureza não produz “pessoa”. Por esta razão, o desacordo entre os biólogos sobre a definição de embrião não me parece ser juridicamente insuperável. De todo modo, mesmo sendo conveniente estar atento aos dados científicos, não é a partir de uma definição biológica de embrião que se poderá deduzir os Direitos fundamentais neste campo. Agrada-me retornar à idéia que os Direitos do Homem, tais como foram proclamados em 1789 como Direitos “naturais”, o que dá vazão a uma ambigüidade, são, na realidade, um protesto contra a natureza. Na natureza, os homens não nascem livres e iguais. Afirmar solenemente que os homens “nascem livres e iguais”, é protestar contra uma abordagem puramente biológica do homem.

Em termos de Direitos fundamentais, a noção de pessoa começa em momentos diferentes segundo o tipo de Direito que entendemos proteger. O Direito á vida é protegido muito tardiamente, no que diz respeito aos textos autorizadores do aborto. Aplicamos muito mais cedo um outro Direito, o qual vimos que teria um lugar muito mais alto na hierarquia, o Direito ao respeito à dignidade. Não protegemos, evidentemente, a dignidade do embrião, mas a dignidade da família humana. É em seu nome que o freamos, sem lhes proibir completamente, as pesquisas sobre embriões, para evitar toda espécie de práticas, que começam pelo eugenismo e podem tomar formas extremamente diversas. Elas foram já enumeradas em 1986 num texto do Conselho da Europa que parece um cenário de ficção científica: esta recomendação da Assembléia parlamentar do Conselho da Europa relativa à “utilização de embriões e fetos humanos para fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais”, sem obrigar os Estados a impor-lhes proibições “tudo o que poderíamos definir como manipulações, desvios não desejáveis, tais como a criação de seres humanos idênticos pela clonagem ou por outros métodos, para fins de seleção da raça, a implantação de um embrião humano no útero de outra espécie, ou a operação inversa, etc”.

Um projeto mais construtivo da convenção do Conselho da Europa sobre a bioética, foi elaborado em 1995. O artigo 15, relacionado à pesquisa, que poderia ser admitida sobre embriões que não se desenvolveram além de quatorze dias. Mas, em relação ao projeto preparado por expertos, uma proposta de modificação tem origem na Assembléia parlamentar do Conselho da Europa, notadamente para excluir a constituição de embriões “para fins de pesquisas”; igualmente para criar um órgão de controle vigiando a aplicação da Convenção “em conjunto

com a Convenção Européia dos Direitos do Homem”. O debate está, então, inacabado. Ao mesmo tempo, a Unesco, com o projeto de Declaração sobre o reconhecimento de um patrimônio genético da humanidade. É a mesma idéia de proteger a integridade da família humana; a mesma pesquisa de um equilíbrio entre natureza e cultura, entre as necessidades da pesquisa biomédica, que comanda a descoberta de novas terapias contra doenças graves, e as exigências de respeito à dignidade. Não mais somente a dignidade do ser humano enquanto indivíduo, mas a dignidade da família humana, da humanidade. Através de questões bioéticas, encontramos a necessidade de construir, filosófica e juridicamente, a noção da humanidade. Creio decididamente que não podemos mais obstar a objeção de Hannah Arendt. As práticas evoluíram de tal forma rápidas, que nós estamos atualmente confrontados com uma verdadeira urgência.

Da bioética às neurociências, há apenas um passo que foi dado pela Senhora no fim de seu livro: *Pour un droit commun*, onde considera a idéia de que as neurociências poderiam um dia conseguir fundamentar os Direitos do Homem. Falamos do sonho no início de nossa entrevista. Não estaria a Senhora em pleno sonho visionário?

Eu jamais disse que as neurociências deveriam fundamentar os Direitos do Homem, mas eu simplesmente quis nuançar a concepção dos Direitos do Homem como protesto contra a natureza, evocando notadamente os trabalhos de Jean-Pierre Changeux.

À sua maneira, as neurociências renovam possivelmente o debate que oporia natureza e cultura, mostrando que algumas faculdades cognitivas, como aquela de se representar no outro de maneira reflexiva, como um outro em si mesmo, membro da mesma espécie social, e aquela de apresentar a organização do grupo social, seriam características da espécie humana.

Eu mostro prontamente os limites de uma tal abordagem dizendo que as neurociências não logram fundamentar os Direitos do Homem. Isto por duas razões. Primeiramente em razão da ambivalência das faculdades cognitivas, pois o fato de se representar o outro pode explicar os Direitos do Homem, os grandes altruísmos, mas também as piores perversidades, como a tortura, os tratamentos inumanos ou degradantes, possíveis no homem precisamente porque ele tem a faculdade de representar o outro. Dito de outra forma, as neurociências contribuiriam para fundamentar não somente os Direitos do Homem, mas, também, a criminalidade. O que as neurociências não diz, é porque se valoriza alguns e reprova-se outros.

A segunda razão, que rejeita a possibilidade de estabelecer os Direitos do Homem sobre as neurociências, é que seria necessário êxito em isolar as regularidades impostas pelo patrimônio genético do homem. Daí os próprios biólogos pessoalmente constatam – e é, também, uma característica da espécie humana – que existe no homem uma grande variedade épigenética: é extremamente difícil isolar o que provém do patrimônio genético daquilo que

provém da cultura, muito profundamente integrada no patrimônio genético. Definitivamente, entre as regularidades próprias da espécie humana e as regras que caracterizam cada cultura, a distinção, dizem os biólogos, permanece muito difícil em consequência do emaranhado destes dois componentes no curso das etapas sucessivas do desenvolvimento.

Vejo enfim um perigo para querer limitar os Direitos do Homem às neurociências ou, mais largamente, à biologia: arriscamos reunir assim o argumento que alguns islâmicos utilizam para legitimar o estatuto muito discriminatório que eles impõe às mulheres. Eu leio, neste momento, um projeto de tese de doutorado escrito por um teólogo iraniano sobre a dignidade da mulher no Direito muçulmano. Sem aderir ele mesmo a estas idéias, o autor menciona um filósofo iraniano contemporâneo que justifica o repúdio e a poligamia por um argumento que gostaria de citar: “Segundo os cientistas, há uma diferença entre a mentalidade do homem e aquela da mulher. A natureza é feita de tal maneira que o amor verdadeiro e durável da mulher não vem como uma reação de afeição contrária ela. A frieza do homem é o fim da vida conjugal, a da mulher não”. O repúdio é então justificado por este argumento pseudo-científico; quanto à poligamia, ela é considerada como um dos Direitos “naturais” das mulheres, permitindo a várias dentre elas, se beneficiarem da proteção de um mesmo esposo.

Esta referência constante à natureza e aos “científicos” é tanto mais surpreendente, no caso dos islamitas, que censuram as legislações ocidentais, sobretudo quando são de origem laica, seu materialismo que seria desprendido de toda espiritualidade. Disto se depreende o quanto é estreito o caminho em direção a um Direito comum da humanidade que não seja fundado nem sobre um simples materialismo (imaginário ou verdadeiramente fundado sobre uma análise biológica do homem), nem sobre uma verdade revelada por tal ou qual religião, mas que seja fundada sobre uma espiritualidade que possa ser aceita por todas as culturas e todas as religiões.

O que podem os Direitos do Homem face à amplitude da desordem econômica mundial e face aos setecentos milhões de pessoas sem trabalho no mundo?

O senhor faz referência ao balanço que foi apresentado na ocasião da Conferência Mundial de Viena, em 1993: setecentos e cinquenta milhões de pessoas estão sub-alimentadas, setecentos milhões estão sem trabalho, próximo de um bilhão de adultos não tem recebido instrução, entre um bilhão e um bilhão e meio vivem em condições de pobreza absoluta e um bilhão vivem no limite da pobreza. Se acrescentarmos que cento e cinquenta a duzentos milhões de crianças são forçadas ao trabalho em mais de cinquenta países, podemos verdadeiramente falar de desordem, e mesmo em desastre econômico.

O que podem os Direitos do Homem? É necessário aceitar a idéia que estamos ainda no início da sua história, no início deste processo de sedimentação sucessiva que descrevi mais

acima. Esta história começou com o reconhecimento dos Direitos civis e políticos, depois apareceram os Direitos econômicos e sociais, no pacto da ONU e na Carta Social Européia, posterior à Convenção Européia dos Direitos do Homem. Progressivamente, se impôs a idéia de uma indivisibilidade e de uma interdependência entre as duas categorias de Direito. Esta indivisibilidade se encontra no cume da hierarquia a propósito do Direito de proteção absoluta que é o Direito ao respeito da dignidade: dignidade não somente civil e política (o Direito de não ser torturado), mas também econômica, através do Direito às suficientes condições de existência. Dito de outro modo, a extrema pobreza pode ser considerada como a violação do Direito ao respeito da dignidade. Esta análise começa a aparecer, notadamente nos trabalhos da Comissão Nacional dos Direitos do Homem.

Eu entendo a idéia de indivisibilidade, mas ela não é contraditória com a realidade do pan-capitalismo mundial? Os deslocamentos e a concorrência internacional não contradizem este espírito?

No último encontro do G7, em julho de 1996, em Lion, foi evocado o liame entre os Direitos fundamentais do homem ao trabalho e a liberação do comércio internacional. É a primeira vez que esta idéia aparece oficialmente. Restará colocá-la em aplicação.

Do ponto de vista estritamente jurídico, indivisibilidade tem conseqüências práticas que já mencionei. Assim, o Direito a um justo processo está inscrito na Convenção Européia dos Direitos do Homem, sem referência á situação econômica e, todavia, a Corte Européia estimou que aplicando este Direito os Estados deveriam organizar um sistema de ajuda judiciária gratuita para os mais desfavorecidos. Sua racionalidade repousa na constatação, transponível a outras searas, que não existe uma “barreira hermética” entre os Direitos políticos e civis e os Direitos econômicos e sociais.

Outro exemplo, a petição, finalmente rejeitada pela Comissão em 1990, que foi protocolada em Estrasburgo sob o fundamento de uma violação do artigo 3, ou seja, de um tratamento inumano ou degradante. Mas, a mesma racionalidade pode, em outros casos mais graves, levar a uma condenação. Mais recentemente (19 de janeiro de 1995), o Conselho Constitucional, pela primeira vez, reconheceu que, “a possibilidade para toda pessoa de dispor de uma moradia decente é um objetivo de valor constitucional”. Deduzido notadamente do princípio do respeito a dignidade da pessoa, este Direito à moradia pode também ser o ponto de partida de uma construção jurídica nova.

Certamente, temos ainda a impressão de ver se elevar um muro de papel, feito apenas de princípios inscritos sobre ele. Restará consolidar o conjunto. Ao menos, atrainos a possibilidade de um raciocínio do qual será necessário se esforçar para tirar conseqüências lógicas.

Até impedir a exclusão?

Com dois anteprojetos de lei concorrentes, apresentados por dois ministros do mesmo governo, a questão está em plena discussão. O último relatório da Comissão dos Direitos do Homem (1996) traça linhas diretrizes muito precisas para a futura lei sobre a exclusão. É necessário evitar, segundo a Comissão, dois obstáculos: o obstáculo de um texto puramente declarativo enunciando Direitos que, a títulos e sob formas diversas, são desde já conhecidos; e o obstáculo de um texto categórico, tratando os problemas dos excluídos como de uma categoria particular, tal como os deficientes, por exemplo.

A verdadeira justificação de uma lei de grupo deve ser a de visar dois objetivos: de uma parte, assegurar a eficácia dos Direitos dos quais os excluídos são privados – Direito à moradia, Direito a uma atividade remunerada e à formação, Direito à proteção social, aos cuidados médicos, à educação, a uma igualdade de justiça, à uma vida familiar normal – precisando os meios jurídicos, administrativos e financeiros necessários; de outra parte, estabelecer a coerência entre as diversas ações, colocadas em prática de maneira parcelada. Esperamos que o Parlamento partilhe desta visão.

A pena de morte permanece num bom número de países como uma pena exemplar. Não seria a prova que a heterogeneidade dos Direitos do homem é uma situação de fato?

É incontestável que no momento atual existe uma grande heterogeneidade entre os Direitos do Homem, tais como são reconhecidos e tais como são aplicados. A pena de morte não é senão um exemplo, entre outros. Já mencionei a condição das mulheres em países do islã, com o repúdio e a poligamia: é também importante. Está claro que os Direitos civis e políticos, e *a fortiori* os Direitos econômicos e sociais, estão longe de serem realmente universais. Podemos dizer, no máximo, que são universalizáveis. O reconhecimento dos próprios Direitos, depois sua aplicação efetiva, é uma lenta conquista.

Concernente ao reconhecimento dos próprios Direitos, o acordo não se faz ainda sobre a pena de morte, mas se esboça a intenção do “irredutível humano”, ao menos para proibir a tortura e o tráfico de seres humanos; igualmente para proibir e reprimir o crime contra a humanidade (com a resolução da ONU, criando o Tribunal Penal Internacional). Nesta resolução, a comunidade internacional, representada pela ONU, entre outras coisas, renuncia a prever a pena de morte. Se não há consenso para abolir a pena de morte no plano nacional, há quanto menos um acordo, se tratando do crime considerado como o mais grave na escala de crimes, para renunciar a pena de morte, em escala internacional. Isto pode ser um sinal de aproximação.

Quanto à aplicação dos Direitos do Homem, o problema é ainda mais difícil. A supor que consigamos reconhecer os mesmos Direitos, garantir sua efetividade é outro desafio. Contudo,

a instituição de mecanismos de controle progride. Mecanismos jurisdicionais, notadamente com a Comissão e a Corte Europeia dos Direitos do Homem, e mecanismos não jurisdicionais, também importantes como o Comitê Europeu de Prevenção da Tortura ou o Comitê de Prevenção da ONU. O Comitê Europeu tem mais poderes, mas não intervém senão em escala regional e não universal. Este Comitê não é uma jurisdição – ele não julga nem condena os Estados –, mas pode exercer um Direito de visita em todos os lugares de aprisionamento, particularmente expostos ao risco de tortura. O relatório do Comitê não é publicado a não ser que o Estado em questão o aceite, porém, por uma espécie de efeito cascata, todos os Estados aceitaram até o presente momento a publicidade do relatório. Recusá-lo, de certo modo, seria reconhecer-se culpado. Assim, podemos ler vários relatórios descrevendo certos tratamentos inumanos ou degradantes, por exemplo, nas prisões britânicas ou nas delegacias de polícia e lugares de retenção de estrangeiros na França.

Se existe algum progresso no reconhecimento dos princípios e na instituição de mecanismos para controlar sua efetividade, permanece um longo caminho a percorrer antes que se instaure um verdadeiro Direito comum da humanidade.

Na França, a prisão se constitui como instrumento maior da punição. Como a Senhora explica esta prevalência da prisão?

Juridicamente, a prisão não é senão uma pena, mas na prática, ela assume duas funções: punir a culpa e neutralizar a periculosidade. Isto pode ser uma razão desta prevalência. Ainda que ela tenha se tornado uma sanção penal somente a partir da Revolução (Francesa), a prisão é hoje a pena de referência, estatisticamente a mais empregada em matéria de crimes e delitos.

Admitir oficialmente esta dualidade – punir a culpa e neutralizar a periculosidade – apresenta um risco, o de vir a querer neutralizar a periculosidade independentemente de toda culpa e além dela. Sem chegar a este ponto, pois ela se aplica ao autor de crimes particularmente graves, a lei de 1994, sobre a perpetuidade dita “real”, proclama a função de neutralizar ao não autorizar a liberdade condicional do condenado senão após constatação médica que assegure sua não periculosidade. Outro exemplo, a Convenção Europol contendo a criação de um serviço europeu de polícia, não ainda em vigor¹², vai longe na matéria de prevenção, ao permitir que se inscreva nos arquivos policiais não apenas dados referentes a os condenados e os suspeitos, mas, também, as pessoas “para as quais certos fatos graves justificam, à vista do Direito nacional, a presunção de que eles cometeram infrações” (art. 8, par. 1, al. 2). Certamente, os arquivos não implicam uma neutralização tão constrangedora quanto a prisão, mas comportam o risco, compreendendo a periculosidade acima da infração, de uma extensão do controle social. No

12 A obra utilizada, publicada em 2005, não faz referência à entrada em vigor da modificação analisada neste texto. NT

mesmo sentido, fomos confrontados na Comissão “Justiça Penal e Direitos do Homem”, com a questão dos braceletes de vigilância eletrônica. A primeira vista, esta prática parece preferível à prisão. Nós permanecemos, entretanto, muito reservados quanto ao uso destes braceletes, por causa da tentação de colocar também sob vigilância toda uma população, não somente de condenados, mas pessoas “em riscos”: pessoas consideradas como perigosas, ou mesmo “em perigo”, pois deslizamos muito facilmente de uma categoria a outra, para os menores, notadamente.

Deste ponto de vista, a vantagem da prisão é paradoxalmente sua visibilidade e seu custo. Visível (compreendido nas estatísticas) e cara (sem que a privatização conseguisse reduzir os custos), a prisão permanece mais difícil de generalizar quanto os braceletes de segurança eletrônica. Estes últimos, muito difundidos nos Estados Unidos, não reduziram a superpopulação carcerária, que alcança recordes. Isto que deveria instigar a permanecer sensato e reservado sobre as proposições chamadas a neutralizar a periculosidade. Vale mais privilegiar verdades alternativas em termos de punição. Um bom exemplo, ainda tão pouco desenvolvido, é o trabalho de interesse geral, que puni a culpa pela aprendizagem de um trabalho.

Quando de um seminário, Henry Rousso observou o seguinte: “O método do Vel’dHiv¹³ não é pensável contemporaneamente, mas um estatuto de estrangeiros tal como existia na época Vichi não é improvável”. O que pensa a Senhora a respeito desta frase?

Aproximamo-nos dela às vezes perigosamente como, por exemplo, com a ordem de julho de 1996, pela qual determinou-se aos gendarmes que fizessem o necessário para que os Malinezes e os Tunisianos fossem expulsos no mesmo avião, já devidamente reservado e com data marcada. Mesmo caducas, estas instruções são reveladoras dos erros sucessivos de uma política de imigração extremamente sem nexos, desordenada e cada vez mais repressiva. O Senhor leu talvez a comunicação ao governo do Colégio de Mediadores, publicado em junho de 1996, e inserida na internet. Nós escrevemos que a legislação concernente aos estrangeiros se tornou arcaica, de tanto ter sido tão frequentemente reformada, no Direito interno, e incoerente em relação à Europa. Tudo está para ser repensado e, por tal razão, organizamos as Cortes de imigração deste 1996.

Se a legislação francesa é arcaica, é porque ela remonta às ordenanças de 1945. Aditamentos foram feitos ao texto original, que chamamos inicialmente “Estatuto dos estrangeiros”, proveniente da ordenança de 1945. O contexto era totalmente diferente na época: a França se encontrava em plena expansão econômica e as empresas procuravam trabalhadores

13 A pergunta faz referência ao episódio acontecido entre 16 e 17 de julho de 1942, no velódromo de Hiver de Paris quando ali foram colocados cerca de 13000 judeus, dos quais 4000 eram crianças, em condições insuportáveis, sendo considerado um marco do anti-semitismo francês, e sem que tivesse havido determinação do governo alemão para tanto. Após alguns dias, todos foram encaminhados para campos de concentração. NT

estrangeiros em seus próprios países de origem, para contribuírem ao desenvolvimento de nossas indústrias. É nestas ordenanças que se encontra definido, desde 1945, o delito de ajuda aos estrangeiros em situação irregular, do qual a utilização coloca agora tantos problemas humanos. Este delito já estava previsto, mas não o utilizavam praticamente. A aplicação do texto mudou. As penas foram consideravelmente aumentadas em 1989 e uma das “leis Pasqua” estendeu o delito às pessoas jurídicas, o que significa que associações caritativas podem ser acusadas por ajuda às pessoas estrangeiras em situação irregular.

Repensar o conjunto supõe três caminhos. O primeiro comporta medidas transitórias, sobre a base de critérios dilatados, a fim de regularizar os “sem-documentos” que podem alegar esta situação, notadamente para aplicação do Direito ao respeito da vida familiar ou do Direito ao asilo, que foi entendido de maneira cada vez mais restritiva nestes últimos anos. Em segundo lugar, nós propomos orientações e os principais elementos do que deveria ser uma legislação francesa renovada. Enfim, a política estrangeira deve se fixar com duplo objetivo: uma coordenação que não seja somente para fins repressivos entre os países de imigração, em particular os Estados da União Européia, e uma cooperação que esteja a altura dos desafios atuais com os países de emigração.

O Direito poderia apagar leis que derogassem uma tradição de hospitalidade?

Os Direitos do Homem, na medida em que eles têm valor constitucional, ou estão inscritos na Convenção Européia dos Direitos do Homem, são os únicos limites intransponíveis na matéria. A Constituição contém, sobretudo, princípios que impõem garantias em caso de retenção. Por exemplo, o Parlamento votou, em 1992, uma lei permitindo a manutenção de estrangeiros no que chamamos pudicamente as “zonas de trânsito”, durante um período de um mês, um juiz não intervinha senão ao fim de três semanas. Um percurso rocambolesco permitiu acionar o Conselho Constitucional: a lei foi proposta por um governo de esquerda e a oposição da Direita não teve nenhuma intenção de acionar o Conselho Constitucional; foi preciso, então, os protestos de diversas associações de defesa dos Direitos do Homem para que o Primeiro Ministro à época, Edith Cresson, decidisse acionar o Conselho Constitucional invocando uma lei que seu próprio governo tinha votado. O Conselho Constitucional a censurou por violação do princípio da garantia judiciária, que impõe o controle de um juiz “em prazos adequados”.

O Parlamento então reconduziu a intervenção do juiz a um prazo de quatro dias. Permanece que a manutenção em zona de trânsito, quer dizer, a possibilidade de uma retenção na entrada do território, foi legalizada. É verdade que a Constituição reserva ainda surpresas. Em julho de 1996, o Conselho Constitucional censurou as disposições inscrevendo a ajuda, direta ou indireta, a estrangeiros em situação irregular “no campo dos atos de terrorismo”,

julgando que havia “desproporção manifesta” entre tal comportamento, que “não tem relação imediata com o cometimento de ato terrorista”, e a repressão incorrida.

Resta que a Convenção Européia dos Direitos do Homem pode ser a melhor garantia, através de certos Direitos como o Direito ao respeito a uma vida familiar (art. 8), o qual já mencionei, que permitiu censurar, por várias vezes, países, dos quais a França, por expulsão a estrangeiros.

Em casos mais raros, o artigo 3 pôde ser invocado, em razão do risco de tortura ou de tratamentos inumanos ou degradantes (qualificação recentemente aplicada por um Tribunal às práticas de excisão), quando estrangeiros são expulsos rumo a seus países de origem. E a proibição das expulsões coletivas, que figura, não na Convenção, mas num protocolo adicional, pertencendo à categoria dos Direitos inderrogáveis. Ao dizer que as expulsões coletivas não possam ser admitidas, mesmo em caso de guerra ou de terrorismo, este texto proíbe em qualquer hipótese, expulsar coletivamente estrangeiros em razão de pertencer a uma certa nacionalidade ou raça. Em contrapartida, um Estado pode expulsar todo um grupo de estrangeiros no mesmo avião, com a condição de que cada algum tenha sido analisado individualmente, o que pode dar lugar a evidentes abusos. Outros progressos poderiam resultar da recente instituição da União Européia. O Tratado de Maastricht contém disposições sobre a política estrangeira que deveria incitar países da União a desenvolver conjuntamente uma política, ao mesmo tempo generosa e mais eficaz, com os países de emigração e melhorar a política de asilo e de imigração. Até o presente é, sobretudo, num sentido repressivo que invocamos estes textos, pois o Tratado faz muito claramente obrigação de respeitar nestas matérias, a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

É por isso que nós pedimos também, em nossa Comunicação ao governo, que a França utilize as possibilidades ofertadas pelo Tratado de Maastricht (Capítulos V e VI) num sentido muito mais aberto, para dar, não o exemplo de uma política ainda muito repressiva, mas ao contrário, de uma política mais humanista, que o não exclui o realismo, que começa por uma luta eficaz contra as cadeias de empregos clandestinos.

A maneira pela qual o governo regulou o caso dos sem-documentos da igreja Saint-Bernard em agosto de 1996, parece para a Senhora de bom presságio?

Precisamente, o problema é que este caso não foi regulado, nem para os trezentos Africanos de Saint-Bernard nem, mais largamente, para os milhares de estrangeiros em situação similar.

A extrema confusão que se seguiu à intervenção da polícia na igreja Saint-Bernard, em 23 de agosto de 1996, ilustra, de maneira quase caricatural, a inadequação da legislação sobre a imigração, tornada complexa e repressiva. Que se tratasse da definição dos casos

regularizáveis ou da superposição, a propósito dos mesmos casos, de uma via administrativa de recondução à fronteira e de uma via penal, a ausência de critérios precisos torna a lei imprevisível em suas conseqüências. Isto se chama o arbitrário. Uma reflexão do conjunto, mais que nunca necessária, se torna urgente tanto em escala do Direito interno, quanto na perspectiva da coordenação com outros países de imigração, notadamente a União Européia, e de uma cooperação com os países de emigração.

A Senhora diz que o Direito não pertence aos juristas e evoluiu sem eles. Qual é a melhor maneira de fazer o Direito evoluir? Em qual medida temos o dever de fazê-lo evoluir?

O Direito não é todo poderoso, nem os juristas sempre clarividentes. O Congresso de Direito comparado que ocorreu em Paris em 1900 é um exemplo. Os comparatistas sonhavam com um Direito comum da humanidade civilizada, antes do despertar brutal das duas guerras mundiais. É uma lição de modéstia: não é suficiente boas idéias, idéias generosas. O Direito parece progredir somente quando existe o encontro entre circunstâncias e um projeto permitindo transformá-las. Após a guerra, não obstante seu choque, juristas como Cassin souberam formular projetos orientando a transformação do Direito.

Mais recentemente, a violência do conflito sobre o território da ex-Iugoslávia desencadeou a criação do Tribunal Penal Internacional, pois vários projetos tinham sido elaborados por juristas. Na França, o comitê de peritos presidido por Pierre Truche foi instalado em 16 de janeiro de 1993. Me recordo que trabalhamos muito rapidamente, pois nós apresentamos nosso projeto em 2 de fevereiro e o Conselho de Segurança da ONU teve conhecimento, ao mesmo tempo, de um projeto italiano e um outro sueco, desde o dia 22 do mesmo mês. Poucos juristas acreditavam neste projeto. Muitos anunciavam desde então que a Rússia ou a China exerceriam seu Direito de veto contra a criação do Tribunal, outros profetizavam um tratado de paz acompanhado de uma anistia geral.

Para que o Direito evolua, é necessário uma espécie de conjunção entre os projetos disponíveis e as circunstâncias. Com a condição de aguardar o tempo necessário. Como no poema de Prévert, *Pour faire le portrait d'un oiseau*: “Não se desencorajar, esperar, se for necessário, durante anos, a rapidez ou a lentidão da chegada do pássaro não tendo nenhuma relação com o sucesso do quadro”. Quando o pássaro chega, se chega, podemos assinar o quadro.

A Senhora escreveu que “por proibição máxima do crime contra a humanidade, é melhor o Direito comum da humanidade que nos esforçamos em inventar”. Ao visto dos excessos cometidos no mundo, ao visto dos massacres de Srebrenica e ao genocídio em

Ruanda, a Senhora, às vezes, não se desespera um pouco diante da missão a cumprir? De uma maneira mais simples, eu lhe pergunto: o que lhe faz crer em um futuro deste Direito comum da humanidade?

Eu não estou desesperada, mesmo sendo algumas vezes impaciente perante a lentidão desta evolução, pois eu creio na obstinação. O Tribunal Penal Internacional me parece um bom exemplo. Agora que ele existe, suas decisões repercutem em todo o mundo. A imprensa, que lhe dedicava no início apenas algumas linhas, lhe reserva hoje páginas inteiras, a partir da formulação da acusação de Karadzic e de Mladic. Este “Tribunal obstinado”, como tem-se nomeado, redigiu, no curso dos seis primeiros meses, o “regulamento de processo e prova” que mencionei a propósito do Direito comum, tanto que ele parece já ser um primeiro código de processo penal internacional.

Isto não é ainda senão um início, tão frágil que não ousamos vê-lo senão como uma promessa, mas ele abre uma via e mostra as virtudes da obstinação imaginativa e do rigor. Para mim, a única resposta a dúvida, é a estrofe de Leonardo da Vinci, “*hostinato rigore*”: “rigor obstinado”.

Eu lhe agradeço por esta lição de rigor.

Bibliografia

Para facilitar as obras referenciadas nas notas não foram citadas na bibliografia.

ANCEL, Marc, *Utilité et Méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971.

ARENDR, Hannah, *Juger*, Le Seuil, Paris, 1991.

BACHELARD, Gaston, *L'Eau et les Reves, essai sur l'imagination de la matière*, José Corti, Paris, 1942.

BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, introdução e comentário de Faustin Hélie, Aujourd'hui, Paris, 1980. Reeditado, prefácio de Robert Badinter, Flammarion, Paris, 1991.

BOULEZ, Pierre, *Répons – L'oeil musical*, em *Éclats*, Centro Pompidou, Paris, 1986.

BOURETZ, Pierre, *Les Promesses du monde*, Gallimard, Paris, 1996.

- CARBONNIER, Jean, *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 1995.
- CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e république*, LGDJ, Paris, 1996.
- CHANGEUX, Jean-Pierre, CONNES, Alain, *Matière à pensée*, Le Seuil, Paris, 1992.
- DAVID, René, *Les Grands Systemes de droit contemporains*, 10e éd., com Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, Paris, 1992.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille, LUCAS DE LEYSSAC, Claude, *Libertés et droits fondamentaux*, Le Seuil, Paris, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *L'Empire du droit*, PUF, Paris, 1994.
- FICHTE, Johann, *Oeuvres choisies de philosophie premiere*, éd. Alexandre Philonenko, Vrin, Paris, 1964.
- FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975.
- FOUCAULT, Michel, *La Volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976.
- GENY, François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, prefácio de Raymond Saleilles, LGD], Paris, 1919, (2 vol.).
- HÉRACLITE, *Fragments*, PUF, Paris, 1991.
- KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pratique*, 1788. *Oeuvres philosophiques*, col. "La Pléiade", Gallimard, Paris, 1985, tome II.
- OPPETIT, Bruno, *Droit commun et droit européen*, Mélanges Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, p. 311 ss.
- RENOUX-ZAGAME, Marie-France, "La méthode du droit commun, réflexion sur la logique des droits non codifiés", em *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 10-11, LGD], Paris, 1990, p. 133 ss.
- RICCEUR, Paul, *Le Juste*, Esprit, Paris, 1995.
- SALEILLES, Raymond, "École historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents", em *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1902, p. 80 ss.
- TIMSIT, Gérard, *Gouverner et juger - Blasons de la légalité*, PUF, Paris, 1995.
- TRUCHE, Pierre, "La notion de crime contre l'humanité. Bilan et propositions", *Esprit*, maio 1992, p. 67 ss.
- WALZER, Michael, *Spheres of justice - A defense of pluralism and equality*, Basic Books, New York, 1983.