

A FORMAÇÃO DO JURISTA E A EXIGÊNCIA DE UM HODIERNO “REPENSAMENTO”* EPISTEMOLÓGICO

Paolo Grossi**

Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca***

SUMÁRIO: 1. O sono do jurista e a exigência de um imediato repensamento metodológico. 2. O direito como escravo do poder político: um expediente da modernidade. 3. Potestatividade e textualidade do direito no planeta do civil law: o exílio da interpretação/aplicação. 4. Um resgate para o direito: exprime a sociedade antes do que o Estado. 5. Por uma visão ordenamental do direito. 6. Normas e formas, comandos e textos na relação com a hodierna mudança tecno-socioeconômica. 7. Redescoberta da complexidade do ordenamento jurídico: a revanche da praxe. 8. O direito e o seu enraizamento no extrato dos valores. 9. A dimensão jurídica, a sua vocação universalista e o hodierno papel do jurista.

1. O título desta comunicação não é meu, mas do incansável e admirável organizador do nosso encontro; porém, é título muito

oportuno por colocar em questão a existência de uma dimensão epistemológica que deve ser enfrentada com urgência, seja pelo cientista do direito, seja pelo docente chamado a ensinar disciplinas jurídicas em nível universitário. Pesquisa científica e ensino, se não se quiser trair a verdadeira essência da Universidade, estão de fato numa relação de indefectível simbiose.

Alguém, cansado – e não sem razão – dos demasiados apelos, e freqüentemente de forma vazia, às imponentes palavras que são ‘epistemologia’ e ‘epistemológico’, poderá

* Nota do tradutor: Optou-se pela tradução literal do termo ‘repensamento’, não obstante o neologismo, para manter a fidelidade ao texto original.

** Professor Ordinário de História do Direito Medieval e Moderno da Università degli Studi di Firenze e membro da “Accademia dei Lincei”, Roma.

*** Professor do Departamento Direito Privado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e pesquisador do CNPq. O tradutor agradece à CAPES o financiamento para a consecução deste trabalho.

considerar que haja também aqui um ornamento retórico ou, pior, um tributo aos lugares comuns. Mas eu o tranquilizaria. Para nós, nesse momento, tal apelo somente tem o sentido de sublinhar a exigência de um compromisso cultural que o jurista tem consigo mesmo e que não pode ser protelado senão com o grave risco de mumificar a sua identidade e de atenuar (ou até mesmo perder) o seu próprio papel social. É necessário, em suma, *hic et nunc*, um “repensamento” metodológico fundamental pelo jurista, que possa sacudi-lo de uma sonolência que, na Itália, prende-o e envolve-o há pelo menos duzentos anos.

Há duzentos anos – e em boa parte ainda hoje, malgrado a percepção de algumas consciências vivas e culturalmente vigilantes durante o decorrer no século XX – o jurista viveu e vive docilmente o papel que lhe foi destinado pelo poder político, completamente inclinado a um breviário de verdades indiscutíveis esculpidas por aquele poder por meio de um de tipo tábua sagrada de Moisés: o Estado, como representante e intérprete da vontade popular, com o conseqüente corolário do primado da lei como voz do Estado e obviamente como manifestação genuína da vontade geral; rigidíssimo princípio da legalidade; o extremamente rígido e efetivado princípio da divisão dos poderes, com a absoluta reserva ao poder legislativo (isto é, político) da produção do direito.

Não existem incoerências nessa construção, que se assemelha a um teorema de geometria nas suas linhas perfeitas. Tudo torna perfeitamente, se não fosse por aquele axioma de fundo, que tudo sustenta e que reveste o caráter da suprema ficção a apoiar uma atenta estratégia política: a identificação entre

Estado e sociedade civil, a identificação do conteúdo da lei na vontade geral. Suprema ficção porque nunca o Estado é capaz de exprimir toda a complexidade e riqueza da sociedade, ainda menos um Estado monoclássista e extremamente elitista como aquele saído da revolução burguesa de 89, tão longe dos interesses e das necessidades das massas populares quanto a velha monarquia do antigo regime.

O problema histórico jurídico, para o qual alguns historiadores do direito incrivelmente não se mostram ainda advertidos,¹ está exatamente em apresentar-se este ideário geral como sistema perfeito e completo de verdades geométricas: como o químico e o físico do século XVIII leram, graças à reconquistada capacidade de seus olhos, as regras objetivas e eternas que subjazem à

¹ Uma não edificante, ainda que – infelizmente para ele – claríssima demonstração é oferecida por Ugo Petronio, o qual, malgrado o tema propriamente não o consentisse, aproveitou da sua introdução a uma recente reedição do Código Napoleônico de processo civil para vomitar muito fel contra a minha tentativa de valorar historiograficamente certos fundamentos jurídicos da idade burguesa à luz de uma apaixonada consciência crítica e finalmente depositando os habituais obséquios litúrgicos a pesados e não mais suportáveis lugares comuns. Trata-se de um rancoroso e raivoso ataque, em páginas manifestamente escritas sob o influxo de maus humores e que revelam uma ligação mais com as vísceras do escritor do que com sua dimensão crítica; páginas que, na sua hostilidade e na sua incapacidade dialética, denunciam uma inaceitável ideologização e uma forçada parcialidade, que, porém, denunciam como também para alguns historiadores do direito raciocinar criticamente sobre certos fundamentos (ou pretensos tais) seja assimilado como profanação de um lugar santo. Aditemos com prazer ao leitor como exemplo disso a supracitada introdução de Petronio e o convidamos a constatar pessoalmente com uma leitura imparcial: *I Codici Napoleonici – T. I – Codice di procedura civile, 1806*, introd. di U. Petronio, Milano, Giuffrè, 2000.

natureza das coisas e as determinam, analogamente os extirpadores do decrépito e sufocante aparato pré-revolucionário puderam colocar a claro, depois de uma obra absolutamente liberatória, a ordem natural e essencial de uma sociedade política.² O problema está, pois, num conjunto de princípios e regras que se apresentam não como solução para a França do final do século XVIII, mas sim como projetados para a eternidade e estendíveis a todos os lugares como percepção de uma verdade objetiva e portadores de uma justiça intrínseca. Há mais: princípios sacralizados malgrado a sua íntima secularidade, e portanto patrimônio intangível em relação ao qual é devido um ilimitado respeito. Devo confessar: eu não encontrei jamais posturas assim autenticamente devocionais como aquelas dos movimentos revolucionários e pós-revolucionários do final do século XVIII e do século XIX; um rebanho de devotos empenhado em gestos de devoção, incapaz de um juízo crítico das conquistas feitas.

Assumamos por exemplo um destes princípios cardeais, a legalidade; é fácil constatar que se transformou imediatamente em legolatria.³ Cada manifestação jurídica,

² O leitor atento adverte logo que, no nosso texto, reproduz-se quase textualmente o título de um célebre libelo politológico-econômico do fisiocrata francês Paul-Pierre Le Mercier de la Rivière 'L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques' (1767)

³ Sobre essa passagem e sobre a construção moderna de uma verdadeira e própria 'mitologia jurídica' vejam-se as nossas reflexões contidas em: *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001. [Edição brasileira no prelo: *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis, Ed. Fundação Boiteux. N. do T.]

contanto que fosse legislativa, contanto que fosse proveniente do órgão depositário da soberania estatal, era tida como justa e passível de total obediência, quase como se o legislador fosse uma espécie de rei Midas, hábil a transformar em ouro tudo aquilo que tocava. Em toda a idade moderna repetiram-se genuflexões imotivadas à lei, sem que se desse conta da consideração elementar de que ela nada mais era do que um recipiente vazio e que somente os conteúdos podiam merecer a observação dos destinatários. Diante de algumas imotivadas expressões de obséquio à lei, conclamadas com sincera convicção ainda na metade do século XX, eu me permiti recordar o amaríssimo episódio das leis italianas de 1938 sobre a tutela da raça ariana, extremamente iníquas como toda medida que se inspire no racismo, e nas quais a forma legislativa não fazia desaparecer e nem mesmo atenuava a inaceitabilidade de um conteúdo odioso para a comum e estabelecida consciência.⁴

O problema histórico-jurídico está todo aqui: na crença difusa de conquistas últimas e eternas, na fixação de uma dogmática imobilizadora, na indiscutibilidade de certas categorias; o problema – que é absolutamente metodológico – está na des-historicização de todo um material historicíssimo, respeitável fruto de vicissitudes históricas, e por isso discutível, e portanto entregue ao devir do tempo e à sua usura.

⁴ Refletimos numa nossa amarga 'comemoração' dos sessenta anos das leis de 38. Cfr. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 (1998) – *Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938)*.

O pior é que, se um tal resultado é compreensível como estratégia atenta do poder político moderno para controlar toda a dimensão jurídica tida já como indispensável ao seu próprio exercício eficiente, o é muito menos a aceitação reverente dos juristas, a sua abdicação a um papel ativo, aliás a sua contribuição para a legitimar a entrega do direito nas mãos dos detentores do poder.

O pior – ainda de modo mais grave – é que essa passividade psicológica, essa posição renunciante, não se verifica apenas no jurista do século XIX embebido do triunfalismo pós-revolucionário e ressurgimental,⁵ mas se a constata quase intacta no espírito do jurista hodierno, o qual – vítima de um plágio de dois séculos – persiste em não tirar as lentes deformantes que lhe foram postas sobre o nariz há duzentos anos e em tomar por conquistas inalienáveis aquilo que era um fruto de uma indébita expropriação.

O jurista atual – a referência é à maioria e não àqueles espíritos livres e arrojadados – é doente de decrepitude, é cada vez mais velho, e é sobretudo consumido por uma enfermidade sutil que desde sempre foi seu vício oculto, a preguiça, a preguiça intelectual. Em uma conferência por mim proferida na ‘Accademia dei Lincei’ sobre o tema incandescente da globalização jurídica, eu não pude fazer menos que evocar a esplêndida imagem hegeliana dos filósofos que se assemelham à coruja que evita a luz

do dia e que se alça em vôo somente no crepúsculo, aplicando-a à pálida figura do jurista preguiçosamente operante em uma coberta zona de sombra, sem dúvida protetora mas também vinculantíssima.⁶

O historiador do direito, sabedor de seu papel de ser a consciência crítica dentro de uma faculdade de direito, tem o dever cultural de recordar que, no início, havia somente a prudente estratégia de uma ordem social e politicamente vencedora; que, se de conquista se tratou, tratou-se sempre de um produto histórico, e que chegou o momento de tirar das costas uma carga demasiadamente pesada que limita o raio de ação dos juristas e nem sequer lhe consente o direito de desenvolver o papel que lhe é natural no ordenamento da sociedade.

Eis porque se deve tomar como bem-vindo o convite implícito – contido no título – a uma renovada tomada de consciência, a qual não pode ser encaminhada senão repensando criticamente certas fundações (ou pretensas tais) do nosso saber, começando por colocá-las no seio histórico e do feixe de motivações históricas que as geraram e verificando se, já impróprias à atual situação estrutural e à atual reflexão científica, não devam ser objeto de escolhas mais *conscientes*.

2. Ainda hoje, ao jurista normal parece natural o nexo entre direito e poder político concebido sem hesitação como um vínculo *necessário*: o direito não pode ser senão produto de quem exercita poderes soberanos,

⁵ ‘*Rissorgimento*’ é o movimento nacionalista italiano pela unificação e formação do Estado ocorrido no século XIX [N. do T.].

⁶ P. GROSSI. *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC (2002), p. 491 ss. (mas também em *Foro Italiano*, maio 2002, V, 151).

é por isso provido de autoridade, garantindo-se a observância da parte da comunidade dos súditos; manifesta-se em regras gerais, abstratas, rígidas, e com relação à sua formação a comunidade não é chamada a dar nenhuma contribuição, tratando-se de comandos insuscetíveis de elasticidade e que reclamam uma pura e simples obediência. E não há dúvida de que no mais das vezes seja assim: atos de império provenientes do alto porque pensados e definidos a partir de cima, passivamente suportados por uma massa disforme e anônima de destinatários.

De tudo isso deriva uma visão absolutamente potestativa do direito, que faz da produção das normas jurídicas um rigoroso monopólio do aparato estatal, pertencendo o direito à categoria dos *arcana imperii* e dos *instrumenta imperii*.

Isso não pode ser desmentido. O historiador tem, porém, o dever e a responsabilidade de acrescentar que aquilo que nos aparece como natural, ou seja, como conexo à natureza mesma do direito, é apenas o fruto de uma transformação que este sofreu em um tempo histórico e em um espaço geográfico bem delimitados. Para nos explicarmos melhor, é transformação que se verificou somente no ápice da Idade Moderna e na Europa continental. Aquilo que pode nos parecer natural é todavia historicamente relativo; como se dizia mais acima, é nada mais do que o resultado de uma sagaz estratégia da classe burguesa, cônica da relevância do direito para um exercício completo de poder e resolvida a controlá-lo.

É tão verdadeiro tudo isso que a era precedente – medieval e pós-medieval – e que, na mesma era burguesa, o planeta

separado e paralelo do *common law*, graças ao nexo de continuidade com os valores medievais, delineiam e constroem sobre outras bases as próprias ordens jurídicas. Nestas experiências, numa visão mais pluralista das fontes do direito, a tarefa da individualização das regras jurídicas e da sua contínua adequação é prevalentemente confiada a uma ordem de juristas empenhada em fixar e categorizar tecnicamente as indicações provenientes de uma plataforma consuetudinária subjacente, sobretudo mestres de direito na Europa continental pré-revolucionária, sobretudo juizes além da Mancha e, mais tarde, nas várias colônias inglesas.

Adquirir plena consciência da historicidade e relatividade de um ideário jurídico que se assenta sobre nossas costas é tão elementar quanto liberatório; se aquele ideário foi, em boa parte, um expediente político, será mais fácil dele se liberar.

E disso temos absoluta necessidade hoje quando o monopólio do Estado está colocado em crise por uma proliferação e fragmentação de fontes produtoras, seja no plano oficial, seja naquele da efetividade cotidiana. A rígida visão potestativa do direito, indiscutível para os nossos pais, está visivelmente se desmanchando, particularmente no campo do direito privado, em que as mudanças sociais e econômicas, mas ainda mais as mirabolantes novidades da técnica em contínuo arranque, freqüentemente relegam a um paleolítico jurídico as previsões contidas em tão respeitados quanto inutilizáveis textos legislativos, fazendo-nos assistir ao seu progressivo esvaziamento pela obra de uma diligente auto-regulação dos

privados.⁷ Mas o processo de erosão é geral e não poupa nem mesmo regiões estritamente ligadas ao exercício da soberania e, portanto, submetidas até recentemente a uma legalidade muito rigorosa: o exemplo de uma zona penalista completamente coberta pela sombra da lei é rachada pelo florescimento na cultura jurídica europeia-continental com um diferente papel para autoridade estatal.⁸

O movimento em ato, inarrestável em uma civilização sempre mais complexa e sempre mais desterritorializada como a atual e a de um futuro próximo, de todo modo que se lhe queira avaliar, tem a qualidade de barrar mas também de retificar um processo de perniciosa desnaturação a qual o direito se

⁷ Disso tratamos na nossa aula inaugural às atividades da 'Escola de especialização para as profissões legais' da Universidade de Firenze: *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, em *Università degli Studi di Firenze – Facoltà di Giurisprudenza – Scuola di specializzazione per le professioni legali – Inaugurazione dei corsi d'insegnamento dell'anno accademico 2001/2002*, Firenze, Imprima Unigraf, 2002 (mas também em *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 30 (2001) como também em *Rassegna Forense*, XXXV (2202)).

⁸ As palavras são tomadas quase inteiramente de um perspicaz ensaio de R. ORLANDI, *Giustizia penale e ruolo dello Stato: un rapporto in crisi*, em *Il Mulino*, LI (2002), p. 863 ss. Para um vasto exame do debate atual e para uma lúcida pontuação em relação também com a degradação dos órgãos parlamentares contemporâneos, veja-se F. PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, em *Studium iuris*, 1996. É de se ler também o repensamento crítico de M. VOGLIOTTI, *La 'rhapsodie': fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ penal*, em *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001. 46, p. 142 ss, conjuntamente às preciosas considerações comparatistas de E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, em *Politica del diritto*, XXVII (1996), p. 469 ss.

encontrou submetido nos países de *civil law*; o *ius* concebido como *iussum*, o universo jurídico que se exprime de modo acabado como universo de comandos.

3. Não se trata de fazer exercícios lexicais; a desnaturação é profunda. O direito não é colhido como ordenamento da sociedade, mas antes como instrumento de poder, e profundas são as conseqüências.

O comando, de fato, é o modo com o qual uma autoridade manifesta a própria superioridade. No comando a comunidade dos associados coloca-se necessariamente em um nível mais baixo, sem envolvimento algum: porque o comando é fruto da vontade do superior, a qual já é perfeita e completa no momento em que se manifesta ao exterior.

Do que decorre a primeira conseqüência de grande relevo: aquilo que conta em um ordenamento de base potestativa é restringir a atenção ao ato de vontade imperativa, discernir o seu conteúdo, talvez o clareando graças à análise de como e por quais motivos se formou. As colunas de Hércules desta atenção, porém, são bem fixas, e colocam-se em torno ao ato de manifestação; aquém disso existe somente uma vida histórica do comando na sociedade, que é absolutamente irrelevante.

Descendo a um assunto mais específico e mais significativo, nesta visão o direito é uma realidade que está já completa no momento em que a autoridade dela se separa; o seu processo de formação é já inteiramente completo e com relação a isso nem mesmo pode de algum modo contribuir o seu inserir-se no tecido da experiência. Em suma, nesta visão, a interpretação/aplicação coloca-se como qualquer coisa de externa e não já a fase de um procedimento *in fieri*; e o papel do intérprete/aplicador é reduzido obviamente

ao mínimo. Em um ordenamento com base rigidamente potestativa, o intérprete/aplicador tem uma posição de substancial passividade com um papel meramente cognoscitivo. O único sujeito legitimado a *querer* é o titular do comando, e esse querer é depositado no texto autoritário.

E estamos na segunda conseqüência, que é igualmente de grande importância. O comando traz consigo a pretensão de ser obedecido, mas deve poder ser conhecido; não só isso, deve também se imobilizar em um escrito para expulsar toda pretensão de inobservância.

O comando tende inevitavelmente a se tornar *texto*, a encerrar-se em um pedaço de papel onde todos possam lê-lo e onde esteja a salvo de todas as transformações que incidem no nível da experiência, num texto que seja o máximo possível inelástico de tal modo a impedir as repercussões das turbulências externas; textualidade do moderno direito continental europeu, bem simbolizada pelo texto mais fechado e acabado que se possa imaginar, qual seja o Código, que é a invenção dos modernos, da sua presunção, da sua espasmódica vontade de controlar a dimensão jurídica.

Porque de controle se trata, e de controle muito rigoroso. A codificação tende de fato a cobrir cada território da experiência jurídica, sem deixar de lado aquelas relações cotidianas entre os particulares no exercício da vida privada sobre os quais a ordem burguesa vencedora quer comandar e sobretudo aqueles institutos extremamente vitais da constituição tácita de uma sociedade burguesa que são a propriedade individual e o contrato igualmente individual. Não é sem significado que a primeira e mais exemplar

obra codificadora – aquela francesa de Napoleão I – tome o seu impulso em 1804 exatamente a partir do *Code Civil*, regulação de um direito civil que os monarcas absolutos do antigo regime tinham concretamente respeitado na sua urna bimilenária de tecido consuetudinário.

E o código, todo código, é necessariamente muito minucioso, com uma previsão analítica de cada enquadramento legal possível, com o desenho de cada instituto traçado detalhadamente, de modo a freqüentemente fornecer-lhe uma definição e descer cada vez mais a ponto de fixar as mais minuciosas ossaturas.

Falei muitas vezes de absolutismo jurídico para sublinhar o interesse todo novo do poder político burguês sobre o direito⁹: o liberalismo econômico pretende controlar a dimensão jurídica para garantir plenamente os valores sobre os quais é fundada sua constituição não escrita, valores de liberdade econômica que teriam encontrado apoio seguro não sobre as *déclarations* ainda entendidas como aéreas conclamações filosófico-políticas,¹⁰ mas nos artigos enclausurantes de um texto normativo.

⁹ Comecei a falar disso em 1988, quando se iniciou em toda a Europa um grande rumor em vista do bicentenário de 1809 com uma prodigalidade geral de retórica apologética. Cfr. *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un convegno milanese e alla ricerca di segni)*, agora em *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano Giuffrè, 1998. O meu itinerário de reflexão pode ser seguido lendo-se a introdução colocada na coletânea ora citada: *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*.

¹⁰ Como é, por exemplo, no art. 17 da 'Déclaration' de 1789, que afirma a inviolabilidade e a sacralidade do direito de propriedade.

E de uma nervura absolutista sem dúvida se trata, porque o sistema jurídico se torna fechado: afirmação de um rígido monismo jurídico com o desaparecimento das velhas fontes tradicionais (costumes, jurisprudência prática, jurisprudência teórica), primazia da lei no vértice de uma escala hierárquica e, em boa substância, solidão da lei bem acima das outras manifestações já completamente desvitalizadas, idealização – aliás, mitificação – de um legislador pensado sem vícios e sem mácula, onipotente e onisciente e, portanto, incontestável.

Que se esteja tratando de absolutismo jurídico e de absolutismo fundado sobre um inatacável fundamento mítico o demonstra a extrema dificuldade com a qual se consolidou na Europa continental o fecundo princípio de um controle da ação do legislador. Em um pequeno livro dedicado a assinalar os traços mitológicos da nossa cultura jurídica moderna não deixei de sublinhar¹¹ a pertinaz rejeição e, portanto, a incrível tardeza com a qual o princípio se afirmou em uma França novecentista herdeira e defensora – ainda na metade do século vinte – do velho projeto jacobino; um projeto cujo objeto foi passível de tamanha crença (em outra palavra: mitificado) a ponto de indentificar, pela de parte de um ilustre representante da *gauche* francesa, a instituição de um ‘Conseil Constitutionnel’ até mesmo com um ‘coup d’état permanent’, com uma espécie de mina deflagradora do sacro edifício do Estado inaugurado com a tomada da Bastilha.¹²

Não estava errado François Mitterrand – pois era dele que se falava duas linhas acima –: para uma construção pensada e sabiamente projetada como uma fortaleza inexpugnável pelo exterior, o princípio de um controle constitucional representa uma brecha que afeta profundamente aquelas estruturas; é sobretudo o castelo de crenças que é sacudido, ou seja, aquele complexo harmônico de mitos que tinham tornado indiscutíveis a sua fundação e tinham desarmado psicologicamente os possíveis invasores. Aquele controle fazia precipitar terra abaixo do seu Olimpo o legislador, todo legislador, e tornava tudo discutível; em outras palavras, o dessacralizava.

Mas tornemos ao castelo normativo muito bem murado graças ao cimento revolucionário jacobino; em vista da sua construção, assinalamos até agora duas consequências graves: a indiferença pelo momento interpretativo/aplicativo e a rigorosa textualidade, duas pedras angulares do edifício. Queremos adicionar uma terceira e uma quarta, que podem ser consideradas, todavia, dois aspectos de uma só consequência. Esse direito cunhado dessa forma pecava pela artificialidade e se caracterizava pelo seu substancial estranhamento ao movimento e ao devir social.

Artificialidade. É claro que o direito, todo o direito, é artifício, porque criação dos homens para os homens, porque fruto da história e certamente não escrito em uma natureza cósmica pré-humana. Tivemos também, no longo caminho da reflexão jurídica – e o historiador sabe bem disso –, tentativas de ler tramas jurídicas na própria natureza fenomênica, mas devem ser consideradas – nem mais nem menos – como resultado da ingenuidade e da imaturidade cultural dos generosos proponentes. O direito

¹¹ *Mitologie giuridiche della modernità*, cit. p.75ss.

¹² F. MITTERRAND, *Le coup d’état permanent*, Paris, Plon, 1964.

pertence, ao contrário, à história; suas marcas são a humanidade, a socialidade, a politicidade entendida *lato sensu*, a historicidade. Quando porém aqui se assinala como conseqüência grave a artificialidade, pretende-se denunciar um castelo de preceitos técnicos que, em vista de seu entrincheiramento de comandos, em face do empenho de encerrar todo o jurídico na vontade do legislador, de deter o processo de produção no momento de expressão da vontade e de mumificá-lo em um texto rígido, arrisca desmentir a sua humanidade, socialidade, politicidade, historicidade; arrisca, portanto, a ser artifício nesse sentido específico, não mais no sentido de realidade não fenomênica.

E é imediato um outro risco: o estranhamento das forças vitais circulantes na experiência, forças em contínuo devir e, desse modo, intolerantes a qualquer imobilização que seja. Quis-se controlar a dimensão jurídica, e se a deixou bem controlável fixando a sua origem no alto e a sua consolidação na carapaça dura de um texto, mas se a separou muito freqüentemente do fluxo contínuo da sociedade.

4. Impõe-se um resgate para o direito; um resgate, todavia, que se poderá conseguir plenamente somente se se enrobustecer a nossa consciência crítica e, em vista desse enrobustecimento, consigamos colocarmos num observatório liberado de crenças indiscutíveis e das liturgias culturais que desembocam naqueles lugares comuns que são o pântano asfixiante de todo homem de cultura. Em outras palavras – e tornamos às linhas iniciais e ao título dessa conferência –, se se fizer aquele banho epistemológico que o jurista mais desperto sem dúvida começou a fazer, mas que deve se estender à sonolenta maioria silenciosa ainda imersa numa cômoda preguiça.

Deve-se partir da conclusão assinalada com firmeza nas páginas precedentes: que a ligação necessária entre poder/direito, que uma visão potestativa do direito é historicamente relativa, é fruto da estratégia do arranjo sociopolítico operante em um certo clima histórico, e que o direito, para além dos tantos empobrecimentos ocasionais que o historiador não tem dificuldade em colher e enumerar, é na sua essência algo de bem diverso de um expediente do poder, de um instrumento de poder.

Julgamos que seja necessário voltar a nos prendermos à salutar intuição de quem, no curso do século XX, soube destacar o direito do abraço constringente do Estado e o recolocou no seio materno da sociedade, pois dela é expressão fiel e completa. O direito pertence *naturalmente* à sociedade, porque é uma dimensão insuprimível com a qual a sociedade vive a sua história; diria mais: como dimensão ordenadora, o direito se propõe como salvação histórica da sociedade, a qual se exprime em civilização, em tantas diversas fases das civilizações históricas, somente porque é também jurídica e porque pode contar com a força historicamente vencedora do direito.

O leitor compreende logo que essa abordagem é exatamente oposta àquela da genuína modernidade na Europa continental: ali o esforço de controle leva a condensar, a formalizar, a separar *jus e facta*, a erguer uma grande muralha entre *jus e facta*, entregando as únicas chaves das portas nas mãos dos detentores do poder, elevados à condição de representantes de uma vontade geral; aqui, insiste-se, sobra a onticidade do direito para toda a sociedade, para a qual o difícil vocábulo de molde grego, longe de ser uma

pompa sapiencial, é mais a palavra expressiva a significar a sua naturalidade, a sua coessencialidade; e dado que a sociedade – ao contrário daquela criatura muito simples que é o Estado moderno – é estruturalmente plural e complexa, o direito que lhe é especular não poderá deixar de registrar essa qualidade, não poderá se propor senão como plural e complexo. Onde – chame-se a atenção – pluralidade e complexidade não significam caos, mas, antes, o registro fiel da diversidade – diversidade de valores – que a sociedade mantém nas suas múltiplas dobras, ao contrário do Estado que – como aparato de poder – proclama um modelo condicionante, inclusive o assim chamado Estado democrático-parlamentar.

O deslocamento do eixo do Estado para a sociedade não constitui um desmentido de que o Estado é sempre o normal produtor do direito (porém com papel decrescente em uma realidade histórica sempre mais aberta à globalização), mas sim um resgate para o direito de todas as forças agentes na sociedade. Em uma aula inaugural florentina de alguns anos atrás eu quis colocar-me ao lado do homem comum com suas peremptórias desconfianças com relação ao direito, declarando explicitamente que com ele concordava¹³: é que aos seus olhos o direito se apresentava sempre sob as vestes potestativa e sancionatória do juiz, do oficial de polícia, do exator de um imposto; é que ele sempre se dava conta da existência do direito somente no momento da violação, isto é, no seu muito vistoso momento patológico, enquanto era difícil percebê-lo

na fisiologia social, no desenvolvimento da sua vida cotidiana, embora incrustada de manhã à noite por uma infinidade de atos jurídicos.

A nossa cultura passada criou divisões muito espessas entre o social e o jurídico, deixando de lado não somente o homem comum, mas também o jurista teórico e prático, em relação ao sentido do pertencimento do segundo à pura e simples fisiologia do primeiro. É necessário um resgate, um resgate que não se pode mais esperar.¹⁴ E nem se tema a dispersão do jurídico no indistinto social e sua perda de identidade. É claro que nem todo social é jurídico, e que o segundo é um vigoroso filtro do primeiro, manifestando-se somente onde uma regra social, conectando-se a valores precisos, recebe adesão e observância, realizando na história o grande mistério do direito.

A civilização jurídica continental européia do ápice da modernidade freqüentemente transformou o filtro em uma muralha, como se acenava mais acima, e realizou-se muitas vezes uma separação entre o social e o jurídico, com um recíproco empobrecimento: o primeiro abandonado às lutas desordenadas da cotidianidade episódica, o segundo ao esgotamento próprio de uma casca destacada da linfa subjacente. O formalismo legalista, ou seja, o direito construído como dimensão formal fundada não sobre fatos, mas sobre a lei como apropriadora e intérprete única dos fatos, transformou o terreno jurídico em um recinto fechado.

No seu interior, um obstaculizante princípio informador: o Estado é somente o

¹³ Cfr. *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, que o jurista pode ler hoje em *Rivista di diritto civile*, XLIII (1997).

¹⁴ É sobre esse resgate que se funda uma minha – recém-publicada – tentativa de iniciação à compreensão do direito: *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003.

poder autorizado a transformar em jurídica a regra social em seu estado bruto, e os valores dos quais este é portador determinam a ordem jurídica nas suas escolhas; portanto, é um só o cânone de medição da juridicidade, e é aquele da validade, ou seja, daquela correspondência de cada ato ao modelo fornecido pelo Estado produtor de normas.

Hoje, adverte-se sobre a decrepitude deste castelo de outros tempos, absolutamente inadequado com o seu fosso isolador, a sua ponte levadiça, as muralhas interrompidas por mínimas aberturas no alto. Deixando de lado as imagens evocadoras, não se pode mais eximir da verificação de que o mundo inteiro corre em uma direção que já não é mais aquela do encerramento na couraça da validade, mas de uma valorização do oposto princípio da efetividade; veja-se a carga vital de certos fatos e sua incisividade no social, está determinada pelas suas próprias forças interiores.

Efetividade mais do que validade, tem-se como resultado imediato o abandono do velho e inadequado monismo jurídico para uma abertura substancialmente pluralista, já que é unitário e compacto o reino do *válido*, heterogêneo, plural, complexo é, ao contrário, o reino do *efetivo*. Nem parece mais uma blasfêmia apontar na República Italiana como uma realidade ampla e complexa na qual o Estado se propõe como simples elemento,¹⁵ nem nos parece mais lirismo

¹⁵ Assim, por exemplo, no art. 114 da Constituição italiana no texto deliberado em 2001, onde se constata ser a “República... constituída por Comunes, por Províncias, por Cidades metropolitanas, por Regiões e pelo Estado”, com uma ênfase ainda insuficiente porquê ainda carente daquela total abertura à complexidade do social que se poderia desejar, mas que é seguramente um passo adiante na redescoberta da complexidade republicana.

político-jurídico o desenho aberto entregue pela sapiência previdente dos nossos constituintes nos primeiros artigos da nossa carta constitucional.¹⁶

5. Salutar para a renovação epistemológica do jurista italiano é definitivamente tomar consciência do caráter ordenamental do direito. Também aqui não se trata de uma simples troca lexical, mas da renovação de um ideário que provoca uma visão renovada.

Como escrevi outras vezes,¹⁷ enfrentar a noção de ordenamento tem quase o sentido de uma revolução copernicana para o jurista continental europeu, porque significa abdicar de uma visão verticalista do direito centrada sobre a vontade do produtor da norma e sobre seu ato de produção para valorizar a realidade objetiva que a norma pretende ordenar e que pode eficazmente ordenar somente se leva em conta as exigências e instâncias provenientes que vêm de baixo, pois em baixo são circulantes. Ordem, ordenamento,

¹⁶ Desenho aberto, sem dúvida, mas que poderia ter sido expresso de modo mais evidente se fosse acolhida a ‘ordem do dia’ apresentada em 9 de setembro de 1946 por Giuseppe Dossetti no seio da Primeira Subcomissão da Assembléia Constituinte, uma ‘ordem do dia’ remetida e depois jamais discutida, porque encontrava substancialmente surda e hostil a esmagadora maioria. A ‘ordem do dia’ propunha à subcomissão reconhecer “a um tempo a necessária socialidade de todas as pessoas, as quais são destinadas a completarem-se e aperfeiçoarem-se mutuamente mediante uma recíproca solidariedade econômica e espiritual: antes de tudo em várias comunidades intermediárias dispostas secundo uma natural graduação (comunidades familiares, territoriais, profissionais, religiosas etc.) e, então, para tudo aquilo que aquelas comunidades não bastem, no Estado (*La Costituzione della Repubblica nel lavori preparatori della Assemblée Costituente*, Roma, Câmara dos Deputados, 1970, VI, 323)

¹⁷ Cfr. *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, agora em *Mitologie giuridiche della modernità*, cit.

é noção salvadora exatamente por esse seu ineliminável caráter complexo, que une em si a dimensão subjetiva do ordenador e da atividade ordenante e aquela objetiva de uma estrutura real que se coloca como limite, que é lida e entendida, que não pode ser violentada pelo arbítrio do ordenador; e a carga de normatividade – ínsita a cada regra jurídica – vê aqui atenuado o caráter meramente potestativo, com a possibilidade de atingir o resultado de uma observância fundada mais sobre a persuasão daquele sobre quem incidem os efeitos da norma que sobre a obediência passiva.

Contudo, é salvadora também sob outro aspecto. Precisamente por essa sua dimensão objetiva, o horizonte não pode mais se limitar ao texto da norma, à vontade que o produtor pretendeu nela colocar no momento mágico de sua produção, mas deve ampliar-se na direção dos fatos sucessivos e da vida do texto normativo na sociedade.

Nessa visão, o texto, em razão de sua abstração, traz em si uma normatividade potencial que espera, para completar-se, estender-se e entrelaçar-se com os fatos da vida dos destinatários da norma. E emerge em toda a sua vitalidade jurídica aquele momento interpretativo/aplicativo, que a dogmática constitucional burguesa havia expungido do processo formativo do direito e que, ao contrário, parece ser o verdadeiro momento de aperfeiçoamento, arremate que aperfeiçoa o procedimento, mas – aquilo que mais conta – no interior do próprio procedimento: a norma é realmente de tal natureza que, deixada à própria generalidade, torna-se, graças à interpretação/aplicação, regra da vida.

Alguém dirá: estão arrombando portas abertas; do direito como ordenamento se fala freqüentemente, a noção circula, e não estamos distantes de quando celebramos – talvez com ênfase geral – o centenário da publicação do famoso livrinho de Santi Romano;¹⁸ o mesmo se pode dizer daquela renovação profunda na concepção da relação entre o texto normativo e intérprete que passa sob o nome de hermenêutica jurídica, tanto mais que hoje, graças à benemérita ação do saudoso Luigi Mengoni,¹⁹ a obra basilar de Hans Georg Gadamer, eximamente traduzida em língua italiana,²⁰ circula suficientemente na comunidade dos juristas.

De verdadeiro há o seguinte: existem já muitos juristas italianos que se sentem no dever de citar Romano e também Gadamer; mas é muito fundada a dúvida sobre o grau de efetivo conhecimento que sustenta essas citações. Infelizmente, assemelham-se desafortunadamente ao cosmético viscoso que uma velha senhora coloca sobre seu vulto enrugado e que um pouco de chuva arrisca a dissolver, mostrando uma imagem que ficou velha e com sulcos por causa das próprias rugas.

Malgrado as citações ornamentais, a psicologia permaneceu imutável, ancorada

¹⁸ Trata-se do livro de Santi Romano, de edição original em 1918: *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1946 [N. do T.].

¹⁹ De Mengoni vejam-se sobretudo os ensaios recolhidos em: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996.

²⁰ A grande síntese gadameriana *Verdade e Método* pôde gozar de uma tradução italiana muito cuidadosa da parte do filósofo Gianni Vattimo (Milano, Bompiani, 2000); deve-se, porém, aduzir que não se tratava da primeira tradução em língua italiana.

a velhos esquemas, aqueles esquemas que constituem o providencial repouso para a proverbial preguiça intelectual do jurista. A relativa defesa segundo a qual se diz que a velha paisagem alicerçada apenas sob duas colunas do Estado e da lei era freqüentemente convincente, porque simples, clara, certa, enquanto a nova paisagem ordenamental, justamente porque complexa, justamente porque consente um tumultuado irromper da pluralidade dos fatos, impõe uma difícil e trabalhosa atividade interpretativa, bem dessemelhante à elementar exegese de um texto.

6. Mas não são os juristas a teorizar por sobre os fatos e talvez contra os fatos, impondo-lhes as próprias teorizações. São mais os fatos que fervem no atual clima histórico, pretendendo a superação dos velhos simplismos. Estatalidade do direito, legalismo rigoroso, visão potestativa e, portanto, hierarquia das fontes assemelham-se a uma camisa de força para um corpo em crescimento transbordante.

Direito e jurisperitos sempre (e desde sempre) enfrentaram as mutações socioeconômicas, porque a natural tendência a se estabilizarem se chocava com a igualmente natural tendência a seguir o devir da sociedade para poder convenientemente ordená-la; mas, quando, como hoje, as mutações renunciam à lentidão típica dos arranjos sociopolíticos estáticos e se transformam em uma dinâmica que se renova muito rapidamente em tempos breves; quando, como hoje, as mudanças na vida social e econômica são acompanhadas da prodigiosa renovação das técnicas em contínua e quase cotidiana superação, com soluções perturbadoras para aquela mesma vida, comandos e textos são triturados por uma

mobilidade que não se encontra no passado remoto e próximo, com escolhas imperiosas por soluções flexíveis e disponíveis, com a rejeição de toda estrutura enrijecedora. O castelo jurídico da modernidade nos aparece, se não como um castelo de areia, pelo menos como aquelas construções de barro que são lentamente erodidas pela chuva que nelas batem.

Ontem, foi o triunfo da política, todavia de uma política como exercício, técnica, teorização do poder, confundida e resolvida naquele formidável aparato potestativo que é o Estado, ao qual vinha desafortunadamente reconhecido o monopólio do exercício da política. O resultado foi o desaparecimento das sociedades intermediárias como manifestações do natural e espontâneo exercício da política do homem social, uma forçada contração desta e um estatismo exasperado com um espaço geográfico fragmentado em territórios definidos segundo as rígidas projeções de poder. Hoje, é o triunfo da economia e da tecnologia, num palco mundial em que campeiam protagonistas antes desconhecidos, todos extremamente móveis, todos fugidios a claras definições de confins, todos quase entidades impalpáveis e mutantes. Para os fins desta conferência nos basta aditar dois deles.

O primeiro é sem dúvida o mercado, o complexo de operadores e de instrumentos econômicos, que se põe já como dimensão autônoma da realidade em geral. Quando eu, há cinqüenta anos, manejava como estudante iniciante do curso de direito os livros institucionais de direito privado, podia-se ainda encontrar inúteis traços da *insula in flumine nata* com os derivados problemas hiperteóricos de pertencimento, mas

certamente não se fazia menção do mercado senão ocasionalmente e sempre com um adjetivo específico (mobiliário, financeiro, e assim por diante) que legitimasse nas mãos dos juristas o uso de uma noção de validade absolutamente econômica e, portanto, para deixá-los sem lamentos à atenção dos economistas. Nos ‘manuais’ hoje circulantes, pelo menos nos mais sensíveis à evolução atual, dele se fala largamente e também sem adjetivações. Como que significando existir atrás de cada atividade econômica um planeta econômico com instâncias próprias e regras próprias, uma ordem autônoma, que não deseja codificação, ao contrário, dele tem aversão, mercê de seu caráter extremamente dinâmico e plástico.

E os civilistas falam de mercado até o ponto de transformá-lo em lugar comum, como convictamente o faz Irti,²¹ como se faz com algum ceticismo no livro que acabou de me chegar da França de uma aluna de Lyon-Caen, Marthe Torre-Schaub.²² E o mercado se transforma no protagonista na reconstrução dos institutos conduzida segundo os cânones da análise econômica: um exemplo exímio tivemos recentemente na Itália com o livro de Ugo Mattei sobre propriedade,²³ onde se constata com lucidez do seu papel não mais solitário e do corte já inteiramente ocorrido com a dimensão ética do sujeito, e se

a examina no coração do mercado e no centro de mecanismos econômicos que em boa parte já a desautorizaram. E tem razão Mattei de surpreendê-la, com linguagem, observatório e aproximação novíssimos, como “a resultante institucional de uma competição entre mercado e hierarquia”,²⁴ já que mercado e hierarquia são as duas realidades alternativas que estão à frente de todo processo produtivo.

Esse fugaz aceno à hierarquia nos introduz a falar brevemente do segundo protagonista: a rede. Vocabulário e ideário absolutamente estranhos à tradição jurídica, mas dentro de uma muito bem definida derivação da sociologia e da ciência política. E são exatamente sociólogos e cientistas políticos que falaram disso em primeiro lugar, seguidos hoje por um número sempre mais abundante de juristas atentos às atuais transformações.²⁵

O conceito de rede vai lentamente desautorizando o de hierarquia como momento central do universo jurídico, substituindo uma realidade piramidal feita de comandantes e comandados, porque calcada sobre comando (e, portanto, invadida de inelimináveis relações hierárquicas) por uma realidade estruturalmente diferente dominada por interconexões entre vários sujeitos e posições – precisamente a rede –

²¹ Natalino Irti disse se ocupou freqüentemente, mas dele convém sobretudo ver a síntese contida em: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.

²² M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, L. G. D. J., 2002.

²³ U. MATTEI, *I diritti reali – I – La proprietà*, Torino, Utet, 2001.

²⁴ Ibidem, p. 28.

²⁵ Um dos primeiros experimentos interessantes em nível inclusive jurídico foi, na Itália, aquele da coletânea *L'Europa delle reti*, organizado por A. Predieri e M. Morisi, Turim, Giappichelli, 2001. Hoje, dispõe-se de uma tentativa de síntese de forte dimensão teórica: F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

dos quais não emerge uma graduação hierárquica, mas um jogo (e entrelaçamento) de recíprocos condicionamentos e integrações, que se desenvolve não em projeções geográficas restritas e fracionadas como eram os territórios das velhas entidades estatais, mas em áreas sempre mais largas e abertas, tendencialmente mundiais.

7. Paisagem jurídica não simples nem mesmo clara e certa, com uma visível prevalência da dimensão econômica sobre aquela política *stricto sensu*, com velhos atores protagonistas sempre mais marginalizados ou limitados nas suas ações: é exemplar a parábola descendente do Estado, que ontem era o titular indiscutível de um quase monopólio absoluto e que hoje vê a própria esfera de ação restringir-se bastante, sempre mais disputada por aqueles protagonistas emergentes para quem é insito o atual movimento rapidíssimo e particularmente a sua orientação globalizadora.

A marginalização tem repercussões incisivas: a compressão da esfera da atuação estatal é libertadora por outras forças que a conjunção vinculante entre formalismo e legalismo tinha no passado reduzido e mantido acorrentada. A paisagem, como se dizia alguma linhas acima, perdeu em simplicidade e certeza, mas ganhou em expressividade; exprime toda a riqueza da ordem jurídica e não apenas aquela porção emersa em função do direito oficial.

Exatamente há um ano, nessa mesma Sala Magna onde hoje nos encontramos reunidos, tive a honra de ser chamado a proferir, junto com Giuliano Vassali, a lição inaugural para o início das atividades da 'Escola de

especialização nas profissões legais" do Ateneu Fiorentino. Naquela ocasião, pensei ter sublinhado que o atual momento revela ao observador atento uma revanche da praxe;²⁶ não o fiz para conquistar um público formado em boa parte por juizes, advogados, notários ou de jovens aspirantes a essas nobres profissões. Foi a contemplação objetiva de uma vistosa viragem histórica, tão mais vistosa para mim que – graças ao mister que desempenho – estava a vontade de compará-la com o precedente caminho estrelado de fechos e encerramentos.

O papel do juiz se agigantou; é de fácil constatação que institutos nodais do viver civil, fora das dificuldades criadas por um legislador muito lento e muito desatento, tiveram e estão tendo uma formação judicial (e também doutrinal): o exemplo da responsabilidade civil, espelho fiel das atuais perturbações com as suas fronteiras extremamente móveis,²⁷ se nos apresenta como realmente emblemático. E a mesma civilística italiana mais sensível se interroga há tempos sobre o valor do 'precedente', transplantando com desenvoltura uma mentalidade peculiar pertencente a um planeta tido até pouco tempo atrás como distante e estranho como o *common law*.²⁸

²⁶ Na supracitada aula inaugural: *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*.

²⁷ Apropriamos-nos aqui do título de um ensaio de Francesco GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, I (1986)

²⁸ Uma reflexão similar é reproduzida no volume: *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, organizado por G. Visintini, Padova, Cedam, 1988,

E, se nos anos quarenta e cinquenta, eram consideradas bizarrices por um grande homem as insistências de um comercialista como Ascarelli sobre uma ampliação da noção de fonte até a nela compreender não só os juízes e dos homens de ciência mas até mesmo os mesmos homens de negócio,²⁹ toda a atual discussão sobre globalização jurídica se reduz a constatar que os canais de escoamento do direito são plurais e que, ao lado do canal maior do direito do Estado, existem canais privados cujos protagonistas são os homens de negócios com as suas invenções de mecanismos técnicos aprovados ao vivo pela praxe e mais convenientes a um comércio navegante em nível mundial sobre os cavalos alados das conquistas info-telemáticas.³⁰

A complexidade da atual paisagem jurídica obriga o jurista a uma nova pontualização e a novos instrumentos de observação. Ele é portador de um saber encarnado, pode se

particularmente relevante porque se trata da reflexão de um grupo de civilistas promovida por uma cultura do direito civil, e, portanto, porque se move no campo jurídico italiano mais ligado a uma educação rigidamente legalista e codicista. Particularmente relevante porque assume como objeto privilegiado a responsabilidade civil sob a aqui a liberdade do juiz e a liberdade do doutrinador puderam exprimir toda a própria carga vital para a evolução de um instituto assim imerso na historicidade. É de se ler com proveito o prefácio de Giovanna Visintini, que esclarece bem as motivações da feliz iniciativa.

²⁹ Seja-me consentido remeter àquilo que sobre o assunto escrevi há alguns anos, refletindo sobre a mensagem ascarelliana: *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, agora em *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.

³⁰ Esforcei-me em oferecer algumas definições na supracitada conferência sobre *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*.

permitir até filosofar sobre o assunto, mas não pode se permitir o luxo de arcaísmos que obstaculizem a contínua encarnação. A pontualização faz hoje emergir cruamente a fragmentação e a multiplicação das fontes de produção do direito, fazendo flutuar no vazio o conteúdo extremamente fascista do art. 12 das disposições preliminares ao código civil com seus fechos estatistas,³¹ cuja anti-histórica vigência formal, ainda se em claro contraste com o respiro aberto pela Constituição de 1947, pode todavia oferecer uma oportunidade a qualquer atual crente das mitologias passadas.

Ao contrário, somos todos chamados a construir um novo edifício, tomando como pedra angular aquela verdade elementar pisoteada e ocultada nos últimos duzentos anos, segundo o qual o referente do direito não está mais no Estado, mas na sociedade. É um elementar mas vital deslocamento de nossa orientação e da nossa direção de marcha, com a possibilidade de realizar alguns resgates, os quais acenamos nas páginas precedentes e dos quais temos absoluta necessidade.

8. Se não tardamos a operar rapidamente esses resgates, podem ser trazidos alguns ensinamentos muito fecundos a ponto de valer como bússola eficaz para fazer-nos dobrar com segurança o Cabo Horn no qual

³¹ Como é bem sabido, o 'caput' do art. 3.º contido nas disposições preliminares ao código liberal de 1865, quando fala de 'princípios gerais de direito' tem dicção tão vaga a ponto de consentir – segundo alguns escritores – que ali se compreenda até mesmo o direito natural; o art. 12 das disposições preliminares ao código de 1942, ressentindo-se dos delineamentos dados pelo regime autoritário, fala de 'princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado'.

nos encontramos e finalmente poder transitar de um oceano a outro.

O primeiro, ao mesmo tempo elementar e fundamental, é a aquisição de uma consciência plena de que o direito atinge uma realidade submersa de valores históricos, que suas raízes encontram nutrição insubstituível nesse estrato escondido.

É uma percepção que temos de modo imediato e intenso naquele terreno jurídico fronteiriço que comumente chamamos 'direito constitucional', um conjunto harmônico não mais de comandos, mas antes de princípios e regras que, mergulhando nos valores de uma civilização histórica e exprimindo-os, confia a sua indiscutível normatividade a uma observância caracterizada mais por um forte componente de adesão do que de obediência passiva. E a Corte Constitucional é a dobradiça entre a textualidade normativa das leis ordinárias e aquele mundo de valores herdados que nem mesmo o legislador pode violar: o seu juízo é antes de tudo aferição da sua preservação.

Mas a fácil percepção no campo constitucional deve se estender a cada ramo do direito, ainda que seja menos fácil vislumbrar essas nervuras vitais sepultas sob a até necessária ferragem das técnicas ou sob a até necessária armação formal.

E passemos logo a um segundo ensinamento: se o direito, como dimensão ordenadora da sociedade, não pode renunciar a um seu arranjo formal, isso deve sempre nutrir-se de valores legitimantes, depondo a perniciosa presunção de uma autolegitimação como o único fundamento de um texto normativo autorizado; se visto de outro modo, a construção é sólida como uma palafita e é destinada a não se sustentar diante do desgaste proveniente dos fatos históricos.

O jurista, sobretudo o civilista, cavou num passado recente um projeto parecido, todo tomado pela miragem de uma ciência pura e livre das muitas escórias da carnalidade histórica. Para obter essa pretensa pureza, contentava-se em ancorar os próprios pináculos formais em uma realidade virtual de textos desde que se evitasse o contato impuro com os fatos: o direito se propunha a eles como uma supra-ordenação, incólume ao desgaste do devir.

Esse jurista era, porém, chamado logo a prestar contas com um clima histórico que para ele era extremamente alarmante: uma mudança socioeconômica tão rápida a ponto de ressecar e esterilizar toda dimensão formal; a marginalização do Estado; um acúmulo de leis no mais das vezes improvisadas, parciais, obscuras, atrasadas, tendo sob as costas um legislador despreparado e unilateral. O formalismo legalista aparecia em toda a sua dramaticidade como uma escolha suicida.

De fato, quem quis, com admirável coerência, cavalgar até o fim chegou a posições declaradamente niilistas. É exemplar, a esse propósito, o itinerário do civilista Natalino Irti, um colega com o qual tive desde longa data uma familiaridade contínua nunca turbada pela firme contraposição dialética que sempre moveu um com relação ao outro. Ele constantemente se inspirou no formalismo legalista, que o levou há algum tempo propor aos juristas do início dos anos oitenta um renovado modelo exegetico, uma espécie de neo-exegese.³² Depois, veio uma

³² *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982 (reeditada de modo autônomo também em *Giustizia civile*, XXXI (1982))

crescente insatisfação até a chegada de um total niilismo.³³ Convém que o sigamos no seu caminho intelectual dando a ele mesmo a palavra.

Há dois anos, dialogando com o filósofo Emanuele Severino, Irti se sai com uma frase de uma franqueza desarmante: “o direito positivo desdobrou-se por inteiro nos procedimentos, que, como recipientes vazios, são capazes de acolher qualquer conteúdo. A validade não descende mais de um conteúdo que sustente e justifique a norma, mas da observância dos procedimentos próprios de cada um dos ordenamentos”.³⁴ O que faz comentar com um exemplo já aqui evocado: diante da lei italiana de 38 sobre a tutela da raça ariana, a única preocupação do jurista tem que ser procedimental, ou seja, ele deve ser pago unicamente pela observância correta dos procedimentos previstos. O conteúdo parece não contar, e a sociedade italiana de 1938, aí incluídos os muitos cidadão israelitas, não foi tocada pelas iniquidades introduzidas na norma por um legislador aberrante.

Ainda: “o valor, o valor para o direito, é determinado pelos critérios procedimentais... valor é aquele da validade procedimental”.³⁵ Discurso claro e firme, que trazia em si a coragem da sinceridade; discurso que fazia a função de premissa às conclusões do último Irti, amargo contemplador de uma ordem

jurídica aos seus olhos reduzida *hic et nunc* a uma miserável crisálida ressecada: “as normas vieram do exclusivo e total domínio da vontade humana..., ao par de qualquer bem de mercado, são ‘produzidas’: vêm do nada e podem a ele voltar a qualquer momento. A força que as ‘produz’, ou seja, lhes antes chama ou refuta, as constrói e as destrói, é somente o querer dos homens”.³⁶ Vêm do nada, são ligadas ao poder e ao querer dos homens; poder-se-ia acrescentar: ao arbítrio dos homens. E é óbvio que a conclusão deixe também amarga a boca de quem a pronuncia; e é óbvia a escolha final que é pessimista, até mesmo niilista; e é óbvio que, em outra página, Irti veja o esvaziamento do Estado como abertura de um abismo do qual irrompem forças (eu acrescento: negativas) antes retidas e comprimidas.

A posição de Irti – consinta-me o meu velho, caro e estimado amigo – é similar à daquele estudioso, protagonista de um antigo apólogo, que, tendo o próprio escritório invadido por um vento forte, procurava objetos para conter os papéis ao invés de não providenciar o único remédio que resolveria verdadeiramente, que seria o fechamento da janela.

O vento forte e demolidor pode ser eliminado, ou ao menos grandemente atenuado, se se tiver o bom senso de olhar além do direito formal, de não se contentar com a sua manifestação em formas e normas, de buscar aquelas raízes que, sempre, quer se queira quer não, atingem o estrato escondido dos valores.

³³ N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LVI (2002), p. 1159 ss..

³⁴ N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, Laterza, 2001, pp. 7-8.

³⁵ *Ibidem*, p. 9.

³⁶ IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, cit., p. 1161.

O historiador, constatando que o mito da pureza é todo ele somente moderno (e num bem-definido espaço geográfico do moderno), olhando aos fortes desmentidos oferecidos pela experiência medieval e pelo *common law*, sente-se na obrigação de declarar a carnalidade do direito, imerso na vida, nascente na própria vida, dirigido à vida.

Irti, na página citada, analisando o presente à luz da sua visão, sai com essa afirmação desolante: “tudo aquilo que garantia unidade e verdade do direito e já teve seu crepúsculo”.³⁷ Mas a verdade do direito não pode ser entregue e reduzida a um texto autoritário de papel; a verdade não pode estar a não ser além desse texto, na macro e micro-história que o direito ordena, contribuindo de modo decisivo a fazer daquele acumular-se do tempo uma civilização histórica. O devir nos oferece um horizonte de tantas maturidades, certamente muito diversas porém cada qual com uma própria mensagem completa. Nessa cadeia interrompida composta de múltiplos elos diferentes, o direito muda, diversifica-se, renova-se, mas não tem nunca o seu crepúsculo, porque sempre será portador de verdades historicamente emergentes.

9. Relacionar o direito com a sociedade significa corresponder à atual repugnância em relação a fronteiras claras e intransponíveis, em direção a espaços fragmentados. Liberarmo-nos de uma psicologia e de uma cultura estatista e potestativa implica a liberação da escravidão das fronteiras. É o

Estado que impõe fronteiras, que vive de fronteiras; a sociedade, realidade complexa e aberta, sem identificações potestativas, tem confins que não se transformam nunca em fronteiras. Alforriar o direito do vínculo necessário com o Estado constitui alforria dos empobrecimentos causados pela miúda política.

O historiador pode trazer um exemplo iluminante, aquele do *ius commune* medieval e pós-medieval: uma Europa fracionada em uma miríade de poderes políticos, todos com limitadas projeções geográficas; em cada uma delas, ordenações dos Príncipes locais, estatutos das comunidades, costumes, ou seja, manifestações jurídicas ligadas estritamente ao território particular. Mas, acima, circula uma dimensão jurídica universal, uma ordem jurídica da vida cotidiana da comunidade humana, que se apossa também do particular, porém não nasce dele, é vigente em cada lugar sem que haja necessidade de autorizações da parte dos detentores do poder. É o reino sem confins, autenticamente sem confins, do *ius commune*, que se distingue por ser em primeiro lugar obra de doutrinadores, de mestres universitários, de homens de cultura indiferentes às fronteiras assinaladas pelo poder, cidadãos do mundo que migram de uma sede universitária à outra, ensinando a estudantes provenientes de todas as partes da Europa e que desenham a linha da urdidura jurídica unitária do mundo então conhecido. Na civilização medieval, conseguiu-se um resultado digno de consideração: diante de um esmuçado particularismo político, sobressai uma dimensão jurídica universal de marca científica.

³⁷ Ibidem, p. 1161.

Disse e escrevi outra vez³⁸ que o passado não conserva e não pode propor modelos para tecer o enredo do presente. O passado pode unicamente nos oferecer momentos dialéticos capazes de enriquecer a nossa incompleta visão de personagens imersos em um tempo que estamos vivendo e que não estamos em grau de objetivar plenamente.

Aqui o momento dialético é forte: estamos – ontem, hoje e ainda mais amanhã – construindo alguma coisa de supranacional; algumas semanas atrás (escrevo esse texto no verão de 2003), em Salonicco, os chefes de Estado definiram o esboço de um projeto de ‘Constituição’ européia. Prescindimos de avaliar os seus conteúdos e nos atenhemos ao resultado formal. Se obstáculos existiram, existem e existirão, estes vieram, vêm e virão das vontades míopes e egoístas de homens políticos que ainda se alinham em defesa de seus interesses particulares.

Sustentam-nos, obviamente, a esperança que o caminho para a unidade política prossiga sem obstáculos, mas talvez uma estrada unitária mais aberta é aquela da realização de uma unidade jurídica, começando por aquele terreno do direito privado, menos misturado com as veleidades dos políticos, que foi a articulação substancial do velho *ius commune*.

³⁸ Conforme sustentei no Encontro Internacional organizado em Ascona por Pio Caroni e Gerhard Dilcher em abril de 1996: *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, que pode ser lido nos ‘atos’ do encontro, mas, mais comodamente para todo jurista, na *Rivista di diritto civile*, XLII (1996), primeira parte. Cfr. também quando tive a oportunidade de confirmar muito recentemente em: *Unità giuridica europea. Un medioevo prossimo futuro?*, em *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2202), tomo I.

Estamos debatendo de modo vivaz se o futuro de um direito civil e comercial europeu poderá consolidar-se ou não em uma codificação. Deixemos de lado um êxito final que hoje nos interessa menos e constatemos aquilo que de extraordinariamente fecundo está se movimentando em nível puramente científico: juristas ousados, prescindindo de mandatos de órgãos estatais ou internacionais, estão tecendo em tema de contratos – e de contratos comerciais em espécie – (mas também em outros campos) uma tela muito preciosa de princípios. “Produtos assim chamados de *soft law* (...) são por si mesmos privados de eficácia vinculante e podem somente esperar ser aplicados na prática graças ao seu valor persuasivo”,³⁹ mas já agora constata-se a esse respeito uma conspícua influência, seja como modelo para vários legisladores nacionais (com o resultado de um direito que, ainda que nacional, procede de um modo sempre mais uniforme), seja como guia na negociação e redação de contratos comerciais internacionais e na resolução de controvérsias comerciais internacionais.⁴⁰

Não se tratam, como se vê, de exercícios teóricos desprendidos de toda tradução na realidade concreta; a sua relevância, porém, está, no nosso entender, sobretudo em um aspecto: são juristas – na maior parte, homens de ciência – que, atrás de uma vocação que é

³⁹ Assim M. J. BONELL, *Introduzione*, em *Principi Unidroit nella pratica – Casistica e bibliografia riguardanti i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali*, organizado por M. J. Bonell, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1.

⁴⁰ A demonstração está no amplo volume citado na nota precedente.

típica do cientista, desenham uma trama jurídica que é pensada como supranacional, tendencialmente universal. A tarefa de tecer tramas corajosas que superem as misérias do particular pode ser confiada à ciência jurídica, a única fonte que tem em si os recursos intelectuais e espirituais para vencer as tentações fracionistas.

São juristas e também isso é muito significativo: após uma longa expropriação perpetrada durante todo o moderno, depois de séculos de condenação aos trabalhos forçados da exegese, o direito torna a ser aquilo que foi nos grandes momentos da história jurídica ocidental – o romano e o medieval – o que foi e é no planeta do *common law*: coisa de juristas.

Que assim o seja prova o atual contexto histórico com as suas vocações universalistas, com juristas protagonistas na elaboração e fixação dos princípios, com juristas

protagonistas do fenômeno globalizatório.⁴¹ Hoje, esse bruxo mantido com os seus destiladores em um calabouço do castelo à servil disposição dos poderosos, mostra-se com seu papel engrandecido. Não é mais o técnico que gere modestos aparelhos ortopédicos para prover as claudicâncias do onipotente legislador, mas é, ele, o último elo de uma corrente bimilenária de tradições culturais, enquanto aquele que percebe valores universais e ao mesmo tempo é capaz de traduzi-las em regras, o personagem a quem pode ser confiado o ofício difícilíssimo de tecer aquela rede da qual temos necessidade. O novo protagonismo dos juristas não responde ao orgulho de uma ordem, mas a um reclamo de nosso tempo histórico.

É com essa mensagem consoladora que eu gostaria de fechar a conferência diante de um público em que são tantos os jovens juristas em formação.

⁴¹ Pensei ser necessário sublinhar esse ponto na minha conferência sobre *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit.