

Mitologias jurídicas da modernidade.

Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004,¹

de Paolo Grossi

Carlos José Teixeira de Toledo

Mestre em Direito Urbanístico – USP;

Professor de Direito Administrativo – UNINOVE.

cjttoledo@terra.com.br

São Paulo [Brasil]

▼ Será que, parodiando a arrogante tese de Francis Fukuyama, chegamos ao fim da história do direito, com o apogeu do paradigma juspositivista?

Essa é a questão que permeia o trabalho do jurista e historiador do direito Paolo Grossi² em sua obra recém-traduzida para o português. Estudioso do direito medieval e moderno, Grossi propõe que deixemos a planície da contemporaneidade e ascendamos a um mirante onde se possa examinar o direito como fenômeno histórico, contingente. Não é um mero passeio de recreação, mas uma expedição que nos traz uma dolorosa consciência de nossa limitação existencial.

O que um “antropólogo do futuro” dirá acerca de nossas instituições jurídicas? Não temos, evidentemente, isenção suficiente para arriscar uma resposta, mas com olhos de historiador podemos, pela comparação das épocas, observar as limitações e preconceitos próprios de nosso momento histórico.

Para o autor, a tarefa do historiador consiste justamente em “[...] servir de consciência crítica [...]” (p. 11) ao operador do direito positivo, “[...] revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples [...]” (p. 11). Acrescentamos que, como nós, operadores do direito, não podemos dispor de um historiador em tempo integral ao nosso lado, devemos nos impor a tarefa de sempre perscrutar, no exercício cotidiano de nossa atividade, a transcendência histórica.

Grossi caracteriza o direito atual como apoiado em certas premissas – artigos de fé, pode-se dizer: o protagonismo da lei, entendida como “[...]” volição autoritária do detentor da nova soberania e caracterizada pelos atributos

da generalidade e da rigidez [...]” (p. 42); o desprestígio das demais fontes do direito; a eliminação dos demais pólos de produção jurídica. Tais tendências foram enfatizadas ao longo da formação dos estados modernos, de início, pela afirmação da autoridade monárquica e, posteriormente, na fase revolucionária, transmutando-se na identidade entre vontade legislativa e vontade geral. O ápice desse movimento é a fase das codificações – analisada especificamente em um dos três ensaios que compõem o livro.

Como contraponto, o direito no medievo era vivenciado como “[...] uma realidade historicamente e logicamente antecedente, que nasce nas vastas espirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora [...]” (p. 30). Portanto, na mentalidade medieval, havia a pressuposição de que “[...] antes existia o direito; o poder político vem depois [...]” (p. 31), ou seja, o poder político coexistia com outros pólos de produção jurídica, como os juízes, tabeliães, mercadores, corporações, clãs, estirpes e ordens.

Não se trata de um apelo nostálgico a favor de uma “era dourada” do direito – visto que a Idade Média não pode ser considerada uma época áurea, da mesma forma que a historiografia mais recente revela que tampouco era uma idade de trevas. Ao se referir às instituições medievais, Grossi demonstra a riqueza de possibilidades da cultura humana e, por conseqüência, do direito como fenômeno cultural e histórico.

Embora o autor se recuse a fornecer soluções, definindo-se apenas como um “provocador”, é certo que há na obra um programa, ou melhor, um embrião de um programa: recuperar a “onticidade” do direito (p. 33). Para o autor, o direito

[...] não é o instrumento coercitivo do soberano ou o espaço para os vãos teóricos de um doutrinador; pode também sê-lo, mas, antes, é alguma coisa a mais e diferente. Pertence ao ser de uma sociedade, condição ineliminável para que aquela sociedade viva e continue a viver como sociedade, não se modificando em um amontoado de homens em perene rixa em entre si, [...] (p. 65-66, grifo do autor.),

pois o direito “[...] antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social [...]” (p. 67).

Nesse programa, embute-se a crítica à ideologia que está por detrás do sistema jurídico contemporâneo, montado sobre o mito da identificação entre o direito e as normas formadas pelos mecanismos da democracia representativa. Dessa forma, sem rejeitar o próprio ideal democrático, Grossi questiona a eficácia social da democracia contemporânea e seus mecanismos de representação, apresentados à legitimação social como um teorema inquestionável:

Por trás desse palco cênico em que tudo é idealizado, por trás desse raciocínio realizado através de modelos, fica escondido o Estado monoclássista, o espesso extrato de filtros entre sociedade e poder, o elitismo exclusivo das formas de representação, a grosseira defesa de ricos interesses que todo o puríssimo teorema vinha a tutelar e a consolidar. (p. 62).

Não é uma crítica apenas teórica, mas a constatação de um lapso entre a superestrutura jurídica e a prática social do direito, o que resulta no desprestígio do direito de formulação estatal. Enfim, a “há leis que pegam e há leis que não pegam”. A questão não respondida é: por que não pegam? A resposta, diria Grossi, está na arrogância da visão estamental, pela qual o direito é uma ferramenta de atuação unilateral na sociedade, tábula rasa na construção de projetos políticos e tecnocráticos. Perde-se, assim, a idéia de direito como ordenamento, em seu sentido original:

[...] ordenamento é uma noção que tem a ordem no seu coração; e ordem, justo por não poder prescindir da realidade a ser ordenada, justo por ser, necessariamente, escuta e recepção de instâncias provenientes da realidade, põe-se como preciosa mediação entre autoridade e sociedade, não assumindo o aspecto desagradável da coerção. (p. 80).

Não é à toa que, no momento que escrevemos esta resenha, busca-se uma ampliação do uso de instrumentos não-estatais de resoluções de conflitos – inclusive no âmbito das relações estatais (vide a recente lei de parcerias público-privadas, que admite o uso do juízo arbitral nas relações decorrentes desses contratos – Lei n.º 11.079/2004, art. 11, III). Também não é casual a constatação de Bucci (2002, p. 21),³ que “[...] as insuficiências do regime jurídico administrativo levam à criação de um sistema paralelo de normas de conduta [...]” na administração pública brasileira. E não bastasse isso, assistimos hoje a Fábio Konder Comparato lançar-se em uma campanha para reforçar os instrumentos de democracia direta – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular – buscando resgatar instrumentos de legitimação e confirmação social da produção jurídica estatal.⁴

Lendo os ensaios de Grossi e fazendo a leitura da realidade à nossa volta, podemos concluir, entre espantados e expectantes: não, amigos, a história do direito ainda não acabou.

Notas

- 1 Agradeço ao colega Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender, doutor em História do Direito pelo Instituto Max-Planck (Frankfurt am Main), pela apresentação da obra resenhada.
- 2 Paulo Grossi é professor titular de História do Direito Medieval e Moderno na Faculdade de Direito da Universidade de Florença. É doutor *honoris causa* na Universidade de Frankfurt am Main (1989), Estocolmo (1990), Autônoma de Barcelona (1991), Autônoma de Madri (1994) e Sevilha (1998). É professor honorário na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Peru. Fundador do Centro de Estudos para a História do Pensamento Jurídico Moderno de Florença, que publica a revista científica internacional *Quaderni Fiorentini*. Autor de diversas obras: *Il dominio e le cose*, (Giuffrè, 1992); *L'ordine giuridico medievale*, (Laterza, 1995); *Absolutismo giuridico e diritto privato*, (Giuffrè, 1998); *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, (Giuffrè, 2000); *Mitologie giuridiche della modernità*, (Giuffrè, 2001); *Prima lezione di diritto*, (Laterza, 2003).
- 3 Consulte *Direito administrativo e políticas públicas* (Saraiva, 2002) de Maria Paula Dallari Bucci.
- 4 Trata-se da Campanha pela Defesa da República e da Democracia, lançada pela OAB Federal, em 15 de novembro de 2004. Entre outros objetivos, busca a aprovação do Projeto de Lei n.º 4.718/2004, que regulamenta os instrumentos de democracia direta, tendo sido elaborado por comissão coordenada pelo professor Comparato.