

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Paollyene Paulino Rodrigues

**O ANTINORMATIVISMO JURÍDICO DE PAOLO GROSSI:
uma alternativa para a compreensão do Direito**

Belo Horizonte
2025

Paollyene Paulino Rodrigues

**O ANTINORMATIVISMO JURÍDICO DE PAOLO GROSSI:
uma alternativa para a compreensão do Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira

Área de estudo: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Teoria do Direito e da Justiça.

Belo Horizonte
2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R696a	<p>Rodrigues, Paollyene Paulino</p> <p>O antinormativismo jurídico de Paolo Grossi: uma alternativa para a compreensão do Direito / Paollyene Paulino Rodrigues. Belo Horizonte, 2025. 99 f.</p> <p>Orientador: Júlio Aguiar de Oliveira Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Grossi, Paolo, 1933-2022. 2. Teoria do direito. 3. Filosofia do direito. 4. Norma jurídica. 5. Ordenamento jurídico. 6. Pluralismo. 7. Direito - Estudo e ensino. I. Oliveira, Júlio Aguiar de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	---

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Paollyene Paulino Rodrigues

**O ANTINORMATIVISMO JURÍDICO DE PAOLO GROSSI:
uma alternativa para a compreensão do Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de estudo: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Teoria do Direito e da Justiça.

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Renata Silva Gomes – UNIVIÇOSA (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 04 de abril de 2025

*Aos meus pais e irmãos. E, sobretudo, ao Prof. Dr.
Júlio Aguiar de Oliveira, que, desde a banca
avaliadora de seleção deste mestrado, possibilitou
um momento a mais de fala, garantindo a escuta e
o respeito por minhas raízes fenomenológicas.*

RESUMO

O presente trabalho analisa criticamente, sob a perspectiva antinormativista de Paolo Grossi, as inconsistências da ciência jurídica moderna, que, pautada no absolutismo jurídico advindo da primazia da lei e do Estado, é incapaz de abarcar o pluralismo e a complexidade do fenômeno jurídico. Através de uma compreensão historiográfica que perpassa a ordem jurídica medieval e moderna, chegando até a contemporaneidade, com a crise do Estado e das fontes jurídicas, acentuadas pelo fenômeno da globalização, é que se propõe neste trabalho, por meio de uma pesquisa de caráter teórico e bibliográfico, compreender o antinormativismo jurídico apresentado por Grossi, visando, sobretudo, a recuperação da riqueza e da autonomia do universo jurídico.

Palavras-chave: Antinormativismo; direito e fenômeno jurídico;

ABSTRACT

This thesis critically examines the inconsistencies in modern legal science from the perspective of Paolo Grossi's antinormativism. Modern legal science, grounded in legal absolutism derived from the primacy of law and the state, is unable to encompass the pluralism and complexity of the legal phenomenon. Through a historiographic review that spans the legal order from the medieval and modern eras to the present day, a period marked by the crises of the state and legal sources, both of which have been exacerbated by globalization, this work seeks to understand the antinormativism proposed by Grossi, with the ultimate goal of reclaiming the richness and autonomy of the legal universe.

Keywords: Antinormativism; law and the legal phenomenon

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O ABSOLUTISMO JURÍDICO MODERNO NA CONCEPÇÃO GROSSIANA .	14
2.1	Projeto Moderno de Direito: poder político, Estado e primazia da lei	14
2.2	Visão Potestativa: separação entre o social e o jurídico	19
2.3	Códigos: entre o ontem, o hoje e o amanhã	25
2.4	Para Além das Mitologias Jurídicas: a descoberta da complexidade do direito	30
3	TRANSIÇÃO DA ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL PARA A MODERNA	37
3.1	Observatório Histórico: direito entre o medievo e o moderno.....	37
3.2	A Construção da Ordem Jurídica Medieval: experiência jurídica sapiencial	42
3.3	Pluralidade das Fontes: tecido de experiência jurídica a ser ordenado	49
3.4	Bases Antiformalistas de Santi Romano: a crise do Estado Moderno	57
3.5	O Papel do Historiador do Direito: um resgate para o direito.....	61
4	TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E O ANTINORMATIVISMO JURÍDICO	67
4.1	Os fundamentos do pensamento jurídico sob a perspectiva antinormativista.....	67
4.2	Direito enquanto Ordenamento Social e Observado	72
4.3	Direito, Estado e Constituição: contemporaneidade e globalização jurídica	77
4.4	Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito	84
4.5	Desafios metodológicos para a aplicação do antinormativismo	89
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
	REFERÊNCIAS	96

1 INTRODUÇÃO

A fonte motriz desta pesquisa surgiu da incompreensão da fundamentação das normas jurídicas e da certeza de que o direito, por si só, e definido como técnica de controle social, não é capaz de lidar com a complexidade e completude das relações humanas. A própria filosofia do direito dominante no mundo ocidental, hoje tecnicista, tornou-se insuficiente, já que compreender o fenômeno jurídico e equipará-lo, reduzindo-o a leis formais, não elucidava adequadamente os problemas apontados pela dogmática jurídica, o que, por conseguinte, não consegue, a contento, proceder à tarefa hermenêutica de superação do direito positivado.

O papel da filosofia no ocidente, em meados do século XIX, foi ocupar-se do conhecimento do ente, pois as ciências da natureza e do espírito ocupavam a totalidade do domínio conhecível de tal modo que a filosofia ficava, no sentido próprio do termo, sem objeto. Ela se transformava em conhecimento do conhecimento, submetendo-se à metodologia das ciências positivas. E, inevitavelmente, a filosofia jurídica adentrou a perspectiva do direito como técnica, reduzindo a justiça e seus predicados, fragilizando estruturalmente o ordenamento jurídico de tal forma que as teorias jurídicas abstratas advindas da legalidade técnico-estatal apenas evidenciavam as deficiências de um sistema injusto e aprisionado na retórica da legitimação.

Os acontecimentos do século XX exigiram novas composições entre o pensar e a vida, desconsiderando o rigor extremado da lógica presente no discurso da ciência moderna, ambas herdeiras legítimas do Iluminismo. Sobretudo, a partir de Freud, Marx e Nietzsche, os quais Ricoeur (1970) denomina Mestres da Suspeita, a própria razão e seus métodos foram questionados, de modo a presumir que a racionalidade não seja capaz de auferir a verdade em sua totalidade. Assim, os vestígios da era iluminista, da expansão técnico-científica e de uma tradição jus-filosófica petrificada, além de esmagarem o sentido e o fundamento do direito, reduziram a manifestação do fenômeno jurídico a técnicas normativas, o que acabou por afastar a pergunta sobre o fundamento último do direito e, conseqüentemente, a sua conexão com a sociedade.

É óbvio que aquele sistema positivista foi importante em uma época em que era necessário que as máquinas funcionassem a todo vapor, estimulando o crescimento de cidades e nações. Hoje, apesar desse modelo ultrapassado, o aparato jurídico parece ignorar o processo de entificação dos sujeitos e objetos como efeitos oriundos da própria objetividade científica.

Indubitavelmente, a necessidade de se repensar a norma como fenômeno concreto possibilita pensar o direito em sua função social, afastando o estatuto metafísico do direito em si e viabilizando a superação dos paradigmas teóricos da ciência jurídica moderna, tão fortalecidos na contemporaneidade jurídica.

Entre juristas e operadores do direito, as críticas ao pensamento jurídico contemporâneo são sempre pontuais, nunca estruturais. Poucos são os pensadores não juspositivistas que se insurgem contra a tradição idealista-moral presente e recorrente na natureza da lei e que propõem uma ampla reflexão sobre os verdadeiros problemas acerca da fundamentação do direito. De fato, a filosofia do direito deve se encarregar de afastar a filosofia jurídica rigorosa e dogmática do saber positivo dos juristas, visando a alcançar os fundamentos da ciência do direito, sob a perspectiva do fenômeno jurídico como algo mutável e contingente.

Nesse sentido, a obra do jusfilósofo e historiador do direito florentino, Paolo Grossi¹, ganha relevância, devendo ser compreendida sob uma rica e múltipla perspectiva interdisciplinar que visa, de modo coerente, garantir os ideais dispostos no Estado de Direito, em consonância com o espírito democrático. Dessarte, dentre os objetivos desta dissertação, busca-se, através de uma análise histórico-filosófica, denunciar a visão dogmática e universalista assumida pelo direito desde o final do século XVIII e, sobretudo, apresentar a proposta antinormativista de Grossi como alternativa para impedir que determinismos e totalitarismos da razão afastem a aplicação das garantias e dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Grossi resgata o limbo da mera transição entre o medievo e o moderno, apresentando sua ideia de direito como fenômeno jurídico objetivo, expressão ontológica de fatos objetivos. Em sua *Primeira Lição Sobre o Direito*, o autor traduz a experiência jurídica como direito vivido, e apresenta, de forma brilhante, uma visão desinteressada e menos apologética das instituições, definindo o Estado Moderno como acidente, apontando que a soberania estatal acabou por esvaziar as relações humanas, graças ao pedestal do mito da vontade geral. Ou seja, para o pensador de Florença, o público e o político não podem sobrepor o privado e o social, de modo que a lei deve refletir fielmente a vontade de um povo e não somente a de quem detém o poder político.

¹ Foi professor emérito de História do Direito Medieval e Moderno na Università Degli Studi di Firenze (Itália). Doutor honoris causa pelas Universidades de Bologna (Itália), Napoli (Itália), Frankfurt am Main (Alemanha), Stockholm (Suécia), Autónoma de Madrid (Espanha), Sevilla (Espanha), Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil) e Universidade Federal do Paraná (Brasil) e presidente emérito da Corte Constitucional da República Italiana.

Autores como Grossi refletem sobre a hermenêutica filosófica de modo peculiar, tendo como pano de fundo a problemática das garantias de verdade e cientificidade, tão presentes na ciência moderna jurídico-estatal. O historiador do direito italiano desenvolve sua crítica ao “absolutismo jurídico”, revisitando os conceitos de “institucionalismo” e de “antinormativismo”, apontando a impossibilidade histórica de o poder político-institucional ser capaz de abarcar o pluralismo do fenômeno jurídico que se manifesta através do uso dos costumes e de fatos cotidianos, os quais, segundo o autor, já possuem carga normativa em si mesmos, dispensando a ordem de um poder público com vistas a gerar obediência através de uma liturgia textual, que acaba por imobilizar a complexidade e a vivacidade da história.

A obra de Grossi, apesar do reduzido número de escritos publicados no Brasil, poderá apontar grandes virtualidades para o campo da filosofia do direito, visto que sua proposta de repensar o Estado moderno, em sua dimensão representativa e soberana, acompanhada da ruptura dos mitos oriundos do iluminismo e da quebra do monopólio e do rígido controle estatal, torna possível pensar um direito para além da pureza buscada pelo austríaco Hans Kelsen. Nesse sentido, a filosofia do pensador florentino abre possibilidades para a problematização dos modelos técnicos e representativos de direito, sob a perspectiva do direito como ciência e instituição – caracterizadas pelas tradicionais direções da jusfilosofia como categorias transcendentais, universais e dogmáticas –, de modo a possibilitar uma profunda reflexão acerca da experiência e do fenômeno jurídico.

Vale dizer que, tendo como marco teórico o antinormativismo de Grossi, tende-se, sob uma perspectiva histórica, verificar em qual medida é possível alinhar o diálogo entre sua obra e a significativa tarefa de repensar o direito para além do prisma de uma ciência que opera através de um *logos*, uma linguagem violenta que, como tal, considera apenas a face normativa do direito, oriunda da vontade e do interesse do Estado e incapaz de abarcar a totalidade dos acontecimentos humanos. Acredita-se que a fundamentação jurídica, pautada no giro hermenêutico histórico após Grossi, não se mostra suficiente da forma como está posta, de modo que o fundamento da lei e do ordenamento jurídico não mais poderá se confundir com a pretensão de validade do Estado, nem tampouco com o pressuposto da justiça como fundamento para a aplicação da lei. Assim, a hermenêutica grossiana possibilita a abertura de caminhos para o estudo e a compreensão do direito de modo objetivo, histórico e, quiçá, revolucionário.

A presente pesquisa está estruturada em quatro capítulos, sendo o primeiro a introdução. O segundo capítulo deste trabalho elucida o conceito de absolutismo jurídico cunhado por Grossi, o qual ensina que o projeto político moderno de direito, a partir do surgimento dos

códigos e da primazia da lei e do Estado sobre o direito, provocou uma sólida ruptura entre o social e o jurídico, que desembocou no fortalecimento do monismo jurídico com suas vestes potestativas. Demais disso, ainda no segundo capítulo, situa-se a reflexão grossiana acerca da construção das mitologias jurídicas da modernidade, que uniformizaram o fenômeno jurídico ao direito oficial do Estado, eliminando a pluralidade e a complexidade dos diversos ordenamentos jurídicos covigentes e coexistentes na era medieval.

O terceiro capítulo deste trabalho estabelece delimitações conceituais importantes para a compreensão histórica e teórica acerca da ordem jurídica medieval. Nesse sentido, o observatório histórico formulado por Grossi perpassa pela experiência jurídica medieval, caracterizada como realidade autônoma e desterritorializante, considerando que a dimensão jurídica ainda não havia se dissipado da manifestação social e o direito trafegava sem a presença reguladora da vontade do Príncipe, em decorrência da ausência do Estado e da incompletude do poder político advindo da queda do mundo romano. Em outras palavras, a unidade da ordem jurídica medieval não se situava frente à imobilidade do texto normativo, sopesando os fatos sociais e os costumes para além de formas jurídicas.

Em se tratando de teorizar sobre a pluralidade das fontes presentes na ordem jurídica medieval, é atribuído um significativo valor ao mundo consuetudinário e à experiência social a ser ordenada para além da positividade técnica da gramática das regras jurídicas. Ainda no terceiro capítulo deste trabalho, aborda-se a crise do Estado moderno junto à falência do sistema formal das fontes jurídicas, estabelecendo o que é realmente essencial e fundante para o direito, entendido para além da égide do Estado legalista. Apresenta-se ainda, neste capítulo, um recorte das bases antiformalistas de Santi Romano, problematizando a pluralidade e a complexidade dos ordenamentos jurídicos, considerando o porvir histórico.

Impende dizer, que está situada no último tópico do terceiro capítulo a proposta grossiana de resgate para o direito centralizada no papel do historiador do direito, que, através de uma compreensão crítica e historiográfica do fenômeno jurídico e de um profundo banho epistemológico, é capaz de possibilitar o fortalecimento de uma discussão de cunho dialético, livre do ceticismo, a fim de oferecer contribuições relevantes ao processo de desmistificação oriundo da simplificação extrema do direito frente à sua complexidade. Revela-se esclarecedor e instigante pontuar, desde já, o papel do historiador do direito na concepção grossiana, que atua como instância crítica junto às convicções que detêm o jurista do direito positivo oriundo da história jurídica moderna. Tal investigação se coloca como questão fundamental para a teoria jurídica contemporânea, de modo que se impõe a necessidade de formulação de um resgate para o direito, que, conforme Grossi, apenas ocorrerá se for possível reencontrar, sob as mazelas e

deformações modernas, uma dimensão mais objetiva, através do desenvolvimento dos conceitos de “humanidade” e “socialidade” do direito, que se constituirá como um verdadeiro limite para a vontade ordenadora.

Situa-se, no quarto e último capítulo desta dissertação, a crítica central ao problema pesquisado, assim como a confirmação da hipótese alvitada. Desse modo, o último capítulo objetiva analisar os fundamentos do pensamento jurídico sob a perspectiva antinormativista, demonstrando as insuficiências do positivismo jurídico frente às necessidades de uma nova forma de dizer e viver o direito. Para tanto, Grossi, provocativamente, propõe a reflexão sobre o direito como historicidade, definindo-o como ordenamento observável e fruto da tradição de valores históricos, situando-o como relação entre pessoas e inerente à humanidade. Apresenta-se, assim, a tese central da obra grossiana, qual seja, a compreensão do direito enquanto ordenamento social e observado, problematizando criticamente a contemporaneidade e a globalização jurídica, que exprimem com efetividade a multiplicação das fontes de produção do direito e a riqueza da ordem jurídica plural.

Nessa linha, expõe-se a importante tarefa da hermenêutica jurídica frente à nova paisagem ordenamental, que, por ser plural, impõe uma trabalhosa atividade interpretativa para a aplicação do direito, no qual o interprete é valorado para além de uma interpretação jurídica formalista. A abordagem histórico-hermenêutica das normas jurídicas proposta por Grossi possibilitará repensar os fundamentos últimos para a compreensão e aplicação do direito, fazendo-se necessário dar um passo atrás, na tentativa de exercitar o pensamento em busca de uma concepção mais originária do fenômeno jurídico, para além da experiência normativa estatal.

Dessarte, através da proposta grossiana, pensa-se em um direito entendido como exercício do pensamento histórico e, por isso, aberto a constantes reformulações que ultrapassam as pretensões calculistas da *ratio*, que visa sempre ao fundamento e à verdade, impossibilitando cada vez mais a devida compreensão do ser do direito. Partindo da abordagem hermenêutica-histórica do direito, proposta por Grossi, acredita-se na possibilidade de superação do positivismo jurídico que reduziu onticamente o fenômeno jurídico, através do engessamento da realidade social e da própria necessidade de dizer e reafirmar a natureza do direito.

Pelo fio do exposto, concluiu-se, em sede de considerações finais, que a tentativa desta árdua reflexão visa ultrapassar o teor lógico-formal das perguntas e respostas resultantes do processo racional de uma ciência jurídica sistematizada, de modo a alcançar a compreensão dos

múltiplos modos de ser do fenômeno jurídico, e, sobretudo, refletir acerca da problemática da globalização e do pluralismo, com um olhar atento ao século XXI. O primado que Grossi nos deixa, surge como esperança perante a tamanha perplexidade presente nas questões jurídicas e filosóficas, apresentando-se como ponto de partida para a libertação da dominação técnico-científica.

2 O ABSOLUTISMO JURÍDICO MODERNO NA CONCEPÇÃO GROSSIANA

2.1 Projeto Moderno de Direito: poder político, Estado e primazia da lei

A expressão ora intitulada e denominada por Paolo Grossi como absolutismo jurídico, apesar de ser composta por um substantivo e um adjetivo comuns, não é comumente identificada como um conceito de fácil compreensão. Inicialmente cumpre esclarecer que Grossi pretendeu sublinhar com a expressão os sentidos e os frutos típicos advindos da era burguesa e do liberalismo econômico, não objetivando dessacralizar o mundo das conquistas libertárias, ao contrário, visava unicamente promover a aquisição de uma visão autenticamente crítica e complexa do mencionado cenário histórico.

De acordo com Grossi, foi através da problematização do sistema das fontes do direito que foi possível apreender e identificar a plenitude do direito moderno como absolutismo jurídico, de modo que, a partir de 1988, com a celebração bicentenária da revolução e da *declaration des droits*, Grossi passou a sublinhar e reforçar o tema como problema central de ordem cultural da ciência jurídica moderna.² O absolutismo jurídico compreendido como um esquema interpretativo, na visão de Grossi, possibilita esclarecer as consequências negativas das concepções jurídicas burguesas, ainda hoje tão enraizadas.

Sabe-se que a história jurídica moderna que recaiu sobre nossos ombros nos últimos duzentos anos está intimamente vinculada ao poder político, que, através de uma visão imperativista, identificou o direito enquanto norma, resultando na perda e no esquecimento da sua dimensão sapiencial e, por conseguinte, na perda de seu caráter ôntico. O emaranhado de certezas axiológicas se sedimentou no intelecto e no coração do jurista moderno, que aceitou de maneira submissa o projeto de mitificação do direito, de modo que o processo de absolutização de noções e princípios foi transporto como uma passagem de um mecanismo de conhecimento a um mecanismo de crença.³

O direito moderno valora como expressiva, apenas uma fonte da juridicidade, qual seja, a lei. A lei do moderno se concretiza em um ato de vontade do poder legislativo, e não em um ato de conhecimento. Temos que, mesmo que a referida norma seja redigida por sábios que detêm vasto conteúdo sapiencial, a fonte provém do órgão máximo do poder político. Ou seja,

² GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista Direito GV2**, São Paulo, 2005, v.1, n.2, p. 193.

³ GROSSI, Paolo. “Um livro, a sua índole e a sua mensagem”. In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p 12.

mesmo que a fonte se expresse através da vontade popular na assembleia legislativa, trata-se de presunções absolutas e de verdades axiomáticas cunhadas por uma estratégia de política do direito. Demais disso, se toda a manifestação é reduzida à juridicidade, por ser a lei expressão da vontade geral do estado monoclássista advindo das relações entre sociedade e poder, o direito acaba por ficar escondido por detrás desse modelo idealizado, de modo que, através de um exame aprofundado, enxerga-se o puríssimo teorema da juridicidade como uma pseudo-verdade tuteladora de interesses particulares dos que detêm o poder.

Para tanto, Grossi é enfático ao tratar do absolutismo jurídico e do interesse do poder político burguês sobre o direito, como tentativa de controle da dimensão jurídica através de garantias fundantes dos valores apregoados pelo liberalismo econômico. Isto é, o absolutismo jurídico foi fundado sobre um irrefutável fundamento mítico e fecundo princípio de um controle advindo da ação do legislador, que sacralizou o castelo normativo e construiu muros altos, desvinculando-o do substancial movimento do devir social. Daqui surgem consequências graves que, conforme indicadas por Grossi, referem-se à indiferença pelo momento de aplicação da norma, à artificialidade e ao rigoroso respeito à textualidade, que acabam por apartar o direito de sua dimensão histórica, distanciando-o de suas características mais fundamentais, quais sejam, a humanidade, a sociabilidade e a historicidade.⁴

Com isso, a experiência jurídica desenvolve-se a partir da vontade soberana e caminha em uma direção estritamente legalista, *secundum legem*.⁵ Pode-se dizer que o Estado moderno assegura aos seus cidadãos apenas um complexo de garantias formais, com efeito, somente será lei o que provém do Parlamento e que seja oriundo de um procedimento especificamente detalhado. Isso quer dizer que o seu conteúdo, ou seja, a justiça da lei, é um objetivo exterior e estranho a essa visão. Nesse sentido, adverte Grossi:

É satisfatória, de um ponto de vista substancialmente justicial, a garantia oferecida pela legalidade, pela segurança jurídica, pela divisão de poderes? É possível se satisfazer com a lei como justiça quando a mesma lei é reduzida a comando respeitável, mas passível de todo tipo de conteúdo e, portanto, vazio? Por que manter a infalibilidade e, conseqüentemente, a irresponsabilidade jurídica dos detentores do poder político perante as pesadas responsabilidades que recaem sobre os ombros do poder administrativo, e atualmente, também do poder judiciário?⁶

⁴ GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, p. 12.

⁵ “E para que o controle seja perfeito, a lei deverá ser geral e rígida, mas também clara e certa; e será escrita; escrita em um texto onde todo cidadão possa lê-la; e se poderá decretar (como de se fato decreta) que a ignorância de seus ditames não impede a obrigatoriedade de seu cumprimento”. (GROSSI, 2008, p. 30).

⁶ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 16.

O filósofo Derrida em seu livro *Força de lei: o fundamento místico da autoridade* diz que a fundação do direito é histórica e que a justiça não deve servir de fundamentação para as normas jurídicas. Propondo desconstruir a relação direito e justiça, o filósofo verifica que se anunciam equívocos entre os dois planos: justiça e direito se diferenciam porque o Direito está no plano do “calculável, do estabilizável”, ou seja, dentro das práticas as quais a Justiça não estaria submetida com seus predicados de “incalculável, infinita, heterogênea”. Ainda para Derrida, “a autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos, nelas acreditamos, eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional”⁷ e sim uma violência instaurada pelo próprio direito. Nesta perspectiva, o direito se apresenta como dogmas, porque autoriza a construção de muros, emparedando seu próprio fundamento e compreensão, afastando mais e mais sua validade e legalidade.

Indo adiante, o organismo político estatal precisava de um instrumento normativo capaz de conter o fenômeno jurídico, vinculando-o ao detentor do poder. Aqui a lei se tornou uma forma pura, um ato sem conteúdo, vinculada à vontade do soberano para manter a sua soberania, ocasião em que surge a mística da lei enquanto lei, uma herança do absolutismo da Revolução do final do século XVIII, que acaba por ser uma forte característica da civilização jurídica moderna. A devoção a tais princípios é pautada por um juízo acrítico no qual a legolatria, o respeito máximo ao princípio da legalidade, que reduziu a manifestação jurídica a um processo legislativo e que se proveniente de um órgão depositário da soberania estatal, carregava as vestes de justiça e era passível de total obediência: “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.”⁸

Diante de um direito já identificado na vontade estatal com fontes certas e claras, cunhado sobre um saber técnico admirável e utilizando-se de linguagem robustamente pensada, como exemplo o *Code Civil*, o direito acabou por se identificar unicamente ao direito oficial, tendendo sempre a formatar a sociedade civil. De acordo com Grossi,⁹ a mística da lei fundamenta-se sob o acobertamento de simulacros democráticos, de modo que a integração das fontes do Antigo Regime – leis, costumes, práxis, doutrinas – cede lugar à fonte única que se

⁷ DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 21.

⁸ GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2013, p. 17.

⁹ GROSSI, Paolo. “Justiça como lei ou lei como justiça”. In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 43.

confunde com a vontade do Príncipe.

A propósito, pondera Grossi que a lei recebeu um ulterior esforço democrático, graças à coincidência entre a vontade legislativa e vontade geral, desembocando em um paradoxo perfeito do cumprimento da mística da lei. A fábula-ficção da democracia indireta proclamada pela apologia parlamentar, desagradavelmente apartou o direito da complexa riqueza do social, em um processo de panlegiferação que monopolizou por parte do Estado o mecanismo de produção do direito, até mesmo do direito privado.

Decerto, a lei como norma de qualidade superior, hierarquicamente autoritária e centralizadora da soberania do Estado, acabou por ser taxada como a única expressão possível da vontade geral, fazendo desaparecer fontes plurais sob as quais se estruturou a velha ordem. Resta claro, que no lugar do pluralismo jurídico do antigo regime, o monismo rigoroso, dotado de valores constitucionais e das nervuras do direito natural, imobilizou o direito em uma estrutura férrea, bem delimitada com soluções aparentemente perfeitas.

Se olharmos para trás, não será difícil identificar o processo de redução do universo jurídico, que foi amordaçado pelo poder burguês, em detrimento da tradição plurissecular segundo a qual as relações cotidianas reguladas pela produção dos privados passou a ser ligada estritamente aos que detém o poder político. O Estado pretende não só criar o direito, mas também ser o único produzi-lo, de modo que a juridicidade se transformou em norma jurídica. Com isso, a operação do poder burguês é rigidamente constringente e redutora, sendo o direito identificado como manifestação da lei e da vontade geral.

Reverbera, portanto, que a absolutização jurídica moderna experimentada nos últimos dois séculos gerou a ossificação do direito na lei, que por natureza é um texto fechado e imóvel, resultando rapidamente em um processo de empoeiramento e envelhecimento da mesma, de modo que o processo redutivo do direito acaba por deformar a consciência coletiva do fenômeno jurídico na sociedade, vinculando-o apenas a um comando imperativo e violento. À vista disso, Grossi¹⁰ denuncia o castelo de preceitos técnicos que aprisionando o jurídico na vontade do legislador, acabou por mumificá-lo em um texto rígido que não considera os seus aspectos essenciais, desconsiderando as forças vitais da realidade fenomênica e do devir, que são a priori contrárias por natureza a qualquer tentativa de imobilização.

Na perspectiva histórica de Grossi o direito e o Estado se manifestam de modo

¹⁰ GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico.** Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2013, p. 13.

inautêntico e deficiente, visto que o estudo acerca do fundamento é derivado da ordem empírico-científica, axiológica, moral ou transcendental, de modo a justificar em tese o totalitarismo estatal e o absolutismo político-jurídico. Segundo o autor, a ideia de que o direito é feito mediante leis e que somente o legislador é jusprodutor deve ser superada, já que a hipertrofia e a hipervalorização da lei já custaram caro à sociedade e à cultura continental:

O que nós precisamos, ao invés, é do instrumento pernicioso que se constitui em leis e Códigos que, com a minúcia de uma pormenorizada regulamentação da vida econômica e social, correm o risco de permanecer letra morta no momento seguinte à promulgação, por serem rejeitados pela comunidade dos utentes, ou, pior ainda, terminarem por amordaçar as comunidades, impedindo-as de se expressarem segundo o desenvolvimento do costume e evolução das realidades econômicas e das ordens sociais.¹¹

A cena moderna, conforme pontua Grossi, em reduzir e absorver todo o direito na lei, que desembocou no inevitável deslocamento e imobilização do direito no texto legislativo, ignorando o tecido ordenante do corpo social. Relembrando da convicção de obséquio à lei na metade do século XX, quando a forma legislativa não atenuava e não eliminava as formas odiosas inspiradas no racismo, Grossi descreve que o problema jurídico está na crença eterna e na fixação de uma dogmática imobilizadora, de modo que o problema é metodológico e consiste na desistoricização de um material fruto das vicissitudes históricas.

Nesse contexto, o problema é, contudo, agravado, considerando a aceitação dos juristas e a abdicação a um papel ativo indispensável ao seu próprio exercício. Ou seja, o direito foi entregue, por meio de uma estratégia do poder político moderno, nas mãos dos detentores do poder, de modo que o historiador do direito tem a função de ser consciência crítica dentro de uma universidade, fazendo ecoar o convite de um repensamento acerca do nexo causal entre o direito e o poder político.

O custo para nós juristas, consistiu numa espécie de ofuscamento: não nos demos conta de que a estabilidade era um produto histórico contingente, a absolutizamos e tomamos como absoluta uma noção do direito muito relativa, seja do ponto de vista temporal [...] ou espacial.¹²

Em derradeira síntese, o otimismo e o simplismo são aqui identificados como características marcantes do jurista moderno, as quais foram fortalecidas pelas certezas iluministas, de modo a subtrair perguntas e problemas que deveriam ser enfrentados e que

¹¹ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 99.

¹² GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

continuam sendo evitados. Através de uma tentativa de revisão crítica dos fundamentos da modernidade jurídica – que foram aceitos de maneira submissa, identificados por Grossi como “dogmas meta-temporais”, e que ainda estão fortemente enraizados na mente e no coração do jurista moderno –, é que se busca oferecer instrumentos de desmistificação cultural, que visam “tirar a paz” dos juristas continentais, definidos por ele como pertencentes a um estágio de sonolenta imobilidade, os quais parecem ignorar a complexidade do processo histórico do fenômeno jurídico.

Efetivamente, a reflexão a que se dirige Grossi não pretende colocar em dúvida o significativo papel da lei e da legalidade na ordem jurídica moderna, esta procura, entretanto, sublinhar a ausência de senso crítico, seguida da passividade, dos que sustentaram e ainda hoje sustentam a lei, o legislador e a legalidade como ídolos seculares. O panorama aqui delineado reforça que o próprio ofício dos juristas foi reduzido a exegeta de um texto normativo, distanciando-se da tradição significativa do direito comum, e elevado a *conditor iuris*, de modo que o risco consiste, em suma, na cisão entre a dimensão jurídica e a cultura em curso, entre normas e formas e fatos vitais sociais.¹³

2.2 Visão Potestativa: separação entre o social e o jurídico

Grossi justifica a razão da desconfiança do homem comum no direito, como um corpo estranho que vem do alto, “como uma telha que cai do telhado em sua cabeça”,¹⁴ que apenas evoca aspectos desagradáveis da autoridade sancionadora, na pessoa do juiz ou da polícia, apontando que a imaterialidade do direito se traduz em uma dimensão misteriosa e desagradável, gerando incompreensões e uma realidade hostil para o homem comum e apresenta dois aspectos que afastam a aceitabilidade do direito, seja porque ele parece vir de longe, do alto ou que, necessariamente, ele se apresenta como poder e comando autoritário, evocando a possibilidade de sanção e coerção.

O resultado dessa estranheza afasta o direito da vida do homem comum, gerando uma drástica separação entre direito e sociedade, o que justifica a desconfiança e distância do homem comum no direito. Nesses termos, deve se considerar o cenário da história jurídica continental dos últimos dois séculos como o responsável pela separação entre o direito e a facticidade, de

¹³ GROSSI, Paolo. **O Direito entre o Poder e o Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p.5.

¹⁴ GROSSI, Paolo. “Além das Mitologias Jurídicas da Modernidade”. In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p 64.

modo que atribuir tal afastamento entre o direito e o social apenas à ignorância do homem seria no mínimo injusto e desproporcional.

Na concepção grossiana, foi a instrumentalização dominante no mundo moderno, a responsável pelo deslocamento do direito em sua concepção factual. Logo, para o autor italiano essa foi a maior tragédia do direito continental, que o apartou das relações e convivência civil, identificando-o como uma patologia e como um mecanismo estritamente relacionado à violação da ordem constituída.

O direito após sua redução moderna foi “substancialmente desfigurado na sua natureza e funções originárias e chamado a desenvolver o papel do aparelho ortopédico do poder político, de controle social.”¹⁵ A lei enquanto comando autoritário acabou por esterilizar os costumes ao ponto de diminuí-lo e constrangê-lo, de modo que passou a prevalecer a dimensão do Estado-controlador, em sua dimensão penal, definida por Grossi como grave patologia do organismo sócio-político, gerando atividade repressiva do aparato do poder.

Grossi retoma cuidadosamente a questão da complexidade do universo jurídico junto ao processo de redução do direito à lei a partir da análise de fatos ocorridos na França no final do século XVIII, relacionando a monopolização do direito ao poder sob a perspectiva liberal. Salientando a relevância do direito, especificamente o direito privado em uma cultura predominantemente burguesa, Grossi afirma que o direito se tornou dimensão do poder, perdendo a dimensão do social, tão presente na civilização medieval. Temos, portanto, a exasperação da dimensão autoritária do jurídico e, conseqüentemente, a exasperação da separação do social.

A idealização do Príncipe junto a sua vontade soberana contribui para a conseqüente cristalização normativa da lei, delineando de acordo com Grossi, uma escrupulosa mística da lei. O velho pluralismo jurídico passa a ser enterrado por um rígido monismo, vez que o Príncipe passa ser a expressão da vontade geral, entendida como a única fonte do direito. Dessa maneira, a produção jurídica passou a ser destinada unicamente ao poder legislativo em um jogo articulado e conectado com a doutrina dos poderes.

De acordo com Grossi, o direito não está nos projetos, ideias e ou vontades de um Príncipe e tem sua onticidade em uma ordem objetiva preexistente, dentro da qual o conteúdo da *lex* é inserido. Grossi afirma que o direito e o social tendem a se fundir, sendo inimaginável

¹⁵ GROSSI, Paolo. “Justiça como lei ou lei como justiça”. In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p 28.

pensar a dimensão jurídica apartada do social, como em um mundo de formas puras. E continua: “Nesse contexto, a *lex*, que possui uma dimensão cognitiva seguramente prevalece sobre a volitiva, não pode ser somente forma e comando; é, antes de tudo, um conteúdo substancial determinado, porque é, antes de mais nada, leitura da realidade.”¹⁶

Para Calamandrei a suprema necessidade de obedecer ao preceito legislativo, traz a ideia de obediência inclusive às leis injustas,¹⁷ crítica que leva Grossi a dissertar sobre a desconfiança do homem comum no direito e na convicção de que o direito é algo distinto da justiça, já que o direito se apresenta ao homem comum como lei, como comando autoritário e abstrato:

O homem do povo tem, deste modo, razão de desconfiar: se o direito é lei, e se lei é somente um comando abstrato com conteúdos indiscutíveis, pensado e desejado no longínquo Olimpo dos palácios do poder, a sua identificação com um raio que cai sobre a cabeça dos desavisados não é pois tão peregrina.¹⁸

O vínculo entre o poder político e o direito foi consolidado a partir do Estado moderno caracterizado como entidade totalizadora, que, com o objetivo de controlar a manifestação social, emparedou o fenômeno jurídico em uma estrutura imóvel, que acabou por negar inclusive a dimensão jurídica característica do Antigo Regime, aqui designada como a civilização socio-econômica-político-jurídica da França anterior à Revolução Francesa. Temos, portanto, que no século XVI o poder da Monarquia já estava consolidado, de modo que o Príncipe era a figura que sacralizava a regra jurídica produzida por ele como justa.

No processo de demonstração histórica do itinerário moderno acerca da cristalização jurídica, Grossi refere-se à Bodin e suas considerações sobre a diferença entre o direito e a lei. Para Bodin existiam dois planos, dois níveis da experiência jurídica na França: o das leis, regida somente pela vontade do rei, sem relevância quanto ao seu conteúdo substancial; e outro, o do direito, mais enraizado na sociedade, definido como experiência de vida comunitária e cotidiana, regulada pelas imemoráveis consuetudes respeitadas por sábios, juízes e operadores práticos: “Existe muita diferença entre o direito e a lei, o primeiro registra fielmente a equidade; a lei, ao contrário, é somente comando de um soberano que exercita o seu poder.”¹⁹

Com efeito, a dimensão potestativa do direito faz com que seja esquecida a autenticidade

¹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 36.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. **La certeza del diritto e le responsabilità dela dottrina**. In: *Opere giuridiche*. Vol. I. Napoli Morano, 1985.

¹⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 25.

¹⁹ BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Trad. José Carlos Orsi Morel (v. 1) Trad. José Ignacio Coelho Mendes Neto, São Paulo: Ícone, 2011. Capítulo I.

fisiológica do fenômeno jurídico, gerando confusão e desencontro quanto à sua essência. Pode-se dizer com Grossi, que a fisiologia do jurídico deve ser intimamente ligada à fisiologia da sociedade, de modo que o direito não pode ser somente instrumento coercitivo do soberano “ou espaço para voos teóricos de um doutrinador”, antes, é algo mais. Em derradeira síntese, “o direito, pela sua tensão a encarnar-se, antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social”. E complementa que se faz necessário “recuperar a juridicidade além do Estado e além do poder, urge recuperá-la para a sociedade como realidade global, como uma recuperação que é antes de tudo, ofício do jurista.”²⁰

Dito de outra maneira, o direito é relação entre pessoas, e sua função é a organização humana, de modo que a imperatividade das normas e da aceitação do direito enquanto um conjunto de normas afasta a ideia de direito enquanto experiência do concreto. Para tanto, o direito não pode se identificar com a coação ou com comandos abstratos, vez que tal dimensão patológica faz com que seja esquecida a essência e a autenticidade fisiológica do fenômeno jurídico. Todavia, alerta que a sociabilidade do direito não implica em empobrecimento, e sim, em um ponto de partida para um conhecimento posterior, qual seja, o reconhecimento do vínculo necessário entre a sociedade e o direito, para se compreender a complexidade deste último, que fora pensada erroneamente por nossos antepassados a partir do século XVIII, que o reduziram a uma realidade simples e unilinear, apartado do “fluidíssimo magna da sociedade”. A essa perspectiva Grossi aponta os danos causados pelo normativismo reinante, este reduziu o fenômeno jurídico a normas, formas e sanções e o identificou como ordenamento do poder, em sua função potestativa.

Através de um profundo processo de diminuição do direito que o reduziu a normas, sanções e formas, equiparando-o unicamente ao poder, e considerá-lo sob uma visão particularmente normativa, tem-se que o direito será necessariamente potestativo, vez que o que conta será, de qualquer modo, os mandamentos do comandante e a sua vontade imperativa. Assim, o problema de interpretação da norma acaba por ser reduzido a um procedimento aritmético de separação entre o “comandante” e sua “vontade imperativa”, que acaba por imobilizar a norma em um texto. Destaca-se:

Visão potestativa do direito, sua estabilidade, sua legalidade, constituíram um observatório deformante, já que, baseando-se unicamente no momento e no ato da produção, a regra jurídica se apresenta como norma, ou seja, como comando autoritário do titular do poder.²¹

²⁰ Idem. Ibidem, p. 66.

²¹ Idem. Ibidem, p. 79.

Em linhas gerais, a produção das normas jurídicas consiste nada mais nada menos em um rigoroso monopólio do aparato estatal, "pertencendo o direito à categoria dos *'arcana imperii e dos instrumenta imperii'*"²². Pensando, portanto, nas possibilidades de retirar do direito o caráter potestativo e autoritário, Grossi afirma que se deve conceber a norma como um procedimento que não se cumpre somente com a produção, mas que possui um momento ulterior, qual seja, o momento da interpretação, de modo que a interpretação se torne o momento essencial da positividade da norma, que possibilite a concretização da sua própria positividade.

Através de uma reflexão metodológica sobre o vínculo necessário entre a visão potestativa do direito – promovida por uma autoridade e traduzida em regras gerais, abstratas e rígidas – e sua relação com a comunidade que não é chamada para contribuir, de modo que tais comandos se tornam simples obediência, será necessário o uso de novas lentes, que não diminuam a interpretação a uma dimensão cognitiva, mas que a conceba como, *in verbis*:

[...] carnalidade da norma no espaço e tempo, enquanto exercício, práxis, uso, lentes que também estejam dispostas a acolher na paisagem jurídica a comunidade dos utentes em um papel que não seja meramente passivo, que não estejam dispostas a admitir não somente um protagonista monocrático (o detentor do poder), mas sim uma pluralidade de sujeitos.²³

Resta claro que a legolatria iluminista imobiliza o direito no momento da produção, sendo que o momento da aplicação e da interpretação permanece estranho ao direito. Tal visão tipicamente iluminista engendrou-se no positivismo jurídico, impregnando na alma do jurista europeu continental, de modo que a ideia de Código não concebe a possibilidade de incidência do momento de aplicação. Isso quer dizer, que o procedimento de normatização é concluído no momento em que a norma é produzida, permanecendo impermeável à história; sendo o direito mais do que aplicação da norma, evitando o desastre de imobilização da regra jurídica a um pedaço de papel, o momento de interpretação da norma a partir de um novo modo de enxergar possibilita a construção de um direito mais próximo da vida.

A ideologia jurídica pós iluminista fica profundamente perturbada com a visão de uma norma que vive além da sua produção e elasticamente modifica-se, segundo o seu percurso, que continuamente se reproduz recebendo as mensagens dos diferentes terrenos históricos por onde passa. [...] Rejeita a historicidade da lei porque essa infligiria uma lesão mortal à estratégia que se concluiu no projeto iluminista.²⁴

²² GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno "Repensamento" Epistemológico.** Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, p. 9.

²³ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 90.

²⁴ Idem. *ibidem*, p. 133-134.

Uma questão interessante levantada por Grossi como erro do cientista jurídico moderno é o esquecimento de que a aplicação não é menos importante do que a criação e promulgação do direito. Com efeito, a atenção do ordenamento está voltada para o momento de produção do direito advinda do monismo legislativo pretendido pelo poder burguês. Dessa feita, a atividade interpretativa não deve estar presa em um caminho estreito de um texto de lei rígido imbuído do nosso consciente ou inconsciente permeados pelo positivismo jurídico, o que constitui para o intérprete uma restrição formalmente insuperável.²⁵

Por conseguinte, Grossi traduz a experiência jurídica como direito vivido e apresenta uma visão desinteressada e menos apologética das instituições, definindo o Estado Moderno como acidente, apontando que a soberania estatal acabou por esvaziar as relações humanas, graças ao pedestal do mito da vontade geral. Nesse sentido, o Estado não passa de uma “cristalização da sociedade, como um aparato de poder, uma organização autoritária, uma usina de comando, no qual o direito ficou obviamente marcado.”²⁶ Ou seja, para o pensador de Florença o público e o político não podem sobrepor o privado e o social, de modo que a lei deve refletir fielmente a vontade de um povo e não somente a de quem detém o poder político.

Desse modo, cumpre afirmar que o direito tem sua face normativa, sendo ela de caráter secundário, ou seja, posterior ao momento objetivo de nascimento do direito:

Somente quisemos demonstrar a necessidade de que este último se inclua no primeiro, como conceito não tão amplo e secundário, que não pode ser definido e valorado de forma exata se for isolado de tudo aquilo de que faz parte e com o qual se encontra em conexão orgânica. Em nossa opinião, todas as normas que se encontram em um determinado direito positivo são somente elementos de um amplo e complexo ordenamento e apoiam-se nesse, que é a sua base necessária e imprescindível.²⁷

Ainda para Grossi, a noção de ordem significa rigor, o que afasta, desde já, a visão de um direito “dócil”, contrária ao diagnóstico realista. Isto é, por ser a ordem caracterizada como rigor, torna-se “rigoroso o mundo indócil dos fatos”, significando respeito à complexidade e à pluralidade do real, o que se traduz no oposto esforço positivista de simplificação e massificação forçada da realidade. São Tomás de Aquino afirma que a unidade estabelecida pela ordem nunca é simples, mas, complexa e plural.²⁸ Nessa direção, Grossi aponta o extremo

²⁵ Para Grossi entende-se por positivismo jurídico aquela atitude que reconhece como normas jurídicas apenas as normas formalmente válidas. *Vide*: GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p 18.

²⁶ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

²⁷ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

²⁸ GROSSI, Paolo. “Além das Mitologias Jurídicas da Modernidade”. In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 81

rigor obcecado pelo formalismo nos últimos duzentos anos e o conseqüente “esclerosamento da positividade do direito”, que, através de uma noção formalmente positivista de comando, não restitui a complexidade da ordem jurídica.

Hespanha concorda com Grossi e destaca sua contribuição para uma compreensão mais plural e histórica do direito: “Como bem apontou Paolo Grossi, a redução do direito a um simples comando estatal apagou a dimensão mais orgânica e social do fenômeno jurídico, negando sua profunda vinculação às comunidades e suas tradições.”²⁹ O autor português menciona a importância da obra de Grossi definindo-o como um dos principais críticos da visão reducionista, que reduziu o direito à lei estatal escrita e desconsiderou as dimensões consuetudinárias e sociais do direito.

Grossi é claro, portanto, ao definir o direito enquanto emanção da sociedade civil globalizada, considerando-o como realidade radical, isto é, de raízes profundas sobre as quais se “fundamenta o edifício de civilização”. Para ele, o direito tem sua onticidade pertencente à ordem objetiva, constante no interior da natureza das coisas, para além da vontade ou pensamentos maléficos ou benéficos de um Príncipe, que, partindo da solução institucionalista com o passar de duzentos anos, as normas jurídicas acabaram por ser sacralizadas e descoladas do chão social, recebendo contornos quase que eternos.

2.3 Códigos: entre o ontem, o hoje e o amanhã

O processo moderno de codificação, na visão de Grossi, pode ser traduzido em ruptura com o passado, no sentido de interrupção de um determinado momento histórico, que sofre uma transposição e que, a partir das fontes comuns do direito, pode vir a encarnar um “mito” ou “símbolo”, através da clara filiação do Código ao Iluminismo. Definido como filho do jusnaturalismo, o Código carrega a antítese do jusnaturalismo e da história do direito moderno, de modo que “o jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código [...] é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado.”³⁰

Através de exemplos históricos, Grossi aponta a codificação como responsável pela culminação do direito à lei e à expressão da vontade autoritária do governante. A ideia de Código e, portanto, das fontes do direito foi deturpada de sua projeção natural e original, qual

²⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55.

³⁰ GROSSI, Paolo. “Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro”. In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 114.

seja, o pluralismo de mais de dois milênios de vida, que passou a ser “estrangulado” por um rígido monismo através de sua cristalização normativa na lei. Segundo Grossi, o Príncipe tornou-se capaz “de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas” pensadas como eternas e universais. Torna-se certa a mitificação do Código, através da figura do Príncipe, que é capaz de ler a natureza das coisas e dela extrair as regras jurídicas. Nesses termos, aqui se manifestam os fundamentos do jusnaturalismo iluminista, que concebem o Código como portador capaz de ler a natureza das coisas.

Nesse contexto, o Código não é uma nova fonte ou um novo modo de conceber o real, mas pode ser definido como um novo modo de conceber a produção do direito, relacionando-se com a problemática das fontes e com o problema primário de conexão entre a ordem jurídica e o poder político. Grossi denomina como Código a comum tendência de estabilizar o instável como característica de toda codificação, cabendo ao jurista crítico, a função de relativizar, comparar e abandonar a representação unitária, caminhando em sentido à realidade histórica, marcada pelas suas incontáveis discontinuidades.

Segundo Grossi, Napoleão em 1804 aprisionou 2.281 artigos no *Code Civil*, desconsiderando os costumes imemoráveis, sedimentados em um longo processo, demonstrando a clara filiação do Código ao iluminismo. Após um longo itinerário histórico na França, a partir da primeira grande codificação, temos como resultado a identificação do direito enquanto lei, que emana da vontade autoritária do Príncipe. Jean Bodin, exalta na perspectiva de Grossi, “a progressiva vitória da monarquia na expansão da sua dimensão legislativa”, sendo o direito francês definido, “sempre mais *loi* e sempre menos *droit*”.

O Código, além de ser “fruto extremo do comportamento geral de mística legislativa”, é caracterizado por uma tipicidade inconfundível, que tende a ser fonte unitária e exclusiva, manifestando-se como fundamento de unidade de um ente estatal, que identifica a lei acima de qualquer outra fonte do direito. Nesses termos, o Código pretende “realizar a redução de toda a experiência em um sistema articuladíssimo e minuciosíssimo de regras escritas”,³¹ que fazem com que ele se torne em um instrumento de um rigoroso absolutismo jurídico.

Sendo assim, no seio do projeto jurídico burguês o Código se tornou uma operação ideológica drasticamente redutiva, vez que pretendeu prender a complexidade do social em um sistema fechado. Segundo Grossi, o Código “tem por protagonistas sujeitos abstratos”, com modelos de representatividade que padronizam e ignoram a ordenança do real:

³¹ Idem. Ibidem, p. 119.

A carnalidade, no bem e no mal, era própria do Antigo Regime, onde haviam nobres e plebeus, camponeses e mercadores, ricos e pobres, cada um pensando no interior de uma comunidade historicamente definida, cada um desigual em relação ao outro graças a sua inabdicável historicidade.³²

O jurista italiano é categórico ao afirmar, no que diz respeito à incomunicabilidade, que o Código, por ser advindo do resultado de monopolização da produção jurídica, passou a ser instrumento de poder de um Estado centralizador, que almeja permanecer ao lado do autoritarismo, o que acaba por significar ausência de comunicação entre o Código e a sociedade civil, de modo que inevitavelmente o Código “permanece um pedaço de papel cada vez mais velho e cada vez mais alienado.”³³

Grossi define como um supremo ato de presunção o fenômeno da codificação, vez que acreditou na possibilidade de imobilizar o direito, definido como história viva, em um texto de papel, ressaltando a finalidade de tais esclarecimentos acerca da modernidade jurídica de modo contundente:

[...] estatalidade do direito; a juridicidade vinculada a estatalidade, o Estado como único sujeito histórico capaz de transformar em jurídica uma vaga regra social, o direito se manifesta unicamente na voz do Estado, ou seja, na lei, a qual – se não é formalmente a única fonte – o é materialmente porque está no vértice de uma hierarquia intransponível; o velho pluralismo jurídico é um golpe eliminado e o absolutismo jurídico toma sempre mais espaço na civilização do máximo liberalismo econômico [...].³⁴

Na concepção de Grossi,³⁵ o jusnaturalismo dá vida à maior antinomia do direito moderno continental, qual seja, o robustecimento do legislador nacional, vez que o jusnaturalismo fundamentou o juspositivismo do século XIX, sendo o Código o maior exemplo dessa antinomia, que engendrou de maneira fixa a pretensão jusnaturalista em um texto detidamente marcado por geometrias universais, que se tornou, na realidade histórico-política, uma série de Códigos e de Estados nacionais, com a circunstância agravante que as pretensões jusnaturalistas se transformaram em presunção de poder. Em outras palavras, a pretensão jusnaturalista se casava perfeitamente com a estratégia de controle social do Estado moderno.

O período jacobino, considerado por Grossi como período de cisão e progressivo detrimento entre o Antigo pluralismo e o novo estatalismo moderno filosófico-jurídico,

³² Idem. Ibidem, p. 126.

³³ Idem. Ibidem, p. 131.

³⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52.

³⁵ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 101-102.

acentuou o nexos e o vínculo inseparável entre a função de controle social e poder. As desordens dos fatos consuetudinários e os incômodos dos privados foram substituídos pelo monismo e por um sistema claro e firme de princípios, tendo sido o privado liberto das teias comunitárias em favor do público sacralizado na figura do Estado. Foram, portanto, os jacobinos que construíram um projeto de legalização do direito, apropriando-se da ordem política burguesa, transformando-a em compacta, unitária e hierarquizada.³⁶ Hierarquizar na perspectiva de Grossi não significa rigidamente organizar, devendo a verdadeira ordem, contudo, respeitar a tarefa de harmonização evitando a sacrifício dos fatos e materiais consuetudinários, para além do direito oficial. Nesses termos, o legalismo torna-se formalização, vez que apenas será direito o que o Estado toma como jurídico, relegando a carga jurídica da espontaneidade dos fatos à irrelevância e à ilicitude.

Dialeticamente, Grossi apresenta três elementos característicos da produção do direito no mundo pré-revolucionário. A produção era transbordante, vez que não limitava o advir da sociedade em margens vinculantes; ainda era pluralista, ou seja, havia conexão entre a sociedade as forças plurais, não se limitando a particularizações; e, por último, era extraestatal, já que as fontes estavam nos indivíduos, nos costumes instituídos, para além da voz do poder político contingente.³⁷ Para o autor, tudo isso é apagado pela persistência codificadora, de modo que a historicidade do direito em sua complexidade não satisfaz o novo Príncipe, que, aprisionando o direito nas rédeas do poder, centraliza sua aplicabilidade sob a égide de um aparato protestativo estatal, autoritário, sendo o direito aqui compreendido mais do que ordenamento e codificação, e sim como poder.

Temos que para além da velha paisagem estatal e veias jusnaturalistas, historicamente o Código se tornou lei nacional, vez que com o surgimento do Código, se encarnou também a ideia de Código-Constituição, criando dois níveis de legalidade: a legalidade constitucional, que se tornou significativas ordens normativas dotadas de valores, e a legalidade do Código. Grossi aponta que será necessário abandonar o valor do *Code Civil* e de todos os grandes Códigos do século XIX, juntamente com as vozes constitucionais do Estado monopolizador, e, desse modo, afirma a dupla descontinuidade necessária: a do Código Moderno com o Antigo Regime e a entre os Códigos do futuro imediato que se tendem a afirmar a partir do sulco das ideias iluministas.

³⁶ Cf. GROSSI, Paolo. “Da sociedade de sociedades à insalubridade do Estado”. In: **O Direito entre o Poder e o Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

³⁷ GROSSI, Paolo. “Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro”. In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 108-110.

Na perspectiva de Grossi, a escola exegese do século XIX na França trabalhava satisfeita nas sombras da codificação, de modo que “entre eles dominava uma psicologia substancialmente passiva em relação ao texto normativo, uma concepção que minimiza o direito”. Em contrapartida, Grossi aponta que uma jurisprudência prática ativa possui consciência dessa importante tarefa de conectar a lei velha com as novas necessidades geradas pelas transformações oriundas de fatos sociais, não se contentando com um direito identificado e cristalizado em um texto, orientando suas reflexões para “evitar a separação funesta entre a cortiça jurídica e a subjacente linfa social e econômica, uma linfa que, por natureza, é mutabilíssima”.³⁸

O mito da lei que desembocou no monismo jurídico pressupõe uma sociedade substancialmente estática, longe de renovações e movimentos, ao contrário do que foi a segunda metade do século XIX, com a renovação do conjunto técnico e econômico, com a chegada da civilização das máquinas e indústrias. Nesse contexto, a relação potestativa do direito identificada na imobilização de normas em um texto, contrapõe a dinâmica da vida, detidamente marcada por um dinamismo de muita mobilidade e transformação. Nesse espírito de rompimento com as mitologias e de revisão de dogmas estatais, é que se identifica entre civilistas franceses, segundo Grossi,³⁹ a reflexão e revisão crítica das fontes do direito acerca da problemática de interpretação e aplicação da norma, que desembocou no século dos Códigos e no absolutismo jurídico.

Na longa estrada percorrida de 1804 até a contemporaneidade, onde a práxis cotidiana constrói institutos novos e continuamente os supera criando novos, a codificação corre o risco de tornar-se rígida e ser envelhecida precocemente perante suas regras autoritárias. Nesse sentido, Grossi questiona o seu leitor sobre a atualidade da ideia de Código, problematizando o seu papel presente e futuro frente à complexidade da civilização contemporânea, considerando, sobretudo, o aspecto da globalização tecnológica.

Levando em consideração a complexidade da práxis contemporânea, Grossi não propõe renúncia aos Códigos e às normas imperativas gerais, como em um processo de “descodificação”, entretanto, ressalta o perigo iminente de permanência da letra morta da lei após a sua promulgação, quando a regulamentação da vida econômica e social é rejeitada pela comunidade, impedindo o desenvolvimento dos costumes e a evolução das ordens sociais. Na

³⁸ Idem. Ibidem, p. 135-137.

³⁹ Os civilistas franceses Jean Cruet, Raymond Saleilles e François Géný, são citados por Grossi em Cf: GROSSI, Paolo. **O Direito entre o Poder e o Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 108.

concepção de Grossi, mediante essa complexidade indócil, resta ao Código a possibilidade de atuar como uma grande moldura, vez que a proposta de ingerência do mundo moderno, monopolizando o fenômeno jurídico, restou infrutífera e impotente.

A proposta de Grossi passa pela reconstrução dos Códigos através da descontinuidade da história que os liga ao Antigo Regime, assim como o faz acerca da ideia de Códigos de agora com o seu imediato futuro. Isto é, ele aponta a necessidade de repensar as fontes do direito, bem como o papel da lei, para que seja possível a criação de novas molduras para o relevante desenvolvimento do universo jurídico, possibilitando a redescoberta do vínculo entre as regras jurídicas e a sociedade, esta última considerada em sua globalidade e complexidade.

2.4 Para Além das Mitologias Jurídicas: a descoberta da complexidade do direito

Conforme assinalado nas páginas anteriores, a Revolução Francesa de 1789 inaugurou diversas mitologias jurídicas, nesse período o direito foi profundamente reduzido e forçosamente deslocado de sua posição na sociedade, o que, através de comandos imperativos, acabou por se tornar um corpo estranho, situando-se fora da história. A civilização moderna, normalmente caracterizada como dismanteladora de mitos, mostra em verdade ser uma grande construtora deles, vez que ideias como estado de natureza, contrato social, igualdade jurídica, vontade geral etc., tão características dos séculos XVII e XVIII, são traduzidas por Grossi como uma fundamentação mística, vez que o iluminismo político-jurídico, acaba por precisar do mito, porque precisa do absoluto ao qual possa se enraizar.

Na concepção grossiana, as premissas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII que estão na base da fundação do juspositivismo, estão presentes em nosso inconsciente até os dias de hoje, de modo que somos ainda portadores de premissas e fundações daquele direito natural presente em nossa então considerada imaturidade cultural. Durante a modernidade, as tão relegadas fábulas do direito natural e as metafísicas religiosas foram substituídas pelo mito da primazia da lei, o qual nobremente encobriu a carência do absoluto dando suporte à inalterabilidade das novas ideologias políticas, econômicas e jurídicas. Impende dizer que o direito passou por uma operação geométrica simplificadora, de modo que a riqueza vital do ordenamento jurídico do social foi enterrada e esquecida em nome de uma “mitologia-ideológica jurídica repressora”. Isso quer dizer, que as instâncias mistificadoras modernas desvirturam a cultura jurídica, reduzindo a desordem e a complexidade em um desenho simples

e linear.

Nesses termos, foram as mitologias jurídicas fabricadas pelas fábulas iluministas e constantemente redesenhadas pelas geometrias do positivismo jurídico, as responsáveis por aprisionar o direito dentro das fronteiras do Estado. Dessarte, a crítica de Grossi se dirige à apropriação histórica do direito, ao qual foi aprisionado pelas mitologias da modernidade sob a ótica do problema primário da conexão entre a ordem jurídica e poder político. O direito se torna instrumento de controle da atividade soberana do Príncipe, o que resulta no primado da lei sobre toda manifestação jurídica, colocando todas as outras fontes em lugar inferior. Aqui o primado da lei ainda ganha, de acordo com Grossi, uma aura democrática, graças à “axiomática identificação (ou se preferir, à suprema ficção) da lei como expressão da vontade geral”,⁴⁰ resultando em uma forte vinculação entre o poder político e o direito, até mesmo o direito privado, que, após a vitoriosa revolução burguesa, reconheceu e tutelou os valores burgueses.

Nessa perspectiva, a lei como expressão da vontade do poder soberano, identificada na expressão da vontade geral com o surgimento do Parlamento, possibilitou a identificação do direito na lei, e, por conseguinte, a sua completa estabilidade. Assim, o mito da vontade geral se mantém quase que intacto até os dias de hoje, seja porque, conforme indicado por Grossi, é sustentado pelo poder político ou até pela preguiça de juristas e intelectuais, que vivem do culto sacro à lei positiva e formal.

Refletindo sobre a ordem sociopolítica, Grossi reconhece que ela deve ser democrática e identifica o Parlamento como depositário da vontade geral, de modo que a sua voz se expressa através da lei, que acaba por identificar-se com a vontade geral, ou seja, o princípio da legalidade torna-se a regra da democracia moderna. O resultado foi a teorização de uma mitologia jurídica, mitologia porque foi regida por um aceite substancialmente acrítico, que antecedeu o processo de codificação iniciado na França com Napoleão, que resultou em uma codificação geral que visou regulamentar todas as zonas do ordenamento jurídico.

As mitologias que tiveram um papel fundamental no projeto jurídico burguês, não conseguem se manter de pé frente à complexidade do mundo contemporâneo, de modo que a legalidade formal dos Códigos deve ser cada vez mais substituída, devendo-se articular dentro dos ordenamentos com a legalidade constitucional, sendo essa última expressa pelos valores da sociedade e não somente pela pobre imobilização e cristalização do Estado como aparato de

⁴⁰ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p 49.

poder.

O direito – e menos ainda o direito moderno – não pode abdicar da sua dimensão formal, fornecendo categorias á incandescente fluidez dos fatos sociais e econômicos, mas deve fazê-lo com a consciência sempre viva de que aquelas categorias dão forma e figura a um saber encarnado, a uma história vivente.⁴¹

O pensamento de Grossi, desvelado nestes termos, percorre a estrada que conduz a um formalismo abstrato presente no pensamento de um dos protagonistas do século XX, o jurista e filósofo austríaco Kelsen, que através da tentativa de fundamentar epistemologicamente o *scientia iuris*, por meio de sua racionalização formal-normativa, tendo identificado a norma como pilar da ordem jurídica, através de uma doutrina jurídica pura, que acabou por revelar-se substancialmente ineficaz. Segundo Grossi, Kelsen indica o resultado extremo e o universo empobrecido no qual o direito pode conduzir, se reduzido a uma dimensão de normas e sanções, já que a teoria pura kelseniana “se resume em um castelo de formas, em uma harmonia abstrata de linhas, ângulos, círculos, em uma geometria que deveria extrair a força de si mesma, mas que tinha a sua origem no nada e no nada se fundamentava.”⁴²

Por termo em Kelsen, no que tange a teoria pura do direito, como ciência do direito específica, o olhar deve ser dirigido às normas jurídicas como conteúdos de sentidos queridos ou representados, de modo a apreender os pressupostos fáticos apenas na medida em que se constituem como conteúdo de normas jurídicas. O austríaco afirma que mesmo após a superação do direito natural, diversas correntes ideológicas, que funcionam como efeitos políticos de poder, dominam a ciência jurídica atual, de modo que a teoria pura do direito se apresenta contra elas. Isto é, para Kelsen a teoria pura do direito busca representar o direito enquanto tal, sem a utilização de técnicas de legitimação ou desqualificação frente à um direito justo ou injusto, de modo que a pergunta é por um direito real e possível e não por um direito com juízos de valor, definindo, portanto, a teoria pura do direito como uma teoria estritamente realista.

A tarefa da teoria pura do direito de acordo com o Kelsen é considerar-se como ciência capaz de apreender o direito positivo, compreendendo-o através de uma análise auto estrutural, que rejeita trabalhar a favor de interesses políticos, se opondo claramente à ciência do direito tradicional que detém caráter ideológico. Aduz ainda que a tendência anti-ideológica da teoria

⁴¹ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 97.

⁴² Idem. *Ibidem*, p. 72.

pura do direito faz prova de ser compreendida como uma ciência verdadeira, que iminentemente busca revelar o seu objeto, enquanto a ideologia o encobre. Destarte, Kelsen afirma que a ciência do direito não se relaciona com o âmbito valorativo destes interesses ideológicos e que “a teoria pura do direito quer ser uma tal ciência do direito.”⁴³

Contrapondo ao pensamento normativista de Kelsen, Grossi afirma que foi na modernidade que nasceu o “legiscentrismo” e a “legolatria”, que ainda hoje amarra a liberdade intelectual de tantos juristas. O italiano aponta que foi na modernidade que nasceu um modelo de estado calcado no protagonismo absoluto da lei e em um dominante princípio da legalidade, que supervaloriza a ciência normativa, reduzindo o ordenamento jurídico a um conjunto de leis, de modo que a ciência jurídica moderna, de acordo com Grossi, acaba se resumindo em um “castelo de ficções”, de modo que arrisca assemelhar-se o seu pedestal, cada vez mais a “instáveis palafitas”.

Nesses termos, destaca-se a importância de se estudar a história do direito medieval e moderno a fim de possibilitar uma convicção epistemológica da historicidade do direito que visa compreender a indispensável riqueza para uma valoração completa do presente, já que o historiador do direito estimula uma consciência crítica frente ao juspositivismo reinante que, sobretudo durante os séculos XVIII e XIX, desembocou na crise identificada como crise profunda do Estado enquanto único produtor do direito e da lei. Na ordem jurídica medieval, período no qual havia uma rica pluralidade das fontes e no qual se vivia um direito sem a presença de um Estado centralizador, a lei detinha um papel menor frente à ciência jurídica e à jurisprudência prática. A redescoberta dessa mensagem pode ser frutuosa.

Nesse sentido, Grossi define a crise do direito comum como crise da certeza, que, depois do século XV, evocou uma nova forma de conceber o direito, tendo em vista a vasta estratificação das opiniões doutrinárias e a presença massiva na modernidade do sujeito político totalizante denominado Estado. Isso projetou uma ciência jurídica de difusão universal, que pretendia ser ruptura a fim de controlar toda a manifestação social, assim se consolidou o Estado moderno. Isso quer dizer que o pluralismo vai sendo substituído pelo monismo e a ligação entre direito e sociedade vai se dissipando, enquanto a dimensão jurídica é canalizada através da politização e formalização, de modo que naquele momento o direito se contraiu em lei,

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática jurídico-científica. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021, p. 25.

tornando-se um sistema de regras autoritárias formado por comandos abstratos e sem elasticidade.

O direito não é voz do poder, de modo que o direito por excelência, que regulamenta a vida cotidiana humana, toma sua forma direta e imediata pelo social, florescendo geneticamente dos costumes. De acordo com o professor italiano, o direito não flutua na história, mas pertence a ela e nela se encarna. Nesse sentido, frisa que existem várias forças que circulam livremente na sociedade, seja a cultural, a espiritual, a econômica, de modo que se torna impensável separar o jurídico do social e definir o direito como um mundo de formas abstratas ou comandos apartados.

Na concepção de Grossi o direito ordena a vida humana e encarna-se na experiência histórica, de modo que está inserido nas dimensões sociais, políticas e econômicas. Conceber o direito enquanto comando e poder, isto é, como controle social, nos tornou desatentos à dimensão histórica da vida:

O direito não é nunca uma nuvem que flutua sobre uma paisagem histórica. É ele mesmo paisagem, ou, se preferirmos, seu componente fundamental e tipificador. É por isso que deverá se haver com os tempos e os espaços mais diversos, terá diversas manifestações segundo diversas exigências dos climas históricos que emerge, manifestações que serão interpretadas e aplicadas até o ponto de se transformarem em concreto tecido histórico.⁴⁴

Para Grossi o direito não é necessariamente “coligado a uma entidade social politicamente autorizada” e não depende do Estado enquanto aparato de poder, já que o ponto de referência necessário do direito é somente a sociedade, traduzida como uma realidade complexa, que se manifesta sempre de modo efêmero e ininterrupto. O direito, portanto, é um dos modos mais fiéis de uma sociedade viver a sua história, e, em um processo dialético sobre a compressão da vida do direito, o autor busca colher os modos e instrumentos do direito dentro de um tecido histórico pautado no ontem, no hoje e no amanhã, a fim de recuperar a sua identidade em um processo de comparação temporal e espacial, atendo-se “a compreensão do presente, percepção do sentido da linha na qual o presente se coloca e da qual constituiu somente um ponto e capacidade de encaminhar a construção do futuro”.⁴⁵

Nesse diapasão, categoricamente Grossi afirma que:

⁴⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35-36.

⁴⁵ Idem. *Ibidem*, p. 37.

O direito é um fenômeno primordial e radical da sociedade; para subsistir, não espera os coágulos históricos ligados ao desenvolvimento humano e representados pelas diferentes formas de regulamentação pública. Ao contrário, para ele é terreno necessário e suficiente as flexíveis organizações comunitárias em que o social se ordena e que ainda não se fundamentam na polis, mas sim no sangue, na fé religiosa, na profissão, na solidariedade cooperativa, na colaboração econômica.⁴⁶

Sintetizando, antes existia o direito; o poder político vem depois, de modo que o direito na sociedade medieval repousa nos estratos profundos e duradouros da sociedade e não se traduz em voz do poder, não podendo ser reduzido a particularismos e especificações. O que Grossi busca demonstrar é que, apesar de uma parte do direito estar ligada ao governo da coisa pública, o direito por excelência floresce a partir dos costumes e se redesenha pelo social. O que à primeira vista poderia aparentar retrocesso ou vazio histórico é definido por Grossi como nicho histórico natural que possibilitou o florescer de uma experiência jurídica profundamente original. A idade média é, portanto, caracteristicamente definida como uma sociedade sem Estado, e o direito que referencia a sociedade pode ser identificado como um direito sem Estado. Ou seja, a ausência do Estado, retira do direito o caráter de poder e a sua função de controle social, possibilitando uma reaproximação dos fatos naturais, sociais e econômicos. Segundo Grossi, o direito é resenhado por um organismo espontâneo da experiência cotidiana, observando as variações dos costumes em suas consolidações mais vitais.

Na concepção de Grossi, as referências medievais tornaram-se comuns durante o século XX, quando as certezas da idade burguesa se tornaram instáveis, ocasião em que os dois pilares da ordem jurídica, o Estado e o indivíduo, se ressecam através das lutas sociais.⁴⁷ Com efeito, Grossi assume ser necessário para o presente que pensa fundamentalmente a construção do futuro, a fixação de linhas fundamentais pelo Estado, entretanto afirma ser imprescindível um processo de “deslegifização”, com vistas a abandonar a desconfiança iluminista do social, valorando a autenticidade do pluralismo jurídico. Assim, o jurista italiano fornece direção para o feito, qual seja, o de possibilitar o protagonismo ativo dos indivíduos na organização jurídica, de modo semelhante ao que acontece nas transformações sociais.

Assim é que, sabiamente Grossi alerta sobre a transposição de modelos históricos para o nosso presente, que, se carregados de certeza, aprisionarão a variedade expressiva de épocas e experiências em arquétipos paralisantes e pré-determináveis. Portanto torna-se imperioso e

⁴⁶ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 30-31.

⁴⁷ GROSSI, Paolo. **Unidade jurídica europeia: uma idade média no futuro próximo?** Tradução de Karen Bissani, n. 31, p. 9, 2002.

oportuno refletir sobre o risco metodológico e epistêmico de utilização do recurso de modelos. Se, contudo, houver por parte dos juristas e historiadores do direito a consciência da complexidade da linha histórica interligada pelo passado, pelo presente e pelo futuro, tal veste possibilitará visões mais satisfatórias e próximas da realidade que está sendo construída, de modo que cabe reconhecer a fertilidade que tais reflexões e mensagens podem oferecer à contemporaneidade.

3 TRANSIÇÃO DA ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL PARA A MODERNA

3.1 Observatório Histórico: direito entre o medievo e o moderno

De maneira precisa Grossi realiza um observatório entre a civilização jurídica medieval e a civilização jurídica moderna, buscando identificar como o direito, a lei e a justiça são definidas em ambas civilizações. Grossi afirma que “a formalista solução moderna de lei como justiça ganhará consistência a substancial solução medieval da justiça como lei.”⁴⁸ E complementa que traçar um divisor de águas entre o medievo e o moderno acentua a tipicidade tão própria da modernidade jurídica, já que, por assim dizer, a presença do direito em ambas civilizações é inversa:

[...] ao total e inegável respeito com o qual a dimensão jurídica circula constantemente nas veias do organismo medieval, contrasta a atitude de completa instrumentalização que domina no moderno; enquanto se punha – para o primeiro – entre os fins supremos da sociedade civil, torna-se – para o segundo – um instrumento, seja mesmo relevante, nas mãos do poder político contingente.⁴⁹

Para Grossi, a ordem jurídica na perspectiva medieval pode ser caracterizada como um poder político não consumado, de modo que o poder político não controla a integralidade do fenômeno social, ou seja, o social não interfere na coisa pública. Cumpre esclarecer que um poder político não consumado, na visão de Grossi, difere da ausência de efetividade e tem mais relação de sentido com um projeto social fundamentalmente autônomo e livre, fundado em uma psicologia coletiva permeado pelas mais diversas dimensões comunitárias.

Com o surgimento, a partir do século XII, da tradição do *ius comune*, Grossi defende o pluralismo, que caracteriza a experiência jurídica medieval, do qual deriva a complexidade da paisagem jurídica dotada de diversos foros e tribunais. Tal riqueza jurídica, expressa por um somatório de direitos que nascem de forças sociais que vêm de baixo, recebe sua roupagem técnica através de intérpretes e aplicadores práticos que, embora pobres de técnica jurídica, eram ricos em sensibilidade, capazes de responder com eficácia as necessidades jurídicas da sociedade:

Se a livre cidade produzia sua normatização como estatuto, no mesmo território poderia haver – como, de fato, havia – outros agregados como normais produtores de direito: os clérigos que desde os séculos usufruíam de um direito próprio e peculiar, o direito canônico, a poderosa comunidade dos mercadores, portadores de costumes e estatutos autônomos; mas também relíquias do velho estamento feudal, meticulosamente observados por costumes especialíssimos recolhidos – da metade do

⁴⁸ GROSSI, Paolo. “Justiça como lei ou lei como justiça?” In: **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27.

⁴⁹ Idem. *Ibidem*, p. 28.

século XII em diante – nos chamados *Libri Feudorum*.⁵⁰

Nesse contexto, a ordem jurídica medieval é realidade ôntica, isto é, presente na natureza das coisas. Sendo essa realidade complexa, ela nasce, vive, floresce, transforma-se fora dos espirais do poder público, respeitando as forças que impulsionam o pluralismo jurídico e se manifesta em sua totalidade como “direito comum”, que ordena a realidade medieval e pós-medieval, não sendo proveniente da autoridade do império, mas sim dos costumes e estatutos locais.

[...] como direito que é obra de doutrinadores é só secundamente de juízes, que – de todo modo – é coisa para juristas e não políticos, e deve ser reservada a quem está em grau de manejar cautamente um patrimônio específico de categorias e de técnicas, e consequentemente de ler o mundo social sub *specie iuris*.⁵¹

Nesses termos, o pluralismo na idade média era efetivo em decorrência da ausência das estruturas político-estatais, que permitiu a convivência entre dois estratos: “aquele inferior do assim chamado *iura propria* – os direitos das autonomias locais – e aquele superior do *ius commune*.”⁵² A maturidade da civilização jurídica medieval é denominada pelos historiadores como o período do direito comum, do *ius commune*, que, conforme indicado por Grossi,⁵³ surge dos direitos particulares, mas se mantém intacto frente às particularidades territoriais da época, devido ao seu caráter ôntico e universal.

Grossi através da reflexão do direito medieval, relativiza as consequências jurídicas da modernidade, o chamado absolutismo jurídico, apontando que a civilização jurídica medieval era autônoma, relativa, mas autônoma, vez que não havia uma unidade política capaz de se apropriar do fenômeno jurídico. Para o autor, a constituição jurídica medieval, além de autônoma, era pluralista e despida de todo caráter estatalista, concebendo-o como:

[...] a ossatura invisível da sociedade e não tanto um reflexo da vontade do poder político, que, por sua vez, imersos em um tecido de relações, pouco atuavam como legisladores ou como soberanos absolutos de determinado território (o que guarda paralelismo com o caráter não absoluto do *dominium* medieval, instituto de direito privado).⁵⁴

⁵⁰ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 35.

⁵¹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

⁵² Idem. *Ibidem*, p 45.

⁵³ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p 9.

⁵⁴ GROSSI, Paolo. Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval. In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milão, n. 25, 1996, p. 267.

Para Grossi a unidade jurídica medieval constituía a absorção da sapiência jurídica romana e canônica, qualificando-se como interpretação e visão equitativa do direito, que possibilitou a consciência da mobilidade da ordem jurídica frente à imobilidade do texto normativo do direito canônico, em um processo que considerou os fatos sociais para além das formas jurídicas, construindo um “direito adequado e não restritor.” Portanto, segundo Grossi, o direito no medievo não pode ser definido como fruto da vontade de determinado poder político, mas como uma “realidade historicamente e logicamente antecedente, que nasce nas vastas espirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora.”⁵⁵

De acordo com Grossi na Grécia Antiga apareceram as primeiras traduções de questões sociais em termos de institutos jurídicos, entretanto foi somente em Roma que tais expressões se transformaram em um robusto conjunto gramatical capaz de ordenar a “indocilidade dos fatos sociais e econômicos.” Surge em Roma, nesse cenário, a figura do jurista, que estava vocacionado a profundo refinamento e estudo lógico, apreendidos da matriz dos filósofos e matemáticos gregos, o que culminou no surgimento de uma ciência do direito autônoma e, por conseguinte, no fortalecimento de um pensamento jurídico autêntico.

Sobre a idade antiga e sobre o direito romano, Grossi afirma que as manifestações jurídicas dessas civilizações eram refinadíssimas e que um milênio inteiro de história acabou por ficar nas sombras da modernidade. O professor florentino destaca que o mundo romano construiu uma das civilizações jurídicas mais penetrantes da história da cultura ocidental, possibilitando a leitura do mundo socioeconômico-político em termos jurídicos. Nesse sentido, a obra jurídica romana é marcada por um grande número de juristas, que realizam um trabalho doutrinário de alto nível, sendo o direito romano considerado para Grossi, sobretudo obra de doutrinadores, que acompanhavam as grandes transformações histórico-sociais e, por isso, não consistiam em teorias puras e abstratas.

Grossi extrai do direito romano dois modelos que foram utilizados pelas civilizações sucessivas: o primeiro relaciona-se à análise científica, com o rigor sistemático da construção de terminologias e conceitos derivados da perfeição formal, tão admirados pela ciência moderna; e o segundo modelo refere-se aos juristas romanos como doutrinadores e, portanto, seres que, inseridos no tecido social histórico, valoravam intensamente a dimensão patrimonial que constituiu mais de um milênio após a ascensão da burguesia moderna.

⁵⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, 1º ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 30.

Na primeira idade média, sem a presença centralizadora de um direito robusto, foi possível a reaproximação da voz fiel de uma sociedade fragmentada e articulada, que, em sua desordem, protegia o indivíduo sob a perspectiva do direito em sua dimensão factual, ou seja, com a prevalência de fontes plurais que produziam o direito dando vida à pluralidade daquele território. Na segunda e/ou madura idade média (séculos XI-XV), ainda sem a presença do Estado, mas com o surgimento das Universidades, a interpretação consuetudinária advém dos homens da ciência. Com a transformação das relações comerciais, a sociedade europeia se tornava uma estrutura complexa e movimentada, sendo impossível ser ordenada somente por fatos consuetudinários, de modo que já se fazia necessária a implementação de categorias gerais para o ordenamento da nova complexidade social, que, segundo Grossi, não desprezou o velho material consuetudinário dos séculos passados.

Grossi aponta que a tensão contra as forças corporativistas religiosas da idade média exercida pelo individualismo moderno contribui para a permanência de aspectos do direito romano na idade moderna, resultando no deslocamento e esquecimento de quase mil anos de experiência jurídica, em um processo intenso de continuidade entre a antiguidade clássica e a modernidade, sendo a idade do meio não merecedora de um olhar atento e cuidadoso. Entretanto, somente no século XX, juristas como Grossi, incomodados com as mitologias jurídicas da idade burguesa, reconsideram observar os estímulos e características da *media aetas*, idade de transição.

O direito medieval origina-se, toma forma e se caracteriza em meio a dois vazios e a graças a dois vazios: o vazio estatal que se seguiu à queda do edifício político romano e àquele da refinada cultura jurídica estreitamente ligada às estruturas do edifício.⁵⁶

Os sinais do moderno ganham força nitidamente nos séculos tardo-medievais e protomodernos, nos quais a normatização direta realizada pelo Príncipe acaba por se transformar em um tecido normativo programado, que tende a substituir monocraticamente ao antigo pluralismo das fontes. A figura do Príncipe medieval se difere do Príncipe moderno, vez que o primeiro se colocava como o grande justiceiro do seu povo, produzindo poucas leis e deixando que as outras fontes ordenassem as relações sociais. Ao contrário da identidade do Príncipe moderno, que é definido por Grossi como um sujeito detentor de um poder absoluto e soberano, que pretende controlar toda a produção jurídica, transformando-se em legislador, de

⁵⁶ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

modo que o direito se torna cada vez mais legislativo, perdendo suas características plurais, caminhando em direção a uma realidade monista, sempre à sombra do Príncipe soberano.

Segundo Grossi, a partir do século XVIII, o protagonismo da lei se traduz em volição autoritária sendo caracterizada pela generalidade e pela rigidez. A vaga acepção da *lex* presente em Santo Tomás perde espaço para o significado estreito da *loy* em sentido moderno. Grossi distingue a *lex* dos medievais e a *loy* dos modernos, identificando a primeira por conteúdos e finalidades estabelecidos, qual seja, o bem comum e a razoabilidade, apontando que a segunda não encontra em um conteúdo ou objetivo o seu significado, tampouco a sua legitimação social.

Grossi, explicando o processo de transição entre o medievo e moderno, afirma que, nesse momento, o direito se contraiu em lei, tornando-se um sistema de regras autoritárias, formado por comandos abstratos e sem elasticidade. É importante dizer, portanto, que o responsável pelo empobrecimento do direito, será o mundo moderno, que, apesar das máscaras do jusnaturalismo do século XVII e XVIII e da codificação do século XIX, vinculou o direito ao poder, afastando-o da dimensão social.

Partindo da análise do direito medieval e moderno, considerando a crise das fontes do direito e do Estado na segunda metade do século XX e o processo de mitologização moderna no campo jurídico, a partir de Grossi será possível questionar o agora jurídico e identificar o cerne do pensamento jurídico contemporâneo. Nessa linha, o referido autor aponta a necessidade de reflexão e a responsabilidade dos juristas, pesquisadores e historiadores do direito, em um futuro próximo, em relação à premência de reconstrução e ordenação do direito, acreditando que o material do passado é capaz de abarcar o presente, oferecendo bases mais seguras para o futuro.⁵⁷

A proposta de Grossi não é restaurar um modelo restritivo para os nossos problemas e exigências atuais, mas sim possibilitar um momento dialético, capaz de oferecer importantes momentos de reflexão crítica, que atuam como ponto de partida para compreensão da experiência jurídica de modo peculiar, de maneira complexa, visando compreender a fisiologia e o espírito do fenômeno jurídico. Para tanto, Grossi busca identificar os valores fundamentais que caracterizam a experiência jurídica medieval, em uma tentativa de reconstrução da mentalidade jurídica medieval do ponto de vista do direito privado no espaço europeu, vez que os institutos do direito privado como estruturas organizacionais da vida cotidiana atuam como

⁵⁷ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p 16.

instrumentos que são os alicerces mais confiáveis, pois exprimem o tecido de uma civilização histórica, como manifestações vitais de um corpo social, exprimindo fielmente o direito como experiência e mentalidade.

Salienta-se que a tentativa de captar e assimilar o caráter da experiência jurídica medieval proposta por Grossi não é tarefa fácil, pois se trata de perceber um conjunto de valores que a experiência moderna exilou e difamou. Entretanto, no próximo capítulo o esforço se deterá na abordagem grossiana acerca da compreensão da experiência jurídica medieval como um conjunto de valores completo e distinto, marcado pela descontinuidade entre os períodos clássico e moderno.

3.2 A Construção da Ordem Jurídica Medieval: experiência jurídica sapiencial

A terminologia utilizada por Grossi denominada como “ordem” jurídica medieval, é consciente e intencional e indica que o direito na Idade Média se constituiu em uma unidade com dimensão essencialmente social, estando especificamente relacionada à experiência jurídica como tecido vivo da realidade. Isso porque a manifestação do direito se dá através de institutos de organização social que estão submersos em valores históricos e que advêm do substrato das mentalidades jurídicas. Através do rigor metodológico, Grossi sugere que as mentalidades jurídicas de determinada civilização histórica são impalpáveis e invisíveis e que somente por meio de instrumentos jurídicos da vida cotidiana, hoje denominados como institutos do direito privado,⁵⁸ é que se torna possível a adequada e precisa compreensão do universo jurídico medieval. De acordo com Grossi, o conhecimento das técnicas criadas por legisladores, juízes, notórios, doutores e por particulares deve ser entendido, portanto, como instrumento indispensável para a compreensão das mentalidades jurídicas.

Preliminarmente, Grossi diz que a tentativa de compreensão da experiência jurídica medieval não é tarefa fácil e que o direito medieval deve ser percebido pelo pesquisador como um universo distinto do clássico e do moderno, detidamente marcado por seu caráter de completude. A tarefa se mostra difícil vez que a própria experiência moderna tratou de difamar e exilar a experiência jurídica da Idade Média, período que perdurou por mais de um milênio,

⁵⁸ Grossi cita os seguintes institutos como exemplos: adoções, tutelas, vendas, locações, testamentos, doações etc. Cf. in: GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p 7.

entre o século V d.C ao século XV, rotulado pelo humanismo renascentista como *media aetas* e considerado como período de transição, de modo que tal perspectiva distorcida apenas buscou evocar a não autonomia do período histórico medieval.

Entretanto o tecido jurídico medieval detém um caráter unitário essencialmente substancial que advém de valores que refletem a sociedade em suas raízes mais distantes. Grossi sinaliza que para o efetivo e cauteloso estudo da experiência jurídica medieval se faz necessário depor de lentes deformadoras que enxergam o universo medieval como continuação do período romano ou que transportam o período para o universo moderno sem os filtros históricos adequados. Portanto o historiador do direito medieval é convidado a se afastar da criação de modelos culturais que distorcem e menosprezam as especificidades medievais.

Os próprios termos cunhados e impregnados da consciência dos modernos, como Estado, soberania e legalidade, não devem ser transplantados para o tecido da realidade medieval, sob o eminente risco de equívocos. A postura metodológica indicada por Grossi pauta-se na aproximação aberta das fontes históricas, devendo o historiador do direito rejeitar a transposição de modelos anacrônicos em busca de traduzir as especificidades em sua completude.

Cumprе esclarecer que o direito na civilização medieval deve ser compreendido para além das noções de Estado e soberania, vez que o universo jurídico medieval em sua dimensão ôntica supera e precede a dimensão político-moderna. Sobre poder político na civilização jurídica medieval, Grossi aduz que, *in verbis*:

[...] o poder político é caracterizado por uma intrínseca incompletude, é e permanece durante toda a idade média um poder incompleto, utilizando-se desta qualificação como um poder não totalizante, não globalizante. Não importa, portanto, que por vezes este poder logre a desempenhar uma máxima efetividade e um alto grau de coação, configurando-se mesmo em tirania, porque se trata sempre de carência ou de ambiguidade de projeto político. Trata-se, portanto, de um poder que não possui dentre as suas finalidades um programa totalizante de absorção da totalidade social.⁵⁹

Dito de outra maneira, a ordem jurídica medieval é marcada pela incompletude do poder político, pela ausência do “Estado”⁶⁰ no cenário político medieval, oriundo do desmoronamento da estrutura estatal romana, sendo carente de uma vocação totalizadora e englobante

⁵⁹ GROSSI, Paolo. Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval. Tradução de Felipe Pante Leme de Campos. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 21, n. 123, p. 20-41, 2019, p. 30.

⁶⁰ Grossi utiliza o termo Estado no cenário político medieval com receio e tenta indicar um significado totalmente neutro e genérico, apto a indicar qualquer organização política, longe da noção moderna sedimentada e introjetada como patrimônio do presente.

predestinada a controlar e regular as relações intersubjetivas, caracterizando-se, portanto, como uma relação de descontinuidade, com uma ruptura profunda entre os universos medieval e moderno. Conforme Grossi, esse vazio só será preenchido no século XIV, quando a vocação por um poder político completo se insurge, representando naquele momento o declínio da civilização medieval.

Segundo Grossi,⁶¹ a civilização medieval não sentiu a necessidade do preenchimento desse vazio ocasionado pelo desmoronamento da estrutura estatal romana, ao contrário, surgia um movimento irrefreável que desembocou em um rico particularismo político, econômico e jurídico, formando uma complexa estrutura sociojurídica. Para Grossi, a ausência desse poder político no processo de formação da civilização medieval consiste em uma chave valiosa para a compreensão da esfera social e jurídica, possibilitando a descoberta da fisionomia do direito medieval, através de uma arquitetura da experiência jurídica essencialmente nova.

A incompletude do poder político medieval [...] significa uma incrível liberdade do campo histórico, uma possibilidade de ação autônoma para a pluralidade de presenças, que, à sombra de um poder totalmente completo, veriam sua autonomia totalmente frustrada ou até mesmo expropriada.⁶²

A ordem jurídica medieval é definida por Grossi como um mundo de ordenamentos e, portanto, um mundo de autonomias, onde ordenamentos jurídicos se relacionam entre si a partir de independências relativas, não cabendo a utilização do termo soberania, vez que a vontade soberana se refere à abstração e à absolutidade. Grossi ainda sublinha que a única soberania possível no universo medieval, sendo ilimitada, absoluta e não conteudista, é a soberania divina.⁶³

Na tentativa de uma adequada compreensão histórico-jurídica, Grossi aponta a relativa indiferença pelo jurídico no universo medieval, vez que, desprovido de anseios e vocações totalizantes, o regime político medieval não enxergava o direito enquanto instrumento necessário para aplicação do poder. A atenção do monarca estava vinculada ao exercício e à conservação do poder que hoje identificamos como direito público, sendo todo o resto abrangido por outras fontes normativas. Tal indiferença relativa gera autonomia para o jurídico,

⁶¹ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.54.

⁶² Idem. Ibidem, p. 58.

⁶³ Idem. Ibidem, p. 58-60.

sendo o direito identificado em grande parte como desvinculado do poder político, que, em contrapartida, é vivo e caracteristicamente relacionado ao costume.

A produção e adequação da ordem jurídica estão muito ligadas à pluralidade e à variedade das forças que compõem a sociedade civil. Nesse contexto, autonomia significa, pois, autêntica historicidade do direito, capacidade de interpretar e representar o jogo das linhas propulsoras presentes na sociedade, impossibilidade de ser reduzido à voz de um príncipe, de uma camada restrita, de uma classe.⁶⁴

Indo adiante, Grossi sinaliza que, além da perspectiva extraestatal do direito, com o aparelho coercitivo romano enfraquecido, surge uma vertente do “direito vulgar” que convive harmonicamente com o direito oficial, que são definidos como forças antigas que criam novos institutos na tentativa de dar conta das respostas e das necessidades cotidianas. A experiência jurídica, nesse momento, retoma sua complexidade e pluralidade, significando, sobretudo, a existência de pluralidade de fontes de produção do direito em um mesmo ordenamento jurídico. Isso quer dizer, que o direito passa a ficar longe da força unitária territorializante através de um movimento que surge nas províncias mais periféricas e se estende por todo império.

Há nesse momento, segundo Grossi, a presença da personalidade do direito, assim o julgamento e a produção do direito são elaborados pelos próprios grupos, acentuando a pluralidade da experiência jurídica que, em um mesmo território, possui vigência e aplicação, seja pelo *ius propria* (direitos dos particulares) ou pelo *ius commune* (sistema jurídico universal produzido sob a égide do direito canônico e romano por juristas). A construção da experiência jurídica medieval consiste, portanto, em uma substancial liberdade, na qual a lei do príncipe representa apenas um canal de escoamento da produção da experiência jurídica.

A constituição medieval é detidamente marcada por um tecido de autonomias, de modo que não é articulada por um conjunto de soberanias. Isso quer dizer que o direito imperial, canônico, feudal, mercantil possuía existência e vigência em diversos ordenamentos, em um processo dialético entre o universal e o particular, geral e especial, entre sujeitos autônomos e não soberanos, a partir de uma dimensão pluriordenamental. A conclusão desse tecido vivo de autonomias é um direito sem Estado, um jurídico unido à dimensão social, capaz de exprimir a completude do jurídico em sua fundação e estabilidade.⁶⁵ E nesses termos, complementa Grossi, a aproximação do jurídico ao social consiste na salvação do direito.

⁶⁴ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 63.

⁶⁵ GROSSI, Paolo. **Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval**. Tradução de Felipe Pante Leme de Campos. Revista Jurídica da Presidência. p. 36.

Nesse sentido, o direito se destaca por sua factualidade, significando que nasce dos fatos, que são por natureza dotados de efetividade, sendo autenticamente normativo, o que revela a sua capacidade inata de ser protagonista por si só dos vários ordenamentos. Assim, conforme expressamente afirmado por Grossi, o momento de fundação da experiência jurídica, que é essencialmente pluralista, demonstra, em observância ao devir, uma dimensão profundamente consuetudinária.⁶⁶

Impende dizer que na concepção de Grossi a sociedade medieval é jurídica, e que a ordem se articula com o direito natural, divino e direito positivo a partir das regras transitórias da vida cotidiana. Nesses termos, o direito medieval, na perspectiva de Grossi, ultrapassa a noção do direito aplicado entre os séculos V e XV d.C, sendo definido como um inconfundível conjunto histórico sustentado por uma estrutura unitária sob as mais variadas manifestações e ordenamentos, esse conjunto encarna de modo autônomo a experiência jurídica em seu tecido histórico, mutável e predominantemente consuetudinário.⁶⁷

Sob esse aspecto, o direito medieval vive como nunca a experiência do cotidiano e do particular, na qual a prática jurídica desassociada deste ou daquele poder político fideliza a sua forma substancial às estruturas concretas, exaltando uma fisiologia heterogênea e edificada na práxis em sua contínua formação. O material e a cultura jurídica consuetudinária não sentiam falta do vínculo com a ciência jurídica nos moldes da mensagem científica antiga, sendo possível a redescoberta pelo direito da sua vocação natural em adequar-se aos fenômenos na sua naturalidade e materialidade, ainda que signifiquem incertezas.

Como ponto central do chamado naturalismo jurídico primitivo no período medieval, contrapondo-se ao formalismo jurídico, Grossi ressalta que o direito nesses termos é incapaz de se distanciar dos fatos, vez que neles se fundamenta. Segundo Grossi, tanto o naturalismo jurídico quanto o formalismo jurídico são modos opostos de compreender a organização jurídica, isto é, enquanto o formalismo insiste em se distanciar da realidade factual o naturalismo se mostra dependente dela.

Nesse contexto, a ordem dos antigos *iura in re* é subvertida pelas bases naturalísticas, que, a partir do século XII, apresenta uma mudança do eixo sujeito-coisas, no qual a ordem antropocêntrica é substituída pela égide do reicentrismo – centralidade da *res*, como tentativa

⁶⁶ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.73.

⁶⁷ Idem. *Ibidem*, p. 48-49.

de recontro com as dimensões objetivas das formas jurídicas, o que desembocou no desenvolvimento da cultura jurídica sapiencial e doutrinal.⁶⁸ Demais disso, a experiência à qual se refere Grossi não está atrelada a dimensão interpretativa de cunho humanista, mas, ao contrário, é construída a partir e sobre o real. O que merece destaque é que a ordem jurídica medieval, na Idade Média sapiencial, valora o fenômeno consuetudinário no âmbito das fontes do direito, sendo uma das estruturas que a sustentam. Por tal motivo, a produção do direito se dará por uma vasta pluralidade de fontes, em consonância com o nexos vinculante entre o direito e a sociedade, de modo a exprimir a sociedade em sua completude a ser ordenada pelo direito.

De todas as características da experiência jurídica medieval delineadas acima, resta sinalizarmos um último elemento do direito, mas não menos importante, qual seja, a sua historicidade, que, segundo Grossi, se relaciona com as forças sociais que circulam na civilização e que mantém vivo o caráter do pluralismo jurídico medieval.

O direito precisamente por seu não estatualismo e por seu contínuo originar-se no social e do social, não sofre os artifícios de uma elaboração burocrática. O direito é e continua a ser fruto da história, participante vivo da história. Sua canalização nas vertentes extremamente móveis do costume e a sua aversão a ser imobilizado na letra rígida de um comando autoritário permitem que ele adquira e conserve o bem supremo de uma íntima coerência com as estruturas e com o espírito da civilização subjacente. O direito não é instrumento coercitivo dessa civilização, mas seu espelho e seu intérprete.⁶⁹

A concepção de ordem jurídica medieval relaciona-se, portanto, com as fontes jurídicas em seu caráter interpretativo, isto é, além da compreensão do direito como *interpretatio*, considerando que a sua dimensão ôntica se manifesta através da interpretação e da constatação de algo que já existe, de modo a complementar e renovar, mas jamais criar. Segundo Grossi a *interpretatio* dos medievais, principalmente dos glosadores, não é redutível a um processo meramente cognitivo da norma, mas é também um ato de vontade e de liberdade do intérprete.⁷⁰

O ponto de partida da ciência jurídica dos glosadores – que é definida como simbiose entre a teoria e a prática – é a *lex romana*, segundo a qual o trabalho consiste em reflexões, análises, ampliações, visando à desvinculação do texto normativo e à exasperação da dimensão da validade.⁷¹ No universo jurídico medieval, o qual Grossi buscar resgatar, o papel do intérprete ganha vida para além das lentes positivistas, vez que ao intérprete é confiada a função de interpretar os valores da ordem jurídica fundamental, presentes na cotidianidade das

⁶⁸ Idem. Ibidem, p. 87-89.

⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 74.

⁷⁰ Idem. Ibidem, p. 224.

⁷¹ Idem. Ibidem, p. 210.

experiências complexas e diversificadas, contrapondo-se à atividade puramente lógica e sem liberdade ligada ao princípio da estrita legalidade advinda da propaganda jurídica burguesa.

De acordo com Grossi,⁷² o direito comum medieval se encarna e se identifica como *interpretatio*, sendo produzido pela ciência e dividido em dois momentos, o da validade e o da efetividade, representado pela construção doutrinal, de modo que não pode ser construída sem o texto a ser interpretado e o texto não pode ser considerado algo além de uma referência formal. Nesses termos, formalmente a *interpretatio* possui o texto e substancialmente os fatos, operando como mediadora entre estes e aquele. O direito comum como um grande fato da civilização medieval não pode ser compreendido como um sistema legislativo, vez que a autoridade formal das leis deve ser compreendida como matéria plástica, pautada em uma ciência jurídica que se distancia do texto quando necessário e se adequa às exigências do operador.

Nesse diapasão, o *ius commune* tinha como base uma lei única e substancial, qual seja, a do direito divino como ato de vontade suprema, sendo incontestável a sua positividade e sua autonomia potestativa. Entretanto as manifestações particulares se colocam como pressuposição dialética, não pretendendo negar tal ordem, mas sim integrá-la, o que constituiu o *ius* por excelência. Isso quer dizer que os costumes locais, os estatutos comunais, o direito feudal e mercantil se afirmam dentro do direito comum, não se identificando como ruptura da ordem unitária.

Pois bem, a Idade Média consistia em uma civilização plural, que tendia no nível filosófico-teológico ao universal, nesse período a ciência jurídica e política se inclinava para a macrocomunidade. O que, traduzido nas palavras de São Tomás, seria definido como *perfecta*, época na qual o todo orgânico se materializa a partir do bem comum. O verdadeiro protagonista nesse cenário não é o Imperador, mas o *populus*, compreendido na sua dimensão jurídica como comunidade organizada, materializando a unidade do povo como *universitas*.⁷³

Nesses termos, a macrocomunidade se torna encarnação do bem comum enquanto ordem e harmonia social frente aos particularismos e individualismo, que resulta em autonomia, *perfectio*, que sustenta toda a vida e a construção do social e do jurídico.⁷⁴

E, ao lado das manifestações particulares, convive um *ius commune* que, justamente

⁷² Idem. Ibidem, p. 278-279.

⁷³ Grossi analogicamente compara o *populus* medieval ao personagem do coro na tragédia grega. Cf: p. 243.

⁷⁴ GROSSI, Paolo. **Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval.** Tradução de Felipe Pante Leme de Campos. Revista Jurídica da Presidência. p. 37.

por ser fruto sapiencial de mestres cientistas tendo bases romanas e canônicas, pode somente ter uma projeção universal, pode somente levar nas muralhas fechadas da cidade ou no restrito âmbito de um vale campestre o *seu* respiro global, dando vida a uma singular experiência de harmonia entre forças e valores diferentes ou mesmos opostos.⁷⁵

O resultado o qual Grossi busca salientar é que, em um nível de ordem comunitária, o processo de individualização tendia a ser constantemente sepultado no seio da estrutura medieval, “de modo não diferente ao da formiga sem o seu formigueiro”,⁷⁶ e que, a partir do século XIV, com a fragmentação lenta e profunda do tecido ordenante medieval, com o surgimento de novas estruturas e visões antropológicas, o que chamamos de modernidade se fundamentou no processo de individualização, desvitalizando a ordem comunitária, na qual o indivíduo e o Estado se tornam os protagonistas no universo moderno.

Por fim, Grossi é enfático ao afirmar que a ordem medieval consiste em um mundo de autonomias, no qual a pluralidade de ordenamentos se transpassa para o monismo jurídico no âmbito de cada Estado, onde um conjunto de soberanias e direitos nacionais são fortemente regulados pelo princípio legislativo que consolidou a hierarquia das fontes jurídicas. O particularismo da modernidade se proliferou e gerou a ruptura com a unidade universal medieval, o que acabou por desembocar no pleno absolutismo jurídico e na sua solução no plano das fontes do direito privado, qual seja, o surgimento do Código, que visa regular de modo mais preciso a relação entre o Estado e seus súditos.

3.3 Pluralidade das Fontes: tecido de experiência jurídica a ser ordenado

Segundo Grossi,⁷⁷ a imobilidade textual do moderno desembocou no surgimento do Código, que possui presunção de controlar a dimensão jurídica, com características de fixação das mais minuciosas ossaduras, através de uma previsão analítica e artigos que enclausuram a realidade em um texto normativo. O sistema jurídico se torna fechado, no qual (1) o monismo jurídico, através de afirmações rígidas, faz desaparecer as velhas e tradicionais fontes do direito, como costumes, jurisprudências práticas e teóricas, e (2) a primazia da lei vertical desemboca

⁷⁵ GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do estado: entre medievo e idade moderna. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Revista Sequência PPGD UFSC, v. 35, n. 55, 2007, p. 26-27.

⁷⁶ GROSSI, Paolo. **Da sociedade de sociedades à insularidade do estado: entre medievo e idade moderna.** Tradução de Arno Dal Ri Junior. p. 12.

⁷⁷ GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico.** Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2005, p. 12.

em uma hierarquia desmedida, controlada por uma vontade do legislador, que será incontestável, vez que se torna onipresente e onisciente.

Demais disso, o Estado moderno de direito tratou de reduzir e unilateralizar o fenômeno jurídico através do monismo rígido no plano das fontes, da hierarquia das fontes como derivação lógica do princípio da estrita legalidade e da certeza do direito como um sistema de garantias para o cidadão abstrato, denunciando a construção do ordenamento sobre o tecido da experiência, que acaba por se distanciar do devir constante da sociedade, identificando-se, sobretudo, como a mensagem dos detentores do poder. Para Grossi, portanto, as fontes do direito não possuem correlação hierárquica, em que a superioridade da lei consiste em uma invenção moderna.

Grossi afirma que tal paisagem jurídica sublinhada pela modernidade que desembocou no absolutismo jurídico pertence ao passado e que cada vez mais está sendo atribuído ao legalismo um papel marginal em decorrência da mutabilidade e das transformações em nível continental e até mundial. Entretanto afirma que a sombra da propaganda iluminista continua a assombrar a consciência de muitos juristas que, obcecados pela produção legalista, têm como consequência letal um Parlamento surdo, lento e resistente às necessidades emergentes.

Grossi é incisivo ao se referir à função legislativa, apontando seus excessos quanto a suas origens em tutelar interesses partidários particulares ou quanto a leis tecnicamente malfeitas e obscuras, que já nascem mortas, que acabam por contribuir para o crescimento da crise advinda da desconfiança e ceticismo coletivo, que também possui o seu lado positivo, qual seja, o emergir de novas forças que tendem à integração e à substituição. Nesse sentido, Grossi apresenta a figura do juiz que, em certa medida, reafirma a teórica divisão dos poderes, na qual se pauta cotidianamente um “direito vivo”, contraponto ao direito positivado e ao legislativo textual, consolidando a praxe jurisprudencial.

O convite de Grossi se traduz na pergunta pelas novas chaves ou escolhas para encarar o direito para além da égide do Estado legalista, identificando o que realmente é essencial e fundante para o direito, sem lançar a responsabilidade para as outras áreas de conhecimento. Compreendê-lo enquanto história viva significa atentar-se para a complexidade do direito, que “aloja-se nas raízes de uma sociedade, uma vez que é vocacionado a ordená-la, não pode deixar de se manifestar”.

Para Grossi, o direito identificado como ordenamento observado é impregnado da matéria social a ser ordenada, de modo que o tecido social acaba por ser tornar tecido jurídico,

que, através de manifestações e experiências, constitui uma unidade não cindível. E, para que as manifestações jurídicas se transformem em direito, Grossi apresenta dois instrumentos essenciais, os costumes e a interpretação/aplicação.

Os costumes definidos como fontes do direito em civilizações primitivas ganham em Grossi uma função de encarnação do direito, vez que o costume é um fato humano, sendo insistentemente repetido e reconhecido pelo seu valor a ser preservado e observado. Segundo Grossi, o direito nasce não de um texto escrito, mas de um fato que se repete e de uma observância coletiva, e, portanto, é colocado como gênese do direito no seio da sociedade, vez que “o costume é a fonte que mais espelha o direito no seu estado de pureza originário”, entretanto não é capaz de ordenar a complexidade, vez que a sociedade tem necessidade de esquemas gerais ordenadores, não sendo suficiente uma rede de usos, o que levou a recondução consuetudinária a confiar na ciência jurídica.

A referência ao costume adverte que o pluralismo jurídico medieval mencionado no subtítulo anterior não é apenas um conjunto de culturas jurídicas, mas se materializa, conforme Grossi, através de um conjunto técnico de fontes de produção. Isso quer dizer que, para além da fonte dos detentores do poder, há outras fontes que são chamadas a ordenar e edificar a ordem medieval, como um conjunto de forças que espelham o direito em sua forma completa.⁷⁸

Em decorrência da sua factualidade e plasticidade, os costumes jamais renunciam a modificação e o movimento, de modo que as garantias genéricas e formais da rigidez são garantias incorporadas à lei do moderno, sendo a ordem consuetudinária medieval assistemática e, sobretudo, com perfeita aderência ao corpo social. De fato, a obra de Grossi sinaliza com bastante precisão que o costume é a mais objetiva das fontes, nasce das coisas e é a própria voz das coisas.⁷⁹

Para Saviny,⁸⁰ os costumes exprimem o espírito do povo, sendo definido como uma das mais indóceis fontes frente a um sistema unitário e centralizador, o que relegou irremediavelmente, com a redução do direito à lei, os costumes ao último degrau da escala hierárquica, papel que exerce ainda hoje. Contudo, Grossi afirma que nesse momento de crise das fontes oficiais, os costumes se revelam como relevantes para a projeção da praxe jurídica e aduz que, diferentemente da Constituição e da lei ordinária, que aguardam a

⁷⁸ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti, 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.67-68.

⁷⁹ Idem. Ibidem, p. 224.

⁸⁰ SAVINY apud GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 93

interpretação/aplicação para se tornarem experiência vivida, o costume, por não ser princípio, mas sim um fato vivido pela comunidade, possui dimensão dúplici, vez que a manifestação e a encarnação passam ser apenas uma coisa.

Em Grossi o costume é fonte oral e, após se tornar escrita, passa por um profundo processo de desnaturalização, vez que ele é escrito nas coisas e “muda continuamente sua pele como uma serpente.” Analisando a história jurídica, temos que o direito se aproximou e foi frequentemente imobilizado em um texto, sob dois aspectos: o fisiológico, cujo valor como ordenamento observado deve gozar de um grau de certeza que um texto escrito proporciona; e o patológico, que advém da apropriação do direito pelo poder político.

Grossi busca ressaltar que o direito enquanto ordem tendente a se tornar trama da vida apresenta graves problemas no momento de sua encarnação e/ou aplicação.

É especialmente a cristalização numa escritura com autoridade, num papel, que gera problemas, ou porque a norma está distante do tempo da aplicação, ou porque está espacialmente distante, ou porque os fatos são de alguma maneira profundamente diversos e resistem a se fazer disciplinar pela norma.⁸¹

Para Grossi dentro da visão potestativa do direito, o comando é fruto da vontade do superior, que restringe o ato à vontade imperativa, independente do discernimento do seu conteúdo. Nessa perspectiva, o direito se torna completo no momento em que a autoridade dele se separa, de modo que o papel da interpretação/aplicação atribuído ao interprete é reduzido, tendo uma posição substancialmente passiva, de modo que a legitimação está no sujeito titular do comando, de modo que tal vontade foi depositada no texto autoritário:

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 inelástico de tal modo a impedir as repercussões das turbulências externas.⁸²

Em linhas gerais, Grossi demonstra que o Estado não é capaz de exaurir a complexidade da realidade, que, por sua vez, possui raízes profundas nos costumes. Dissertando sobre a pluralidade de ordenamentos jurídicos e sobre o universo político-jurídico sem a presença do Estado, em toda a Idade Média e nos primeiros tempos do absolutismo moderno, antes da

⁸¹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96.

⁸² GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2005, p. 11.

Revolução de 1789, Grossi demonstra que o Estado não é o único produtor do direito e que existem comunidades que se auto-ordenam, que possuem regras, códigos pautados em determinados valores. Nesse sentido, Grossi ressalta o caráter autêntico desses ordenamentos jurídicos plurais, que não são dominados pela “sombra estorvante do Estado”.

Salienta-se, portanto, que a reflexão de Grossi como identificação do direito enquanto ordenamento jurídico tem sua vocação no seio da pluralidade e não na cristalização do fenômeno jurídico no Estado, tendo como consequência o importante resgate do direito, a fim de livrá-lo do monismo totalizante presente na entidade estatal. Ou seja, o estatalismo que perdurou durante toda a modernidade perdura, inclusive, após o fim do absolutismo político, e convive harmonicamente com o atual liberalismo econômico.

Para Grossi urge adquirir plena consciência da historicidade e relatividade de um ideário jurídico, ainda mais quando o monopólio do Estado fragmenta outras fontes produtoras, mesmo que paralelamente às mudanças socioeconômicas, particularmente no campo do direito privado, estejam desmanchando a visão potestativa do direito, de modo que o apelo frequente a um “paleolítico jurídico” se torna cada vez mais inadequado e insuficiente, já que os tão respeitados e inutilizáveis textos legislativos apenas aceleram o progressivo esvaziamento da legalidade e da soberania estatal.

Uma diferenciação importante cunhada por Grossi acerca das cifras inglesas universalmente conhecidas como *civil law* e *common law* é que as críticas desenhadas nessas páginas são direcionadas à cultura do *civil law*, que diz respeito aos países europeus continentais onde os efeitos da Revolução Francesa foram incisivos. De acordo com Grossi a cultura do *common law*, predominantemente advinda da Inglaterra e de suas colônias, possui traços distintos da cultura continental. Grossi esclarece que no *common law* inglês bate um coração medieval, já que a produção do direito foi confiada à ordem dos juristas, através de um concreto e constante empirismo, o que desembocou na primazia do direito enquanto aplicação, sendo o juiz invariavelmente imerso na carnalidade da experiência social.

Grossi diz que a pluralidade das fontes e o modesto papel da lei na Grã-Bretanha podem ser atribuídos à presença histórica de clérigos em várias cortes judicantes, de modo que o direito canônico em sua visão de equidade perdurou até a ruptura de Henrique VIII, no final do século XVI. Segundo Grossi, somente após a segunda guerra mundial, com a formação do Estado social inglês, com a criação da legislação trabalhista, que o papel da lei passou a ser significativamente forte. Entretanto o direito não passou essencialmente pelo processo de

codificação, permanecendo até os dias de hoje, a desconfiança quanto à imobilização e cristalização da lei em um pedaço de papel, o que explica o fato de o Reino Unido não possuir códigos e nem ao menos uma Constituição escrita.

Grossi delimita que tais transformações ocorreram na Europa continental e no ápice da Idade Moderna, ocasião em que a burguesia identificou no direito uma forte estratégia para um exercício completo do poder. Nesses termos, Grossi justifica a veracidade de tais afirmações citando as eras que precederam a Moderna, quais sejam, a medieval e a pós-medieval, nas quais o fenômeno jurídico estaria mais associado a uma visão pluralista das fontes do direito, provenientes de uma dimensão consuetudinária, desenhada pela prática do *common law*.

O que Grossi busca ressaltar é que o dinamismo do fenômeno jurídico não pode ser encerrado em um texto de lei, de modo que o que o jurista deve combater é o processo de inércia que, mesmo aparentemente indicando movimento com a produção das leis, em nada resulta, a não ser a redução da juridicidade em um texto de papel, reduzindo uma “constituição” ou uma “lei” àquele texto.

Nesse sentido, a sua proposta é clara:

Acredito ser necessário, perante essa realidade alarmante, repensar o sistema formal das fontes, também para torná-lo mais consoante ao projeto e ao desenho da nossa carta constitucional; e repensar principalmente o papel da lei, que me parece, possa ser o de fornecer algumas molduras relevantes para o desenvolvimento da vida jurídica.⁸³

E nesse sentido o professor italiano complementa:

Não seria hora de parar de repetir para nós e nossos alunos a fábula proibida da hierarquia de fontes e o culto acrítico da lei? Não seria hora de reexaminar o papel da ciência jurídica? Não seria hora de reexaminar a importância do papel do juiz? É arriscado repetir (mesmo que apenas em um hipócrita plano formal) velhos contos de fadas, quando a sociedade pós-moderna os deixa de lado, dando à ciência e à prática o papel substancial que cabe aos mecanismos reais da ordem jurídica.⁸⁴

De seu lado, Grossi sinaliza que talvez tenha chegado a hora de rever o problema das fontes do direito que fazem emergir um processo contínuo de privatização da produção do direito e questiona que talvez tenha chegado o momento de se libertar do “decrépito esquema

⁸³ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.145.

⁸⁴ GROSSI, Paolo. **Unidade jurídica europeia: uma idade média no futuro próximo?** In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 31, p. 39-57, 2002. Tradução de Karen Bissani. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó, Chapecó, v. 2, n. 3, [s.p.], p. 17, 2019.

da hierarquia das fontes.” Tais indagações, de acordo com Grossi, originam-se dos fenômenos históricos e propõe, provocativamente, a reflexão sobre o direito como historicidade, definindo-o como ordenamento observável e fruto da tradição de valores históricos, situando-o como relação entre pessoas e inerente à humanidade.

Para Grossi o direito fisiologicamente não é apenas um conjunto de formas que limitam o devir social, nem apenas um conjunto de regras autoritárias que servem para manter o poder constituído, mas possui um significado essencialmente ontológico. Assim, o direito se manifesta através de um universo de sinais que se constituem nos inúmeros institutos da organização e do fluxo jurídico, de um enorme universo submerso de valores históricos, para além da invenção técnica que é chamada a regular de maneira formal o devir social.

Segundo a cognição de Hespanha, as reflexões críticas de Grossi quanto “à diversidade de ordens jurídicas e à vitalidade das fontes costumeiras na sociedade europeia medieval”, são valiosas, de modo que a modernidade jurídica, “significou, em grande medida, a perda dessa riqueza plural em nome de um modelo monista e estatal do direito”⁸⁵ e complementa enfaticamente que “Grossi é uma referência incontornável quando se fala da ressignificação do direito medieval e da crítica ao formalismo jurídico moderno, apontando a importância das normas costumeiras e da multiplicidade das fontes do direito”⁸⁶

Nesse contexto, de acordo com Neves, o pluralismo jurídico desafia a concepção estatal do direito, revelando que o direito pode ser gerado em múltiplos espaços sociais e que a ideia de hierarquia única das normas advinda da unidade estatal do direito é desafiada pelo pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico reconhece a coexistência de várias ordens jurídicas em uma sociedade, contrariando a visão tradicional do direito que o entende como monopólio do Estado. Esse fenômeno jurídico reflete a realidade de uma pluralidade de fontes normativas que emergem de diferentes esferas sociais, sendo muitas vezes ignoradas ou reprimidas pelo direito oficial.⁸⁷

O problema é que na visão de Neves, “a metáfora da hidra ilustra a multiplicidade de cabeças jurídicas que o Estado tenta dominar, mas que continuam a emergir de diferentes

⁸⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Coimbra, Almedina, 2002, p. 138.

⁸⁶ Idem. Ibidem, p. 145.

⁸⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Pluralismo Jurídico, Constituição e Desconstituição**. São Paulo: Boitempo, 1994, p. 45.

setores sociais,” de modo que a tentativa frustrada “do direito estatal ao tentar cortar essas cabeças”,⁸⁸ e ao desconsiderar a legitimidade dessas ordens normativas, apenas o enfraquece.

Defendendo a dimensão histórica e social do direito, Grossi aponta significativos caminhos para alcançar a adequada compreensão da pluralidade das fontes jurídicas, nas quais o seu convite reflete e se traduz no âmbito do direito como esforço em repensar o fenômeno jurídico, exigindo renúncia à estrutura jurídica-estatal. Não abrindo mão da legalidade, Grossi afirma que cabe ao jurista atento não desprezar a positividade da gramática técnica que lhe é valiosa como instrumento de conhecimento, entretanto, sinaliza que tal gramática, antes de ser escrita nos Códigos, “está escrita na carne dos homens, e por isso é necessariamente sinal de tempos e de lugares, voz de uma sociedade e de uma cultura, filtro de uma experiência viva a ser ordenada.”⁸⁹

Como em um ato de coragem, Grossi nos possibilita refletir, por exemplo, sobre o deslocamento do princípio da segurança jurídica para o platô da incerteza, almejando encontrar mobilidade e organicidade, sem minar a estrutura com fundamentos e discursos anárquicos. Grossi não propõe a dissolução desses institutos definidos como aparatos de poder, entretanto, reconhece os danos graves causados pelo triunfo do absolutamente público sobre o privado, com o monopólio do político sobre a dimensão da vida social. Adicionalmente, reconhece que o controle social exige o primado da lei e um rigoroso princípio da legalidade, contudo ressalta que devem ser acompanhados pelas formas espontâneas de organização jurídica, como a manifestação consuetudinária, que tanto regulou as relações cotidianas dos cidadãos na esfera privada.

A partir dessa nova forma de enxergar e de problematizar a contemporaneidade, sobretudo, considerando o fenômeno da globalização jurídica que será abordado adiante, pode-se possibilitar a abertura de novos canais de produção de direito, vez que, devido à incapacidade de ordenar juridicamente a sociedade civil, a lei ordinária encontra-se em crise, especificamente considerando as mudanças socioeconômicas do presente e do futuro.

⁸⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Pluralismo Jurídico, Constituição e Desconstituição**. São Paulo: Boitempo, 1994, p. 63.

⁸⁹ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 27.

3.4 Bases Antiformalistas de Santi Romano: a crise do Estado Moderno

A obra do jurista italiano Santi Romano (1875-1947)⁹⁰ influenciou positivamente o pensamento jurídico grossiano, tendo em vista que Romano propõe uma concepção antiformalista para a compreensão dos conceitos de direito e de Estado, que se dá através de uma renovação metodológica que faz com que o jurista liberte o direito da sombra dominante do Estado, definido como um aparato de poder e como o único produtor do direito. Em contrapartida ao monismo moderno, Romano propõe uma visão pluralista do fenômeno jurídico a partir da civilização medieval, que convivia em um mesmo território com a pluralidade de ordenamentos jurídicos, com uma imensa matriz do direito sapiencial.

A conclusão libertadora da abordagem romaniana pauta-se na existência da pluralidade de ordenamentos jurídicos coexistentes e covigentes, que oferecem a concepção da experiência jurídica no âmbito da civilização como complexa e plural, dentro de uma dialética entre o universal e o particular que fornece soluções a partir de um porvir histórico. Assim, a perspectiva da teoria jurídica antiformalista de Romano, que identifica a instantaneidade do direito moderno, que, por meio de seus estatutos universais, engendrou o direito enquanto norma limitado a um texto escrito codificado, entendido como um aglomerado de legislação de um único ordenamento, simultaneamente rompe com a concepção do direito identificado tão somente enquanto normas jurídicas e amplia a compreensão do direito e do fenômeno jurídico em um cenário pluriordenamental.

De acordo com Grossi, a obra *O Ordenamento Jurídico* de Romano datada de 1917/18, assinala a crise do Estado moderno, identificando a simplicidade burguesa da paisagem geométrica formal e a complexidade a qual o jurista deve enfrentar. O que Grossi quer dizer é que o mérito fundamental de Romano consiste na redescoberta da complexidade do universo jurídico aprisionado pela modernidade em uma clara linguagem do direito positivo, que, a partir do século XX, passou a apresentar suas rachaduras.⁹¹

Na concepção de Grossi a realidade sociojurídica começa a “derreter como neve ao sol”

⁹⁰ Definido por Paolo Grossi como pesquisador, docente e refundador do direito público positivo italiano, que sempre refutou as nuvens do jusnaturalismo e a areia movediça da sociologia, permanecendo sempre dentro das fronteiras do direito positivo. Cf: GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 110.

⁹¹ Termo que Grossi entende como adequado, já que o Estado e sua projeção jurídica passaram a rachar, apresentando infiltrações.

em virtude da complexidade da civilização moderna para além dos pilares do Estado e indivíduo ilustradas no Código Civil, de modo que a realidade burguesa não suporta o choque de tantas novidades, quais sejam, as novas coletividades, as lutas sociais, o desenvolvimento das civilizações e técnicas industriais, configurando em um divórcio entre as realidades pintadas pela elite burguesa e a consciência da realidade de fato. A referida diversidade gerou crises na realidade até então considerada como linear, democrática e liberal, revelando a substancial violência repressiva e a tomada de consciência da complexidade do universo jurídico.

Como um dos principais valores de *O Ordenamento Jurídico*,⁹² de Romano, Grossi elege como o mais importante a denúncia cunhada por ele acerca da crise do Estado moderno, delineando a desvinculação entre o Estado e o direito, teorizando o vínculo do direito com a globalidade social. Grossi acrescenta: “A simplicidade da paisagem liberal-burguesa (que fique claro: uma simplicidade que era simplismo) se esfumaça, o Estado perde no direito a sua sombra perfeita e também a sua couraça protetora.”⁹³

Na tentativa de compreender essa crise que se manifesta até os dias de hoje, impedindo-nos de aprofundar na dimensão jurídica, Grossi, pautado nas contribuições de Romano, aponta que a atividade legislativa do Estado ficou cada vez mais densa, buscando fazer frente ao desenvolvimento socioeconômico, realçando ainda mais a sua incapacidade através de seus instrumentos legislativos. Portanto o Estado enquanto produtor de direito acabou por multiplicar e sobrepor os estratos da legalidade, provocando incompreensão entre o poder político e o social. Para agravar ainda mais o cenário do século XX, Grossi aponta o surgimento da Constituição e das legislações e estruturas internacionais.

A denúncia da crise do Estado moderno cunhada por Romano⁹⁴ consiste em identificar as linhas simplicistas edificadas sob o edifício político-jurídico construídas pelo Iluminismo, que reduziram a complexidade da organização social, tratando com indiferença o movimento e proliferação das coletividades antagônicas ao aparelho estatal. Nesses termos, a voz romaniana é retomada por Grossi, vez que auxilia na tentativa de recuperação da complexidade do ordenamento jurídico, aqui diferenciado do ordenamento estatal, a fim de delinear a concepção de Romano do direito enquanto emanção do social.

No coração de tudo isso está, na nossa opinião, uma mensagem fundamental: a recuperação da complexidade do universo jurídico, **com exigência de rever na sua**

⁹² ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

⁹³ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 58.

⁹⁴ ROMANO, Santi. **Lo Stati moderno e la sua crisi**. Saggi di diritto costituzionale. Milano: Guiuffrè. 1969.

essência a relação entre sociedade, direito e Estado, de liberá-lo daquela rigidez histórica representada pelo legalismo burguês, com a emersão de um direito que, ao lado da sua dimensão postestativa, recupera uma fundamental dimensão ordenante.⁹⁵ (grifo nosso)

Para Romano, antes de mais nada, “defende-se o direito para além de uma estrutura textual legislada, que é antes de mais nada impessoal e superior, anterior a qualquer vontade dos indivíduos ou ente estatal, sendo antes de tudo instalação e organização de um ente social.”⁹⁶ Nesse sentido, a representação política do direito presente na ordem jurídica burguesa do Estado moderno, pautada em fórmulas e artifícios, para Romano, se apresenta conforme indicado por Grossi como “consistência de dogmas”, desembocando na visão crítica do “falso dogma da onipotência parlamentar.”⁹⁷

A tentativa de Romano naqueles primeiros anos do século XX era não afugentar a ordem viva jurídico-social nos braços sufocantes da estratégia legalista do Estado. A abertura para o mundo dos fatos e a redescoberta da normatividade intrínseca à factualidade possibilitaram a reflexão do jurídico para além das fronteiras do Estado, de modo que as formalizações do legislador no âmbito da licitude e da validade são ulteriores à da efetividade presente no mundo dos usos e costumes, sendo a norma apenas uma das manifestações do jurídico.

Nesse contexto, perpassando pelo conceito de institucionalismo já sabiamente abordado por Romano, Grossi sinaliza a necessidade de compreensão do processo de institucionalização de um conhecimento proveniente de uma tradição imemorable de leis, sentenças de juízes e reflexões de mestres oriundas da sapiência medieval, que foram pelo legislador codificadas em institutos teóricos, mas que já se encontravam na praxe social e que por si só possuíam eficácia vinculante, isto é, normatividade. Diante de tal constatação, torna-se pertinente compreender a dimensão institucional do direito, do ordenamento jurídico como um complexo de instituições,⁹⁸ instituição aqui compreendida como vocação pluralista e, ao contrário da regra, não é abstrata, já que a instituição está no seio da ordem jurídica, é experiência, porque está imersa na vida social.

⁹⁵ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 117.

⁹⁶ ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 95.

⁹⁷ ROMANO apud GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 115.

⁹⁸ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 89.

Nesse diapasão, na perspectiva antiformalista de Romano não há ligação ontológica entre o direito e a sanção, já que a última é entendida como contorno estranho ao fenômeno jurídico, acabando por ser um mero comando de obediência, sendo que a existência do fenômeno jurídico independente de um preceito legal, vez que o direito é muito mais do que a norma. Portanto acaba o Estado por ser descoroadado, vez que a tão preciosa e venerada lei em eras precedentes hoje se encontra sem a coroa e em pedaços.⁹⁹ A mensagem passada por Grossi, através da releitura de Romano, não se propõe ser anarquizante, mas sim uma mensagem pluralista, que busca compreender as manifestações jurídicas caracterizadas através de uma diversidade substancial.

As valiosas contribuições antiformalistas de Romano possibilitam compreender o direito para além do abraço sufocante do Estado, de modo a vincular o fenômeno jurídico como fato global social, considerando todas as suas manifestações. Segundo Grossi, a palavra “ordenamento” utilizada como termo centro no título de Romano possui um significado metodológico, indicando que, para compreender a complexa abordagem do fenômeno jurídico, o jurista necessitará mudar o seu ângulo de observação. Portanto, em um momento de crise das fontes jurídicas como o atual, não deve o jovem jurista temer o novo, é chegada a hora de apresentar novas possibilidades para preencher e enxergar o vazio, ou seja, uma nova forma de operar o direito ou de encontrar maneiras para o preenchimento das lacunas.

A visão ordenamental pretendeu mudar a posição do eixo do direito do titular do comando à sociedade. E o direito retorna a assumir a sociedade como sua referência primária. Se em uma civilização – como aquela moderna e pós-moderna – é inevitável o protagonismo (que também é benéfico) do Estado com a prevalência de regras jurídicas que deste provém, é de uma enorme relevância ter descentralizado a produção jurídica do monopólio do aparelho estatal, porque isso permite a reafirmação um novo pluralismo jurídico.¹⁰⁰

A partir das bases romanianas, torna-se possível repensar o fundamento do direito para além da técnica e do Estado, possibilitando a construção de novas chaves de interpretação e de produção do direito. Utilizando-se das visões pluralistas históricas, como a de Romano e Grossi, é possível a descriptação da linearidade sistema, com o objetivo de identificar as armadilhas da legalidade dentro de uma lógica procedimental e instrumental, que esteja, sobretudo, comprometida com a mudança através de novos protocolos técnicos com novas modelagens.

⁹⁹ Idem. Ibidem, p 28-29.

¹⁰⁰ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 119.

Objetivando chegar ao cerne do problema para ensaiar a solução, Romano e Grossi possibilitam uma reflexão para além da narrativa kantiana de ideias reguladoras, que, se transposta para a área jurídica, enclausura e neutraliza o exercício de expansão para a compreensão do direito enquanto fenômeno no mundo. A ordem binária do lícito e ilícito como fruto da narrativa técnica e institucional do direito moderno apenas evidencia a arquitetura disfuncional da normatividade como reprodução de dogmas científicos, pautados no artificioso argumento da autoridade.

Nesses termos, a crítica central de Romano, e posteriormente de Grossi, acaba por perpassar pela encriptação do direito ancorado no princípio da legalidade estatal, pautado em uma lógica binária, na qual o próprio código fundamenta a pretensão de reconhecimento de cientificidade do direito, separando as condutas lícitas das ilícitas. O olhar dogmático presente na estruturação do conhecimento jurídico-político-estatal acaba por desqualificar a referida discussão para afirmar uma única forma de leitura e interpretação do texto normativo, impossibilitando enxergar os vazios das premissas, ficando o refratário mais limitado em termos de possibilidades, ocasião em que a estrutura do edifício começa a balançar e apresentar rachaduras.

Para o atual momento de tensão, faz-se importante a reflexão do processo histórico que desembocou em tais realidades, como em um movimento de abandono da negação e de abertura para o diálogo, buscando enxergar novas formas e significados que preenchem o vazio deixado pelo texto legal, que, fundamentados em simulacros convocados dentro do próprio direito, impedem a escuta e o pensamento argumentativo. Para o ajuste do sistema e para uma efetiva abertura sobre a questão da funcionalidade social do direito, faz-se necessário considerar novas fontes, para além do modelo técnico constitucional pelo qual somos formados. Portanto a tentativa de reprogramação antinormativista possibilita repensar o percurso do jurídico através do questionamento e da argumentação histórico-reflexiva, considerando sobretudo, a experiência histórica e sabedoria e/ou sapiência popular, como novas fontes de operar e produzir o direito.

3.5 O Papel do Historiador do Direito: um resgate para o direito

A visão do fenômeno jurídico no âmbito do Estado moderno de direito é insuficiente, unilateral e se traduz na construção de um ordenamento que macula o tecido da experiência.

Assim, o apelo epistemológico e metodológico grossiano pauta-se na ampliação e compreensão do fenômeno jurídico, que corre o eminente risco de sofrer um afastamento substancial da realidade social que lhe deu origem, se continuar sendo identificado através das lentes do estatualismo jurídico.

O jurista se apegou tanto à observância dos procedimentos que se esqueceu de valorar o conteúdo, para ele apenas os critérios de validade procedimentais importavam, de modo que Grossi citando Natalino Irti em *Nichilismo e metodo giuridico*, demonstra que o esvaziamento do Estado acaba por desembocar em uma abertura pessimista e niilista, vez que a verdade do direito não pode ser reduzida a um texto autoritário de papel.

[...] as normas vieram do exclusivo e total domínio da vontade humana, ao par de qualquer bem de mercado, são produzidas: vem 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.¹⁰¹

Paradoxalmente complementa Grossi que “o formalismo legalista aparecia em toda a sua dramaticidade como uma escolha suicida,” de modo que é preciso bom senso para direcionar o olhar para além das estruturas do direito formal e não se contentar com a limitação do fenômeno jurídico como manifestação de formas e normas, é necessário buscar as raízes profundas que estão nos estratos dos valores.

Grossi é enfático ao afirmar que a verdade do direito não pode estar presa nos textos normativos, vez que a verdade está na macro e micro-história que o direito ordena, de modo que o direito se renova e se diversifica, porque é sempre portador de verdades que emergem no devir do horizonte social. Cabendo ao historiador recordar que o texto não passa de uma representação artificiosa de parte da realidade, é necessário um mergulho para poder apreciar o fenômeno jurídico. Sobretudo na constituição jurídica medieval, o atual historiador do direito, segundo Grossi, tem por tarefa inicial “a submissão a um verdadeiro banho de purificação interior, sob pena de deturpação histórica e de um resultado interpretativo danoso”, correndo o eminente risco de realizar um trabalho superficial e não verídico.¹⁰²

Antes disso, na perspectiva de Grossi, o historiador do direito deveria se recusar a ser identificado como um mero catalogador de datas, dados e fatos, sob pena de viver uma pseudo-

¹⁰¹ IRTI, Natalino apud GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2005, p. 21.

¹⁰² GROSSI, Paolo. **Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval**. Tradução de Felipe Pante Leme de Campos. Revista Jurídica da Presidência. p. 24.

história, de modo que esse amontoado de datas tende somente a soterrar a atitude filosófica e pesquisadora própria do historiador. Nesse contraponto, Grossi atribui ao historiador do direito a capacidade de mostrar ao homem do povo um horizonte mais razoável, alertando quanto ao fato da redução do direito à lei e suas consequências para a manutenção e identificação de um aparato autoritário, fruto de escolhas políticas que ignoraram o processo histórico do fenômeno e ordenamento jurídico.

O historiador, que por profissão é um relativizador, e, conseqüentemente, um desmistificador, sente-se no dever de advertir o jurista que um nó como esse pode e deve ser desfeito, e que seu olhar deve ser liberado da lente vinculante colocada diante de seus olhos por duzentos anos de habilíssima propaganda.¹⁰³

Para Grossi, o papel do historiador do direito junto ao operador do direito positivo é o de servir como instância crítica, relativizando as certezas consideradas absolutas e trazendo mais complexidade às questões que parecem simples e já definidas. Ao historiador do direito cabe chamar a atenção do jurista atual para a dimensão sapiencial do direito, especificamente em culturas diversas nas quais se consolidou o direito moderno.

Nesses termos, segundo Grossi a tarefa de identificação da complexidade do universo jurídico, deve ser direcionada ao historiador, vez que “é ele, de fato, quem se insere na vida em toda a sua integridade, quem está voltado a não se isolar, mas a captar nexos, implicações, raízes.”¹⁰⁴ O historiador do direito tem o dever de demonstrar que o que nos parece ser natural e, todavia, historicamente relativo, isto é, o que parece ser próprio da natureza do direito é apenas fruto de uma transformação histórica em um determinado espaço geográfico. Com isso, o historiador do direito deve considerar a complexidade de cada época histórica e desconfiar dos simplismos e da linearidade presente no teorema político-jurídico, atuando com olhar crítico sob o jurista operador do direito positivo.

Durante a conferência *Além das Mitologias Jurídicas da Modernidade*, ministrada por Grossi, posteriormente publicada como um capítulo da obra *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, o autor sinaliza que sua proposta é a de possibilitar ao historiador do direito enxergar além das mitologias jurídicas construídas por filósofos, juristas e cientistas políticos, com o objetivo de realizar um exame crítico da fortaleza de crenças criadas pelos modernos após a propaganda iluminista e pós-iluminista, já que a inserção do direito no projeto jurídico

¹⁰³ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 12.

¹⁰⁴ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 6.

liberal o instrumentalizou a ponto de comprometer sua autonomia, impedindo os seus nexos naturais com a sociedade.

Indo adiante, Grossi aponta que o historiador do direito é, dentro os juristas, o que mais se incomoda com a redução da complexidade e vivacidade da história que foi enclausurada pelas mitologias jurídicas modernas:

Habitado a colher o nascimento do direito na incandescência das forças sociais, culturais e econômicas, previne para o forte risco que se acena cada vez mais, qual seja o de uma separação das vestes jurídicas do fluxo histórico, tendo como resultado a sua redução a uma casca ressecada, separada da linfa vital subjacente.¹⁰⁵

O resgate necessário para o direito proposto por Grossi implica na libertação da cultura e da psicologia estatalista e postestativa do direito, pressupondo a relação intrínseca do direito com a sociedade, o que exige bom senso para compreender o direito para além de sua manifestação de formas e normas. Buscando aguçar o olhar crítico, por meio de uma compreensão historiográfica do fenômeno jurídico, através do método comparativo, o historiador do direito deve fazer conexões e comparações, na tentativa de desmistificar o presente e garantir que análises críticas do passado, estimulem mudanças na ordem vigente e auxilie na construção do futuro.

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.¹⁰⁶ (grifo nosso)

Partindo da conclusão de que a visão potestativa do direito em sua relação com o poder político é historicamente relativa e de que o direito em sua essência é muito mais do que um instrumento de poder, Grossi propõe um resgate para o direito, afirmando ser necessário o enrobustecimento da consciência crítica dos juristas, para que a eles, através de um banho epistemológico, seja possível o deslocamento do pântano e da sonolenta e acomodada preguiça.

Com efeito, a presença crítica do historiador do direito relaciona-se com a perspectiva epistemológica da relativização de valores transmitidos pelo direito continental europeu, identificados como contornos quase eternos, e que, a bem da verdade, são valores alternativos

¹⁰⁵ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5.

¹⁰⁶ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 23.

e até contrários se comparados ao planeta jurídico do *common law*. Construindo referências às experiências jurídicas do direito romano e do *ius commune* medieval, Grossi diz que a tarefa histórica de relativização do fenômeno jurídico possibilita ao historiador do direito, estando ao lado do operador do direito positivo, o fortalecimento de uma discussão de cunho dialético, livre do ceticismo, a fim de oferecer contribuições relevantes ao processo de desmistificação oriunda da simplificação extrema do direito frente à sua complexidade.

A proposta libertadora à qual se propõe Grossi consiste em se livrar do esquema ordenador oriundo do Estado moderno como entidade compacta que absolutiza as articulações do fenômeno jurídico com a sociedade e que ramifica o direito a ponto de esquecer da unidade da ciência jurídica. Mediante tal constatação, Grossi propõe que o historiador do direito recupere a percepção de tal unidade pautado na história da vida como feito global e unitário, considerando a sua indubitável complexidade.

Ao historiador sempre serão repugnantes isolamentos e compartimentos, porque a vida, a vida jurídica de um momento histórico determinado, revela-se antes de tudo como um emaranhado intrincado de relações e correlações. Múltiplas e diversas manifestam-se também as dimensões de uma experiência jurídica, mas precisamente como manifestações diferentes e particularizadas que aprofundam suas raízes em uma sólida substância unitária.¹⁰⁷

Fica claro para o leitor que tal abordagem é oposta àquela da modernidade da Europa continental, que através do controle condensa, formaliza e separa o *jus* e o *facto*, conferindo o fenômeno jurídico aos detentores do poder, através de uma vontade geral, que é definida por uma estrutura simples denominada Estado moderno, com vestes do assim chamado Estado democrático-parlamentar. Grossi assinala que o lugar do direito é no seio da sociedade, porque é definido como “uma dimensão insuprimível com a qual a sociedade vive a sua história” e como dimensão ordenadora propõe um certo tipo de salvação histórica da sociedade. Isso quer dizer que a onticidade do direito relaciona-se com a dimensão sapiencial e necessariamente com a fisiologia social, de modo que o formalismo legalista, fundado em uma dimensão formal que apartou os fatos da lei, transformou o jurídico em um recinto fechado, onde o intérprete e a lei se tornaram os únicos apropriadores dos fatos.

A partir da releitura histórica grossiana torna-se possível tentar uma construção mais aberta para a teoria crítica do direito, para além dos microssistemas e modelos técnicos e teóricos, abrindo possibilidades para a problematização dos modelos técnicos e representativos

¹⁰⁷ Idem. Ibidem, p. 10.

de justiça na perspectiva do direito enquanto ciência e instituição – caracterizada pelas tradicionais direções da jusfilosofia como categorias transcendentais, universais e dogmáticas –, de modo a possibilitar uma profunda reflexão acerca da experiência e do fenômeno jurídico.

Faz-se importante frisar o elemento de respeito à legalidade e à Constituição presente na filosofia de Grossi, vez que também estão imersas na realidade. Nesse diapasão, o jurista italiano aduz:

O mister do jurista não será fácil no futuro próximo, mas deverá ser encarado com uma carga interior de esperança e confiança, próprias daquele que sabe ter reconquistado um papel central na sociedade. Daquele insubstituível ordenador que é o jurista se haverá muita necessidade no futuro. Com uma condição, porém: que ele deponha as vestes servil exegeta de um texto legislativo tomado como texto sacro e sinta-se realizador daquela história viva que é o direito.¹⁰⁸

Não obstante, o castelo jurídico da modernidade nos aparece, segundo Grossi, como um castelo de areia ou como construções de barro, que são lentamente erodidas pela chuva. O resultado do triunfo da política no aparato potestativo do Estado, resultou no desaparecimento do espontâneo exercício político do homem social, no qual houve uma forçada contração deste para dar lugar a um estatalismo exasperado em um espaço geográfico, que resultou na própria fragmentação dos territórios definidos segundo as projeções de poder.

Na concepção grossiana, o castelo de formas pautado no princípio da validade é inadequado, vez que o mundo inteiro corre em uma direção que não é mais a do monismo jurídico, valorizando sempre mais o princípio da efetividade e a sua incisividade no social. Efetividade compreendida como realidade heterogênea, plural e complexa, enquanto o reino da validade é unitário e compacto, sendo incapaz de deter a abertura substancialmente pluralista determinada pelas suas próprias forças interiores.

A estratégia burguesa triunfante que transformou o direito em um corpo estranho, não só para o homem comum, mas para toda sociedade, instrumentalizando a dimensão jurídica, requer a iminente tarefa de um resgate para o direito, em que se faz necessário enxergar o direito para além de lentes deformativas, a fim de reencontrar uma dimensão mais objetiva do fenômeno jurídico, a começar por uma formação educacional menos técnica e profissional dos estudos jurídicos, na qual o historiador do direito como jurista de identidade possui um ângulo

¹⁰⁸ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

peculiar de observação, capaz de relativizar o presente e apresentar dialeticamente relações com outros momentos históricos.

A proposta grossiana consiste em um salvamento cultural triplo: “[...] a favor, antes de tudo, da ciência jurídica e, mais especificamente, tanto do historiador do direito como do analista do direito positivo, resgatados ambos do exílio sombrio em que possa confiná-los, em um caso a erudição, e no outro, a exegese normativa.”¹⁰⁹

Através da abertura e disponibilidade para experiências e movimentos evolutivos, em um processo de dissolução do absolutismo jurídico moderno, é que o historiador do direito se constitui, de acordo com a obra grossiana, a figura mais preparada para o futuro, vez que é completo de um patrimônio histórico do passado e detém um olhar penetrante para além das vestes da exegese legislativa, capaz de superar e compreender os desafios impostos pela contemporaneidade jurídica.

4 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E O ANTINORMATIVISMO JURÍDICO

4.1 Os fundamentos do pensamento jurídico sob a perspectiva antinormativista

A filosofia como a mãe de todas as ciências, estuda as primeiras causas e os últimos princípios de todas as coisas. Na investigação pela *arché*, as obras de importantes pensadores do século XX podem ser traduzidas como abertura e possibilidade para novas chaves de compreensão, distanciando-se das pretensões pragmáticas próprias do saber científico, o que, sem dúvida, se constitui como crítica ao conhecimento e aos métodos científicos. No campo da filosofia do direito, a questão ganha relevância, tendo em vista que o direito, porquanto ciência, recebe um tratamento pretensamente positivo e objetivo, segundo a qual a práxis do direito romano já indicava a direção científica do direito, marcadamente racionalista, através de método, objeto e linguagem própria.

Não obstante, o problema primordial da filosofia do direito, qual seja, a investigação acerca de seu conceito e fundamento, fora pensado de forma inadequada sob a ótica do positivismo jurídico, e, por conseguinte, o que se propõe-se através da presente reflexão é estabelecer relações frutíferas entre o direito e o antinormativismo de Grossi, para que seja

¹⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 14.

possível repensar o direito em sua função social, a partir da superação dos paradigmas abstratos e da elaboração de uma perspectiva do direito próxima à facticidade.

O jurista que reflete acerca do fenômeno jurídico não poderá aceitar juízos prontos e acabados, devendo ir além da coerência lógico-racional normativa, optando pela livre busca do fundamento como liberdade para o ato fundar. Contudo a ciência jurídica estabelece verdades absolutas através de dogmas que impossibilitam um pensar originário, afinal as normas já estão dadas através de moldes institucionais, hierárquicos e tradicionais. É mister afirmar, portanto, a efetiva influência das ciências modernas no campo do direito, já que o objeto deste é o direito positivo, aquele dado e estabelecido, entretanto, esse direito dado está lançado no mundo, de maneira que se pode afirmar que o direito se situa no mundo, ou seja, o direito está no mundo como as coisas estão no mundo:

Se o direito é vocacionado a ordenar a história humana, é certo que tenha em si uma determinada vocação a encarnar-se na experiência histórica, transformando-se numa dimensão insuprimível de tal experiência. E como trama da experiência o direito vive a sua vida, bem inserido no tecido social, econômico e político.¹¹⁰

Nesses termos, a conceituação, definição e fundamentação do direito devem ir além de qualquer juridicidade e moralidade, com vistas a afastar a ineficácia e a autoridade infundada das normas jurídicas. A esse propósito, cumpre afirmar que o ordenamento jurídico, através de inúmeras estruturas, estabelece um corpo sistematizado de regras de conduta caracterizado pela coercibilidade e imperatividade, através das quais os sujeitos são coagidos a se comportarem de forma estabelecida e imposta, o que, por princípio, distancia-se da ideia de liberdade e justiça social na qual o direito procura se fundamentar.

A problemática acerca da fundamentação do direito, como uma velha questão filosófica que emerge no campo jurídico, não se contenta com o reducionismo simplificador da ciência jurídica formal que desembocou no absolutismo jurídico apontado por Grossi. Assim, a significativa tarefa de conceituar, definir e compreender o direito não se encontra, propriamente, na efetividade de um conceito objeto fundado na universalidade do fenômeno jurídico, mas sim na perspectiva de situar o direito como possibilidade e abertura frente às suas dimensões históricas.

Em contrapartida a toda sistematização jurídica, há elementos hermenêuticos e metodológicos da interpretação, da apreensão e da compreensão operantes na filosofia do

¹¹⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 35.

direito os quais não se submetem ao formalismo lógico da ciência positiva. Por isso Grossi criticou duramente o modelo de racionalidade moderna instalado nos últimos dois séculos, ressaltando o perigo inerente à razão iluminista e a técnica científica, valorando o fenômeno para além de sua instrumentalização.

De fato, a ciência do direito segue normas objetivadas, reduzidas ao conhecimento positivado da realidade, o que, no auge do cientificismo, consistiu na formulação de uma teoria geral do direito que apregoava que “através da teorização se chegaria a um sistema lógico e demonstrado apto a explicar o fenômeno jurídico e a resumi-lo numa teoria geral.”¹¹¹ Assim, a filosofia do direito autêntica e comprometida com a justiça deve se encarregar de afastar a filosofia jurídica rigorosa e dogmática do saber positivo dos juristas, visando alcançar os fundamentos e a compreensão da ciência do direito, sob a perspectiva do fenômeno jurídico como algo mutável e contingente, vez que “[...] a vida é disciplinada pelo direito. Ele está em toda parte e, para conhecê-lo intuitivamente, não é preciso ser um especialista em leis ou um jurista, basta viver.”¹¹²

Nelson Saldanha em sua obra *Filosofia do direito*, explica a problemática com clareza:

Alguns motivos históricos têm feito subsistir, dentro do chamado “pensamento jurídico”, uma constante e por vezes obsessiva preocupação metodológica. O que na filosofia geral tem sido uma frequência autorreferência, na teoria jurídica se constitui em verdadeiro narcisismo. Um misto de insegurança (inclusive diante da apregoada solidez das ciências positivas) e de rotina temática vem propiciando ao saber jurídico um interminável questionar-se sobre seus próprios fundamentos.¹¹³

Para Luiz Fernando Coelho, em *Teoria crítica do direito*, a palavra direito está consolidada com a noção positivista, de modo que a ordem jurídica como um sistema normativo pleno, deriva do caráter positivista, cujo seu fundamento é a necessidade de leis válidas e legítimas. Para Coelho, “a positividade jurídica está relacionada com os conceitos de vigência, historicidade, eficácia, legitimidade, legalidade, validade, facticidade, efetividade e observância.”¹¹⁴

Entre as diversas acepções predominantes e resultantes da cultura ocidental romana que definem o direito, identificando-o com a verdade e o bem, em coerência com o que é certo e lícito, inúmeros autores trabalham a definição do direito como um conjunto de normas

¹¹¹ POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.65

¹¹² Idem. *Ibidem*, p.83

¹¹³ SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 36.

¹¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 179.

interligadas à faculdade pessoal (*norma agendi* e *facultas agendi*), estabelecendo definições sistemáticas. Em verdade, o contexto histórico aponta necessidades e mudanças específicas nos modelos jurídicos de cada época, no entanto o sistema jurídico atual parece insistir em manter o caráter positivista, fragmentando os saberes e, conseqüentemente, privando os cidadãos de exercerem com plenitude a atitude filosófica.

De acordo com a visões kantiana (para qual “o direito e a faculdade de coagir significam, pois uma mesma coisa”)¹¹⁵ e kelseniana (segundo ao qual o direito positivo como ordem normativa relacionada a eventos fáticos torna-se ideologia),¹¹⁶ reafirma-se a concepção grossiana antinormativista de compreensão do direito para além do poder político estatal com suas vestes potestativas, de modo que a norma apenas absorve os costumes e o direito somente adquire sentido após a experiência concreta

A problematização de uma teoria crítica do direito deve se perguntar acerca das possibilidades de enfrentamento da ciência jurídica, que hoje parece operar sem fundamento legítimo, pautada na validade de normas autoritárias que acabam por instaurar uma violência institucionalizada, incapazes de conceber o fenômeno jurídico como fenômeno mutável. Dessarte, talvez haja a possibilidade de se despedir da concepção formal-substancialista e adentrar na essência da historicidade do direito em busca de uma existência autêntica do fenômeno que confronte as teorias jurídico-políticas dominantes.

A partir da leitura grossiana torna-se possível assumir o cunho histórico-hermenêutico como caminho para a concepção de uma ciência jurídica não dogmática e sem a pretensão de verdades absolutas. Nesse sentido, a proposta antinormativa não pretende anarquizar e destruir a ordem jurídica tradicional, em seu caráter normativo e institucional, contudo, busca se apresentar como caminho menos violento a fim de possibilitar uma adequada compreensão do fenômeno jurídico, que, no âmbito da filosofia crítica do direito, poderá afastar aspectos que detêm a rigidez determinista do *logos*, da linguagem violenta, como um discurso determinativo e absoluto presente na natureza das regras jurídicas.

Em Grossi, não há dúvidas de que o ponto de partida deve ser o resgate da visão genuinamente pluralista do direito, na qual o mais importante é a relação, o vínculo que une e limita realidades diversas e o conseqüente abandono de posições isoladoras e absolutizadoras

¹¹⁵ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes - I. Parte**: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70. 2004, p. 39.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática jurídico-científica. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021, p. 41.

da soberania e do direito subjetivo, clareando e repugnando a capacidade do moderno de absolutizar, isolar, individualizar, seja essa a realidade única que é o Estado, seja essa a realidade única que é o indivíduo. Nesses termos, a perda mais substancial que se conseguiu com essa operação reducionista, na concepção de Grossi, foi a perda da dimensão coletiva da sociedade, que acabou por ser contraída na cristalização estatal, que, aos olhos do jurista atento, provocou dois graves vícios: a artificiosidade e a abstração. No eixo da redescoberta da complexidade do universo jurídico, faz-se necessário redescobrir também a dimensão coletiva, duramente sacrificada pelo projeto individualista.

Em contraponto a tais convicções imperativas, Grossi apresenta a visão ordenamental do fenômeno jurídico, que tende a conceber o direito mais como ordenamento do que como comando, o que pressupõe enxergar a vida do direito sob outros aspectos, para além da legalidade do direito oficial, que cada vez mais é caracterizado como uma árvore que não dá mais frutos, vez que o direito sancionador que atua na perspectiva de punição e coercibilidade está estritamente relacionado à porosidade da soberania estatal, que não é capaz de entregar o prometido, vez que os instrumentos formais já não funcionam.

Grossi afirma que sua proposta não está fundamentada em um discurso anarquizante, ao contrário, trata-se de registrar a pluralidade dos ordenamentos jurídicos, que não coincidem com o majestoso e respeitável ordenamento jurídico do Estado.

A conclusão é certa, ou seja, a paisagem jurídica, justo por estar nos nervos do social, é complexa por natureza. A idade Moderna, idade de mitologias jurídicas, encolheu-se em um constrangedor horizonte de modelos, sendo a complexidade da experiência jurídica notavelmente sacrificada.¹¹⁷

A renovação epistemológica a qual propõe Grossi significa enfaticamente tomar consciência da visão ordenamental do direito, não se tratando aqui de “uma simples troca lexical, mas da renovação de um ideário” que possui “quase o sentido de uma revolução copernicana para o jurista”,¹¹⁸ porque necessariamente se fundamenta em renunciar a visão vertical do direito, abandonando o velho monismo jurídico, para valorar a realidade objetiva que a norma pretende ordenar, para além dos limites do texto da norma e dos velhos esquemas

¹¹⁷ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 79.

¹¹⁸ GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, p. 15.

político-jurídicos, considerando a pluralidade dos fatos e a riqueza histórica inerentes ao fenômeno jurídico.

4.2 Direito enquanto Ordenamento Social e Observado

Como um importante axioma metodológico nos escritos de Grossi, é importante compreender que o caráter essencial do direito é a historicidade e que o direito consiste em um material social e cultural apto a ser observável historicamente. Para o pensador florentino, é necessário conduzir o direito como “ordenamento observável”, ou seja, capaz de prestar contas à realidade subjacente nos seus desenvolvimentos vitais, pressupondo na sua onticidade o caráter de ordenação e não de restrição.

Nesses termos, segundo o autor italiano, a possibilidade de conceber o direito como ordenamento significa iniciar a tentativa de recuperação da complexidade e da riqueza do universo jurídico e da experiência jurídica, para além do regime positivista ou de determinado projeto político. A partir da consciência da socialidade do direito torna-se possível compreender a complexidade deste último, compreendendo que o direito não pode ser limitado a uma realidade simples e linear pensada pelos nossos antepassados do século XVIII.

Nessa direção, através da definição de direito enquanto “auto-ordenação”, Grossi destaca que a força não faz parte da fisiologia do direito, já que a norma apenas ratifica os costumes e os fatos sociais. Isto é, a norma absorve os costumes e somente adquire sentido após a experiência concreta, de modo que o direito deve exprimir o social e não o Estado, já que para ele o direito é, de fato, dimensão intersubjetiva e humana. Assim, na perspectiva de Grossi, o direito foi repensado pelo direito público do século XIX para o Estado, o que desencadeou um empobrecimento radical, vez que o Estado se tornou um instrumento indispensável para a manutenção do poder e, como tal, o fenômeno jurídico foi separado do magma da sociedade. Impende dizer que o direito enquanto ordenamento possibilita a reconciliação do homem comum com o direito, através de uma realidade construída de baixo para cima, possibilitando o aceite social.

Grossi introduz os conceitos de *humanidade e sociabilidade do direito*,¹¹⁹ delineando que o direito é escrito em uma paisagem histórica plural, construída por homens, sendo essa

¹¹⁹ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p.7-9.

realidade intersubjetiva, pautada na relação entre sujeitos, detidamente marcada pelas relações sociais. Assim, onde quer que haja encontro entre homens, pode haver direito. Entretanto ressalta que as manifestações sociais não são por si mesmas jurídicas, para identificar uma comunidade jurídica produtora de direito, Grossi aponta dois elementos cruciais: a *organização* e a *observância* das regras organizativas.

Com efeito, Grossi propõe um resgate para o fenômeno jurídico, pensando o direito como *ordenamento* do *social*, ressaltando a sua capacidade de organizar e ordenar o social. Por si só, pensar o direito enquanto capacidade ordenativa já indica que a sua essência não está no comando ou no sujeito produtor que visa ordenar um objeto que necessita de organização, emanando aspectos da sua dimensão objetiva cumulada com a correta noção do fenômeno jurídico. Desse modo, o ponto central do projeto de resgate para o direito, na concepção grossiana, pauta-se na reintrodução do direito no coração da sociedade, restituindo à sociedade o que mudanças históricas tinham dela afastado.

Nesse contexto, o resgate do direito perpassa pela necessidade de uma renovação epistemológica, que consiste em tomar consciência do caráter ordenamental do direito, com o sentido de abdicação de sua visão verticalizada centrada apenas na vontade do produtor da norma, possibilitando a valorização da realidade objetiva que a norma pretende ordenar:

Ordem, ordenamento 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.¹²⁰

Grossi aponta que a noção de ordenamento, graças a sua dimensão objetiva, não limita a realidade ao texto da norma, mas a amplia “em direção dos fatos sucessivos e da vida do texto normativo na sociedade.” Isto é, a abstração do texto normativo completa-se com os fatos da vida dos destinatários da norma, assim o aperfeiçoamento do procedimento se dará através do momento interpretativo e aplicativo da norma, transformando a generalidade da norma em regra da vida.¹²¹

Na concepção grossiana a visão ordenamental pode servir como direção a novas fundamentações para a positividade do direito, vez que, *in verbis*:

Ordenamento é uma noção que tem ordem no seu coração; e ordem, justo por não poder prescindir da realidade a ser ordenada, justo por ser, necessariamente, escuta e

¹²⁰ GROSSI, Paolo. A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 40, n. 0, [s.p.], 2005, p. 16.

¹²¹ Idem. Ibidem, p. 18.

recepção de instâncias provenientes da realidade, põe-se como preciosa mediação entre autoridade e sociedade, não assumindo o aspecto desagradável da coerção.¹²²

Ordenar significa, na concepção de Grossi, sempre respeito à complexidade social, “a qual constituirá em um verdadeiro limite para a vontade ordenadora”, a fim de impedir que esta “degenere em valorações meramente subjetivas e, pois, em arbítrio.” Nesse sentido, organização significa sempre “o primado da dimensão objetiva [...], significa sempre superação de posições singulares em seus isolamentos para obter o resultado substancial da ordem.”

O resgate do direito na sua essencial dimensão ordenadora tem uma ulterior validade, e que não é pequena. Não descamba do alto, não se impõe com forças coativas, é ao contrário, quase que uma pretensão que vem de baixo, é a salvação de uma comunidade que somente com o direito e no direito, somente transformando-se num ordenamento jurídico, pode vencer p seu jogo na história.¹²³

Na concepção de Grossi, o direito não será nunca uma realidade dócil, mesmo após a revelação de que ele pertence à própria natureza da sociedade, como fisiologia e não patologia. Isso porque a docilidade vetaria a sua dimensão ordenadora. Nesse sentido, o direito compreendido como ordem acaba por se tornar parte da historicidade do social, já o direito concebido como comandos autoritários terá sempre o risco de se separar da história viva da sociedade.

Indo adiante, Grossi defende o direito enquanto *ordenamento*, mas como *ordenamento observado*.¹²⁴ Entretanto delimita o termo observância, afastando o caráter de uma obediência passiva a um comando autoritário, tão presente no absolutismo jurídico moderno, e complementa dizendo que tal observância no caráter de servidão está ligada ao pior aspecto da patologia jurídica. De outro modo, a observância referida por Grossi é definida como fisiológica e fundamenta-se na consciência valorativa da coletividade, sendo as propostas de ordenação identificadas como boas e válidas para a transformação da desordem em ordem futura.

O intento a qual se dirige Grossi está voltada para a diminuição da importância atribuída à dimensão normativa do direito, com o intuito de reduzir a sua função, sobretudo, a potestativa. Em Grossi, o Estado definido como aparato de poder, não é um nicho natural no qual o direito vive, mas sim um acidente histórico que afastou o direito do seio da sociedade. Nesse contexto, a essência do fenômeno jurídico é proveniente de raízes e extratos profundos e manifesta-se na

¹²² GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 80.

¹²³ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13.

¹²⁴ Idem. *Ibidem*, p. 15.

vida cotidiana, através de uma realidade radical:

O direito pode ordenar o social porque é realidade com raízes, e raízes profundas; seria um problema se às tantas revelações no cotidiano – usos, leis, atos administrativos, sentenças, invenções práticas – nós não correlacionássemos a intensa e incessante atividade que se dá – que é preparatória, mas já é direito – nos estratos mais recônditos de uma civilização, do mesmo modo como a nascente na qual o revelar-se da água na fenda da rocha é apenas o último momento, ainda que o único aparente, de uma longa vida subterrânea.¹²⁵

Em Grossi, o ponto de referência do ordenamento observado é a sociedade em sua historicidade, de modo que a proposta do autor perpassa pela observância e não obediência passiva patologicamente assumida como um conteúdo servil. O pensamento de Grossi é enfaticamente conduzido para a tentativa de retirar o direito do “abraço inextricável do poder político” e reconduzi-lo às manifestações do social.

Na concepção de Grossi o direito é uma grande árvore e precisa de realidades com raízes, de modo que necessita de longa duração para enraizar-se:

Isto quer dizer que o direito é talvez o modo mais significativo que uma comunidade tem de viver a sua história. Nem uma casca ressecada nem uma couraça que sufoca o livre crescimento de uma comunidade [...]; mas aconteceu porque o direito foi instrumentalizado – pode ser que pelos juristas, mais frequentemente pelo atento poder político – e conseqüentemente deformado se não mesmo desfigurado na sua imagem e na sua função.¹²⁶

Buscando trazer concretude ao discurso da observância, Grossi explica que o termo pressupõe a não aceitação passiva da regra, de modo que a subjetividade e a imperatividade são atenuadas pela prevalência de uma dimensão objetiva, em que a ordem se manifesta na espontaneidade e complexidade do organismo social. Nesse sentido, o direito não é simplesmente comando, porque reside no mundo objetivo, de modo que ele nasce antes da regra, isto é, “o direito já está na sociedade que se auto-ordena”. Dissertando sobre o grau de imperatividade presente no direito enquanto ordenação da sociedade, Grossi diz que “as regras se originam na observância e a observância se origina no valor conexo ao ordenamento realizado”, de modo que o grau de imperatividade presente nas regras deverá ser sempre filtrado pela “complexidade do fato organizador.”¹²⁷

¹²⁵ Idem. Ibidem, p. 69-70.

¹²⁶ Idem. Ibidem, p. 18.

¹²⁷ SAVINY apud GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 20.

Para Grossi, se o direito enquanto dimensão ordenadora da sociedade não pode abdicar da sua ossatura formal, deve ele ser nutrido de forças e valores vitais, visando afastar a presunçosa autolegitimação do texto normativo, sob pena de não se sustentar diante dos fatos históricos. Uma ciência pura e livre da carnalidade histórica, ancorada nos pináculos formais, pretendeu-se ser uma supraordenação, para permanecer ilesa ao contato impuro dos fatos e do devir. O que Grossi sinaliza é que a dimensão formal logo se resseca e esteriliza frente às mudanças histórico-sociais, sendo claras as consequências: o acúmulo de leis inutilizadas, obscuras, improvisadas, atrasadas e a margilização do Estado.

O direito definido como história viva manifesta-se em tempos e espaços diversos, o que para Grossi é condição de possibilidade para que os mecanismos da observância e organização social se transforme em direito ou em ordem observada. Entretanto, através de instrumentos formais, cada vez mais decantados e consolidados, presentes na tradição continental do *civil law*, que sofrem por osmose os efeitos do *common law* e da globalização do fenômeno jurídico, desembocamos em uma profunda crise dos pressupostos jurídicos, oriundos de um sistema que insiste em se fundamentar em velhas certezas que já não suportam a complexidade da dinâmica jurídica.

A essência do direito, para Grossi, está em sua historicidade, sendo expressão natural e inseparável da comunidade. Assim, apesar do direito normalmente se concentrar no legislador e na administração pública, é indiscutível que a produção do direito é um privilégio existencial de todo o aglomerado social, sendo que o direito não é produzido apenas pela macroentidade estatal, mas também por um feixe ilimitável de organizações sociais dos privados, que, se sabiamente identificadas, possibilitam o resgate de uma visão do direito para além a hierarquização das fontes normativas, possibilitando compreender o direito como ordenamento do social, que, mesmo que seja um ordenamento jurídico primário,¹²⁸ comporta a compreensão do direito como um corpo social e a identificação do direito como forma vital desse corpo na história.

O elementar e vital deslocamento do direito do seio do Estado para a sociedade evoca a construção de um novo edifício pautado na salvação e no resgate do direito. Portanto, se faz necessário a aquisição da plena consciência de que o direito está imerso em valores históricos, como ocorre no conjunto harmônico do direito constitucional, que não deve ser traduzido

¹²⁸ Exemplo da fila de pessoas diante de um órgão público, utilizado por Grossi em diversas passagens de sua obra. Cf: GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 24.

apenas como regras de comandos, mas antes como princípios e regras pautados e mergulhados em valores de uma civilização histórica, cabendo à corte constitucional exprimir a normatividade de um texto junto àquele mundo de valores, preservando a observância caracterizada não como obediência passiva.

Para Grossi, tal percepção presente no campo constitucional deve estender-se a todos os ramos do direito, ainda que seja mais difícil identificar esses estímulos vitais em meio às ferragens e armações técnicas das outras áreas. A autorregulação dos privados possibilita, como no período medieval, o florescimento na cultura jurídica continental de uma nova perspectiva de compreensão da autoridade estatal, que, somado ao fato de que as civilizações estão cada vez mais complexas e desterritorializadas, tende a resultar em um processo de desnaturalização do direito, que difere do *ius* entendido como instrumento de poder, em um universo de comandos delineado e acabado.

Em direção a novas fundamentações para a positividade do direito, Grossi propõe a realização de um observatório integrado, de modo que apresenta a visão ordenamental como possibilidade de salvação. O direito, para a concepção antinormativista, possui uma dimensão objetiva, vez que primeiro é auto-ordenação e depois norma. Dessarte, segundo o autor italiano, a possibilidade de conceber o direito enquanto ordenamento, significa iniciar a tentativa de recuperação da complexidade, pluralidade e riqueza do universo jurídico.

4.3 Direito, Estado e Constituição: contemporaneidade e globalização jurídica

O Estado moderno não suporta os embaraços sociais e jurídicos, tendendo a ser essencialmente compacto e unitário, exigindo que a sua sombra não se fragmente ou acidente. Isso quer dizer que o monismo estatal admite somente um direito vigente em um território, eliminando substancialmente as autonomias particulares. Não obstante, o estatalismo jurídico contemporâneo insiste em propagar a propaganda pós-iluminista, afastando a visão pluriordenamental proposta por Grossi.

Assim é que, se as lacunas ou os espaços vazios são necessariamente preenchidos linearmente, a manifestação de novas ideias acaba por ser interrompida, sendo incontestado que direito dentro do projeto político do Estado, não nos ensina a dialogar, recepcionar e produzir consenso, ao contrário, somos formados nas universidades para subtrair o argumento e a posição do outro. Todavia a sociedade é complexa e plural, de modo que o direito não pode

deixar de registrar tal qualidade, que é o retrato fiel da diversidade social. Portanto, o deslocamento do eixo Estado para a sociedade delineia o imediato resgate do jurídico, devendo considerar também a crescente e aberta realidade histórica em decorrência do fenômeno da globalização jurídica.¹²⁹

Propondo superar as tensões deixadas pela herança moderna, Grossi aponta que o deslocamento do eixo central do direito, ou seja, do Estado para a sociedade, com o acolhimento da visão ordenamental, considerando a realidade como plural e heterogênea, possibilita significativas mudanças de perspectivas, sobretudo quanto a projeção imaterial dos espaços jurídicos. A visão potestativa do direito culminada com a sua dimensão profundamente estatalista insiste em ignorar as exigências da contemporaneidade, definida como tempo da transição. Demais disso, tais exigências não comportam as tensões provocadas pela visão potestativa do direito que segue intacta, de modo que se faz necessário que o direito do mundo da vida assuma novas forças, perpassando pela compreensão do fenômeno jurídico para além das estruturas do Estado, indicando o movimento do diálogo como forma de resolução de conflitos, que deve partir muito mais da esfera privada do que da pública.

Certo é que a soberania do Estado detidamente marcada pelo elemento do território, acabou por neutralizar a covigência de ordenamentos jurídicos em um mesmo espaço geográfico, entretanto o fenômeno da globalização situado para além dos artifícios criados pela política são caracterizadamente desterritorializantes, sendo o espaço dessas técnicas adequados à economia e também ao direito, desde que ele seja desassociado do poder político. Sendo a economia a dimensão primária da globalização, a sua projeção é naturalmente mundial ou transacional, definida por Grossi como sendo imune às fronteiras ou espaços fechados.

Nada obstante, o fenômeno da globalização, definido como um fenômeno que está em curso e em constantes mudanças, “se assemelha mais a areias movediças do que a um terreno estável”, de modo que não pode estar vinculado a normas imperativas do Estado, pautando-se em redes que evocam o emaranhado das relações e movimentos globalizatórios. Desse modo, a perspectiva imaterial do direito aparece hoje exasperada com os canais da globalização jurídica, marcadamente pela desterritorialização, significando o eclipse do Estado e da sua

¹²⁹ De acordo com Grossi, o vistoso surgimento da globalização jurídica se deu na segunda metade do século XX e foi responsável pela fragmentação das fontes produtoras de direito, através de ricos canais produzidos por especialistas privados, gerando uma auto-organização dos particulares, reassumindo um papel ativo de reconstrução do direito, para além do Estado e dos seus órgãos legislativos. *Vide*: GROSSI, Paolo, Globalizzazione, diritto, scienza giuridica, In: **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

expressão mais representativa, a soberania.¹³⁰

Zolo¹³¹, ao investigar sobre o pluralismo das ordens jurídicas e de sistemas normativos frente ao fenômeno da globalização jurídica, reconhece que a globalização traz a tona a necessidade da compreensão que o direito não é uma construção homogênea, e sim um fenômeno plural que emerge de distintas tradições sociais e culturais e que a globalização traz um profundo impacto sobre o conceito de soberania e territorialidade frente as interações de diferentes ordens jurídicas.

Em um mundo globalizado, a soberania estatal é desafiada pela diversidade de ordens normativas que coexistem. Essa pluralidade requer uma nova abordagem do direito, um conceito que ressoa com as reflexões de Paolo Grossi sobre a historicidade e a multiplicidade do direito.¹³²

Sobre a territorialidade do direito, Grossi afirma que estamos mais imersos no ontem do que no hoje e que pensar o direito enquanto projeção geográfica é próprio do moderno, vez que o território é um elemento essencial do Estado em seu caráter potestativo: “Isto é consequência do fato de o Estado ser a encarnação do poder político; ele tem necessidade de um âmbito geográfico no qual se projeta e exercita a sua dominação, que no linguajar da ciência política e do direito se costuma chamar de soberania.”¹³³

Nesses termos, retomando a experiência histórica do medievo, em que vários ordenamentos jurídicos vigeram harmonicamente, possibilitando a existência de vários direitos – o costume e o estatuto, com o direito canônico, feudal ou mercantilista, e acima o direito comum – não como frutos da regulação autoritária, mas, sobretudo, com um valor intrinsecamente razoável, o território não mais é objeto necessário, de modo que “seu objeto necessário é o variado e complexo ajustar-se do tecido das relações entre homens segundo o variado e complexo organizar-se da sociedade.”¹³⁴

Para tanto, o fenômeno da globalização no universo jurídico, considerando a capacidade das forças econômicas, significa ruptura com o monopólio estatal de produção do direito. Tais reflexões desembocam no que Grossi denomina como crise do legalismo estatal, oriunda da insuficiência e da impotência do Estado em deter a formação e o desenvolvimento de direitos

¹³⁰ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 71-73.

¹³¹ ZOLO, Danilo. **Il Diritto nell'era della Globalizzazione**. Roma: Laterza, 2003, p. 112.

¹³² ZOLO, Danilo. **Sovereignty in the Era of Globalization**. New York: Routledge, 2009, p. 85. Tradução livre.

¹³³ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 63.

¹³⁴ Idem. *Ibidem*, p. 66.

paralelos ao direito oficial estatal, considerando, sobretudo, a existência de canais e impulsos autônomos de direitos privados, que constroem e fixam suas próprias regras, a fim de confirmar a permanência do pluralismo dos ordenamentos jurídicos contemporâneos oriundos da globalização jurídica.

Nessa esteira, a práxis econômica se faz produtora de direito, criando novos instrumentos jurídicos aptos a ordenar a nova ordem global, na qual novas exigências são criadas a partir do direito privado produzido pelos privados.¹³⁵ Dessa feita, há de considerar uma pluralidade de sujeitos e de fontes de direito, que provocam uma fissura no monopólio jurídico estatal, mesmo considerando que o direito moderno pretendeu regular a vida privada com o Código Civil, com o direito da globalização nos aproximamos novamente das características de produção do direito do Antigo Regime.

A paisagem jurídica é complicada pela globalização, vez que o direito globalizado evita a textualidade, é flexível, não é puro e se contrapõe ao velho monismo estatal normativo no qual a produção das regras não encontra legitimação na fonte, até então suprema, do poder político:

Aqui, não é a validade que domina, mas ao contrário, a efetividade; não a coerência a um modelo forte, porque não existe modelo centralizado e filtrante e se tem, melhor, um popular de modelos que nascem e morrem na incandescência da práxis e que representam não mais a atuação de um projeto autoritário, mas coagulações que expressam exigências efetivas na concretude da vida cotidiana.¹³⁶

Em contínua mobilidade as transformações sociais e econômicas, definidas por uma dinâmica que se renova rapidamente, rejeitam a estrutura enrijecedora estatal, de modo que buscam renunciar e superar as técnicas que imobilizam os comandos e os textos. De acordo com Grossi, a velha paisagem jurídico-política está sendo sobreposta pela dimensão econômica e globalizada, à qual cada vez mais o monopólio absoluto do Estado é restringido. Ou seja, o triunfo da economia e da tecnologia traduz a plasticidade e a mutabilidade desse universo, de modo que as noções de hierarquia e validade baseadas em comandantes e comandados são cada vez mais substituídas por uma realidade estruturalmente diversa, dominada por interconexões

¹³⁵ Grossi faz menção ao conjunto de institutos que nascem no tecido de ordenamentos jurídicos: leasing, factoring e franchising, advindo do direito internacional e comunitário, produzido por homens de negócios, técnicos empíricos e teóricos do direito de grandes empresas profissionais jurídicas. Cf: GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 77.

¹³⁶ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 79.

entre sujeitos e posições, como em um jogo de entrelaçamento que amplia as áreas geograficamente restritas para uma dimensão tendencialmente mundial.

Como demonstrado, não é mais o Estado que projeta as formas de organização jurídica, surge para além da estrutura do direito oficial, uma dimensão globalizada na qual as forças privadas desenham novas fontes produtoras do direito. Assim, resta claro a complexidade do ordenamento jurídico, que, com a adoção dos modelos constitucionais do século XX, são agregadas à velha legalidade da lei ordinária a ordem constitucional e a comunitária, que tenderam a desvincular a juricidade do aparelho estatal.

No decorrer do amadurecido século XX, considerado como o século da crise das certezas fabricadas pela burguesia iluminista e, por conseguinte, a crise do Estado, a Constituição, como nova manifestação do direito, assumiu um papel de intermediação entre os valores plurais da sociedade e a surdez dos textos legislativos, deixando de ser um conjunto de princípios filosóficos e políticos para se tornar um amálgama orgânico entre cidadãos, normas, bem como os órgãos de Estado que porventura nasçam no processo histórico, o que se traduz na primazia da sociedade sobre o Estado, vez que a Constituição em suma pode ser definida através de valores metajurídicos que se auto-ordenam à imagem da sociedade, devendo o Estado se submeter a tais valores. Através, portanto, de um lento e profundo processo o referido século é detidamente marcado pela redescoberta da complexidade social e também complexidade do jurídico.

Em linhas gerais, a velha mística estatalista cede espaço para a legalidade presente no Estado constitucional, definida como protagonista da sociedade e de seus valores. A Constituição é definida para Grossi como identidade jurídica de um povo, pois é constituída de raízes identificadoras, que ensejam um ordenamento fundamental feito de princípios e regras validamente ordenadoras, pertencentes à dimensão jurídica que ordena a sociedade civil. Ou seja, a Constituição não pode ser somente comandos secos e insignificantes, mas deve expressar valores e limites supremos de um povo, sendo radicada na sociedade, em um processo de fundição do texto e da experiência.¹³⁷

De acordo com Grossi, do seu caráter de superioridade comparada à lei ordinária advém a sua rigidez, de modo que a Constituição não poderá ser violada ou modificada por qualquer legislador do Parlamento e daqui surgem as justificativas dispostas nas Constituições quanto à

¹³⁷ Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 81.

previsão expressa da instituição de uma corte superior constitucional, que atua como guardiã frente aos abusos praticados pelo Parlamento e como mediadora entre o pluralismo social e o ensurdecimento dos textos legislativos. A Constituição, portanto, se coloca em uma ordem jurídica superior, vez que atinge os estratos mais profundos dos valores, pretendendo observar todos os poderes estatais, inclusive o poder legislativo, sendo, portanto, uma ordem jurídica superior à urdidura legal ordinária.

Sobre as manifestações jurídicas no seio do chamado Estado de direito, Grossi aponta que a Constituição é lei suprema e que a lei ordinária é definida como manifestação da vontade do Parlamento, local onde nasce o legiscentrismo e a legolatria junto a um modelo de Estado pautado prevalentemente no princípio da legalidade. Assim, o autor realça a necessidade de esclarecer criticamente a expressão “Estado de direito”, que se apresenta de modo inautêntico e ambíguo, em decorrência da pesada carga retórica-liberal dos últimos duzentos anos.

Para Grossi o “Estado de direito” que se forma nos idos do século XIX, reconhece as liberdades individuais dos cidadãos apenas como autolimitação do exercício da cidadania, sendo tais garantias definidas como resultado da correta aplicação do Estado e não como um complexo de valores formados antes do Estado. Nesse sentido, esse termo tão usado e tão pouco entendido para Grossi é assinalado pelas seguintes características: o Estado de direito é soberano, parlamentar, legalista, incontestável, pautado na divisão de poderes e defende as liberdades individuais apenas como autolimitação do exercício da cidadania. Ainda, é um Estado que supervaloriza a produção da lei no parlamento, já que isso lhe proporciona uma imagem democrática, ainda que a vontade geral manifeste a representação de uma pequena minoria.¹³⁸

Delineando ainda mais o resumo, Grossi diz que através da “duradoura retórica filoparlamentar (retórica pseudodemocrática)” tudo se resolve em um “castelo de ficções”:

Vem daqui a supervalorização da lei, o culto da lei, o ordenamento jurídico reduzido a um conjunto de leis: leis entendidas enquanto comandos respeitáveis e merecedores de obséquio, colocando à parte seus conteúdos. E o princípio da legalidade enquanto garantia suprema do cidadão, ao lado do princípio da certeza da lei.¹³⁹

Paradoxalmente o princípio da estrita legalidade, ou seja, da correspondência necessária de toda manifestação jurídica à lei, acaba por resultar na garantia ao cidadão de que não haverá arbítrios e abusos advindos da administração pública, o que torna inimaginável os abusos

¹³⁸ Idem. Ibidem, p. 84

¹³⁹ Idem. Ibidem, p. 85

praticados pelo legislador, definido como intérprete e realizador do bem comum. Em tom de denúncia, Grossi define o bem público como o bem de poucos, já que o Estado burguês é predominantemente elitista, partidário e representa uma pseudodemocracia.¹⁴⁰

A nova paisagem jurídica globalizada referida acima, exprime com expressividade a riqueza da ordem jurídica que foi acorrentada pelo legalismo e formalismo das forças vinculantes estatais presentes no chamado direito oficial, de modo que a complexidade da atual ordem jurídica, exige do jurista uma observação mais pontual, já que a fragmentação e multiplicação das fontes de produção do direito ultrapassam a vigência das mitologias passadas que vigoraram formalmente nos últimos duzentos anos.

Assim, com a atual discussão sobre a globalização jurídica constata-se que os canais de escoamento do direito são plurais e que novos mecanismos técnicos são criados por canais privados cujos protagonistas não fazem parte da noção tradicional de fontes do direito. Isso quer dizer que, a pedra angular do direito não se encontra mais no Estado e sim na sociedade e que a virada histórica oriunda das novas paisagens jurídicas possibilita, portanto, a denominada “revanche da praxe”, o que nos aproxima de uma praxe viva e que atribui ao juiz um papel mais agigantado, semelhante ao cenário do *common law*.

De acordo com Grossi a paisagem jurídica sustentada pelo *civil law* era simples, vez que reduzia e sacrificava a lei, sempre sustentada pelos princípios protetores da divisão dos poderes, da legalidade, da hierarquia das fontes etc. No agora da contemporaneidade, entretanto, os desafios do jurista teórico ou prático são maiores, sendo seguramente mais complexos e difíceis, exigindo que ele “deponha das vestes de servil exegeta de um texto legislativo tomado como texto sacro e sinta-se realizador daquela história viva que é o direito.”¹⁴¹

Com a crise do Estado e das fontes tradicionais do direito, acentuadas pelo desenvolvimento das transformações sociopolítico-econômicas e das transformações quanto à evolução das técnicas que se dão agora no espaço virtual e, portanto, global, a antiga hierarquia e tipicidade das fontes do direito são substituídas por uma pluralidade dos fatos em interconexão, que, como efeito da globalização jurídica, funcionam como uma rede, atribuindo protagonismo à doutrina e à jurisprudência prática. Dessa feita, resta claro e evidente que o direito vai recuperando o seu caráter ordenante em meio à crise do estatismo jurídico, de modo a acompanhar a factualidade.

¹⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 85-86

¹⁴¹ Idem. Ibidem, p. 103.

Nesse cenário, não são os juristas que devem teorizar sobre os fatos, mas são os fatos¹⁴² que se insurgem, pleiteando a superação dos velhos simplismos, identificados como a estatalidade do direito, o legalismo rigoroso, a visão potestativa e, portanto, a hierarquia das fontes, que se assemelham “a uma camisa de força para um corpo em crescimento transbordante”¹⁴³, fazendo menção aqui ao pluralismo jurídico-social fruto da globalização jurídica e do vazio criado pela ausência do antigo ocupante, que nos impõe um imperativo ético antes de tudo, isto é, o de ordenar a factualidade do presente libertando-a do absolutismo jurídico do passado.

4.4 Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito

Na cognição de Bobbio¹⁴⁴, o contexto entusiasta iluminista do século XVIII advindo do fenômeno da codificação, almejava a elaboração de um direito, através das normas postas pelo Estado, que fosse capaz de dispensar a atividade interpretativa, segundo o qual o sistema de normas além de regular a vida dos cidadãos, regularia também a sua aplicação. Pensadores iluministas, como Baccaria, acreditavam que as normas deveriam apenas ser claras, para que a interpretação fosse então dispensada. Entretanto, conforme pontua Oliveira¹⁴⁵, os iluministas não se deram conta que não há clareza e aplicação de normas antes da interpretação.

A premissa positivista pautada na completude da lei vem sendo cada vez mais substituída, de modo que a história do direito partindo da antiga Roma, perpassando pela civilização sapiencial da segunda Idade Média e desembocando na longa tradição do *common law* até os dias de hoje, chama a atenção para a tarefa de ordenar a história do direito pautada sob a ética da responsabilidade,¹⁴⁶ de modo que os juristas devem superar o complexo de prisioneiros oriundo das mitologias jurídicas da modernidade, segundo as quais somente o legislador monopolista detinha a exclusiva função de produção do direito.

¹⁴² Fatos definidos por Grossi como a voz complexa da sociedade, que comumente vem de baixo.

¹⁴³ GROSSI, Paolo. **A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito UFPR, p. 17.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Júlio Aguiar. **Sistema de regras?** Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras. Revista de informação legislativa. Brasília a. 46 n. 181, 2009, p.18.

¹⁴⁶ Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 106.

No campo jurídico, as possíveis interpretações e aplicações de uma norma geral relacionam-se com temática de redução do direito como objeto de controle, tendo em vista as reais possibilidades de substituição e contradição entre o fenômeno jurídico e a mera atividade judicial e legislativa, que, através do Estado, se tornou uma ilha intolerante que pôde realizar a codificação geral, reduzindo o fenômeno a tramas de um direito no papel. Torna-se inegável, o extremo rigor metodológico elaborado pela ciência do direito e pelo sistema filosófico em geral, de modo que o embate pela aplicação do método dialético de um lado e do método lógico-analítico de outro não afastam a universalidade técnica inerente a tais métodos, que somente enfatizam a descoberta da precariedade da linguagem interpretativa jurídica.

Importante frisar que, Grossi não nega a necessidade de existência de um sistema com regras rígidas em seu núcleo essencial, entretanto a utilização de tais regras e princípios não podem ser identificadas em uma teologia política, de modo que devem possuir caráter de elasticidade possibilitando as aplicações e modificações em situações diversificadas pela experiência social, até porque o direito, em suma, só se pode se manifestar como experiência jurídica.¹⁴⁷

A técnica é um instrumento indispensável nas mãos do jurista, mas não para celebrar renovados mistérios eleusinos, mas sim para realizar uma análise apropriada na sua leitura jurídica dos fatos da vida. A técnica é a lente privilegiada, que mostra nitidamente ao jurista as espessuras da realidade preclusas a quem a olha sem aquele precioso subsídio.¹⁴⁸

Outrossim, segundo Grossi, a técnica é funcional e auxilia na descoberta e identificação do contexto que será ordenado pelo direito, sobretudo, assumindo, aos olhos do historiador do direito e do jurista, a possibilidade de recuperação do direito em sua dimensão histórica, dimensão esta definida como salvação, vez que é chamada a ordenar uma civilização, para além das violências oriundas das crenças mitológicas modernas.

Através da reflexão antinormativista cunhada por Grossi, torna-se possível colocar em dúvida a cientificidade da norma, ressaltando a impossibilidade de uma interpretação pura da mesma, já que pensar o direito enquanto área exclusivamente cartesiana é sustentar disfarçadamente o simulacro do princípio da legalidade, que acaba por aprisionar a justiça como fundamento de validade funcional, segundo a qual quem decide o que é justo é o poder

¹⁴⁷ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 139.

¹⁴⁸ Idem. *Ibidem*, p. 150.

judiciário sobre o platô da legalidade e da segurança jurídica, tão sacralizados por uma modernidade secularizada.

Demais disso, o problema, de acordo com Grossi, situa-se no momento de aplicação e interpretação da norma, vez que a cristalização autoritária desta em um pedaço de papel parece indicar distância do texto ao tempo de sua aplicação ou até mesmo indicar a diversidade dos fatos que resistem a se disciplinar frente a um texto normativo. Assim, o juiz com as mãos atadas pelo *civil law* se encontra vinculado à “inteligência do conteúdo de vontade encontrável no texto”, resolvendo o problema a partir do controle da dimensão interpretativa sob a ótica da divisão dos poderes estatal, evitando assim a conexão entre texto e vida, ou seja, “entre a imobilidade do comando e mobilidade da sociedade.”¹⁴⁹

Contudo Grossi reconhece que há hoje uma consciência epistemológica nova, oriunda da hermenêutica e dos diálogos culturais entre juristas atentos, de modo que a hermenêutica jurídica consiste em uma renovação metodológica que tende a superar a hermenêutica clássica no processo de conexão entre o texto e seu intérprete, deixando de lado a velha dominação do texto sob a passividade do intérprete. Segundo essa visão, o texto somente alcançará sua plenitude após a interpretação e compreensão do intérprete frente a suas adequadas convicções contemporâneas.

Nesses termos, a hermenêutica jurídica perpassa pela relação entre o texto normativo e o intérprete, mas não deve continuar sendo alicerçada na velha paisagem do Estado e da lei, e sim na nova paisagem ordenamental, que, por ser plural e complexa, impõe uma trabalhosa atividade interpretativa. Nas palavras de Grossi, “a mensagem hermenêutica desloca a atenção para o intérprete, valorizando-o como ator primário de uma atividade intelectual de natureza absolutamente intermediadora.”¹⁵⁰ Isto é, o que deve ser valorizado nesse processo paradoxal de produção e aplicação do direito não é o intérprete/aplicador, mas sim a voz da sociedade e o consenso presente na comunidade demonstrada pelo intérprete

Dessarte, a hermenêutica jurídica vai além da leitura textual ou gramatical das leis, devendo ser construída através de um processo profundo e abrangente que envolve diversas camadas de compreensão. Assim, a crítica de Grossi perpassa pela interpretação jurídica formalista, que se concentra na aplicação rígida das regras jurídicas, desconsiderando o contexto e os valores sociais imersos no tempo no qual as normas são aplicadas. Por isso o que

¹⁴⁹ Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, 1º ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 97.

¹⁵⁰ Idem. *Ibidem*, p. 98

se pretende é desviar das acepções sistemáticas do Estado moderno positivo e optar pelo viés interpretativo que proporciona uma peculiar dimensão reflexiva para o mundo e o homem de hoje, já bastante confusos se considerado o fundamento místico de autoridade da lei frente à complexidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Após Hans-Georg Gadamer, definido por Grossi como mentor e condutor do cordão umbilical entre a reflexão filosófica e reflexão jurídica, nasce uma consciência hermenêutica, capaz de afrouxar as malhas do direito continental, de modo que houve conquistas significativas, como: o reconhecimento da loucura do isolamento do texto normativo do caso concreto; o esquecimento de que são os fatos da vida que deveriam disciplinar o texto e atuação do intérprete; bem como a consciência de que a substancial relevância não é aquela dada pelo texto, mas sim a voz do intérprete/aplicador conectada ao social, vez que o caráter incompleto da norma abstrata não abrange por si só o processo de produção de direito, que é aperfeiçoado somente com a interpretação.

Isso quer dizer que, a passos lentos a ordem judiciária caminha em direção à tomada de consciência quanto a importância de dar vida ao direito, seja pela crise da lei ou pelo constante devir histórico, definido como elástico, complexo e mutável. O apelo de Grossi perpassa, portanto, pela ampliação da consciência hermenêutica frente aos juristas, que se traduz em compreender o direito enquanto ordem viva do social para além das origens jacobino-napoleônicas próprias do *Code Civil*,¹⁵¹ em um constante exercício de salvação que consiste na remodelagem da ordem jurídica, visando lembrar o direito aos juristas, para além dos castelos coercitivos de Kelsen, contemplando a visão do direito enquanto material de experiência vivido na história, que se insurge dos estratos de valores mais profundos.

Não sem razão, para uma interpretação mais rica e contextualizada das normas jurídicas, Grossi advoga pelo uso do método histórico, que envolve considerar a evolução das normas jurídicas no tempo, considerando, sobretudo, a mudança nos valores sociais dos estratos comunitários. Para Grossi, o direito é história viva e, portanto, a paisagem jurídica pautada apenas na obediência de comandos formais que detém o caráter abstrato relega a dimensão do direito compreendida no tempo e no espaço. Além disso, a perspectiva antinormativista enfatiza a importância da interpretação crítica das normas jurídicas, considerando o momento de criação e aplicação das normas, para além do texto abstrato.

¹⁵¹ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 133.

Em linhas gerais, as regras abstratas são dependentes e inacabadas, necessitando da interpretação para se tornarem completas, em um movimento que se fundi entre o universal e o particular para se alcançar a perfeita produção do direito. O resultado, para Grossi, espanta o operador do direito positivo, já que somente através da interpretação-aplicação é que a positividade formal submerge na positividade da sociedade, trazendo conteúdo e substância ao direito positivado. Aqui a voz do interprete é valorizada, vez que pressupõe consenso e efetividade social e que a juridicidade está ligada à sociedade:

Valoriza-se o interprete como intermediário e enquanto voz da comunidade; é a comunidade, por essa razão, a ser valorizada, e deixa de ser rebanho passivo de destinatários de comandos repressivos; é valorizada a efetividade do consenso presente nos membros da comunidade que o interprete exprime.¹⁵²

Diante disso, a interpretação-aplicação do direito é definida por Grossi como instrumentos de encarnação,¹⁵³ já que considerando que ao mesmo tempo o direito é história viva, manifestando-se como ordenamento, é também valor, que se manifesta como ordenamento observado, detidamente marcado por uma tensão entre a relativização e absolutização, de modo que o processo somente se aperfeiçoa com o momento interpretativo, que deve ser orientado considerando a pluralidade das fontes normativas que não pode jamais abandonar o corpo social.

Aqui encontra-se um ponto de relevo na obra grossiana quanto ao reconhecimento do pluralismo jurídico no momento de interpretação-aplicação do direito, que necessariamente dialoga com o aspecto factual do estabelecimento espontâneo da dimensão jurídica de uma civilização autônoma, que se manifesta em um devir histórico para além das amarras do *civil law*. É a ciência teórica, com a reflexão hermenêutica, junto à prática advinda da auto-organização dos privados, que nos possibilita um duplo despertar para a importância do nexo entre direito e sociedade como marco do itinerário pós-moderno.

A mensagem jurídica após a redescoberta da ordem jurídica plural e global, nos remete a reflexão de Grossi sobre o ponto e a linha, que para além de pontos isoladores, o desenvolvimento da linha possibilita desvelar a direção na qual o direito caminha, de modo que somente a linha é capaz de “desmistificar, relativizar, historicizar, além de mostrar com clareza

¹⁵² GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100.

¹⁵³ Idem. *Ibidem*, p. 94.

o transitório e o duradouro”.¹⁵⁴ Ademais, a contemporaneidade exige dos juristas uma arquitetura indiscutivelmente distinta da científica, na qual o movimento de interpretação-aplicação acompanhe a produção do direito em observância a sua natureza ordenadora, considerando a experiência jurídica como dinâmica e plural.

4.5 Desafios metodológicos para a aplicação do antinormativismo

A obra do professor Grossi pode ser caracterizada, como ele mesmo afirmou no preâmbulo de sua *Primeira Lição sobre o Direito*, como uma espécie de maiêutica de suas lições florentinas, direcionadas aos jovens estudantes de direito, e que comumente não possuem alta carga bibliográfica com caráter erudito. É nítido ao leitor de Grossi a sua metodologia clara e o seu discurso elementar na construção das críticas à teoria geral do direito e ao direito positivo, que, se bem compreendidas, contribuirão para o reflorescimento de uma nova forma de ensinar e compreender o fenômeno jurídico.

O itinerário pelo qual a obra de Grossi caminha não se baseia em metodologias anárquicas, as quais o termo antinormativismo tende a indicar. Ao contrário, através de críticas bem fundamentadas ao sistema jurídico formal, a obra grossiana busca resgatar a natureza fenomênica e histórica do direito, se indagando sobre o como produzir um direito que possibilite outras chaves de interpretação, para além da narrativa política validada no âmbito da ciência do direito. Urge esclarecer que a tentativa de resgate para o jurídico perpassa pela desincriminação e identificação de armadilhas do sistema da legalidade que opera dentro de uma lógica procedimental e instrumental, a qual, a partir da consolidação do Estado moderno, aboliu o pluralismo, adotando o monismo e absolutismo jurídico.

O conceito de antinormativismo¹⁵⁵ não é incisivamente trabalhado ao longo das páginas da obra de Grossi, isto é, o professor florentino não define e também não utiliza o referido termo, porém tece reflexões históricas acerca do processo de redução de um direito plural, fruto da sociedade e das relações sociais que desembocou na identificação do direito apenas enquanto norma estatal. Não obstante, a reflexão a que se pretende construir neste trabalho pauta-se na

¹⁵⁴ GROSSI, Paolo. **A História do Direito em uma faculdade de Direito, hoje**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, Walter Guandalini Junior e Raul Ferreira Belúcio Nogueira, 2021, p. 26.

¹⁵⁵ Embora Grossi não tenha criado uma definição objetiva para o termo antinormativismo, a partir da leitura de sua obra, o antinormativismo jurídico pode ser definido como uma crítica à visão tradicional do direito, ao positivismo e absolutismo jurídico, relacionando-se com a concepção pluralista, compreendendo o direito enquanto fenômeno histórico e cultural, apresentando resistência à redução do direito a um sistema normativo.

necessidade de compreensão do direito para além da técnica e dos protocolos formais, comprometidos com a social democracia, ressaltando que o processo de legalidade precisa incorporar e garantir uma decisão judicial justa.

Nesses termos, o próprio devido processo legal do Estado de direito está formatado dentro da legalidade, que se identifica através dos simulacros que estão conectados a modelos técnicos, fundado em uma constante reprodução de dogmas que estão associados ao ponto de vista meramente científico. Significa dizer, em outras palavras, que o direito, bem como a democracia, sob a ótica da legalidade, está maculado pelos fundamentos da soberania e hierarquia, que operam em uma frequência de controle incapaz de entregar o prometido, devido à complexidade da realidade social e da ausência de possibilidades (à primeira vista) de mudanças do ponto de vista estrutural. Isto é, o sistema formal, apresenta um déficit de entrega de resultados frente ao que o texto legal narra, e isso resulta na conclusão de que quanto maior a ausência de literalidade maior será a efetividade do comando legal.

Impende dizer que a proposta antinormativista trabalhada ao longo deste trabalho pressupõe contornar a narrativa dogmática construída pelo Estado, realçando a diversidade e pluralidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Pensar sob a perspectiva antinormativista não é assumir o discurso anárquico-desconstrutivista, entretanto pressupõe o reencontro do direito com o seu conteúdo e não unicamente com a sua forma. Metodologicamente, a aplicação da proposta antinormativista significa um trabalhoso exercício de expansão de pensamento, para construir novas narrativas interdisciplinares distintas da narrativa solipsista do direito, já que a realidade de comandos imperativos acaba por ser um corpo estranho para toda a sociedade, porque está fora da história e do devir cotidiano.

Segundo Grossi, o jurista ao lado do operador do direito positivo e do historiador do direito são os responsáveis por impulsionar o banho epistemológico, definido como ponto de partida para o amadurecimento e fortalecimento de um caminho menos violento para a compreensão do direito para além de seu caráter político. As perspectivas de mudança sem minar a estrutura exigem responsabilidade coletiva enquanto área, a fim de criar estratégias técnicas para sustentar o que a norma efetivamente busca garantir. Assim, os questionamentos que nos levam a reflexão acerca das possibilidades de aplicação do exercício do pensamento antinormativista perpassam pela dificuldade de ousar e de criar no direito, porque a construção e formação de mentes dogmáticas, que somente são direcionadas a operar o direito positivo, reduzem e limitam ao âmbito exclusivamente institucional as pessoas autorizadas a dizer o que

é o direito, ou seja, com o fechamento do discurso a fala somente é construída através da narrativa de autoridade legalista.

A proposta antinormativista é pautada no percurso do questionamento, no ato de refundar a ideia do sentido último do direito, para reconectar os cabos soltos que impedem o funcionamento do Estado de direito democrático, comprometido com a liberdade e cidadania, que inevitavelmente dialoga com a desterritorialização do Estado que detém cada vez mais soberanias porosas em decorrência dos avanços globalizatórios tecnológicos. O diálogo de inovação perpassa, portanto, pela modernidade e pós-modernidade, entregando ao jurista atento um conjunto metodológico capaz de possibilitar a recuperação da historicidade do direito em sua dinâmica social.

De acordo com Grossi, o repensamento metodológico deve ser direcionado a formação dos juristas, em especial, aos estudantes na faculdade de direito, que, através da disciplina história do direito, podem adquirir uma consciência culturalmente mais complexa. Para o professor florentino pesquisa e ensino constituem o cerne da verdadeira essência da universidade, de modo que a dimensão epistemológica do direito¹⁵⁶ deve ser enfrentada com urgência, sendo necessário reencontrar sobre as mazelas do positivismo jurídico um repensamento epistemológico fundamental. Nesse sentido, destaca-se um trecho da aula magna do curso de direito da Universidade de Paraná onde o professor Grossi, um ano antes de sua morte, direcionou palavras de incentivo aos juristas e acadêmicos brasileiros:

Acrescento um desejo fervoroso para os alunos brasileiros que me ouvem; é o desejo afetuoso de um professor muito idoso que, em sua longa vida, sempre se deliciou com o diálogo com os jovens. É um desejo de um bom trabalho, certo de que o poderão realizar sob a orientação de professores culturalmente bem providos: hoje, mais do que no passado, é necessária uma ordem jurídica sólida e justa como marco necessário para uma realidade cada vez mais global.¹⁵⁷

Para tanto, conforme amplamente dissertado nas páginas anteriores, o jurista deve se abster de continuar exercendo o papel delegado pelo poder político e se atentar ao enfrentamento do problema histórico jurídico, que necessariamente exige o deslocamento da dimensão coberta pela passividade psicológica e da preguiça intelectual, o que de acordo com

¹⁵⁶ A dimensão epistemológica mencionada não se relaciona com formas vazias e retóricas, entretanto com o compromisso cultural que se relaciona com a identidade do próprio jurista. Vide: GROSSI, Paolo. A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, p. 5-6.

¹⁵⁷ GROSSI, Paolo. A História do Direito em uma faculdade de Direito, hoje. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, Walter Guandalini Junior e Raul Ferreira Belúcio Nogueira. **Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito**, v. 2, n. 3, [s.p.], 2021, p. 26.

Grossi, mais se assemelha a coruja que evita a luz do dia porque prefere operar em uma zona de conforto. Desse modo, o convite da obra grossiana se traduz em uma renovada tomada de consciência para repensar criticamente as fundações do saber jurídico, devolvendo ao direito ao seio histórico social e ao seu papel natural de ordenador da sociedade.

O desenvolvimento da perspectiva antinormativista exige no âmbito do direito, renúncia e coragem para ir a fundo na reflexão sem minar e fazer desabar a estrutura vigente, com vistas a identificar os axiomas falaciosos que não se sustentam frente à complexidade da contemporaneidade. Não é, portanto, delimitado aqui a rejeição da técnica e da dimensão objetiva, mas sim a aproximação às teorias que possibilitam a desvinculação, que hoje parece natural, do nexos entre direito e poder político. O direito é muito mais do que Estado e política, e se situa para além das ineficientes formas jurídicas aplicadas verticalmente, ganhado vida, sobretudo, se aterrissarmos a legalidade frente à dimensão do direito enquanto ordenamento social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incorporação de uma perspectiva antinormativista para a compreensão do direito perpassa pela relação entre direito e sociedade e pela libertação de uma cultura estatalista e potestativa, que, através de projeções geográficas, reduz as manifestações jurídicas às teorizações do poder, definidas como categorias jurídicas tradicionais e constitucionais do Estado. O atual contexto histórico, considerando o fenômeno da globalização jurídica, tem ventilado a tarefa de superação de uma única fonte produtora do direito, advinda de uma longa expropriação do moderno, detidamente marcada pela exegese textual do legislador. Com a crise das tradicionais fontes formais ao jurista, que detém saber científico e capacidade sistematizadora, é delegado o potente papel de ordenar o social frente à substancial complexidade do devir histórico, que descentraliza e desterritorializa a estrutura oficial de autoridade.

Ao longo deste estudo foram sedimentadas as bases epistemológicas para a sustentação de uma análise crítica e histórica sobre o fenômeno jurídico, segundo a qual este perdeu a sua conexão natural com a cultura e com o social, perdendo também as características da dimensão plural dos ordenamentos jurídicos presentes no *ius commune* medieval e no *common law*, em decorrência da centralização de poder identificada através de uma lógica burocrática, legalista e vertical. Como exigência histórica de nosso tempo, o planeta do *common law* com juristas cada vez mais protagonistas tem recuperado o desenho de outras forças vivas e historicamente importantes, como a doutrina e a jurisprudência e através desse novo cenário, determinado pela revolução espacial e tecnológica dos privados, a saída não será pelo recipiente típico e formal, de modo que cabe aos juristas repensar um novo conceito de soberania e remodelagem para o Estado, vez que seus poderes não são mais limitados e centralizados, devendo a norma oficial ser interpretada à luz dos novos tempos.

Impende demarcar que se considera, a partir das bases deste estudo, a imediata necessidade de reconstrução de sentido para o direito, vez que o controle e a vigilância exasperada não necessariamente perpassam pela função natural do direito como ordenação do social. A concepção antinormativista refere-se ao direito enquanto tecido social ordenado que constitui o ordenamento jurídico, sendo realidade objetiva fundada sobre as conexões de relações e situações, que indica que o direito nasce e existe entre e para homens. Isto é, o direito substancialmente serve como instrumento para a garantia do bem comum e da justiça social, possuindo também a sua dimensão subjetiva, se referindo à posição do sujeito dentro do

ordenamento, perpassando pelo o que Grossi aponta como “direitos” no plural, advindo de situações jurídicas que possibilitam a experiência jurídica.

Nesse sentido, a ênfase excessiva em absolutizar cada “direito”, pode levar a posições individualistas que foram claramente manifestadas no curso do moderno. Mesmo que tais direitos sejam conferidos aos indivíduos, cumpre lembrar que são conferidos a sujeitos que estão inseridos em uma comunidade. Ou seja, a situação jurídica subjetiva não deve ser tomada através de uma perspectiva utilitarista, vez que os direitos devem caminhar ao lado dos deveres, visando à diminuição dos conflitos e à garantia da aplicação destes direitos. A contento, a chave exclusivamente tecnocêntrica de interpretação e aplicação do direito já não é mais capaz de promover a interação e compreensão dos desafios que impulsionam a mudança exigida pela contemporaneidade.

A toda evidência, a reflexão construída no decorrer deste estudo propõe o exercício do pensar de maneira crítica e disruptiva, vez que a divergência e a inovação exigem itinerários desconhecidos e geram criatividade, o que sem dúvida diferencia o homem de outro ser vivo. De tal modo, é próprio da investigação humana a inversão do destino, a criação de condições que ultrapassam fronteiras e que possibilitam a criação de modelos interpretativos que podem encontrar soluções indispensáveis para o enfrentamento e a construção de uma teoria crítica do direito para o presente e para o futuro. A obra de Grossi, como um importante referencial teórico, tem como tarefa denunciar os simplismos advindos do pensamento do jurista moderno, propondo uma ampla reflexão das noções e princípios fundamentais da civilização jurídica, sendo de extrema importância para a atualidade e para o amanhã.

A presente pesquisa também demonstrou que o direito é muito mais do que simplesmente forma e comando, realçando a riqueza histórica e a pluralidade das fontes e dos ordenamentos jurídicos frente à imediata necessidade de recuperação do fenômeno jurídico, compreendendo-o para além da cultura político-institucionalista, aproximando-o de aspectos sociais como oportunidade de identificação de elos que permitem a restauração de um direito autônomo e capaz de dialogar com os paradigmas teóricos e práticos próprios da complexidade contemporânea. A crítica que se fez ao direito e a suas categorias formais e normativas não possui caráter anárquico, como dito anteriormente em diversas passagens deste estudo, e sim, sobretudo, advém da necessidade propulsora de compreender os seus fundamentos, para que seja possível valorizar a sua função ordenadora para além da limitação da realidade social a um texto escrito.

Ao mesmo tempo, diante de uma estrutura fragmentada e fragilizada, o presente estudo possibilita a abertura para a criação de plataformas de diálogos entre a atuação de juristas, pesquisadores e operadores do direito positivo, que se traduz como contribuição para a aquisição de uma consciência cultural mais complexa, com o objetivo de construir uma ordem jurídica que seja capaz de entregar respostas frente a um mundo cada vez mais global. A pesquisa científica e o ensino caminham juntos e, portanto, se faz necessário um imediato repensamento metodológico fundamental que seja capaz de acordar os juristas do sono profundo em que estão submersos, oriundo do aprisionamento advindo do poder político, na figura do Estado, que através do rígido princípio da legalidade, identificou a vontade geral com o conteúdo da lei, bem como identificou o Estado com a sociedade civil.

As investigações realizadas ao longo desta pesquisa assinalam a importância de colocar em questão a dimensão epistemológica, que deve ser reanalisada com senso de urgência pelos juristas e docentes em direito sob pena de perda dos seus papéis sociais. O exercício para o repensamento metodológico para o direito deve considerar as suas bases históricas e sociais, pressupondo a compreensão de seu papel frente a uma realidade mutável e dinâmica, que não se sustenta frente à imobilidade textual e que, ao contrário, rejeita tais forças normativas e imperativas, criando fraturas que se multiplicam e que aumentam as lacunas e a distância da efetivação de direitos.

Por fim, é dever do jurista pautar o resgate para o direito em uma visão que reconduza esses direitos para uma perspectiva mais ampla e complexa. O apelo epistemológico reflexivo deve ir além de formas vazias que imobilizaram o problema histórico-jurídico em um sistema geométrico perfeito com regras e princípios que se apresentaram como solução para o moderno e que se entenderam para todos os lugares como percepção de uma verdade objetiva portadora de uma justiça intrínseca. Assim, o pendor ao formalismo lógico presente no pensamento jurídico cultiva com excesso o rigorismo conceitual, priorizando a epistemologia e seus métodos, impedindo o necessário exercício filosófico-jurídico para a elaboração de uma concepção de direito mais próxima da facticidade e, portanto, que reconhece a pluralidade, a historicidade e a dimensão social do direito.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Trad. José Carlos Orsi Morel (v. 1) / José Ignacio Coelho Mendes Neto (vs. 2-6). Rev. José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011. (6 v.)
- CALAMANDREI, Piero. **La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina**. In: Opere giuridiche. Vol. I. Napoli Morano, 1985.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Coleção tópicos).
- FONSECA, R. M. A diversidade e o direito: uma contribuição da história do direito para um debate contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 28, p. 157-175, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduej/article/view/20300>. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2015.20300>. Acesso em: 23 mar. 2024.
- FONSECA, R. M. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 30, n. 58, p. 23-34, jul. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14873/0>. Acesso em: 25 nov. 2023.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- GROSSI, Paolo. A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno “Repensamento” Epistemológico. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 40, n. 0, [s.p.], 2005, DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v40i0.1731>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1731>. Acesso em: 10 out. 2023.
- GROSSI, Paolo. A História do Direito em uma faculdade de Direito, hoje. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, Walter Guandalini Junior e Raul Ferreira Belúcio Nogueira. **Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito**, v. 2, n. 3, [s.p.], 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/hd.v2i3.84168>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/84168/45872>. Acesso em: 10 out. 2023.
- GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista Direito GV2**, São Paulo, v. 1, n. 2, [s.p.], 2023.

Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101792/rdgv_02_p191_200.pdf. Acesso em: 26 set. 2024.

GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998.

GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do estado: entre medievo e idade moderna. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Revista Sequência PPGD UFSC, v. 35, n. 55, p. 9-28, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15042>. Acesso em: 10 out. 2023.

GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. Tradução de Arno Dal Ri Jr. **Espaço Jurídico**, Florianópolis, v. 10, p. 153-176, 2009.

GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. **Il foro italiano**, v. 5, 2002.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. Il Punto e la Linea. In: **Società, diritto, Stato** - Un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Roma-Bari: Laterza, 1995

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. **O mundo das terras coletivas: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã**. Tradução de Fernando Coelho. São Paulo: Contracorrente, 2021.

GROSSI, Paolo. Para Além das Histórias Nacionais: o centro de estudos para a história do pensamento jurídico moderno, de Florença entre passado e Presente. Tradução Ricardo Sontag. **Revista Direito UFMG**, v. 78, p. 451, 2021. DOI: <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2021v78p451>. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2177>. Acesso em: 10 out. 2023.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GROSSI, Paolo. Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti. In: **Società, diritto, Stato** - Un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006.

GROSSI, Paolo. **Scienza giuridica italiana: Un profilo storico 1860-1950**. Milano: Giuffrè, 2000.

GROSSI, Paolo. Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval. In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milão, n. 25, p. 267-284, 1996.

GROSSI, Paolo. Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval. Tradução de Felipe Pante Leme de Campos. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 21, n. 123, p. 20-41, 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36857>. Acesso em: 10 out. 2023.

GROSSI, Paolo. Unidade jurídica europeia: uma idade média no futuro próximo? In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 31, p. 39-57, 2002. Tradução de Karen Bissani. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó**, Chapecó, v. 2, n. 3, [s.p.], 2019. DOI: <https://doi.org/10.46699/rduno.v2i3.5287>. Disponível em: <https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/RDUno/article/view/5287>. Acesso em: 10 out. 2023.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Coimbra, Almedina, 2002.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes Parte 1: princípios metafísicos da doutrina do direito**. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar. **Sistema de regras? Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras**. Revista de informação legislativa. Brasília a. 46 n. 181, p. 17-28, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Pluralismo Jurídico, Constituição e Desconstituição**. São Paulo: Boitempo, 1994, p. 198.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RICOEUR, Paul. **Da interpretação**. Lisboa. Edições 70, 1970.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947.

ROMANO, Santi. **Lo Stati moderno e la sua crisi**. Saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ZOLO, Danilo. **Il Diritto nell'era della Globalizzazione**. Roma: Laterza, 2003.

ZOLO, Danilo. **Sovereignty in the Era of Globalization**. New York: Routledge, 2009.