

Pensamento Jurídico*

Paolo Grossi**

Resumo: o presente artigo busca resgatar a noção de 'pensamento jurídico' enquanto dimensão que dispõe de autonomia diante da tipicidade do jurídico com relação às outras realidades culturais. Tal tipicidade radica-se nas conexões que o direito tem com a própria realidade histórica (que é o substrato natural da produção e da reflexão jurídicas), malgrado nos últimos duzentos anos um processo redutivo, que foi secundado pela reflexão 'cientificista' e positivista, tenha buscado vincular o nascimento e a vida do direito somente à política e ao Estado.

Abstract: The present article seeks to get back the notion of "judicial thought" as dimension that disposes of autonomy in the view of the representation of the judicial in relation to the other cultural realities. Such representation is consolidated in the connections that the right has with its own historical reality (which is a natural substratum of the judicial produce and reflexion) although in the last two hundred years, a reducing process that was reinforced by the "scientific(ist)" and positivist reflexion has tried to link the birth and the life of the right only to the politics and to the State.

Palavras chave: pensamento jurídico; autonomia; história do direito; absolutismo jurídico; positivismo.

Key-words: judicial thought; autonomy; history of the Right; judicial absolutism; positivism.

1

Pode não ser inócua a conjunção do adjetivo 'jurídico' com o substantivo 'pensamento'. Ela pode assinalar, de fato, algumas escolhas fundamentais em relação à concepção de direito, ao seu erigir-se em ciência e ao seu nexos com os valores da civilização circundante; e pressupor em quem a usa um complexo de soluções positivas a muitos dos problemas que tem majoritariamente perseguido e atormentado a epistemologia jurídica moderna. A conjunção 'pensamento jurídico', quando não for usada numa acepção genérica ou ocasional, pretende de fato sublinhar não somente que a dimensão jurídica pode ser objeto autônomo de

* Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca (Doutor em direito, professor do departamento direito privado e do programa de pós-graduação em direito da UFPR. Pesquisador do CNPq).

** Professor Ordinário de História do Direito Medieval e Moderno da Università degli Studi di Firenze e Acadêmico dos Lincei. Piazza Indipendenza, n. 9, CEP 50.129, Firenze, Itália. E-mail: centro@tsd.unifi.it.

pensamento, quanto que o 'jurídico' – quando é objeto de pensamento – tem uma tal autonomia e uma tal força incisiva sobre a estrutura especulativa que lhe está em torno a ponto de provocar a própria autonomia desta estrutura, de erigi-la em discurso autônomo relativamente à outras formas de abordagem da realidade.

As escolhas de fundo, que se pressupõem, aparecem sobretudo como as seguintes:

- a) a dimensão jurídica é uma dimensão autônoma da realidade, porque o 'jurídico' é um seu valor típico e específico;
- b) como tal, o 'jurídico' não é somente um mecanismo de organização da realidade, mas é pensado e construído em um nível menos empobrecedor; é aliás expressivo não da quotidianidade mas de raízes profundas, sendo ligado aos valores essenciais de uma sociedade; é, enfim, essa mesma civilização pulsante de uma comunidade histórica;
- c) como tal, o jurídico não pode ser somente objeto de conhecimento técnico e científico, mas daquele mais alto grau de compreensão que os filósofos chamam de pensamento; o 'jurídico' pode se tornar esse mesmo pensamento com um vulto que traz em si uma intensa tipicidade.

É claro que quem fala de pensamento jurídico, não por mera ocasião retórica, mas conscientemente, afirma implicitamente que não tem nada a partilhar nem com uma visão redutiva do direito, nem com uma concepção positivista da ciência jurídica e do jurista. O direito não pode, sob essa ótica, ser reduzido a instrumento do poder político ou a um acúmulo normativo mais ou menos ordenado sistematicamente; e a ciência jurídica, alforriada de toda servidão exegética, liberada do condicionamento necessário da vontade do legislador, é individuada como intérprete no significado mais intenso do termo, não como tecedeira de argumentações lógicas no interior de um sistema fechado que ela não contribuiu a construir e do qual ela simplesmente sofreu a incidência, mas sim como mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, força viva e criativa da história na elaboração de arquiteturas adequadas e eficazes a sustentar, mais que o produto de um legislador contingente, uma inteira civilização em movimento. Falar de 'pensamento jurídico' significa de fato acreditar que o nível do direito não é nem aquele da mera execução passiva de forças inerentes a outras dimensões, nem aquele do discurso simplesmente técnico; testemunha a convicção que, ao contrário, o direito, na sua essência, fisiologicamente, é expressão fiel de uma civilização.

Somente nestas condições é que se pode falar de modo consciente e coerente de 'pensamento jurídico'. Se a ciência (e portanto também a ciência jurídica) é um conjunto de abordagens e de instrumentos cognitivos com uma eficaz capacidade para analisar objetos particulares (na qual a ação cognitiva é ajudada por apropriados subsídios técnicos), o pensamento em todas as suas manifestações (e portanto também no jurídico) é alguma coisa a mais e é qualitativamente diverso, é a ciência que se ergue para perceber o universal. Somente se o direito está no centro de uma civilização em

movimento e dela constitui um tecido fundamental, é que se pode afirmar correta e plenamente sobre a existência de um ‘pensamento jurídico’.

2

Entende-se então porque a história ocidental tenha sido o nicho conveniente para o emergir, o desenvolver e o consolidar de um pensamento jurídico: porque aquela história, nas suas manifestações romana e medieval, sempre relegou ao direito um papel de nervura recôndita, secreta mas determinante, de uma sociedade civil. Digamos mais: porque o Ocidente teve o singular privilégio de ter construído a própria civilização como direito, a sua é antes de tudo uma civilização jurídica, no sentido de que cabe ao direito um papel decisivo no seu projeto arquitetônico.

Para limitar o olhar ao que está logo às nossas costas, no mundo medieval e pós-medieval, à *scientia iuris* (termo a ser compreendido com a mente liberada da noção positivista moderna de ciência) é reservado um indubitado primado epistemológico, e ela é olhada com atenção e respeito da parte de todo intelectual; o jurista é o homem dos projetos, está no centro da cidade que o nutre e o sustenta como célula relevante; senta-se no palácio como natural depositário do poder e estabelece colóquios com os doutos, ele em primeiro lugar entre os doutos, como interlocutor privilegiado que é.

Quando, no auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sócio-política e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político, o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político, enquanto deforma-se sensivelmente e revolve-se também a velha relação entre direito e mundo que o circunda. O absolutismo jurídico da era liberal percebe o enorme valor – político *stricto sensu* – do direito, liga-o ao poder e à classe que lhe é detentora como precioso *instrumentum regni* de um modo maior de como se havia feito no passado, mortifica o jurista como simples repetidor da voz do legislador. Toda função de elaboração de projetos é afastada; aos *adminicula iuris* deixa-se o papel infinitamente menor de fazer as vezes de aparelho ortopédico para as claudicâncias do próprio legislador e aos juristas o não-papel de sugestor de expedientes gramaticais. O direito, capturado no laço mortal de invenções e artificios imobilizantes (antes de tudo a assim chamada hierarquia das fontes), inseriu-se bem profundamente nos mecanismos de poder e foi eliminado o quanto possível da sociedade civil e da cultura. É a operação muito lúcida e inteligente da burguesia vitoriosa, impregnada de vigilante atenção pelo ‘jurídico’ e de desconfiança com relação à ordem dos juristas. A estes, ao longo do século XIX, nos países de direito codificado (que são a maioria) é reservada a dimensão passiva da exegese, da qual não é impossível mas é difícil readquirir o céu aberto e vivo do pensamento.

A grande tradição da análise jurídica medieval e pós-medieval continua na Alemanha, terra do direito comum; e, em certa medida e com posições muito particulares,

nos países do *common law*. Mas será penoso para os juristas sair do pequeno canto a eles reservado e recuperar um papel de engenharia construtiva. A separação entre jurista e sociedade, a representação do jurista como gramático do poder e a condição simplesmente executiva e conservadora do direito circulam como alicerces numa estruturação rigidamente monista do Estado marcada pelo princípio constitucional da subtração de toda a liberdade criativa à ordem dos juristas, enquanto se continua a recitar de modo sempre mais inconsciente mitos, fórmulas e temores provenientes dos eventos de 1789.

São esses os nós ainda não resolvidos do século XX, no seu devir ambíguo e atormentado, no qual porém o historiador não pode deixar de individuar um fio condutor recente que leva a um resgate crescente do jurista às grandes escolhas, um espaço que sempre se amplia mais à dimensão jurídica como força que forja projetos produtores de história. Ao lado, re-emerge da parte do jurista o resgate psicológico do próprio papel, da sua própria libertação da condição servil da *exegese*. É o momento incandescente que estamos vivendo.

3

O pensamento jurídico não é escrito sobre tábuas sagradas; é escrito prevalentemente sobre as coisas; aliás, mais ainda, sobre coisas mutáveis da história humana, e traz em si algumas conotações típicas:

a) nasce de baixo, das coisas, dos fatos, e sobre estes torna a voltar-se revelando o seu íntimo caráter ordenador; a tensão co-natural que o domina e o caracteriza é encarnar-se, é não flutuar sobre as experiências, mas ordená-las. O pensamento jurídico não pode prescindir do mundo da ação, onde está sempre sepultado o germen que o desperta: ações singulares, ações coletivas mas ações particulares que são, no momento ordenador, recuperadas dos seus particularismos e subtraídas da miséria do cotidiano. E aqui o pensamento jurídico desvela a sua natureza complexa: a dimensão especulativa se insere sempre na capilar vida cotidiana, que constitui uma espécie de ineliminável dimensão submersa. Ele não pode nunca prescindir da laboriosa oficina onde, ao lado de elaboradíssimos princípios, fala-se e opera-se em leis e atos administrativos, contratos e testamentos, citações em juízo e tipificações de crimes, contratos de trabalho e sociedades comerciais, uma diáspora de fatos saídos de suas próprias cascas e inseridos, num nível mais elevado, em uma sociedade e em uma cultura, como objetos de pensamento. 'Pensamento jurídico' é sem dúvida uma filosofia, mas muito freqüentemente uma filosofia subtraída do filósofo profissional: o

balbucio, que se tornará sucessivamente discurso mas que já é um embrião de discurso, toma início no canteiro de obras dos advogados, dos juízes, dos notários, dos *doctores iuris*, todos partícipes da fundação de um pensamento jurídico não menos do que o sapientíssimo *speculator* ou do que o legislador. O pensamento jurídico é também uma ‘mentalidade’, uma vez que é sempre fruto dessa realidade plural exatamente porque síntese de ação e conhecimento, de com-preensão dos tantos institutos e tipificações legais individuais – cada um pesadamente impregnado de lugar, de tempo, de motivos, de interesses dentro do tecido dos modelos gerais sobre os quais se ordena uma civilização histórica;

b) indissolavelmente ligado à mutabilidade dos fatos o ‘pensamento jurídico’, como locução absoluta, é muito freqüentemente uma abstração. Ainda que seja dado aos juristas tomar e individuar as permanências que superam intactas as mais diversas rupturas (e que se aprecia chamar não incorretamente ‘conceitos jurídicos’ ou mais discutivelmente ‘dogmática jurídica’), o pensamento jurídico, expressão do vulto interior de uma civilização em movimento e manifestação das suas mais profundas raízes históricas, é ligado àquele determinado modo muito particular de sentir, viver, conceber o direito que nos acostumamos a expressar com a noção sintética de experiência jurídica. Existem, claro, articulações relevantes entre experiências subseqüentes no tempo (pense-se no tecido conectivo do pensamento jurídico romano com relação às ordens culturais sucessivas), existem – como se dizia pouco antes – algumas permanências inegáveis (que permitiram um florescer não edificante mas repetido até recentemente como ‘história dos dogmas’), mas o ligame expressivo do pensamento jurídico se dá com uma ação historicamente típica, com a vida do direito tal como sincronicamente acontece dentro de limites temporais historicamente legítimos, onde a legitimidade é medida não a partir dos limites temporais da artificiosa história política mas nas consolidações da longa duração e das escolhas profundas com as quais o direito ordena e enrobustece idéias, ideologias e costumes. Assim, enquanto seria imprudente ou simplesmente vulgar discorrer sobre pensamento jurídico francês, espanhol, italiano e assim por diante, seria correto falar de pensamento jurídico do *common law* diante daquele do *civil law*, ou daquele dos países socialistas; ou então, sob o plano histórico, de um pensamento jurídico romano, medieval ou moderno, cujas diversidades não sejam nem formais, nem meramente terminológicas ou instrumentais, mas fundadas sobre uma visão do direito que reclama a sua tipicidade daquele conjunto das mais secretas visões e construções do homem e da comunidade no real, que chamamos civilização.

4

‘Pensamento jurídico’ não é uma conjunção muito afortunada.

Por um lado, quem mantém o culto do pensamento como algo absoluto tem uma natural aversão a aceitar que este absoluto seja confiado às tramas de um mundo relativo como o direito. As características de eternidade e de imutabilidade enquanto atributos essenciais ao pensamento são herança, difíceis de abater, de uma imagem que nasceu e cresceu sob o molde das ciências exatas, uma imagem que obstaculiza concepções mais amplas e mais livres.

Por um outro lado, quem, vinculado ao positivo, liga depreciativamente o termo e a noção com as sistematizações do idealismo refuta este e aquele, cala-se sobre um e sobre o outro, pretendendo com o silêncio exorcizar uma realidade repugnante. É por isso que, em vista dos seus fundamentos, que de diversos modos (mas seguramente o são) positivistas, a reflexão jurídica até hoje prefere deter-se sobre o terreno mais concreto e menos comprometedor de ‘ciência jurídica’. Assim ocorre com quem separa rigorosamente o direito positivo da comparação, da história e da sociologia jurídica, constituindo-as como ciências auxiliares e não as tomando como riquezas internas e intrínsecas à dimensão jurídica (Carbonnier); assim ocorre com quem empobrece a ciência como uma insossa sombra da norma (Kelsen). É emblemático que a conjunção não se encontre nem uma vez sequer – ou porque cuidadosamente evitada, ou porque ignorada – entre os títulos da vastíssima produção do maior cultor italiano de teoria geral do direito, Norberto Bobbio, cuja obra se coloca, ainda que não rigidamente, numa ótica filosófica neopositivista. Por outro lado, dessa conjunção pode legitimamente falar Gény, sempre preocupado em colocar o jurista em meio à história e a torná-lo produtor de história, todo amarrado à tarefa de chegar a entender “le centre du grand mystère du droit”.