

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA: RELAÇÕES INTERNACIONAIS

BEATRICE GUIMARÃES NÓBREGA

**O DUALISMO DE PREEMINÊNCIA INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM
ANTIFORMALISTA ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO
INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO A PARTIR DO ORDENAMENTO
JURÍDICO DE SANTI ROMANO**

Florianópolis/ SC

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

BEATRICE GUIMARÃES NÓBREGA

**O DUALISMO DE PREEMINÊNCIA INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM
ANTIFORMALISTA ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO
INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO A PARTIR DO ORDENAMENTO
JURÍDICO DE SANTI ROMANO**

Dissertação submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior

Florianópolis/ SC

2008

BEATRICE GUIMARÃES NÓBREGA

**O DUALISMO DE PREEMINÊNCIA INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM
ANTIFORMALISTA ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO
INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO A PARTIR DO ORDENAMENTO
JURÍDICO DE SANTI ROMANO**

Essa dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área Relações Internacionais.

Banca examinadora:

Presidente e orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior.

Membro: Prof. Dr. Jorge Fontoura

Membro: Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Florianópolis, 28 de março de 2008.

AGRADECIMENTO

A Deus, força do meu viver.

Ao meu orientador, prof. Dr. Arno Dal Ri Junior, pela paciência, ensino e provocações nesses dois anos de mestrado, contribuindo de maneira determinante para a minha formação acadêmica “sobre as mais sólidas rochas”.

Ao prof. Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender, por sua co-orientação, demonstrando a grandeza da academia em dialogar com as diferenças.

Aos primeiros mestres, Rogério Zuel Gomes, Alexandre Morais da Rosa, Wagner Menezes e Florisbal de Souza Del’Omo, pelas orientações do passado e pelo incentivo e amizade sempre presentes.

Aos demais professores e funcionários do Curso de pós-graduação em Direito da UFSC pela lição deixada de entrega e dedicação à academia.

Aos companheiros de mestrado e, em especial, aos amigos do grupos de pesquisa *jus gentium*, pelas discussões e inquietações em busca da compreensão do direito internacional.

Aos meus tios, Celso e Teresa Guimarães, que tão prontamente me acolheram nesses dois anos, na sedutora ilha que faz jus a sua magia.

Aos meus pais, Ivone Guimarães Nóbrega e Guilherme Nóbrega [*in memoriam*] por serem o exemplo que conduziu, conduz e conduzirá o meu caminhar.

Aos meus irmãos e melhores amigos, Guilherme Antônio, Ciro Dimitri e Dario Alexandre pelo fiel companheirismo de lágrimas e risadas.

“Grau, teurer Freund, ist alle Theorie. Und grün des Lebens goldner Baum!”

“Todas as ciências são cinzentas. Verde e frondosa é a árvore da vida!”

Johann Wolfgang von Goethe - Faust I

RESUMO

A relação entre direito internacional e direito interno corresponde a uma das questões freqüentemente presentes nos estudos do direito internacional. Procurar compreender essa relação exige uma predeterminação de conceitos. Conceitos tais como “direito”, “Estado”, “direito interno” e “direito internacional”. A partir da determinação desses conceitos torna-se possível delinear como ocorre a relação entre direito internacional e direito interno. O jurista italiano Santi Romano propôs uma concepção antiformalista dos conceitos de direito, de Estado, de direito interno e de direito internacional. Ao identificar o direito como “instituição”, Romano amplia a definição do direito, não a reduzindo a tão-somente normas jurídicas. Conseqüentemente a partir dessas concepções antiformalistas, Romano apresenta uma peculiar leitura quanto à relação entre direito internacional e direito interno. O presente trabalho, por meio do método dedutivo de abordagem, tenta demonstrar que, a partir das concepções antiformalistas de Romano, a relação entre o direito internacional com o direito interno define-se como o dualismo de preeminência internacional. A Teoria Dualista de preeminência internacional apresenta diferenças significativas das demais construções jurídicas acerca da relação entre o direito internacional e o direito interno. Diferenciação esta perceptível no presente trabalho, por meio do método auxiliar comparativo, ao abordar a Teoria Monista de primazia do direito interno, a Teoria Monista de primazia do direito internacional e a Teoria Dualista tradicional. Ao lado das demais construções jurídicas em matéria, a construção romaniana ressalta-se por suas peculiaridades. Para Romano, a instituição “comunidade internacional” caracteriza-se como uma instituição complexa, compostas pelas instituições estatais. E ainda ambas as instituições identificam-se como ordenamentos jurídicos originários, há relevância entre as mesmas. Isso significa, para Romano, que há uma relação dualista. Contudo, com preeminência do direito internacional devido à complexidade da instituição “comunidade internacional” e à relevância por “conteúdo”. O que expressa, destarte, as peculiaridades da construção romaniana perante as demais, conforme tenta demonstrar o presente trabalho.

Palavras-chaves: Direito interno. Direito internacional. Instituição. Dualismo de preeminência internacional.

ABSTRACT

The relationship between international law and State law means one of the questions most frequently presents on the international law studies. Comprehending this relationship requires predetermined concepts. Concepts such as “law”, “State”, “State law” e “international law”. Determining these concepts allows to define how happens this relationship between international law and State law. The Italian jurist Santi Romano has proposed an ‘antiformalist’ conception about those concepts. By identifying law as ‘institution’, Romano amplifies the definition of law, not just understanding it as juridical rules [norms]. Therefore, making use of those ‘antiformalists’ conceptions, Romano introduces a peculiar lecture about the relationship between international law and State law. The present work, applying the deductive method, tries to demonstrate that, taking advantage of Romano’s ‘antiformalists’ conceptions, the relationship between international law and State law may be defined as a dualism with international superiority. The Dualism Theory with international law superiority shows meaningful differences in respect to the others theories about the relationship between international law and State law. Differences that are noticed in this present work, by using the comparative method as an assistant method to approach the Monism Theory with primacy of the State law, the Monism Theory with primacy of the international law and the classic Dualism Theory. Comparing to these theories, Romano’s theory gains importance because of its peculiarities. For Romano, the institution “international community” is characterized as a complex institution, consisted of states institutions. Although both institutions are identified as original legal order, there being importance between both. It means, for Romano, that there is a dualistic relationship. Although, with international law superiority due to the complexity of the institution “international community” and due to the importance of its content. What express, thus, the peculiarities of Romano’s theory before the others theories, which is tried to be shown in the present work.

Key-words: State law. International law. Institution. Dualism with international law superiority.

LISTA DE SIGLAS

AG - Assembléia Geral

CIJ – Corte Internacional de Justiça

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU- Organização das Nações Unidas

OMC - Organização Mundial do Comércio

SSC – Sistema de solução de controvérsias

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A TEORIA DO “ORDENAMENTO JURÍDICO” DE SANTI ROMANO	16
1.1 A proposta paradigmática antiformalista para a definição do direito	16
1.1.1 <i>Da objetividade do direito</i>	24
1.1.2 <i>Da organização social</i>	26
1.1.3 <i>Do conceito de direito</i>	28
1.1.4 <i>Da concepção de instituição</i>	30
1.1.5 <i>A teoria da necessidade</i>	41
1.2 O Ordenamento Jurídico	45
1.2.1 <i>Norma jurídica</i>	49
1.2.2 <i>Sanção jurídica</i>	53
1.2.3 <i>O ordenamento jurídico e as relações simples ou jurídicas</i>	56
1.3 A concepção romaniana de Estado	58
2 AS CONSTRUÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO	71
2.1 A construção jurídica monista acerca da relação entre direito internacional e direito interno	73
2.1.1 <i>O monismo de primazia do direito interno segundo Hans Kelsen</i>	73
2.1.1.1 <i>Da concepção de Estado</i>	80
2.1.1.2 <i>Da concepção de direito interno</i>	87
2.1.1.3 <i>Da concepção de direito internacional</i>	90
2.1.1.4 <i>Da relação entre direito internacional e direito interno</i>	96
2.1.2 <i>Monismo de primazia internacional segundo Alfred Verdross</i>	101
2.1.2.1 <i>Da concepção de Estado</i>	107
2.1.2.2 <i>Da concepção de direito interno</i>	111
2.1.2.3 <i>Da concepção de direito internacional</i>	113
2.1.2.4 <i>Da relação entre direito internacional e direito interno</i>	122
2.2 A construção jurídica dualista acerca da relação entre direito internacional e direito interno	129

2.2.1 <i>Dualismo voluntarista segundo Karl Heirinch Triepel</i>	129
2.2.1.1 <i>Da concepção de Estado</i>	131
2.2.1.2 <i>Da concepção de direito interno</i>	133
2.2.1.3 <i>Da concepção de direito internacional</i>	134
2.2.1.4 <i>Da relação entre direito internacional e direito interno</i>	138
3 O DUALISMO DE PREEMINÊNCIA INTERNACIONAL	144
3.1 A noção romaniana do ordenamento jurídico internacional	144
3.1.1 <i>Definição do direito internacional</i>	158
3.2 A relação dos ordenamentos jurídicos entre si	164
3.2.1 <i>Os momentos de exercício da relevância</i>	167
3.2.2 <i>A relação entre ordenamento jurídico internacional e ordenamento jurídico estatal</i>	176
3.3 O dualismo de preeminência internacional	182
3.3.2 <i>A escola antiformalista italiana e a relação entre direito internacional e direito interno</i>	198
3.3.2.1 <i>Da relação entre direito internacional e direito interno segundo Roberto Ago</i>	201
3.3.2.2 <i>Da relação entre direito internacional e direito interno segundo Riccardo Monaco</i>	213
3.3.2.3 <i>Da relação entre direito internacional e direito interno segundo Piero Ziccardi</i>	224
CONCLUSÃO	236
REFERÊNCIAS	246
ANEXO A - As principais fases da produção acadêmica de Santi Romano, no seu desenvolvimento cronológico	258

INTRODUÇÃO

As discussões em torno do tema “relação entre o direito internacional e o direito interno” concorrem de modo significativo para a construção do conhecimento jurídico. Podem ser destacadas como dois indicativos desta contribuição tanto a riqueza de sua argumentação teórica quanto a relevância de sua aplicabilidade prática. Indicativos os quais, igualmente, justificam a pertinência do tema escolhido. A riqueza da argumentação teórica do referido tema deve-se à predeterminação de certos conceitos que se apresentam como indispensáveis para a compreensão do mesmo. Adotar uma concepção sobre o que é o próprio “direito” acaba por condicionar a leitura de como ocorre a relação entre direito internacional e direito interno. Além da definição do conceito de “direito”, outras como de “Estado”, de “direito interno” e de “direito internacional” são imprescindíveis para a definição da relação em questão. Juntamente com a compreensão desta, a predeterminação de tais conceitos contribui para a construção do conhecimento jurídico. Uma vez que, as divergências de tais concepções alicerçam as diferentes teorias elaboradas acerca dessa relação. Já a relevância da aplicabilidade prática do referido tema deve-se por este envolver a questão do tratamento constitucional ao direito internacional. Isso significa, toca a questão de como a Constituição do Estado se posiciona frente ao direito internacional, se há ou não previsão nesta quanto a certas matérias que ultrapassam as fronteiras estatais. Matérias como: reconhecimento de princípios do direito internacional; questões concernentes aos tratados internacionais; reconhecimento da jurisdição internacional; aplicação das normas jurídicas internacionais pelos tribunais estatais, dentre outras. Essas matérias expressam a aplicabilidade prática do referido tema, pois se referem à relação entre direito internacional e o exercício das funções estatais [legislativa, executiva e judicial]. O que contribui juntamente para a construção do conhecimento jurídico, uma vez que seu objeto não deveria distanciar-se da realidade fática. Ademais, esses dois indicativos revelam que o tema em questão, ainda que freqüentemente presente nos estudos do direito internacional, não se limita a este. O que justifica também a pertinência do tema escolhido.

Particularmente, quanto à riqueza da argumentação teórica do referido, ressalta-se que não foram poucas as tentativas para definição de tais conceitos

como “direito”, “Estado”, “direito interno” e “direito internacional”, seja segundo posicionamentos formalistas, seja segundo posicionamentos antiformalistas. Conseqüentemente, dessa diversidade de concepções resultaram diferentes construções jurídicas acerca da relação entre o direito internacional e o direito interno. Construções jurídicas dentre as quais se encontram a Teoria a Monista e a Teoria Dualista, que decorreram dos divergentes enfoques de tais conceitos. O direito entendido como um sistema unitário de normas jurídicas, cujas fontes e objetos identificam-se, possibilita condicionar a uma leitura monista da relação em matéria. Por outro lado, o direito compreendido como sistema separado de normas jurídicas, cujas fontes e objetos diferenciam-se, podem conduzir a uma leitura dualista de tal relação. A delimitação do tema escolhido, então, ocorre com a adoção de determinadas concepções de tais conceitos os quais, por conseguinte, definirão como ocorre a relação entre o direito internacional e o direito interno. Se esta, corresponde a uma relação monista ou dualista.

A partir dessas considerações o presente trabalho adota as concepções antiformalista de direito, de Estado, de direito interno e de direito internacional do jurista italiano Santi Romano. Particularmente, adota as concepções propostas por Santi Romano nas obras “O Ordenamento Jurídico”, de 1918 e o “*Corso di diritto internazionale*”, de 1926. Ao propor uma definição antiformalista do direito que o amplia, Romano rompe com paradigmas formalistas que identificam o direito a tão-somente normas jurídicas. O direito, para Romano, é instituição. E instituição corresponde a uma unidade social organizada, como o Estado e a comunidade internacional. Desse modo, Romano considera os vocábulos “direito”, “instituição”, “organização” e “ordenamento jurídico” como sinônimos. Conseqüentemente, tais concepções romanianas acabam por condicionar a uma peculiar definição da relação entre o direito internacional e o direito interno. Nesse sentido, o presente trabalho apresenta a seguinte indagação: a partir dessa abordagem antiformalista de Romano, qual a relação entre o direito internacional e o direito interno? Como uma possível resposta a tal indagação, levanta-se como hipótese básica que a partir de uma abordagem antiformalista de Romano, a relação entre o direito internacional e o direito interno pode corresponde ao dualismo de preeminência internacional. Uma vez que para Romano, a instituição “comunidade internacional” caracteriza-se como uma instituição complexa, compostas pelas instituições estatais. E ainda ambas as instituições identificam-se como

ordenamentos jurídicos originários, há relevância entre as mesmas. Isso significa, para Romano, que há uma relação dualista. Contudo, com preeminência do direito internacional devido à complexidade da instituição “comunidade internacional” e à relevância por “conteúdo”. O que expressa a peculiaridade da teoria dualista romaniana perante as demais, conforme tentar-se-á demonstrar no decurso do presente trabalho.

Nessa consecução, por meio do método dedutivo de abordagem, o presente trabalho tentará demonstrar que a partir das concepções antiformalistas romanianas de direito, de Estado, de direito interno e de direito internacional, propostas na obra “O Ordenamento Jurídico”, a relação entre o direito internacional e o direito interno pode corresponder ao dualismo de preeminência internacional. Tentar-se-á demonstrar, então, que a leitura romaniana da relação entre a instituição “comunidade internacional” e a instituição “Estado” se expressaria por meio da Teoria Dualista de preeminência internacional. Para tanto, também será utilizado o método comparativo para auxiliar no desenvolvimento do presente estudo. Uma vez que, serão abordadas as demais teorias acerca da relação do direito internacional com o direito interno para possibilitar o exame de construções jurídicas que podem divergir ou assemelhar à construção jurídica romaniana levantada como hipótese. Ademais, ressalta-se que o presente trabalho desenvolverá o referido tema por meio da técnica de análise de fonte primária documental e documentação indireta, pertinentes ao estudo da relação entre o direito internacional e o direito interno.

A fim de demonstrar que a partir das concepções antiformalista de Romano a relação entre o direito internacional e o direito interno pode corresponder ao dualismo de preeminência internacional, o presente trabalho discorrerá sobre o referido tema de acordo com a ordem de abordagem que segue. A primeira seção apresentará algumas das concepções antiformalistas de Romano, presentes na obra “O Ordenamento Jurídico”. No primeiro momento, será feita uma abordagem introdutória quanto à proposta paradigmática antiformalista para a definição do direito. Na seqüência, apresentar-se-á algumas concepções determinantes de Romano, presentes na obra “O Ordenamento jurídico”, as quais correspondem: à questão da objetividade do direito, a concepção de organização social, o conceito romaniano de direito, a concepção de instituição e a respectiva fonte do direito [teoria da necessidade]. Após a explanação de tais concepções, abordar-se-á a concepção romaniana de ordenamento jurídico, destacando as seguintes

considerações de Romano: quanto: à norma jurídica, à sanção jurídica e, por último, ao ordenamento jurídico e as relações simples ou jurídicas. Por fim, discorrer-se-á sobre a concepção romaniana de Estado enquanto instituição, mencionando, dentre outras questões, o caráter jurídico da potestade, a extensão de personalidade e a relevância jurídica do território e da cidadania, referentes ao Estado.

A segunda secção abordará as demais construções jurídicas acerca da relação entre o direito internacional e o direito interno, sendo estas o monismo de primazia do direito interno, monismo de primazia do direito internacional e o dualismo. Nesta secção, então, destacar-se-á as concepções de direito, de Estado, de direito interno e de direito internacional de um dos representantes de cada teoria anteriormente mencionada. Após a abordagem de tais concepções, discorrer-se-á sobre os enunciados da respectiva teoria que expressa como ocorre a relação entre o direito internacional e o direito interno de acordo com cada destes representante. Desse modo, primeiramente abordar-se-á as concepções o jurista austríaco Hans Kelsen, juntamente com os enunciados da Teoria Monista de primazia do direito interno. Na seqüência, tratar-se-á das concepções do jurista austríaco Alfred Verdross, juntamente com os enunciados da Teoria Monista de primazia do direito internacional. E por fim, será feita abordagem das concepções do jurista alemão Karl Heinrich Triepel, juntamente com os fundamentos da Teoria Dualista tradicional. Reitera-se que a abordagem desta secção visa possibilitar um exame comparativo entre as teorias que abordará e a teoria romaniana correspondente à hipótese levantada, no presente trabalho, e a ser discorrida na secção seguinte.

A terceira secção, portanto, abordará o dualismo de preeminência internacional. Nesta, tentar-se-á demonstrar que, segundo a concepção antiformalista de Romano, a relação entre direito internacional e direito interno corresponde ao dualismo de preeminência internacional. Para tanto, no primeiro momento, apresentar-se-á a noção romaniana de ordenamento jurídico internacional, bem como a definição de Romano de direito internacional. Em seguida, tratar-se-á a questão da relação dos ordenamentos jurídicos entre si, do modo como Romano percebe tal relação. Desta maneira, destacar-se-á os momentos de exercício da relevância, bem como destacar-se-á como Romano compreende a relação do ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico estatal. Após tais considerações, será feita a abordagem sobre o dualismo

de preeminência internacional. Neste momento, primeiramente mencionar-se-á as concepções dualistas [tradicional] do jurista italiano Dionisio Anzilotti e, na seqüência, tratar-se-á da peculiar concepção dualista de Romano, demonstrando que a relação do direito internacional com o direito interno pode corresponde ao dualismo de preeminência internacional. Por fim, discorrer-se-á sobre a escola antiformalista italiana e a relação entre o direito internacional e o direito interno, expondo o posicionamento de alguns dos representantes desta escola. Representantes como Roberto Ago, Riccardo Monaco e Piero Ziccardi, os quais expressam a influência dos ensinamentos de Romano em suas concepções.

Espera-se, portanto, com o presente trabalho corresponder aos indicativos inicialmente mencionados os quais justificam a pertinência do tema escolhido. Ao abordar as concepções antiformalistas de Romano sobre o “direito”, o “Estado”, o “direito internacional” e o “direito interno” e ao tentar demonstrar que a partir de tais concepções a relação entre o direito internacional e o direito interno corresponde a um dualismo de preeminência internacional, buscar-se-á, juntamente, fomentar tanto a riqueza da argumentação teórica quanto a relevância da aplicabilidade prática do tema em questão. A fim de que, assim, o presente trabalho possa contribuir positivamente para as discussões acadêmicas em torno do tema “relação entre o direito internacional e o direito interno”.

1 A TEORIA DO “ORDENAMENTO JURÍDICO” DE SANTI ROMANO

Não são poucas as inquietações dos que se dedicam à construção do conhecimento jurídico. A fim de perceber e apontar para um determinado objeto o qual possa ser identificado como o definidor do direito, os que se lançam em tal realização partem, em um primeiro momento, de um estado de dúvida.¹ Partem de um desprendimento de concepções sobre conceitos considerados alicerces na construção do próprio conhecimento jurídico. Desse modo voltam-se, inevitavelmente, para a seguinte indagação: qual a definição do direito?

Em contribuição a estas tentativas de definir o direito, Santi Romano elaborou sua concepção de ordenamento jurídico² propondo uma identificação institucionalista do mesmo. Para tanto, Romano percorre desde a emanção do direito por meio da “necessidade social” até a constituição de um concreto estado plural de ordenamentos, alicerçando, por conseguinte, a construção de um conhecimento jurídico antiformalista.

1.1 A proposta paradigmática antiformalista para a definição do direito

As abordagens acerca da definição do direito não ocorrem de modo independente, descontextualizadas de tendências jurídicas filosóficas e culturais emergentes em certo momento datado. Não ignoram, portanto, a quebra

¹ A dúvida exercendo assim a sua função primordial, como “meditava” René Descartes, ao desconstruir todo o conhecimento para a partir daí erigir o edifício do saber. “O que então poderá ser considerado verdadeiro? Talvez nada mais, a não ser que há nada de certo no mundo.” *Vide*: DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 42

² Conforme se verificará no decorrer deste primeiro capítulo, da concepção de ordenamento jurídico de Romano destaca-se, como bem adverte Antonio Tarantino, o trinômio necessidade-instituição-pluralidade. In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico: interpretazione della dottrina di Santi Romano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p.12

paradigmática³ no conhecimento jurídico. Tais quebras, ao contrário, vão ao encontro da assertiva de que há uma concreta relação de causa e efeito⁴ entre os distintos posicionamentos de tal conhecimento científico. Para que se passe, então, a expor a proposta antiformalista romaniana da definição do direito, cabe por ora contextualizar a mesma, ou melhor, expor as causas a que esta proposta reagiu. Trata-se de contemplar as tendências que contribuíram para a construção do conhecimento jurídico alicerçado em concepções formalistas do direito, as quais se opuseram as concepções de viés antiformalistas, como a romaniana. Concretizando, assim, a relação causa e efeito.

A partir do entendimento de que as palavras não possuem um significado próprio, mas sim o significado que lhes é atribuído pelo uso, Roberto Ago realiza um aprofundado exame da expressão “direito positivo” no âmbito do direito internacional. Nesse sentido, Ago expõe que variados foram os significados atribuídos a esta expressão na construção do conhecimento jurídico formalista.⁵ Aponta-se para o sistema jurídico medievo [séculos V ao XV] como precursor no uso do termo *jus positivum*. Este era, então, empregado com o escopo de traçar uma distinção entre o direito natural, de origem “independente” da vontade humana, e o direito posto, originado por um ato legislativo, ato de vontade humana.⁶ Já nos séculos XVII e XVIII, a expressão “direito positivo” permanece compreendida como um direito posto, como um ato de vontade humana, revelando-se como uma concepção ligada à fonte, à origem do direito. No referido período, *lex positiva*, *jus positum*, *jus positivum* e *jus voluntarium* identificavam-se como sinônimos,

³ Por ora, concebe-se a expressão “paradigmática” no sentido de sociológico, conforme proposto por Thomas Kuhn. Logo, um paradigma sociológico “[...] indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada.” Tais membros, assim, partilham de uma matriz disciplinar, ou seja, “[...] “disciplinar” porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; “matriz” porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada.” As propostas paradigmáticas do conhecimento jurídico, portanto, partilham de uma mesma matriz disciplinar, compreendendo esta no sentido exposto. Ver, a respeito: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 220; 228-229

⁴ Relação esta pela qual Descartes condiciona o conhecimento a uma causa primeira, de modo que haja “[...] tanta realidade na causa eficiente e total quanto em seu efeito [...]”. In: DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. p. 42

⁵ AGO, Roberto. Diritto positivo e diritto internazionale. In: **Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 04

⁶ Idem. Ibidem., p. 05

expressando o mesmo sentido de “direito positivo”. Sinônimos os quais se distinguem de um *jus naturale*, até então entendido como existente.⁷

Por conseguinte, o século XIX é marcado por um posicionamento jurídico formalista, que se afasta cada vez mais de concepções jusnaturalistas. Neste período, é possível constatar uma crescente preocupação acerca da secularização do direito⁸ juntamente com a preocupação de reconhecer o homem, dotado de razão, como juiz frente à natureza⁹. A adoção de tal modelo positivista de ciência aponta tanto para a observação empírica quanto para a experiência dos fatos como os meios de se obter o conhecimento científico¹⁰. Enquanto proposta paradigmática, a filosofia jurídica positivista¹¹ de tal período, constituiu-se sob certos princípios que repudiam “[...] conceitos valorativos (construções metafísicas, racionalistas e jusnaturalistas), [...]”.¹² Por outro lado, a mesma enaltecia formalidades ao exigir um rigor técnico na produção do direito como construção

⁷ AGO, Roberto. Diritto positivo e diritto internazionale. In: **Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi**. p. 05-06

⁸ Dentre alguns dos acontecimentos do século XVIII, relevantes para a caracterização da esfera jurídica do século subsequente, Antonio Carlos Wolkmer destaca “[...] com referência ao século XVIII é o inegável desenvolvimento de seu Direito, marcado pela consolidação histórica de um processo de racionalização, da afirmação de uma cultura individualista e liberal, da distinção entre o Direito e a moral, e da progressiva secularização do Direito rumo à unicidade e à positividade.” Cf.: WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 187

⁹ Fazendo uma analogia à Revolução Copernicana, considerando, no entanto, o homem racional como o centro da natureza, Immanuel Kant volta-se à Crítica da Razão Pura como um tratado de método a fim de legitimar a Metafísica enquanto ciência, partindo-se de um conhecimento racional, *a priori* e *a posteriori*, como meio de leitura da natureza. “Compreender que a razão só discerne o que ela mesmo produz segundo seu projeto, que ela tem de ir à frente com princípios dos seus juízos segundo leis constantes e obrigar a natureza a responder às suas perguntas, mas sem ter de deixar-se conduzir somente por ela como se estivesse presa a um laço; [...]. A razão tem que ir à natureza tendo numa das mãos os princípios unicamente segundo os quais os fenômenos concordantes entre si podem valer como leis, e na outra o experimento que ela imaginou segundo aqueles princípios, na verdade para ser instruída pela natureza, não porém na qualidade de aluno que se deixa ditar tudo o que o professor quer, mas na de um juiz nomeado que obriga as testemunhas a responder às perguntas que lhes propõe.” A propósito: KANT, Immanuel. Prefácio à segunda edição. In: _____. **Crítica da razão pura**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991. p. 13

¹⁰ WOLKMER, op. cit., p. 188

¹¹ “[...] a filosofia do positivismo jurídico, que prosperou principalmente a partir da metade do século XIX e acabou impondo-se como principal tendência do Direito contemporâneo, constituiu-se na mais vigorosa reação às correntes definidas como jusnaturalistas, que buscavam definir a origem e a essência do Direito na natureza, ou mesmo na razão humana. A doutrina positivista procurou banir todas as considerações de teor metafísico-valorativas do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigência.” In: WOLKMER, op. cit., p. 191

¹² WOLKMER, op. cit., p. 192

lógico-sistemática, limitando esta produção à vontade estatal que se perfaz por meio de normas jurídicas.¹³

A composição dualista do direito entre positivo e natural,¹⁴ portanto, se reduziu somente a concepção de direito positivo. O que acabou por excluir, desse modo, o *jus naturale*, não o considerando mais como existente. Nesse contexto, ao significado da expressão “direito positivo”, se atribui o sentido de norma jurídica. Limitou-se ao sentido de um voluntarismo estatalista preocupado com o rigor formal da origem do direito, enfim, de sua fonte.¹⁵ Isso significa que, o direito identificava-se a somente “norma jurídica”, resultante da produção monista estatal. Conseqüentemente, tal definição reducionista desencadeou reações de oposição.¹⁶ Destarte, surge no final do século XIX “[...] proposições doutrinárias que se manifestam contrárias ao dedutivismo lógico e ao formalismo abstrato do legalismo exegético.”¹⁷ Nessa perspectiva, o antiformalismo passa a se constituir como proposta paradigmática do conhecimento jurídico.¹⁸

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 192. Vale mencionar que as seguintes escolas, do positivismo jurídico característico de tal período, são destacadas por Wolkmer, a escola da Exegese Francesa, a Escola Analítica Inglesa e a Escola do Formalismo Conceitual na Alemanha. Cf.: Idem. *Ibidem.*, p. 192-199. Nesse sentido, Ago destaca a corrente normativista, fortemente presente na escola alemã, segundo a qual “[...] *in sostanza, tutto il diritto è diritto positivo nel senso di diritto «posto», ad eccezione [...] dell'inconoscibile norma-base, debba poi questa considerarsi come un'ipotesi indimostrabile, o come un postulato, o come una norma morale.*”. Vide: AGO, Roberto. *Diritto positivo e diritto internazionale*. In: **Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi**. p. 29. Cabe por ora mencionar que a questão acerca da “norma base”, será melhor abordada na secção 2.1.1, do presente trabalho.

¹⁴ Vale ressaltar que o sentido da palavra “dualismo”, por ora mencionada, corresponde à composição do direito entre direito positivo e natural, concebida pelas doutrinas do direito, tanto interno quanto internacional, por volta do século XVIII. Consoante os dizeres de Ago, “*La composizione dualistica è, in altri termini, ritenuta típica del diritto vigente in ambedue i tipi di Società, ed in ambedue è il diritto positivo che si appoggia, per la sua esistenza, al diritto naturale, in quanto è precisamente una norma di diritto naturale quella che conferisce, da una parte alla volontà del legislatore statale e d'altra al consenso degli Stati, la potestà di dar vita a norme obbligatorie.*” Cf.: Idem. *Ibidem.*, p. 08

¹⁵ “*Non solo, infatti, si afferma che il diritto posto in essere da «fonti formali» è il solo diritto che sai veramente tale, ma dal quadro delle «fonti formali» del diritto positivo si vengono ad escludere tutti quei fatti che non costituiscono manifestazioni dirette o indirette di volontà dello Stato, in quanto solo allo Stato si riconosce la potestà di porre in essere norme giuridiche.*” Vide: AGO, op. cit., p. 13

¹⁶ Nesse sentido, contextualiza Wolkmer, “Não é de se estranhar que, num cenário dominado pelo positivismo jurídico formalista, diversas reações sociais e políticas provenientes da sociedade começassem a afetar o discurso e a prática dos juristas. O desenvolvimento do capitalismo, os novos interesses e os conflitos das massas populares e os progressos científicos gerados pela etapa posterior da revolução industrial impulsionaram o surgimento de interpretações que questionavam o rigor conceitual e o distanciamento da teoria jurídica da dinâmica social. Assim, a vida humana e as mudanças dos novos tempos não poderiam ficar amarrados ao naturalismo mecanicista e aos ditames autônomos da letra da lei.” Cf.: WOLKMER, op. cit., p. 200.

¹⁷ WOLKMER, loc. cit.

¹⁸ Por fim, quanto aos variados sentidos atribuídos a expressão “direito positivo”, desde uma ato de vontade humana até a um ato de vontade restritamente estatalista, manifesta por meio da produção de normas jurídicas sinônimas, ou não, do termo eficácia, passando por um positivismo sociológico, Ago, encerrando o levantamento etimológico de tal expressão, aduz que “*Il positivismo giuridico,*

Os movimentos de oposição à identificação do direito como tão-somente uma produção normativa estatal, gradativamente conquistaram seu espaço. Dentre esses movimentos encontra-se o da sociologia do direito, o qual compreendia o direito como produto da sociedade. A sociologia jurídica tem como um de seus principais expoentes o representante da escola do Direito Livre alemã Eugen Ehrlich [1862-1922].¹⁹ Trabalhando a questão do “direito vivo”, o mesmo se volta para uma concepção de direito indissociável daquela de sociedade. Nesse sentido, enquanto produto da sociedade, a razão de ser do direito corresponderia a esta, a própria sociedade.

As teorias do pluralismo jurídico também se encontram nesse movimento de oposição, o qual vai de encontro ao posicionamento formalista. O pluralismo jurídico tanto contrapõe a produção legal centralizada no monismo estatal [única fonte do direito] quanto reconhece a presença de outros ordenamentos jurídicos coexistentes a este estatal.²⁰ Particularmente, as teorias pluralistas partiam de críticas às concepções individualistas do direito, concomitante a um Estado de políticas liberais.²¹ Por isso, seus precursores igualmente²² defendiam a concepção social do direito. Para esta última, o direito se voltava à preservação de uma sociedade mais coesa, onde o indivíduo não é somente titular de direitos. Ao indivíduo também seriam impostos deveres²³. Dentre os representantes das teorias pluralistas, pode-se destacar o jurista francês Léon Duguit [1859-1928]²⁴, o qual compreendia objetivamente o direito como um fenômeno social que encontrava seu

nell'intento, che è stato il suo grande mérito, di pervenire ad isolare ela sfera del diritto e a distinguerla da quella di altri ordini di conoscenze, nell'aspirazione a porre come oggetto della scienza giuridica soltanto ciò che può realmente chiamarsi diritto, separandolo in modo netto da quelle che sono unicamente aspirazioni, espressioni soggettive di esigenze ideali di giustizia, o non meno soggettive deduzioni da asseriti principi di carattere razionalistico, ha commesso tuttavia un errore: quello di seguire un aprioristico concetto di diritto che lo ha condotto ad essere troppo restrittivo nel tracciare la linea di demarcazione.” AGO, Roberto. *Diritto positivo e diritto internazionale*. In: **Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi**. p. 57-58

¹⁹ BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. Baurueri, SP: Manole, 2005. cap. 7, p. 284-288

²⁰ Idem. *Ibidem.*, p. 310

²¹ BILLIER, loc. cit.

²² Ainda que defendendo convergentemente certos posicionamentos, como a concepção social do direito, os representantes das teorias pluralistas divergiam em alguns pontos. Como bem ressalta Jean-Cassien Billier, “O que as separa são as perspectivas de reflexão sobre a reconstrução institucional do direito estatal traçada por suas doutrinas.” Apresentando assim diferentes concepções acerca do “Estado”, das fontes do direito e quanto à definição do mesmo. *Vide*: BILLIER, loc. cit.

²³ BILLIER, op. cit., p. 303-313

²⁴ DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Florianópolis: Letras Contemporâneas Oficina Editorial, 2004

fundamento na solidariedade social²⁵. Esta por sua vez, unia os homens uns aos outros, tanto pelas suas semelhanças quanto pelas suas diferenças, ou seja, pela divisão do trabalho. Juntamente com tal concepção objetiva do direito, o Estado, segundo Duguit, é desprovido de personalidade jurídica, sendo então identificado como um fato. Contudo, Duguit adverte que “Uma construção jurídica só tem valor quando é síntese de fatos reais [...]”²⁶ Por isso, o Estado enquanto abstração não possuiria personalidade jurídica. Destarte, a realidade correspondente ao Estado seria a interdependência social que abrange governantes e governados. O Estado corresponderia a uma concreta sociedade de indivíduos, e não a uma pessoa jurídica abstrata. De acordo com Duguit, o direito objetivo, produzido [anteriormente] e fundamentado nas ações realizadas no seio social [vinculadas pela solidariedade interdependente], é posteriormente positivado.²⁷ Desse modo, competiria aos governantes positivá-lo ao exercerem suas devidas funções.

Outro expoente das teorias pluralistas do direito corresponde ao sociólogo russo Georges Gurvitch.²⁸ Para o referido autor, o fundamento do direito corresponderia a um fato normativo vivido ou experimentado. Sendo este fato identificado como o fato de constituição de qualquer comunidade, esta em essência, baseada em uma comunidade de interesses. Quanto à normatividade, a mesma decorreria justamente porque tal fato, para se constituir, se encontraria condicionado à aprovação e ao reconhecimento de um dado valor pelos membros que constituirão o grupo. Logo, os grupos sociais seriam os fatos normativos, sendo que o Estado se configuraria como apenas mais um destes. Presentes, então, os elementos²⁹ para

²⁵ Encontrando o direito objetivo seu respectivo fundamentado na solidariedade social, acerca do direito subjetivo León Duguit considerava este como derivado, direta e logicamente, do direito objetivo. Apresentando, assim, a seguinte distinção entre ambos, “*Direito objetivo* ou *regar de direito* é a norma de conduta que se impõe aos indivíduos que vivem em sociedade, norma cujo respeito se considera, num momento dado, pela sociedade, como a garantia de interesse comum, e cuja violação determina reação coletiva contra o autor de tal violação. [...] *Direito subjetivo* é um poder do indivíduo que vive em sociedade. É um poder para o indivíduo obter o reconhecimento social do objeto que pretende, quando o motivo que determina o seu ato de vontade é um fim considerado legítimo pelo direito objetivo.” In: DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. p. 07

²⁶ Idem. Ibidem., p. 58

²⁷ DUGUIT, loc. cit.

²⁸ BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. p. 320-330

²⁹ Acerca dos elementos, apontados por Gurvitch, como necessários para que um dado grupo social seja identificado como fato normativo, Billier destaca “[...] quando a formação do grupo representa para seu membros uma *autoridade qualificada e impessoal*; quando a autoridade não pode ser qualificada senão quando encarna um *valor*, que consiste em realizar a justiça cujo conteúdo é historicamente variável; quando, enfim, a autoridade é dotada de um *eficiência real*.” Cf.:Idem. Ibidem., p. 323.

que um determinado grupo social possa ser identificado como fato normativo, destacando principalmente o elemento “organização”, tal grupo, para Gurvitch, comportará um direito. Nesse sentido, o referido autor distingue o direito presente nos grupos sociais em dois momentos: um corresponde ao direito organizado e outro ao direito espontâneo.³⁰ Os grupos sociais seriam, então, próprias fontes do direito, o que vai ao encontro do posicionamento antiformalista das teorias pluralistas, uma vez que restaria por reconhecido como direito o que for ordenado por qualquer grupo social desde que identificado como fato normativo. Isso afastaria, destarte, o entendimento de que compete somente ao Estado a produção do que vem a ser considerado direito.

Por fim, dentre os movimentos antiformalistas que se contrapõem aos posicionamentos formalistas do direito, vale destacar a corrente do institucionalismo, sendo considerado o sociólogo francês Maurice Hauriou [1856-1929] um de seus precursores. Segundo o referido autor, tanto as construções do conhecimento jurídico subjetivistas como as objetivistas não tenham sido suficientes para definir, ou melhor, explicar o “direito”.³¹ O sistema jurídico subjetivista, nos dizeres de Hauriou, teriam sido construídas sobre a base da personalidade jurídica. Entretanto, este sistema teria falhado falhou a respeito de certas questões.³² Primeiramente, acerca do reconhecimento do direito consuetudinário, o qual independe de vontade.³³ Bem como, no que se refere à teoria da personalidade ao não explicar a questão da continuidade, visto que o poder de vontade pode ser descontínuo.³⁴ Já acerca do sistema jurídico objetivista, o referido autor menciona que os adeptos a este consideravam as regras de direito como coisa existente em si.³⁵ O direito considerado como produto da massa das consciências [sociedade]. Contudo, segundo Hauriou, este sistema não explicava onde se encontrava, na sociedade, o poder criador de tais regras, sendo que havia uma preocupação maior como o efeito [direito produto da sociedade], à causa [iniciativa e força de origem do

³⁰ “Os fatos normativos, [...], comportam de um lado um *direito organizado*, ou seja, as regras, os órgãos competentes e os procedimentos – é a camada superficial do direito -; por outro lado, o *direito espontâneo* – é a camada mais profunda -, intimamente ligado ao que pode gerar o direito e conseguir assim modificar até o direito organizado.” Vide: BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. p. 324

³¹ HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institucion y de la fundacion**. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968. p. 31

³² Idem. Ibidem., p. 33

³³ Idem. Ibidem., p. 34

³⁴ Idem. Ibidem., p. 35

³⁵ HAURIOU, loc. cit.

direito].³⁶ Ambos os sistemas teriam falhado ao não abordar a questão da fundação tanto dos Estados quanto do próprio direito, uma vez que “[...] é fácil admitir que o fundamento do Estado, e o da regra de Direito são fundamentos do Direito.”³⁷ Conseqüentemente, isso favoreceu a ascensão da teoria institucionalista e a respectiva questão da fundação das instituições,³⁸ uma vez que objeto essencial de tal teoria seria “[...] demonstrar que a fundação das instituições apresentam um caráter jurídico e que deste ponto de vista os fundamentos de duração jurídica são também jurídicos”.³⁹ Porém, mesmo sucedendo essa discussão entre sistemas jurídicos subjetivistas e o objetivistas, a teoria institucionalista não ignora os elementos de tais construções do conhecimentos jurídico, justamente porque, conforme Hauriou, em uma instituição corporativa pode-se encontrar em momentos determinados elementos tanto de um como do outro sistema jurídico.⁴⁰

Nesse contexto, impulsionando um desenvolvimento devidamente fundamentado de tal corrente institucionalista, o jurista italiano Santi Romano [1875-1947] destaca-se também como um de seus expoentes. Ao propor sua respectiva concepção de ordenamento jurídico, Romano fornece bases sólidas para a proposta paradigmática antiformalista de definição do direito. Conforme será abordado, o jurista siciliano rechaça qualquer identificação deste, a tão-somente norma jurídica.⁴¹ Uma vez contextualizado na corrente institucionalista do conhecimento jurídico,

³⁶ HAURIU, Maurice. **La teoría de la institucion y de la fundacion**. p. 35-39

³⁷ Idem. Ibidem., p. 39. Livre tradução do original: [...] *es fácil admitir que el fundamento del Estado, y el de la regla de Derecho son fundamentos del Derecho*.

³⁸ HAURIU, loc. cit.

³⁹ HAURIU, loc. cit. Livre tradução do original: [...] *su objeto esencial era demostrar que la fundación de las instituciones presenta un carácter jurídico y que desde este punto de vista los fundamentos de la duración jurídica son también jurídicos*.

⁴⁰ HAURIU, loc. cit. Vale por ora ressaltar que quanto à concepção de instituição proposta por Maurice Hauriou, bem como as demais questões a esta concernentes, serão abordadas na seção 1.1.4, deste presente trabalho, ao destacar as divergências que há entre esta e a concepção romaniana de instituição.

⁴¹ Das definições já propostas, segundo Romano, ainda que possuam algum ponto em comum, como a assertiva de que o “[...] direito constitui uma regra de conduta [...]”, restam por insuficientes, ao levar a uma visão reducionista do direito tão-somente enquanto norma jurídica. Considerando tal “[...] inadequação e insuficiência [...]”, Romano se propôs a traçar uma definição do direito, a qual, não exclui o ponto de convergência das demais. Mas sim, integra outros elementos que “[...] parecem ser essenciais e característicos [...]” para o contorno do direito. Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. cap. 1. Mimeografado. p. 09-10. Cabe advertir que, para efeitos do presente trabalho, ao que concerne as menções referentes a Romano, as expressões norma jurídica e lei, serão consideradas como sinônimas.

antagônica aos posicionamentos formalistas, passa-se, por conseguinte, a apresentar tal proposta antiformalista romaniana da definição do direito.⁴²

1.1.1 Da objetividade do direito

A partir da premissa de que o homem é um ser social, este procuraria se agregar aos demais, formando o corpo social. Para tanto, o homem reconhece o outro como um sócio propenso a colaborar espontaneamente e respeitar mutuamente suas liberdades, perfazendo uma troca recíproca.⁴³ No entanto, Romano adverte que esta propensão individual à colaboração e ao respeito pode faltar, fazendo com que ocorram controvérsias que inviabilizam tal coexistência entre os homens.⁴⁴ Surge, devido a esta ausência, a necessidade de uma consciência superior à individual,⁴⁵ que reflita e represente a unificação do homem para com os demais. Esta consciência, então, “[...] encarna as razões da coexistência e do sistema em que os indivíduos se unificam, que tem o papel de mediador [...], é fornecida pelo direito.” Desse modo, adviria desta consciência superior o aspecto de objetividade do direito.⁴⁶

Compreender, então, a proposta antiformalista romaniana presente na sua definição do direito requer o abandono de construções teóricas que caracterizam determinado momento do conhecimento jurídico.⁴⁷ A noção de um estado de natureza, onde o indivíduo mesmo se encontrando isolado, é titular de

⁴² Quanto à contribuição de Romano na construção do conhecimento jurídico, Billier ressalta que “[...] é preciso fazer justiça à incontestável originalidade da doutrina de Santi Romano, que soube desenvolver-se em uma época em que os enfoques sociológicos do direito estavam quase totalmente ausentes na Itália e quando Kelsen estava a ponto de forjar sua concepção normativista.” Vide: BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. p. 336

⁴³ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 19

⁴⁴ ROMANO, loc. cit.

⁴⁵ Quanto à superação dessa consciência individual, Romano menciona que “[...] se afirma que o direito é feito de normas, as quais foram retiradas da consciência de quem deve observá-las adquirindo uma existência autônoma. Isto não significa que o direito não tenha a sua raiz profunda nesta consciência, não seja projetado pelo seu íntimo e não seja luminoso reflexo desta, mas ele a transcende, a supera e a ela se contrapõe.” Cf.: ROMANO, loc. cit.

⁴⁶ ROMANO, loc. cit.

⁴⁷ A respeito de certas construções teóricas presentes no conhecimento jurídico, Wolkmer destaca algumas que caracterizam a Escola de Direito Natural dos séculos XVII e XVIII, como “estado de natureza”, “contrato social” e “sociedade civil”. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 131-134

direitos os quais subjetivamente lhe são natos⁴⁸, resta afastada por Romano, justamente por identificar uma consciência fornecida pelo direito a qual supera a consciência individual. Isso significaria que, seriam postas de lado qualquer relação de subjetividade com o que vem a se identificar e definir o próprio direito.

Consoante o jurista italiano, essa definição do direito não se limitaria à concepção de norma jurídica posta, mas sim, se estenderia a ponto de considerar também o ente que põe esta norma jurídica, o fornecedor de tal consciência superior, o qual não corresponderia à autoridade competente para o exercício da função legislativa estatal.⁴⁹ Desse modo, o que caracterizaria a objetividade do direito, seria justamente “[...] a impessoalidade do poder que elabora e fixa a regra, ao fato de que este mesmo poder é algo que transcende e se eleva sobre os indivíduos, que se contextualiza como este mesmo direito.”⁵⁰ Afasta-se, ademais, qualquer correlação entre objetividade do direito e norma jurídica escrita.⁵¹

Conceber a objetividade do direito por meio da impessoalidade de sua fonte, possibilitaria, portanto, não reduzi-lo a tão-somente norma jurídica, escritas ou não. Conseqüentemente, isso permitiria a análise de momentos materialmente anteriores à manifestação do direito.⁵² A objetividade do mesmo seria apontada em momentos materiais que nem sempre são manifestos posteriormente por meio de normas jurídicas, o que possibilitaria a identificação de tais momentos com a própria definição do direito. Desse fenômeno adviria uma copiosa delineação da concepção de direito, que não excluiria as normas jurídicas, mas também não se esgotaria nelas⁵³.

⁴⁸ Tais concepções de um estado de natureza onde o indivíduo encontrava-se isolado e livre expressam o contexto político no qual se construiu um conhecimento jurídico na passagem de um Estado absolutista para o Estado nação. Como bem menciona Wolkmer “A organização centralizada de poder que se institui sob a forma secularizada monárquica de Estado absolutista transforma-se no Estado nacional, liberal e representativo do século XVIII, gerenciador das leis do livre mercado do liberalismo econômico e tutor das relações de competição privada.” In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade.** p. 105

⁴⁹ Vale mencionar que a questão de Romano conceber o legislador como um mediador entre a respectiva fonte do direito e sua manifestação por meio de norma jurídica, será exposta na secção 1.1.5, do presente trabalho.

⁵⁰ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico.** cap. 1. p. 20-21

⁵¹ “Não se afirma que a norma seja objetiva somente porque esteja escrita ou de modo formulada com exatidão. Se fosse assim esta não se diferenciaria das muitas outras normas jurídicas algumas em que tal sentido não são totalmente precisas como, por exemplo, os costumes.” Cf.: Idem. Ibidem., p. 20

⁵² Idem. Ibidem., p. 22

⁵³ ROMANO, loc.cit.

1.1.2 Da organização social

Ao trabalhar a definição do direito, o jurista siciliano apresenta um elemento que positivamente contribui para ampliar a extensão desta concepção, ultrapassando a mera identificação de direito apenas como norma jurídica. Romano traz o vocábulo “organização” para a esfera jurídica, expressaria um dos elementos basilares da respectiva definição de direito.⁵⁴ Concernente a esta questão da “organização”, Paolo Grossi ao trabalhar o resgate do direito enquanto “ordenamento do social”, ressalta a importância de Romano como precursor em trazer tal termo para a esfera jurídica, identificando-o com o próprio direito. Nessa perspectiva, Grossi apresenta a seguinte concepção de “organização”, a qual vai de encontro à romaniana,

Organização, de fato, significa sempre o primado da dimensão objetiva, com um resultado que acomete beneficentemente a todos os componentes da comunidade organizada; significa sempre superação de posições singulares em seus isolamentos para obter o resultado substancial da ordem, substancial para a própria vida da comunidade.⁵⁵

Desse modo, segundo Grossi, “[...] o direito organiza o social, coloca ordem no desordenado conflito que ferve no seio da sociedade; é antes de tudo *ordenamento*”. O conceito de organização, então, acaba por ser afastado de qualquer outro que não o jurídico.⁵⁶ Isso significa que “organização”, não corresponderia ao sentido de algo pré-jurídico, como por exemplo, a organização enquanto ordenamento social [momentos pré-jurídicos], sentido este encontrado nos escritos sociológicos ou até mesmo jurídicos.⁵⁷ Antes de qualquer manifestação do

⁵⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.12

⁵⁵ Idem. Ibidem., p.13

⁵⁶ ROMANO, op. cit., p. 36

⁵⁷ ROMANO, loc. cit. No tocante à identificação da palavra “organização” com a definição de direito, Romano ressalta que “[...] deve se observar (e isso é essencial para nós) que o conceito de organização não pode servir para o jurista enquanto que não for reduzido a conceito jurídico. Para fazer isso não basta certamente parafraseá-lo ou mencioná-lo com outras palavras de significado idêntico ou afim. Enquanto se falar de “corpus mysticum”, de estrutura ou de edifício ou sistema social, ou mesmo de mecanismo para diferenciar a organização do organismo natural, se utiliza uma terminologia que também pode ser exata, que pode servir para tornar imaginosa e plástica a idéia, mas que não é jurídica e, conseqüentemente, mesmo podendo ajudar o jurista, não o libera da obrigação de substituí-la por uma outra que tenha ao mesmo tempo a forma e a substância necessárias para assumir aquele conceito no mundo que é seu e que não é, ao contrário, o da sociologia.” Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 36

direito por meio de normas jurídicas, haveria uma organização, a qual se identifica com o direito. Logo, “[...] o direito não é somente norma de relação, mas é sobretudo e antes de tudo, organização”.⁵⁸ Ainda quanto à utilização desta expressão na esfera jurídica, Antonio Tarantino adverte que o fato de Romano não ter especificado mais sua concepção de organização ocorre porque

[...] considerava que esta é evidente por si e que não pode ser reduzido a uma união de normas organizativas, sendo formada também por outros aspectos. Aspectos que podemos indicar, a exemplo, na impossibilidade de definir o direito normativo, na não menção de sanção no conceito de norma, na consideração da identidade do momento genético da instituição e do direito.⁵⁹

Por conseguinte, a concepção de sociedade abordada por Romano consiste em uma unidade harmônica. Quer isso dizer, uma unidade organizada que compreenderia os indivíduos, os quais nela se encontram, mas ao mesmo tempo, difere destes. A sociedade deveria ser compreendida, então, como um ente [organizado], uma unidade efetivamente constituída, e não uma simples relação entre indivíduos, na qual seriam estranhos os elementos do direito.⁶⁰ Essa leitura vem ao encontro da noção romaniana de objetividade do direito. Conforme abordado na secção anterior, para Romano, é o direito [objetivamente considerado] que forneceria a consciência superior à individual, que refletiria e representaria a unificação do homem para com os demais. Em outras palavras, forneceria a consciência que reflete e representa esta unidade harmônica que corresponde à sociedade organizada. Direito e organização seriam, portanto, objetivamente identificados nessa unidade harmônica, ou seja, na sociedade.

Tendo por certo justamente esta relação homogênia de reflexo e de representação da sociedade [como unidade harmônica] pelo direito [objetivamente considerado], Romano propõe sua concepção sobre o conceito de direito, uma noção segundo a qual seria inconcebível pensar em direito sem pensar em sociedade, bem como pensar em sociedade sem pensar em direito. Nesse sentido,

⁵⁸ Idem. Ibidem., p. 71

⁵⁹ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.36. Livre tradução do original: *Accennando, poi, al rilievo mosso al Romano, di nona ver specificato il concetto di organizzazione, crediamo di poter affermare che egli non lo abbia, ulteriormente, precisato proprio perchè riteneva che esso è evidente di per sè e che non può essere ridotto ad un insieme di norme organizzative, essendo formato anche da altri aspetti. Aspetti che possono essere indicati, ad esempio, nell'impossibilità della sanzione al concetto di norma, nella considerazione dell'identità del momento genético dell'istituzione e del diritto.*

⁶⁰ ROMANO, op. cit., p. 25. Nesse sentido, Romano refere-se a simples relação entre indivíduos como, por exemplo, a relação de amizade. Relação esta na qual seriam estranhos os elementos do direito. Cf.: ROMANO, loc. cit.

conforme observa Antonio Tarantino, “Precisamente, Romano considerava que não é admissível uma sociedade sem direito, uma sociedade sem organização [...]”⁶¹ Conseqüentemente, o jurista siciliano ao considerar “[...] o direito com organização dos fatos sociais permanentes, alegava que não é possível um direito à parte da sociedade.”⁶²

1.1.3 Do conceito de direito

Tais percepções, como a objetividade do direito e a identificação do mesmo com a organização social, já bastam para alicerçar a assertiva de que o direito não se manifesta tão-somente e nem se esgota em normas jurídicas. Mas sim, em sua extensão, se manifesta em momentos anteriores a estas. Não obstante, seguindo o propósito de apresentar uma definição do direito, Romano expõe quais são os elementos essenciais que devem se fazer presentes no conceito do direito, segundo sua definição.⁶³ Ressalta-se que alguns desses elementos são coincidentes com tais percepções e vão também ao encontro da assertiva mencionada.

Onde há direito, há sociedade. Onde há sociedade, há direito. Partindo de tal premissa, expressada nos brocardos latinos *ubi ius ubi societas* e *ubi societas ibi ius*, para Romano, conceituar o direito, inevitavelmente, conduziria ao conceito de sociedade.⁶⁴ Desse modo, “direito” e “sociedade” são considerado, como sentidos recíprocos que mutuamente se completam. O primeiro elemento que deve

⁶¹ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.31. Livre tradução do original: *Com precisione, il Romano considerava che non è ammissibile una società senza diritto, cioè una società senza organizzazione [...]*.

⁶² TARANTINO, loc. cit., Livre tradução do original: *[...] il diritto come l’organizzazione dei fatti sociali duraturi, sosteneva che non è possibile un diritto avulso dalla società.*

⁶³ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 24

⁶⁴ Nesse sentido, Paolo Grossi buscando resgatar os traços essenciais de uma “realidade mal compreendida”, ou seja, o direito, ensina que humanidade do direito, e sua respectiva socialidade correspondem ao ponto de partida para tal empreendimento. Humanidade, pois o direito “[...] nasceu como o homem e para o homem [...]”, logo, socialidade uma vez que “[...] o direito não é escrito numa paisagem física que aguarda ainda o inserir-se humano, mas é escrito na história, na grande ou na pequena, que, dos primórdios até hoje, os homens constantemente teceram com sua inteligência e seus sentimentos, com seus idealismos e seus interesses, com seus amores e seus ódios. É no interior dessa história construída pelos homens que se coloca o direito, ali e somente ali”. Ressaltando ainda o autor, “O direito é de fato dimensão intersubjetiva, é relação entre vários sujeitos (poucos ou muitos) e é marcado pela sua essencial *socialidade*”. Ver, a respeito: GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. p. 08

ser levado em conta nessa concepção romaniana de direito, portanto, consiste em compreender a sociedade como uma entidade constituída que se identifica com o direito, sendo além disso, uma entidade que difere dos indivíduos que dela fazem parte. Resta, enfim, afastada qualquer identificação do direito com a esfera tão-somente individual, não social.⁶⁵

De acordo com o referido jurista siciliano, a ordem social seria outro elemento que deveria contar no conceito do direito.⁶⁶ Se pensar em direito é pensar em sociedade, e pensar em sociedade é pensar em organização, indubitavelmente, pensar em organização é pensar em direito e vice-versa. Romano adverte que todo e qualquer elemento que poderia levar à noção de desordem, como por exemplo, puro arbítrio ou força material, deveria ser excluídos do conceito do direito.⁶⁷ De tal elemento, o autor deduz o princípio de que “[...] toda a manifestação social, somente pelo fato de ser social, é ordenada ao menos o que diz respeito aos seus consócios”.⁶⁸

Sendo a organização um dos elementos que constituem o conceito do direito, bem como a concepção de sociedade, logo, segundo Romano, o direito põe a ordem social. No entanto, esta ordem social posta pelo direito não se manifestaria tão-somente e nem se esgota em normas jurídicas. Como terceiro elemento cabe, segundo o jurista siciliano, a afirmação de que o direito, antes de ser norma jurídica ou de referir-se a simples relações sociais, “[...] é organização, estrutura, posição da mesma sociedade em que se realiza e que este constitui como unidade, como entidade por si só.”⁶⁹ O direito como uma expressão de sociedade organizada.

Após serem feitas as primeiras considerações sobre a definição de direito, o qual se manifestaria em momento anterior a normas jurídicas, poder-se-ia levantar as seguintes indagações: qual seria, então, a primeira manifestação do direito, para Romano? Manifestação a qual concomitantemente assentaria esses elementos do conceito do direito? Em resposta a esta questão, o autor apresenta

⁶⁵ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. cap. 1. Mimeografado. p. 25

⁶⁶ ROMANO, loc. cit.

⁶⁷ ROMANO, loc. cit.

⁶⁸ Idem. Ibidem., p. 26

⁶⁹ ROMANO, loc. cit.

sua concepção de instituição ao desenvolver a sua respectiva teoria institucionalista.⁷⁰

1.1.4 Da concepção de instituição

Tanto pela objetividade quanto pela sua identificação com organização social, a definição de direito proposta por Romano não se esgota em normas jurídicas. Estas seriam tão-somente mais um dos meios de manifestação do mesmo e não o próprio direito na totalidade. A partir de tais observações, a primeira manifestação do direito, precedente às normas jurídicas, consistiria na “instituição”, a qual “[...] é a primeira, originária e essencial manifestação do direito”.⁷¹

O vocábulo “instituição” é, desse modo, trazido para a esfera jurídica. Ainda que sob certa influência de concepções limitadas já aduzidas na terminologia técnica do direito,⁷² passa a ser atribuída a “instituição” uma outra conotação, ampliando-a, a ponto de a mesma ser equiparada com a própria definição de direito.

Nesse passo, conforme mencionado, Romano é também considerado como um dos precursores da teoria institucionalista, ao lado do sociólogo francês Maurice Hauriou.⁷³ Contudo, ambos apresentem concepções divergentes. Por isso, o jurista siciliano preocupa-se em discorrer sobre a distinção que se apresenta entre sua concepção de “instituição” e a concepção de Hauriou.⁷⁴ Pois, para Romano o conceito de “instituição” se identificaria o de direito, ambos corresponderiam a um fenômeno homogêneo. Trata-se, portanto, de uma

⁷⁰ Vale mencionar que segundo Tarantino, a teoria da instituição, concretiza o pensamento científico romaniano, pois nesta “[...] *considerata nel suo momento genético, si presenta come teoria della necessita, mentre, considerata nel suo momento essenziale, inteso come vita e vitalità, si presenta come teoria dell’istituzione.*” In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p. 29

⁷¹ ROMANO, O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. cap. 1. Mimeografado. p. 38.

⁷² Dentre tal influência, pode-se apontar a da concepção de “instituição” de Maurice Hauriou, conforme será exposto por conseguinte.

⁷³ “O institucionalismo de Hauriou estendeu-se a vários países, afirmando-se não só na França, onde ainda é marcante a sua influência em todos os quadrantes do Direito, mas também na Itália, graças às contribuições originais e altamente valiosas de Santi Romano”. *Vide*: REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 235

⁷⁴ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 28-31

concepção que diverge daquela fornecida por Hauriou. Tendo em vista que, de acordo com este sociólogo francês, uma instituição apresenta três elementos essenciais, quais sejam,

[...] uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização desta idéia, se organiza um poder que proporciona os órgãos necessários; por outro lado entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, se produz manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos.⁷⁵

Nesse sentido, Hauriou adverte que há dois tipos de instituições. No primeiro caso, se trataria das instituições que se personificam, denominadas “corporações”, como por exemplo, a instituição “Estado” ou as associações, e assim por diante.⁷⁶ O segundo caso corresponderia às instituições que não se personificam, denominadas “instituições coisas”, como as regras de direito socialmente estabelecidas.⁷⁷ As instituições que se personificam teriam a presença três elementos mencionados.⁷⁸ Primeiramente, no que se refere “à idéia de obra a realizar em um grupo social” [ou “idéia diretriz”], esta, segundo Hauriou, se caracteriza por ser o elemento mais importante de toda instituição.⁷⁹ Uma vez que todo corpo constituído “realizaria uma obra”, não se confundindo, porém, com a idéia de “fim” ou com a de “função” da instituição. Justamente porque, essa “obra a realizar”, ou “idéia diretriz”, seria interior, iria além das funções de uma instituição e possuiria uma existência objetiva quando propagada no meio social. Competiria, então, aos membros de tal instituição [sujeitos desta] levar tal idéia diretriz. No caso da instituição “Estado”, por exemplo, tanto os cidadãos quanto os órgãos do governo corresponderiam aos sujeitos desta idéia.⁸⁰

No que concerne ao segundo elemento, ou seja, o “poder organizado posto a serviço desta idéia para que a mesma se realize”, Hauriou toma como referência novamente a instituição “Estado”.⁸¹ Tal organização corresponderia à separação dos poderes a fim realizar sua idéia diretriz. Este “poder organizado”

⁷⁵ HAURIU, Maurice. **La teoría de la institucion y de la fundacion**. p.39. Livre tradução do original: [...] una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos.

⁷⁶ Idem. Ibidem., p. 40

⁷⁷ Idem. Ibidem., p. 40-41

⁷⁸ Idem. Ibidem., 41-47

⁷⁹ HAURIU, loc. cit.

⁸⁰ HAURIU, loc. cit.

⁸¹ HAURIU, Maurice. **La teoría de la institucion y de la fundacion**. p. 47-49

deveria ser compreendido como um poder de direito, e não simples força, suscetível de criar o próprio direito. Conseqüentemente, esta organização dos poderes tornaria possível a produção do direito. A instituição, assim, se identificaria como fonte primeira deste direito. Contudo, seria uma fonte submetida à “idéia diretriz”.⁸²

Por fim, conforme mencionado, o terceiro elemento presente nas instituições ditas corporações corresponderia às “manifestações de comunhão que se produzem em um grupo social” relativas a sua idéia e a sua realização. Neste, considerando novamente a instituição “Estado”, vem abordado que tais manifestações advém de uma harmonização de vontades, seja de seus membros [cidadãos], seja dos órgãos do governo.⁸³ Desse modo, a análise de tais manifestações de comunhão seriam possíveis somente tendo em consideração as consciências individualmente e não coletivamente.⁸⁴ Para Hauriou, seria uma pluralidade de consciências individuais que, por um fenômeno de interpsicologia, se moveriam conjuntamente em direção a uma idéia comum, uma comunhão, à luz da “idéia diretriz”.⁸⁵

O ponto contrastante entre a concepção romaniana e a de Hauriou no que se refere à “instituição”, corresponde, portanto, a identificação desta como próprio direito proposta por Romano. Desse modo, o jurista siciliano se opõe à identificação desta como fonte, tal como entende Hauriou.⁸⁶ Acerca desta distinção de concepção de instituição entre Romano e Hauriou, a questão da “necessidade”, é assim apontada por Tarantino como ponto divergente entre ambas concepções mencionadas.⁸⁷ Segundo Tarantino na concepção romaniana a necessidade identifica-se como fonte do direito, já na concepção atribuída por Hauriou a

⁸² HAURIOU, loc. cit.

⁸³ Idem. Ibidem., p. 49

⁸⁴ Idem. Ibidem., p. 50. “*Analizar el fenómeno de la aparición de una conciencia colectiva, [...] equivale a disminuir esta realidad, porque la conciencia colectiva estaría ligada a la formación de una opinión intermedia en el campo social, es decir, en le conjunto de los espíritus. Por el contrario, la refracción de una misma idea directriz en una pluralidad de conciencias individuales, reserva el papel dirigente de las más altas conciencias a las consecuencias que deben obtenerse por la acción. Entre los dos análisis, existe la diferencia que separa la explicación de los progresos de la civilización por acción de las ‘élites’, y la explicación por la sola evolución del medio. La comunión en la idea es Ariel; la conciencia colectiva es Calibán.*” Vide: Idem. Ibidem., p. 51

⁸⁵ HAURIOU, loc. cit.

⁸⁶ Consoante os dizeres de Romano “[...] não acreditamos que a instituição seja fonte do direito, e que conseqüentemente este seja um efeito, um produto da primeira, mas acreditamos que entre o conceito de instituição e o de ordenamento, considerado no seu todo e integralmente, existe um perfeita identidade”. Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 31

⁸⁷ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.30

necessidade não encontra espaço, uma vez que o objetivo de instituição, segundo este, “[...] era o de demonstrar que o direito nasce da organização de um poder em torno de uma idéia.”⁸⁸ Enquanto organização social e direito possuem o mesmo sentido para Romano, a organização social [o segundo elemento presente em dada instituição] segundo Hauriou, se encontra em um momento “pré-jurídico”. O que faz com que Hauriou considere o direito como um produto de tal organização.⁸⁹ Consoante o sociólogo francês, neste momento pré-jurídico a “idéia diretriz” estaria em estado de objetividade que corresponderia ao momento de incorporação da instituição,⁹⁰ que se personificaria quando a referida “idéia diretriz” passasse para o estado de subjetividade. Esta subjetividade se expressaria pelos atos de vontade consciente das manifestações de comunhão dos membros de uma agrupação corporativa, por meio da intervenção de algum dos órgãos de governo, como por exemplo, a lei.⁹¹ A manifestação do direito, enfim, ocorreria em um momento posterior a organização da instituição.⁹² A organização social se encontraria, portanto, em uma etapa pré-jurídica, pré manifestação de comunhões.

O jurista siciliano, por sua vez, ao enfatizar a identificação que existe entre instituição e a primeira manifestação do direito, discorre sobre algumas características fundamentais das instituições, entre tais, uma efetiva unidade social, ou seja, para ser considerado instituição no sentido proposto, deve tal entidade ter

⁸⁸TARANTINO, **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.30. Livre tradução do original: [...] *poichè scopo dell’istituzionalista francese era quello di dimostrare che il diritto nasce dall’organizzazione di un potere attorno ad un’idea.*

⁸⁹ Nos dizeres de Hauriou, “*Solo el poder organizado puede crear situaciones jurídicas, y solo él puede mantenerlas; ahora bien: la realización social de una idea de obra o de empresa no puede obtenerse si no se crean y mantienen situaciones jurídicas en ella y en torno de ella.*” Cf.: HAURIU, Maurice. **La teoria de la institucion y de la fundacion**. p. 60

⁹⁰ O momento de incorporação da instituição para Hauriou identifica-se como o segundo para a personificação de uma dada instituição. Para Hauriou, o triplo movimento de incorporação de uma instituição como o Estado, por exemplo, correspondem à interiorização, incorporação e personificação. Cf.: Idem. Ibidem., p. 52

⁹¹ Idem. Ibidem., p. 61-62

⁹² Romano não ignora a contribuição de Hauriou para a construção do conhecimento jurídico, reconhecendo seu mérito por “[...] re-conduzir ao mundo jurídico o conceito de instituição entendido de um modo amplo, do qual até agora tínhamos somente traços”. Contudo, Romano também reconhece certas limitações de Hauriou, mencionando que este “[...] foi levado pela idéia de moldar as suas instituições a imagem e semelhança da maior entre essas, ou seja, o Estado, ou melhor, o Estado moderno, enquanto tratava-se de delinear uma figura generalíssima, cujas características contingentes podem variar e variam, na realidade, infinitamente”. ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 29 e 30

uma existência objetiva e concreta que notoriamente externe sua individualidade enquanto corpo social.⁹³

Outra característica diz respeito à natureza de sua manifestação, ou seja, ser social e não tão-somente individual. Isso significa que um só indivíduo não corresponderia a uma instituição.⁹⁴ No entanto, a ligação de homens entre si não consistiria em condição única para a sua existência. De acordo com Romano, o substrato desta pode ocorrer de dois modos: pela ligação de homens entre si unidos por interesses, comuns ou contínuos, por um objetivo, etc.; ou por um conjunto de meios, não sendo assim composta por homens, mas sim administrada e dirigida pelos mesmos.⁹⁵

Enquanto efetiva unidade social, a instituição caracteriza-se também como uma entidade fechada, que por possuir uma individualidade peculiar, pode ser examinada em si e por si.⁹⁶ Isso, contudo, não obsta que a mesma se correlacione com as demais instituições, haja vista que, este caráter fechado da instituição não significa que sua autonomia seja absoluta em relação às demais instituições, mas sim e somente, relativa.⁹⁷

Por fim, uma quarta característica fundamental da instituição diz respeito a sua permanência, como uma unidade fechada.⁹⁸ Quer isso dizer que, a manutenção de sua respectiva identidade independeria da alteração das suas peculiaridades, tais como as pessoas que dela fazem parte, os indivíduos que são seus elementos, os seus meios, os seus interesses, os seus destinatários, o seu patrimônio, etc.⁹⁹

⁹³ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 32. “Desse modo, quando, na linguagem comum, se fala, por exemplo, da instituição da imprensa, ou na linguagem técnico-jurídico, da instituição ou, freqüentemente, do instituto da doação, da compra-e-venda, etc. não se quer falar de efetiva unidade social, mas, no primeiro caso, da manifestação de determinadas forças que na realidade estão desunidas e freqüentemente divergentes, e, no segundo caso, das várias relações ou normas individuais, que, tendo em vista a figura comum das características típicas que apresentam, são reagrupados somente do ponto de vista conceitual.” Cf.: ROMANO, loc. cit.

⁹⁴ Idem. Ibidem., p. 33

⁹⁵ ROMANO, loc. cit. Ainda quanto às instituições que possuem como substrato um conjunto de meios, Romano menciona que tais meios podem ser “[...] materiais ou imateriais, pessoais ou reais, destinados a servir permanentemente a um determinado fim, a favor não de pessoas que pertençam às mesmas instituições, mas de pessoas estranhas, que são somente os destinatários e não os membros desta última.” Cf.: ROMANO, loc. cit.

⁹⁶ Idem. Ibidem., p. 34

⁹⁷ ROMANO, loc. cit.

⁹⁸ Idem. Ibidem., p. 35

⁹⁹ ROMANO, loc. cit. Quanto a esta característica fundamental da instituição, vale mencionar as considerações feitas por Billier à mesma, qual seja, “A organização deve, [...], constituir uma *unidade* estável e permanente e, nesse sentido, sua identidade não é abalada pelas mutações que ocorrem

Cabe advertir que Romano, propositalmente, ao expor as características fundamentais de uma instituição, não fez qualquer menção ao vocábulo “organização”. Conforme já abordado na seção anterior, este vocábulo foi trazido pelo autor para a esfera jurídica, afastando-se das demais concepções que o atribuíam um sentido não-jurídica. Muitas das quais foram utilizadas em conceituações da palavra “instituição”, mas sem qualquer identificação com o conceito de direito. Reitera-se que a concepção romaniana de organização corresponde a de direito, bem como esta àquela. Logo, segundo o autor “Não existem dúvidas quanto ao fato da instituição ser uma organização social”.¹⁰⁰

A questão de identificar a organização, mais especificamente, uma organização social com o próprio direito apresenta-se fortemente determinante no posicionamento de Romano, a ponto do jurista siciliano mencionar que mesmo as entidades consideradas ilícitas frente ao ordenamento jurídico do Estado enquanto tais “[...] possuem uma organização interna e um ordenamento que considerado em si e por si não pode deixar de ser qualificado como jurídico.”¹⁰¹ Ao referir-se as noções de Romano, Miguel Reale ressalta que “A concepção institucional do jurista italiano é de cunho estritamente jurídico, mantendo-se no plano científico-positivo, sem qualquer subordinação da juridicidade a critérios deontológicos.”¹⁰² Ao admitir que as entidades ilícitas identificam-se com o direito, por encontrarem-se organizadas, é afastada qualquer relação de dependência entre o direito e as questões morais, o que fundamentaria a negação do caráter de juridicidade de tais entidades seria apenas conseqüência de um julgamento de valor ético, tendo em vista que estas entidades normalmente apresentam-se como imorais ou delituosas. Esta negação do caráter de juridicidade ainda estaria condicionada pela demonstração de que o direito positivado deveria ser necessário e absolutamente

em um dos elementos que a constituem (as pessoas, o patrimônio ou suas regras). Em outras palavras, a ordem interna dessa organização “oferece uma aquisição de personificação” e lhe permite apresentar-se como uma individualidade com vontade própria.” Sendo assim, a instituição, conforme será abordado posteriormente, identificada com o próprio ordenamento jurídico. *Vide*: BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. p. 337

¹⁰⁰ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 36

¹⁰¹ ROMANO, Santi. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In: **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. cap. 2. Mimeografado. p. 15. Ressaltando ainda Romano, quanto à juridicidade presente em tais entidades ditas ilícitas, “A eficácia de tal ordenamento será aquela que será, segundo a sua constituição, os seus fins, os seus meios, as suas normas e as sanções da qual poderá dispor. Será, de fato, frágil, se forte será o Estado; poderá algumas vezes ser também tão potente a ponto de minar a existência do próprio Estado; mas isso não tem nenhuma importância para a avaliação jurídica do ordenamento.” Cf.: ROMANO, loc. cit.

¹⁰² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 524

dependente da moral. No tocante a este tratamento de Romano às entidades ilícitas, Tarantino destaca que o jurista siciliano

[...] não enfrentou, com o seu conceito de instituição, o problema da ética do direito. O problema central da instituição é aquele da ordem social, por isso, da organização da instituição, da sua estrutura. [...] cada instituição considerada com ente existente, independentemente da finalidade que persegue, moral ou imoral, lícito ou ilícito, realiza uma própria ordem.¹⁰³

No entanto, Romano ressalta que demonstrar tal dependência da moral seria até certa ingenuidade, devido à inexistência, por vezes, de tal dependência.¹⁰⁴ Por isso, ao jurista competiria apenas “[...] constatar a existência de ordenamentos objetivos, institucionais e por isso jurídicos, cada um na sua própria órbita, que são, ao contrário, antijurídicos a respeito do direito do Estado, que os exclui da sua esfera, ou melhor, os combate”.¹⁰⁵ Ante tal posicionamento romaniano dicotômico, entre direito e as questões morais, Tarantino ainda comenta que Romano

[...] concretizava a essência da instituição na função *ordinante* do direito e a concretizava em uma atividade que se desenvolve não para realizar uma finalidade ou outra, mas para obter uma solda entre fato e direito. E partindo desta observação ele terminava por atribuir o caráter de juridicidade também às associações ilícitas.¹⁰⁶

Não tergiversando a importância das demais características fundamentais presentes na concepção romaniana de instituição,¹⁰⁷ vale ressaltar a aquela correspondente à autonomia relativa.¹⁰⁸ Uma vez que é justamente esta

¹⁰³ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.32. Livre tradução do original: [...] *non ha affrontato, con il suo concetto di istituzione, il problema dell'eticità del diritto. Il problema centrale dell'istituzione è quello dell'ordine sociale, cioè dell'organizzazione dell'istituzione, Della sua struttura. [...] ciascuna istituzione, considerata come ente esistente, indipendentemente dallo scopo che persegue, morale o immorale, lecito o illecito, realizza un proprio ordine.*

¹⁰⁴ ROMANO, Santi. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 2. p. 15

¹⁰⁵ Idem. Ibidem., p. 16

¹⁰⁶ TARANTINO, op. cit., p.33. Livre tradução do original: [...] *concretizzava l'essenza dell'istituzione nella funzione ordinante del diritto e la concretizzava in un'attività che si svolge non per realizzare uno scopo o un altro, ma per ottenere una saldatura fra fatto e diritto. E proprio partendo da siffatta osservazione egli finiva con l'attribuire il carattere di giuridicità anche alle associazioni illecite.*

¹⁰⁷ Refere-se, por ora, as demais características já mencionadas como, por exemplo, a instituição enquanto unidade de natureza social, ou seja, uma unidade social, fechada e permanente.

¹⁰⁸ É pertinente a observação feita por Tarantino no sentido de que a questão da autonomia relativa surge em consideração às instituições complexas, ou em mais de uma simples ou mais de uma complexa, e não em consideração a uma única instituição simples, individual e isolada. In: TARANTINO, op. cit., p.34. Livre tradução do original: *Questo problema (quello dell'autonomia relativa o assoluta) non sorge nella considerazione, individuale ed isolata dell'istituzione semplice, ma nel caso dell'istituzione complessa (fatto giuridico che comporta il principio di subordinazione) oppure nel caso de più istituzioni semplici o di più istituzioni complesse (realtà giuridica che comporta il principio*

característica que leva a observação de que uma instituição pode estabelecer relações com outras instituições, bem como destas fazer parte mais ou menos integrante.¹⁰⁹ Nesse momento, Romano apresenta uma classificação, não exaustiva,¹¹⁰ acerca das características fundamentais que as instituições possam vir a assumir ao relacionarem-se entre si.¹¹¹

A primeira classificação divide-as em originárias, derivadas e intermediárias, conforme a fonte que estabelece o ordenamento jurídico de dada instituição.¹¹² No primeiro caso existiria a independência quanto à fonte que estabelece o ordenamento, ou seja, a instituição seria concreta e estabeleceria o seu próprio ordenamento, cuja fonte estaria em si, como por exemplo, ocorre com o Estado. No segundo caso, da derivada, a instituição [inferior] seria dependente da fonte que estabelece seu ordenamento, ou seja, compete a uma outra instituição (superior) estabelecer-lo, como ocorre com os municípios. No terceiro caso, da instituição intermediária ocorrerá quando seu respectivo ordenamento é misto, ou seja, parte originário e parte derivado, característica que também pode ser assumida pelos Estados.¹¹³

Outra classificação elaborada pelo autor italiano se refere à finalidade da instituição, entre fins particulares e fins gerais.¹¹⁴ A primeira seria de caráter limitado, sendo que a eficácia de seu ordenamento jurídico se restringiria a somente uma, ou algumas, esferas da vida humana, como a econômica, a religiosa,

di coordinazione). Assim, considerando o Estado como uma instituição complexa, Romano menciona que as normas jurídicas “[...] que são elementos de outras instituições dependentes do Estado, e algumas vezes aquelas estabelecidas por elas, desde que tais instituições sejam autorizadas a fazê-lo” podem ser complementares àquelas normas jurídicas diretamente estatais. A “autonomia”, portanto, seria o poder, atribuído a tais instituições dependentes, para elaborar normas jurídicas. Logo, tal poder “[...] deriva sempre do Estado, que o atribui em medidas diferentes, conforme os casos, e está, portanto, inteiramente subordinado às normas estatais, para validade, extensão e eficácia das normas que dele promanam.” ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 115

¹⁰⁹ Idem. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. Jr. cap. 1. p. 34

¹¹⁰ Romano adverte, ao mencionar das diversas características fundamentais que as instituições possam vir a ter ao relacionar-se entre si, que “[...] já que estas características variam em formas infinitas - e não é o caso de tentar fazer uma classificação completa delas -, é necessário que a nossa tarefa seja limitada a salientar as figuras que, do nosso ponto de vista, parecem mais importantes.” *Vide*: Idem. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 2. p. 27

¹¹¹ ROMANO, loc. cit. Cabe, por ora, mencionar que abordar-se-á na secção 3.2, do presente trabalho, as questões como: qual o fundamento da relação entre as instituições, bem como as diferentes naturezas do condicionamento de um ordenamento para com o outro, o que possibilita, conseqüentemente, a identificação da classificação a seguir apresentada nesta secção 1.1.4.

¹¹² ROMANO, loc. cit.

¹¹³ ROMANO, loc. cit.

¹¹⁴ Idem. *Ibidem.*, p. 27 - 28

etc.No que concerne à segunda, a eficácia de seu ordenamento jurídico seria irrestrita, ilimitada, como ocorre, por exemplo, com o Estado. Esta generalidade dos fins do Estado enquanto instituição significaria que a eficácia de seu ordenamento jurídico será sempre extensível a todas as manifestações da vida individual que, por sua própria natureza, possam ser levadas em consideração pelo direito. Mesmo possuindo esta característica de generalidade, o Estado não seria considerado como ente universal.¹¹⁵

Outra característica que, consoante Romano, também deve ser observada na mensuração da eficácia do ordenamento jurídico de uma instituição concerne aos elementos que a compõe,¹¹⁶ uma vez que, para o autor, o substrato de uma instituição pode-se dar de diferentes modos.¹¹⁷ Contudo, ressalta o autor que o ordenamento jurídico de uma instituição poderia valer além do âmbito delineado pelos elementos constitutivos da mesma, como no exterior, por exemplo, quando seus respectivos destinatários encontram-se fora desta.¹¹⁸

Quanto às simples e à complexa, Romano a entende como uma classificação decorrente da relação de uma instituição com as demais, fazendo com que destas, aquela faça parte mais ou menos integrante.¹¹⁹ Cabe mencionar que a distinção entre instituição simples e complexa não coincide com aquela entre originária e derivada, ainda que possuam certa ligação. Logo, contrapondo-se a simples, há a instituição complexa, a qual seria uma “instituição de instituições”. Isso significa que, sendo uma instituição em si, maior e superior, a complexa seria composta por outras instituições, menores e inferiores. Desse modo, segundo Romano, se estabeleceria uma relação de subordinação.¹²⁰ Contudo, esta mesma relação ocorreria em diferentes graus: ou a instituição deriva da complexa; ou a instituição é em parte originária; ou a instituição é originária no que concerne ao seu próprio ordenamento, no entanto dependente de uma maior acerca de certos direitos

¹¹⁵ ROMANO, Santi. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 2. p. 27-28

¹¹⁶ Idem. Ibidem., p. 28

¹¹⁷ Vale lembrar que conforme já mencionado no tocante às características fundamentais de uma instituição, a natureza de suas manifestação deve ser social. Todavia, o substrato desta instituição pode-se dar de dois modos diversos, ou pela ligação de homens entre si unidos por interesses, comuns ou contínuos, por um objetivo, etc., ou por um conjunto de meios, não sendo assim composta por homens, mas sim administrada e dirigida pelos mesmos.

¹¹⁸ ROMANO, loc. cit.

¹¹⁹ ROMANO, loc. cit.

¹²⁰ ROMANO, loc. cit.

e deveres relativos a esta ou a outras alheias às mesmas, como por exemplo, na relação do Estado e a comunidade internacional.¹²¹

Outra distinção entre instituições destaca por Romano consiste entre as perfeitas e as imperfeitas.¹²² Distinção a qual depende de outras características já apontadas. Para o jurista siciliano, uma instituição pode ser considerada perfeita quando é originária, ou seja, exista independência quanto à fonte que estabelece o ordenamento. Além disso, esta instituição perfeita poderia ser ainda ou simples ou complexa. Já no que se refere à imperfeita, esta se apoiaria em outras instituições.¹²³ Contudo, uma instituição imperfeita poderia ser originária ou derivada das outras. Quando originária é coordenada ou não inteiramente subordinada à outra, já quando subordinada a esta outra a instituição imperfeita é derivada.¹²⁴

No que concerne à personalidade jurídica: a instituição que possui tal qualidade dispõe de “[...] um poder próprio cujo seus membros, que podem ser também outras instituições, permanecem subordinados, e constituem o fulcro da sua organização”.¹²⁵ A instituição que não possui personalidade jurídica seria, conseqüentemente, desprovida de tal poder. Nesse caso, Romano menciona que a relação com seus respectivos membros se dá de dois modos: ou não há subordinação permanecendo os seus membros em uma relação igualitária, como ocorre, por exemplo, na comunidade internacional; ou o fulcro de sua organização constitui na “[...] supremacia de um ou mais de seus membros sobre os outros”.¹²⁶

Por último, acerca da relação de dependência entre as instituições, são destacadas três situações.¹²⁷ Primeiro, quando há uma dependência unilateral, ou seja, somente uma instituição declara ser dependente da outra, enquanto esta não depende daquela.¹²⁸ Uma outra situação ocorreria quando as relações recíprocas entre instituições são coordenadas baseadas ou na igualdade, ou em certa posição de subordinação e de co-respectiva supremacia. Por fim, quando não

¹²¹ ROMANO, Santi. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 2. p. 28. Vale ressaltar que essa questão da comunidade internacional enquanto instituição complexa será novamente abordada no Capítulo 3, do presente trabalho.

¹²² Idem. Ibidem., p. 29

¹²³ ROMANO, loc. cit.

¹²⁴ ROMANO, loc. cit.

¹²⁵ ROMANO, loc. cit.

¹²⁶ ROMANO, loc. cit.

¹²⁷ ROMANO, loc. cit.

¹²⁸ ROMANO, loc. cit.

há dependência entre as instituições, desse modo, são reciprocamente independentes.¹²⁹

A instituição seria, então, a primeira manifestação do direito, justamente porque todos os elementos presentes no conceito de direito, tais como “sociedade enquanto entidade constituída [objetividade]”, “ordem social”, bem como “ser esta posta pelo direito”, restam por identificados com as características fundamentais de uma instituição. Dentre tais características vale mencionar: uma efetiva unidade social [objetividade]; a natureza social de sua manifestação; ser uma entidade fechada a qual pode ser examinada em si e por si; e permanente, acrescentando-se ainda a ressalva de ser uma organização social. Destarte, os elementos do conceito do direito frente às características fundamentais da instituição levam a uma mútua identificação de concepções a ponto do jurista siciliano as equiparar com a concepção de ordenamento jurídico. Segundo Jean-Cassien Billier,

A ilustração perfeita da teoria da institucional italiana nos é fornecida pela ordem interna da empresa [...]. A empresa não pode reduzir-se ao grupo de sociedades que a compõem – a sociedade-mãe e suas filiais que lhe servem de suporte jurídico. Não dispondo da personalidade moral, a empresa não dá nascimento a uma nova pessoa autônoma independente do grupo de sociedades. De qualquer forma, ela constitui nos fatos uma unidade organizacional: suas decisões internas que, vistas do exterior, parecem decisões de uma de suas sociedades, são de fato decisões tomadas pela empresa, ou seja, por aqueles que controlam em definitivo a sociedade-mãe.¹³⁰

Contudo, para que se possa tecer as devidas considerações acerca da concepção de ordenamento jurídico proposta por Romano, resta responder a seguinte indagação: se, conforme visto, a concepção de instituição corresponderia a primeira manifestação do direito, logo, a instituição não se identificaria como fonte do direito, pois é o próprio direito. Qual seria então, segundo Romano, este momento originário do direito? A fonte¹³¹ do ordenamento jurídico, que se manifestaria antes

¹²⁹ ROMANO, Santi. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 2. p. 29

¹³⁰ BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. p. 338. Logo, conforme Romano, tal entidade, como por exemplo, uma empresa, corresponde a um ordenamento interno autônomo, de modo que “[...] o caráter de instituição que deve ser atribuído a esta ou aquela entidade advém da sua estrutura, do seu direito interno [...]”. Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 60

¹³¹ Acerca da questão “fonte do direito”, vale por ora mencionar os dois questionamentos os quais Widar Cesarini Sforza entende como inevitáveis ao se trabalhar com tal questão. Segundo o referido autor, uma primeira indagação que pode ser feito corresponde ao “como reconhecer o direito?”, e a segunda seria “por que tal norma é considerada jurídica?”. Desse modo, Sforza aduz que aquela é respondida ao trata da fonte de conhecimento jurídico, sendo que esta é respondida considerando da fonte qualificativa do direito (condição de validade). Ver, a respeito: SFORZA, Widar Cesarini. La crisi

da própria instituição? É justamente para abordar esta questão concernente à fonte do direito que Romano desenvolve sua “teoria da necessidade”.

1.1.5 A teoria da necessidade

Independentemente de qualquer valoração comparativa, no que se refere a sua contribuição para o estudo do direito, bem como de qualquer rigor categórico, a produção científica de Romano pode ser dividida em dois períodos distintos.¹³² Entre 1894 e 1909, sua preocupação estava voltada em trabalhar a questão do direito como fato, contemplando pontos como a identificação da fonte do direito, abordando neste a necessidade. Já entre 1909 e 1947, superando a abordagem acerca da fonte do direito, volta-se para a questão da definição do mesmo, elaborando duas de suas teorias: o institucionalismo e o pluralismo, ambas do ordenamento jurídico.

A teoria da necessidade foi trazida para a esfera jurídica,¹³³ por Romano, quando este depara com a problemática de identificação da fonte do direito. Identificá-la em consonância com os pensamentos antiformalistas, tergiversando identificações já sedimentadas que consideravam a lei como fonte

delle fonti. In: **L'antiformalismo giuridico: un percorso antologico**. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1999. p. 341-351. Tal entendimento assim caracteriza o posicionamento do referido autor, o qual ao abordar “A crise das fontes”, defende um positivismo jurídico, compreender o direito tão-somente como norma jurídica, o que leva o mesmo a identificar a “fonte do conhecimento jurídico” com a própria definição de direito, ou seja, com a lei. Tal posicionamento, no entanto, vai de encontro ao entendimento de Romano, o qual por compreender o direito como não tão-somente norma jurídica, identifica a sua respectiva fonte em momento anterior tanto a própria instituição, quanto à norma jurídica. Conseqüentemente não há uma identificação entre fonte do direito [correspondente a fonte de conhecimento jurídico] e a definição do que se concebe por direito, conforme será exposto na secção seguinte. Cf.: Idem. Ibidem., p. 343

¹³²TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.11

¹³³ Acerca da teoria da necessidade abordada por Romano na sua produção científica, Tarantino ressalta não ser aquele o pai de tal teoria, mas sim o cientista jurídico que desenvolveu a teoria da necessidade de modo divergente do apresentado, até a exposição dos seus respectivos trabalhos. Ver a propósito: Idem. Ibidem., p.06. Livre tradução do original: [...] *sulla teoria della necessità del Romano non vogliamo affermare che egli è il padre di siffatta teoria, ma intendiamo precisare che egli è lo scienziato del diritto che ha raccolto sull'argomento quanto si andava affermando e sostenendo prima de lui, che con il suo método há esaminato e verificato tale teoria da diversi aspetti in diversi saggi, e che poi, nel 1909, quando la ritenne verificata sufficientemente, la espose*. Vale mencionar que devido ao contexto político em que tal teoria foi apresentada, “*La necessità come fonte del diritto non poteva trovare pieno accoglimento nel regime fascista perchè [...] essa è espressione di realismo giuridico e non di giusvolontarismo.*” Cf.: Idem. Ibidem., p.13

primeira do direito. O alcance da necessidade como fonte do direito, segundo a doutrina romaniana, não se limitaria apenas identificá-la como fonte da “lei”.¹³⁴ Mas também, correspondê-la à fonte do direito “[...] escrito e não escrito, das modificações parciais e provisória do ordenamento, das modificações duradouras e da instauração de um novo ordenamento”.¹³⁵ Uma vez que, consoante os ensinamentos de Romano, a necessidade ao ser considerada como fonte primeira do direito, desempenha também o papel de limitadora da função legislativa exercida pelo órgão estatal competente para tanto.¹³⁶

A necessidade, portanto, no primeiro momento consistiria na fonte do direito. Este, entendido por Romano como algo “[...] que surge imediatamente e diretamente das forças sociais [...]”,¹³⁷ de modo tão preciso a ponto de impedir “[...] que entre as próprias necessidades sociais que determinam a norma jurídica e o resgate e a declaração desta última se interfira a atividade racional dos órgãos competentes a tal declaração”.¹³⁸ Quanto a este sentido da necessidade como fonte do direito, vale mencionar a observação feita por Tarantino ressaltando a distinção entre este e o sentido da mesma empregado pelas teorias naturalista, “[...] na necessidade de Romano a racionalidade se concretiza na organização da instituição, na necessidade do direito natural, ao invés, esta se concretiza no direito que está inserido na mente humana ou que é descoberto pela razão humana.”¹³⁹ Isso significa que, a necessidade, além de produtora primária, identifica-se com o próprio direito. O que faz com que o legislador apenas declare o direito já presente

¹³⁴ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p. 14

¹³⁵ TARANTINO, loc. cit. Livre tradução do original: *Ciò non significa, però, che la teoria della necessita del Romano si limiti a sostenere che la necessita sia fonte solo dei decreti-legge; infatti, [...], nella dottrina romaniana, essa è fonte del diritto scritto e non scritto, delle modificazioni parziali e provvisorie dell'ordinamento, delle modificazioni durante e delle instaurazioni di nuovi ordinamenti.*

¹³⁶ Ao abordar a questão acerca do limite da função legislativa no direito italiano, Romano destaca que além da necessidade, o costume e certos princípios jurídicos, escritos ou não, vinculam o legislador no desempenho de sua atividade originária, impedindo assim que o mesmo atue arbitrariamente, não correspondendo aos anseios sociais. Cf. ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. In: _____. **Scritti minori**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950. p. 198

¹³⁷ Idem. Ibidem., p. 194-195. Livre tradução do original: *[...] di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali [...].*

¹³⁸ Idem. Ibidem., p. 195. Livre tradução do original: *[...] che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest'ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione.*

¹³⁹ TARANTINO, op. cit., p. 26. Livre tradução do original: *[...] nella necessita del Romano la razionalità si concretizza nella organizzazione della istituzione, nella necessita del diritto naturale, invece, essa si concretizza nel diritto che è insito nella mente umana o che si scopre attraverso la reazione.*

na sociedade organizada.¹⁴⁰ O direito não seria um produto da atividade deste, mas sim da necessidade. As normas jurídicas expressariam, então, a necessidade trazida, colhida, e consagrada em ato por meio do exercício da função do legislador.¹⁴¹

Romano, ao eleger a necessidade como fonte primeira do direito, “[...] colocava o fundamento de validade das normas na necessidade, tais em conformidade a uma realidade, a um fato social.”¹⁴² Logo, uma norma jurídica seria válida e verdadeira se expressasse uma realidade, correspondendo a um “ser”, ou seja, uma necessidade social. E não se apenas correspondesse a um “dever ser”.

A necessidade, então, enquanto fonte primária do direito desempenharia um papel relevante para o legislador ao exercer a sua função originária, pois este, por ser o mediador entre as necessidades sociais e as normas jurídicas, encontrar-se-ia também limitado a tais necessidades na produção do direito enquanto normas jurídicas. Desse modo, é a própria necessidade social que permite ao legislador modificar e dinamizar a produção normativa a fim de responder aos anseios sociais.¹⁴³

Portanto, a necessidade nos dois sentidos acima mencionados seja como fonte do direito, seja também como limitadora da atividade originária do legislador, atribuiria consistência jurídica ao preceito segundo o qual “[...] veta aos órgãos legislativos a declaração de novo direito que não seja motivado por uma necessidade [...]”.¹⁴⁴ Necessidade esta, enquanto fonte e limitadora, encontrada na

¹⁴⁰ ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. In: _____. **Scritti minori**. p. 195

¹⁴¹ ROMANO, loc. cit. Livre tradução do original: *La necessità, così intesa, non è un presupposto della regola iuris, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado; il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla [...]*. Vale mencionar que Romano ao trabalhar sua teoria das fontes do direito, mesmo considerando a necessidade como fonte primeira deste, não ignorou o importante papel que a lei também desempenha como fonte do direito. Pois Romano, “[...] não só trabalhou a distinção entre *ius scriptum* e *ius non scriptum* e suas respectivas fontes, não só afirmou a prevalência do direito não-escrito sobre o direito escrito, mas observou que, nos Estados modernos, das leis, entendida como fonte, nasce a maior parte do direito.” O que para Tarantino, ao considerar que o direito não escrito prevalece sobre o escrito Romano quis expressar que “[...] *che la legge, come fonte, va considerata come lo strumento tecnico-legislativo attraverso cui entrano a far parte dell’ordinamento giuridico i nuovi spazi che, man mano, vengono ad essere conquistati dalla istituzione, mediante la funzione dinamica della sua struttura.*” In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.27

¹⁴² Idem. Ibidem., p.24. Livre tradução do original: *[...] poneva il fondamento della validità delle norme nella loro conformità all’ realtà, ad un fatto sociale.*

¹⁴³ ROMANO, op. cit., p. 195

¹⁴⁴ ROMANO, loc. cit. Livre tradução do original: *[...] vietì agli organi legislativi la dichiarazione di nuovo diritto che non sia motivata da una necessità [...]*.

própria sociedade, na consciência social. O referido preceito, então, vai ao encontro do primeiro elemento destacado por Romano na sua conceituação de direito, qual seja, a compreensão da sociedade como uma entidade constituída a qual se identifica com o direito. Nesse contexto, o legislador corresponderia a um “mediador” que declararia o direito, acompanhando o dinamismo social, e não um “criador” do direito. Ademais, tal preceito ainda fomenta a assertiva segundo a qual “[...] o jurista não deve subordinar a realidade ao conceito, mas sim o conceito à realidade”.¹⁴⁵ Ao primar sempre por esta realidade, tanto social quanto jurídica, a referida assertiva expressa o sincronismo e a interação que deve haver entre fato e direito. Obtêm-se, então, a união destas duas realidades ao se considerar que a necessidade presente na consciência social identifica-se com o próprio direito, antes de qualquer mediação pelo legislador.¹⁴⁶ Este, apenas a declararia posteriormente por meio da norma jurídica. Nesse sentido, seria o conceito [norma jurídica] que deveria seguir a realidade [necessidade social enquanto direito], e não o contrário. O que enfatiza, destarte, o primeiro elemento do conceito de direito aduzido por Romano.

Todavia, caso o legislador ao exercer sua função não observar o preceito acima mencionado e declarar um novo direito que não seja motivado por uma necessidade, provocaria, conseqüentemente, o rompimento entre a realidade social e a norma jurídica. Desse modo, o legislador não estaria declarando o direito, mas sim o transformando, o que foge os limites de sua competência.¹⁴⁷ Contudo, mesmo quando verificado a ocorrência de tal rompimento entre o fato e o direito manifestado pelo legislador, competiria ainda a própria necessidade retomar o equilíbrio. Quer isso dizer que, enquanto fonte e limitadora, cabe a necessidade retomar o este equilíbrio entre a realidade, social e jurídica, e a sua manifestação por meio da norma jurídica.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Idem. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 45.

¹⁴⁶ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p.18. Livre tradução do original: [...] deve esistire un sicronismo ed un'interazione fra fatto sociale e diritto e per ottenere cio, come sutura e collegamento delle due realtà, quella sociale e quella giuridica, poneva, come s'è visto, la necessità, la faceva "adagiare nella coscienza sociale e la considerava como diritto formato in maniera definitiva già prima d'essere rinvenuto dal legislatore.

¹⁴⁷ Idem. Ibidem., p.28. Livre tradução do original: *Se il legislatore non svolge il suo compito, cioè se non dichiara, ma trasforma il diritto che trova nella coscienza colletiva, si stabilisce una frattura fra la realtà giuridica, come espressione dei bisogni sociali, e il diritto emanato dal legislatore.*

¹⁴⁸ TARANTINO,loc. cit. Livre tradução do original: *Proprio siffatta frattura, quando si verifica, mette in moto la necessità, la quale può ristabilire l'equilibrio fra fatto e diritto [...].* Vale mencionar alguns dos meios, apontados por Tarantino, pelos quais a necessidade pode restabelecer o equilíbrio entre o fato e o direito, este enquanto norma jurídica, quais sejam, “[...] o attraverso una modificazione parziale e

Considerada, portanto, a necessidade tanto como fonte primeira do direito quanto como limitadora da função exercida pelo legislador, resta assentado o entendimento da teoria institucionalista segundo a qual a instituição identifica-se com o próprio direito. Afasta-se, então, qualquer correspondência da instituição como fonte do direito, justamente porque competiria à necessidade originar o mesmo que posteriormente é declarado pelo legislador. Evidencia-se nesse sentido, a noção romaniana da manifestação do direito em um momento anterior à produção das normas jurídicas, pois estas seriam apenas “declaradas” pelos legisladores. O que significa, que o direito já estaria constituído na instituição. A necessidade como fonte do direito e este identificado como “instituição”, expressam, enfim, o ordenamento jurídico¹⁴⁹ concebido por Romano.

1.2 O Ordenamento Jurídico

“Objetividade do direito”, “organização social”, “instituição” e “direito” são todas expressões que se identificam mutuamente perfazendo em uma amálgama a qual Romano a equivale ao ordenamento jurídico.¹⁵⁰ O ordenamento jurídico, destarte, corresponderia a um corpo social unitário o qual é em si e por si

provvisoria dell'ordinamento, o attraverso una modificazione duratura, o, addirittura, per mezzo della instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento costituzionale. In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p. 28

¹⁴⁹ Concernente à expressão “ordenamento”, Giovanni Tarello traça posicionamento determinantes no processo de especialização e tecnização de tal expressão. Segundo o referido autor, o vocábulo “ordenamento”, era freqüentemente encontrado no contexto de doutrinas jus políticas, sem muita preocupação técnica. A questão da especialização e da tecnização do mesmo ocorreu, consoante Tarello, quando doutrinadores do direito atribuíram-lhe além de um adjetivo, qual seja, “jurídico”, um conceito para identificá-lo como expressão da linguagem do direito. Desse modo, aponta-se para o “ordenamento jurídico” como uma expressão cujo respectivo conceito corresponde a emergências doutrinárias, tendo em consideração as tradições doutrinárias nas quais tais emergências foram verificadas. Por conseguinte, Tarello destaca três trabalhos doutrinários como contribuidores no processo de especialização e tecnização do “ordenamento jurídico”: o conceito atribuído por Romano, em 1917-1918, emergente de um pluralismo institucional italiano; o atribuído por Kelsen [*Rechtsordnung*], no período de 1925-1935, no contexto de uma doutrina germânica formalista; e, por fim, o atribuído por Bobbio, em 1955, emergente de um normativismo italiano do segundo pós-guerra. A propósito: TARELLO, Giovanni. *Ordenamento giuridico*. In: **Cultura giuridica e politica del diritto**. Bologna: il Mulino, 1988. p. 173-204. Ressalta-se que na secção seguinte será abordada a conceituação de tal expressão “ordenamento jurídico”, atribuída por Romano.

¹⁵⁰ É conspícua a identificação de conceitos feitas por Romano ao desenvolver sua respectiva teoria institucionalista, como bem expressa a seguinte citação, “[...] o conceito que nos parece necessário e suficiente para trazer em termos exatos o conceito de direito, como ordenamento jurídico considerado no seu todo e unitariamente, é o conceito de instituição.” Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 26

jurídico, justamente por ser organizado. Nesse contexto, vale destacar a máxima preconizada pela teoria institucionalista de Romano, “Todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico”.¹⁵¹ Com esta concepção, Reale menciona que o jurista siciliano

[...] resolve ele o fenômeno jurídico no fenômeno social-institucional e este no fenômeno jurídico, identificando-os, visto como instituição e norma nascem ‘uno actu’, relacionadas em ‘mútua implicação’ [...].¹⁵²

¹⁵¹ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 26. Traçando um paralelo entre a concepção aristotélica de direito [justo] e a concepção de ordenamento jurídico de Romano, alguns pontos podem ser apontados como convergentes em tais empreendimentos. Para tanto, vale mencionar algumas contribuições dos ensinamentos aristotélicos destacadas por Michel Villey ao abordar os precedentes da “Filosofia do direito dos teólogos do cristianismo”. Considerando o direito como um objeto de uma investigação, Aristóteles extraiu a definição do direito da experiência e da observação da linguagem, que corresponde ao reflexo da experiência. Sendo que esta experiência colhida na natureza, a qual, conforme a concepção aristotélica, não é constituída apenas por causas matérias, mas sim também por causas finais. Cada ser tem uma natureza, e esta corresponde ao que ele [o ser] “deve ser”, sua forma, seu fim, não limitando-se tão-somente ao seu “ser” material. A noção de natureza assim implica referências aos fins. Nesse sentido, a observação da natureza do homem, leva a compreender que o fim do mesmo é a política. Logo, o homem é um animal político em potencial, feito para viver em sociedade, realizando tal finalidade de sua natureza na *polis*. Contudo, diversos são os interesses dos cidadãos presentes nesta. O que mantém, portanto, o equilíbrio entre tais cidadãos corresponde, segundo Aristóteles, ao direito [justiça distributiva e justiça comutativa]. O direito assim somente pode ser percebido em organizações sociais consideradas como *polis*. A experiência então colhida na natureza destas, por meio do método de observação, revela a existência de um direito natural [justo natural], correspondente a um método experimental. No entanto, esta primeira manifestação do direito [justo natural] a qual se dá no seio da *polis*, leva a algumas incertezas, uma vez que a natureza é uma desconhecida que se busca compreendê-la por intermédio da experiência sensível, bem como pela seu caráter mutável, ou seja, a mobilidade própria da natureza, independente de qualquer ato de vontade, o que revela um direito por essência móvel. Desse modo, a observação da natureza é incapaz de conduzir a soluções concretas; seu estudo corresponde apenas um primeiro momento da elaboração do direito, fazendo-se necessária a redação de lei precisas. Consoante a concepção aristotélica, então, a elaboração do direito [fontes] resulta de dois momentos: um corresponde ao justo natural [da natureza], cujo valor é universal; e, o justo positivo [da convenção], ou seja, leis de valor local, determinadas pelo legislador ou pelo juiz, que não são opostas, mas complementares ao justo natural. As leis [direito positivo] assim exprimem e completam o justo natural. O legislador trabalha sobre a base do justo natural ao qual acrescenta, contudo, algo de sua vontade própria [limitada], para fazer dele um justo completo. Por conseguinte, tanto o justo natural como o justo positivo devem ser obedecidos. Competindo àquele (direito natural), tendo em vista seu caráter mutável, limitar e designar, respectivamente, à atuação e os atuantes na determinação do que vem a se constituir como direito positivo. A propósito: VILLEY, Michel. A filosofia do direito de Aristóteles. In: **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Primeira parte. Título 1. cap. 3, p. 38-66. Ver também: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: 4 ed. Editora Universidade de Brasília, 2001 e, ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2002. Voltando-se para a questão de apontar para alguns pontos, não exaustivamente, convergentes entre a concepção aristotélica e a romaniana de direito, pode-se identificar os seguintes: 1) ambos por meio do método de observação identificam o direito se manifesta em um primeiro momento dada organização social, a *polis* de Aristóteles e a “instituição” de Romano; 2) para ambos, o direito não se esgota em normas jurídicas, ou seja, em um direito positivo [sentido tradicional], este corresponde a um segundo momento de manifestação do direito; 3) o legislador assim exerce a função de um mediador, seja entre o direito natural [justo natural] e a lei, conforme Aristóteles, seja entre a necessidade social e a lei, segundo Romano, estando por ambos [direito natura e necessidade] limitado. Considerando tais pontos convergentes, pode-se perceber que a concepção romaniana de direito revela certa influencia dos ensinamentos aristotélicos, principalmente em identificar a amplitude dos contornos que definem o mesmo.

¹⁵² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. p. 525

O direito não se proporia tão-somente a consagrar o princípio da coexistência dos indivíduos. Para Romano, o direito está muito além, propondo-se a consagrar princípios que superam as fraquezas e limitações dos indivíduos, concebendo entidades sociais mais poderosas e duradouras do que os indivíduos, em que perpetuariam certos fins além da vida natural dos mesmos.¹⁵³ Além disso, ao que concerne a relação direito e moral, Reale ainda destaca que

Ao ilustre jurisconsulto peninsular pareceu dispensável, dado o plano de sua pesquisa de natureza estritamente científico-positiva, propor-se o problema do valor, dos interesses ou dos fins, mas estes resultam implícitos ou subentendidos em um dos termos da implicação [mútua implicação entre instituição e norma], cujo processo representa a dinâmica do direito.¹⁵⁴

O Estado e as demais entidades públicas, como foram as Comunas, por exemplo, são consideradas instituições para Romano. Logo, providas de um ordenamento o qual é sempre e necessariamente jurídico, devido ao fato de tais instituições se identificarem como uma organização social.¹⁵⁵ Dessa observação, o jurista siciliano deduz o corolário que fundamenta o princípio que o mesmo chama de “pluralidade de ordenamentos jurídicos”. Pois, se cada instituição corresponde a um ordenamento jurídico, haverá tantos ordenamentos jurídicos quantas instituições.¹⁵⁶ Haveria um conspícuo estado plural, ainda que algumas instituições se integrem perfazendo outra mais complexa. Nesse sentido, alguns ordenamentos ao mesmo tempo em que permanecem distintos sob determinados pontos, constituem sobre outros pontos parte de uma mesma instituição a qual integram, ou seja, de um ordenamento jurídico maior.¹⁵⁷

O reconhecimento desse pluralismo percebido pelo autor, se faz cada vez mais presente nas discussões construtoras do conhecimento jurídico contemporâneo.¹⁵⁸ O monopólio estatal das fontes, resta desse modo

¹⁵³ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 37

¹⁵⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. p. 525. Porém, Reale entende que “Sem a indagação da dimensão axiológica do fato social não nos parece possível nem mesmo a correlação pretendida por Santi Romano entre fato institucional e norma jurídica.” *Vide*: Idem. *Ibidem.*, p. 526

¹⁵⁵ ROMANO, op. cit., p. 37.

¹⁵⁶ Idem. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 2. p. 02-03

¹⁵⁷ Idem. *Ibidem.*, p. 02

¹⁵⁸ Nessa perspectiva, vale citar, a título de exemplo, a produção acadêmica sobre o “direito alternativo”. Uma vez que este é compreendido como uma expressão do direito não estatal, por isso, pertencente ao campo do pluralismo jurídico. Refere-se, então, ao pluralismo jurídico como o fundamento teórico para o uso alternativo do direito. Cf.: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo L. de. Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balaços preliminares. In: _____. **Introdução à sociologia**

gradativamente profanado ou iludido.¹⁵⁹ A respeito desta pluralidade de ordenamento jurídicos, Paolo Grossi destaca que a mesma tem, atualmente, seu aspecto na globalização jurídica. Logo,

[...] diante da impotência, da surdez e da lentidão do direito oficial dos Estados, uma auto-organização dos particulares, os quais, por conta própria, graças à obra de especialistas privados, inventam instrumentos adequados a ordenarem as suas trocas jurídicas, dando vida a um canal jurídico que se coloca ao lado e escorre junto com aquele do Estado, prevendo juízes privados cujas decisões os sujeitos se empenham em observar.¹⁶⁰

Nesse contexto, para Antonio Carlos Wolkmer, seguindo essa noção de pluralidade enfatiza que a crise paradigmática do modelo jurídico tradicional seria reflexo de uma cultura liberal individualista, uma vez que esta não mais atenderia às necessidades fundamentais da esfera social, com seu modelo de monismo estatal na chamada “produção do Direito”. Wolkmer, então, propõe um novo paradigma do direito, assim designado de “pluralismo jurídico comunitário-participativo”.¹⁶¹ Ressalta-se, por ora, que o referido autor, ao fazer um resgate do “[...] período das grandes e vigorosas contribuições doutrinárias sobre o pluralismo jurídico [...]”,¹⁶² aponta para Romano como um dos precursores de tal construção do conhecimento jurídico.

Ao conceber o ordenamento jurídico enquanto corpo social unitário, Romano passa a enfatizar o quão destoante são as demais definições do direito. Definições as quais contemplam o ordenamento jurídico apenas enquanto um conjunto ou um complexo de normas jurídicas.¹⁶³ Tal fenômeno as distanciariam de refletir a realidade. Nesse contexto, Romano mesmo que compreendendo o

jurídica alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993. cap. 12 e, PRESSBURGER, T. Miguel. Direito, a alternativa. In: _____. **Direito Insurgente, uma alternativa?** Rio de Janeiro: Ajup. [199?] p. 21-35

¹⁵⁹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito.** p. 60

¹⁶⁰ Idem. Ibidem., p. 60-61

¹⁶¹ No dizeres de Wolkmer, apresenta-se assim com tal proposta “A clara indicação de um novo paradigma da validade para o Direito alicerçado num certo tipo particular de pluralismo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais (institucionalizadas ou não), engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos recentes, e de apreender as especificidades das representações formadas juridicamente no contexto de sociedades do Capitalismo periférico, marcadas por estruturas de igualdades periféricas e pulverizadas por espaços de conflitos intermitentes. Cabe advertir, entretanto, que essa opção é por um pluralismo progressista, de base democrático-participativa. Exclui-se, assim, qualquer aproximação com a tendência de pluralismo político e jurídico, advogada pela propostas neoliberal ou neocorporativista (...)”. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3 ed. rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 77

¹⁶² Idem. Ibidem., p.197. Nesse sentido, ver também: CÁRCOVA, Carlos Maria. O pluralismo jurídico em seu desenvolvimento histórico. In: _____. **A opacidade do direito.** São Paulo: LTr, [199?]. p. 64-73

¹⁶³ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico.** cap. 1. p. 14.

ordenamento jurídico como uma unidade em si, não ignora essas concepções fragmentárias do direito. Por isso, tece algumas considerações acerca de duas questões relevantes ao se propor a definir o direito, a questão das normas jurídicas e a questão da sanção jurídica¹⁶⁴.

1.2.1 Norma jurídica

A expressão “ordenamento jurídico”, por vezes, acaba por ser utilizada de modo limitado, correspondendo apenas à idéia de regra e de norma jurídica.¹⁶⁵ Tal fato, segundo o jurista siciliano, torna árdua a tarefa de fazer com que tal expressão corresponda a qualquer outra noção que não seja a de norma jurídica, ainda que não se excluísse esta daquela noção. Por outro lado, para Romano, o significado da expressão “ordenamento jurídico”, não se reduz somente às normas, mas sim se amplia a ponto destas o integrem.

Ao entender que o ordenamento jurídico corresponde a um corpo social unitário o qual é em si e por si jurídico, tal “unidade” passaria a expressar o

¹⁶⁴ Quanto aos pontos relevantes para a definição do direito, Romano precisamente os aborda como “características formais” do direito. Pois tais pontos, conforme o referido autor, são freqüentemente utilizados, como características das normas, pelas doutrinas as quais definem o direito apenas como norma jurídica. Romano assim refere-se aos seguintes pontos: objetividade da norma e sanção jurídica. Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 19. Vale lembrar que, por ora, quanto a referida característica formal “objetividade da norma”, serão feitas considerações acerca da concepção de norma jurídica aduzida por Romano, não limitando-se tão-somente à “objetividade” da mesma. Uma vez que a questão da “objetividade”, já foi abordada na secção 1.1.1, ao tratar-se da “objetividade do direito”.

¹⁶⁵ Idem. Ibidem., p. 24. No que concerne ao sentido ontológico, as normas jurídicas, segundo Romano “[...] são aquelas que, sendo elementos integrantes de uma instituição, podem dizer-se institucionais. São freqüentemente designadas com outros nomes, alguns dos quais se referem apenas a determinadas espécies de normas, enquanto outros, embora propriamente lhes indiquem um gênero ou uma espécie, são, entretanto, empregados num sentido que as compreende totalmente: assim, por exemplo, o nome de leis. Mais precisamente, a norma jurídica ou a lei nesta acepção ampla, pode ser definida como uma prescrição ou determinação preventiva que concorre para constituir a ordenação jurídica, ou melhor, que atribui a um ou mais fatos determinado caráter jurídico.” No que concerne a normas jurídicas enquanto lei, vale destacar algumas considerações de Romano feitas a esta. Tendo em vista os aspectos de prescrição e prevenção, a lei pode apresentar-se com um caráter de abstração por preceder ao fato a qual anuncia, bem como um caráter de novidade, sendo então constitutiva da ordenação jurídica, já que estabelece prescrições e determinações antes inexistentes. Não obstante, a mesma também pode apresentar-se como um fato ou uma série de fatos, afastando assim o caráter de abstração, como ocorre, por exemplo, na formação de um novo Estado quando implicitamente a este fato há normas jurídicas, mesmo que não expressas, que o realiza materialmente. Por fim, o conceito de lei pode ser ainda relativo, pois o que é considerado lei para dada ordenação, pode não ser para outra, sendo portanto irrelevante para esta última. *Vide*: Idem. **Princípios de direito constitucional geral**. p. 107-108

significado do ordenamento jurídico. Esta, portanto, seria concreta e efetiva, não obtida por meio de um procedimento de abstração.¹⁶⁶ O que a constituiria, entretanto, algo diferente das normas jurídicas, e até certo ponto, independente destas.¹⁶⁷ Nesse sentido, Romano afasta a possibilidade de entender o ordenamento jurídico apenas por uma das partes que no mesmo está compreendida, como as normas jurídicas.¹⁶⁸ Isso significa que, o ordenamento jurídico não poderia ser identificado como um conjunto destas partes. Ao conceber o direito como um “ordenamento observado”, Grossi também posiciona-se no sentido de compreender o direito em momentos anteriores ao de tão-somente normas jurídicas. Assim como Romano, Grossi não exclui estas do ordenamento jurídico, uma vez que se originam da observância do mesmo. Portanto, “[...] o direito não é imediatamente um comando, porque reside naquele mundo objetivo de posições, relações e coordenações fechado em si por um valor. O direito nasce antes que a regra; o direito já está na sociedade que se auto-ordena.”¹⁶⁹

A unidade do ordenamento jurídico, para Romano, provém de uma força do próprio ordenamento de expansão e de adaptação, mesmo que tal força seja latente.¹⁷⁰ Seria o caso, por exemplo, dos conceitos substancialmente diferentes que advém do trabalho dos hermeneutas, ao interpretarem a lei considerando esta como inserida em uma unidade, com as demais leis.¹⁷¹ O que

¹⁶⁶ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 14. Como bem ressalta Romano a unidade do ordenamento jurídico, por ser concreta e efetiva, não se dá por meio de um procedimento de abstração, como por exemplo, ocorre com a lei. Pois, segundo Romano, a lei, enquanto ato de vontade emanado por dada autoridade competente, não é uma volição concreta e em ato. Mas sim, volição preliminar porque “[...] precede o fato jurídico e não tem a concreção imediata deste último.” O caráter de abstração da lei se dá justamente por ser anterior ao fato a qual enuncia, dependendo deste fato para que a mesma se concretize. O que contrapõe a unidade do ordenamento jurídico, o qual enquanto corpo social é fato que se concretiza, independentemente de qualquer lei para tanto. Sendo esta, portanto, tão-somente uma das manifestações do ordenamento jurídico, integrando tal unidade. In: Idem. **Princípios de direito constitucional geral**. p. 107-108.

¹⁶⁷ Idem. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 16.

¹⁶⁸ ROMANO, loc. cit.

¹⁶⁹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. p.19-20

¹⁷⁰ ROMANO, loc. cit.

¹⁷¹ Idem. Ibidem., p. 15. No tocante a unidade do ordenamento jurídico, Romano menciona que esta foi por vezes intuída na formulação das teorias sobre a interpretação das leis, no entanto, lamenta o referido autor desta intuição não ter sido explorada nos demais trabalhos de definição do direito. Pois, nas teorias de interpretação das leis, estas não são interpretadas de maneira isolada. Cada lei que é emanada une-se as precedentes e ao ser interpretada, é considerada nesta unidade, neste contexto onde está inserida. No trabalho do hermeneuta está uma espécie de amálgama, em considerar a lei na sua unidade. Porém, por vezes, da interpretação considerando o todo, pode-se trazer à discussão um conceito substancialmente diferente, proveniente de uma força própria do ordenamento jurídico. Sendo esta força diversa da que as normas individuais possuem e independentemente da vontade do

revelaria um ordenamento jurídico unitário. E além disso, Romano ressalta que este ordenamento jurídico unitário é algo dos elementos materiais que o compõe, como as normas jurídicas.¹⁷² Disso resulta que, para conceber adequadamente as “normas jurídicas” na teoria institucionalista, se faz necessário antepor o conceito unitário do ordenamento jurídico.¹⁷³

A partir de tal unidade, as normas jurídicas seriam representadas mais como um objeto e um meio da atividade do ordenamento jurídico unitário a um elemento integrante de sua estrutura. Com esta concepção romaniana, as normas jurídicas não seriam consideradas os únicos elementos essenciais do ordenamento jurídico, pois este, considerado na sua unidade “[...] é uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas sobretudo, por outro, ele mesmo as move quase como se elas fossem peões em tabuleiro xadrez”.¹⁷⁴ Pelo próprio significado que a expressão “ordenamento jurídico” traz consigo, o autor enfatiza que esta leva a uma noção muito mais ampla e anterior a que tão-somente normas jurídicas. Ainda que por vezes estas possam coincidir com alguns aspectos essenciais do ordenamento jurídico, mas não o único aspecto.¹⁷⁵

Devido a essa amplitude, as normas jurídicas também podem ser encaradas como uma manifestação do direito, no entanto, reitera-se, não a primeira nem a única.¹⁷⁶ Conforme já abordado anteriormente,¹⁷⁷ o direito na sua objetividade não corresponderia somente à norma posta, mas sim à entidade que a põe, sendo concebido desde momentos materiais anteriores às normas jurídicas. Essa amplitude da definição do direito leva a entender a norma jurídica como mais uma manifestação do direito, não sendo a primeira. Ao partir da noção de objetividade e considerando a organização como elemento integrante do conceito do direito, a

legislador que a elaborou. Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 15

¹⁷² Idem. Ibidem., p. 14

¹⁷³ ROMANO, loc. cit.

¹⁷⁴ Idem. Ibidem., p. 17.

¹⁷⁵ ROMANO, loc. cit. Quanto à compreensão de normas jurídicas como objeto e meio da atividade de um ordenamento jurídico, Romano ilustra tal entendimento mencionando que quando são feitas referências ao direito italiano ou ao direito francês, por exemplo, “[...] não é verdade que se tenha em mente somente uma série de coletâneas oficiais de leis e decretos. Ao contrário, os juristas, e ainda mais os não juristas – que ignoram as definições do direito que mencionamos - pensam em algo mais vivo e animado.” Advertindo ainda o referido autor “É, em primeiro lugar, a complexa e variada organização do Estado italiano ou francês; os numerosos mecanismos ou engrenagens, os vínculos de autoridade e de força que produzem, modificam, aplicam, garantem as normas jurídicas, mas que não se identificam com essas.” Cf.: ROMANO, loc. cit.

¹⁷⁶ Idem. Ibidem., p. 20

¹⁷⁷ Refere-se a secção 1.1.1, do presente trabalho.

primeira manifestação deste seria a instituição, e não a norma jurídica¹⁷⁸. A definição do direito, portanto, não se esgotaria em normas jurídicas, mas também não as excluiria, considerando-as tão-somente como mais uma manifestação.

Não obstante as observações feitas no sentido de que a norma jurídica possa ser considerada tanto como objeto e meio de atividade quanto como mais uma manifestação do ordenamento jurídico, Romano, contrapondo concepções formalistas do direito, ressalta que o que tornaria uma norma “jurídica” seria a organização, e não os aspectos extrínsecos que a envolvem.¹⁷⁹ Por isso, a primeira posição do direito não poderia ser determinada por uma manifestação tardia deste, tal como a norma jurídica. Para Romano, onde há um ente social organizado, ou seja, uma instituição, logo há direito, desse modo, “O direito não pode ser somente norma posta pela organização social, como freqüentemente se afirma, mas é a organização social que, entre as suas outras manifestações, põe também a norma”.¹⁸⁰ Contudo, esta organização não poderia ser confundida como uma norma ou um conjunto de normas. Uma vez que pode ser anterior a esta ou posterior, ligando-se a mesma.¹⁸¹ O caráter jurídico de uma norma, enfim, deve ser encontrado já na instituição, a qual não poderia atribuir tal caráter a norma, se não o possui-se, ou seja, se a instituição não fosse identificada com o próprio direito.

¹⁷⁸ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 38

¹⁷⁹ Nesse passo, Romano adverte que para algumas daquelas concepções, ditas formalistas, que definem o direito apenas como norma jurídica, o que diferencia o direito das demais normas é justamente suas características formais, ou seja, a juridicidade de uma norma se dá devido aos aspectos extrínsecos desta, ao seu invólucro e não aos aspectos intrínsecos desta, a sua substância. De modo que o direito pode assim ser considerado mais como forma à norma. Cf.: Idem. Ibidem., p. 18

¹⁸⁰ Idem. Ibidem., p. 43. Concernente a este entendimento de Romano, de que o direito não se resume a norma jurídica posta, ou seja, ao direito posto por dado ato de vontade, vale, por ora, voltar-se a observação feita por Tarantino no sentido de que “*Il carattere di involontarietà del diritto romano è deducibile dal principio secondo cui norme giuridiche sono solo quelle norme che fanno parte e sono espressione dell’istituzione. Particolarmente, nella concezione romana del diritto le norme si distinguono in norme che nascono insieme e contemporaneamente con l’istituzione, le quali, come tali, sono ius involuntarium, puramente e semplicemente, e norme che durante la vita dell’istituzione, sono emesse da appositi organi. Queste, essendo emanate attraverso una procedura determinata, si presentano come atti di volontà, ma in sostanza, sono volutà del legislatore, non per acquistare efficacia, mas per essere maggiormente conosciute.*” In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. 21. Enfim, “[...] o aspecto normativo do direito está estreitamente conjugado com seu aspecto institucional, e este último, mesmo quando não é cronologicamente anterior, é sempre logicamente preponderante e decisivo, já que é aquele que imprime a cada uma das normas o caráter jurídico: as normas jurídicas são as normas emanadas, ou, se não emanadas, protegidas e tuteladas pela instituição, isto é, normas institucionais.” In: ROMANO, Santi. **Principios de direito constitucional geral**. p. 73.

¹⁸¹ Idem. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 44.

1.2.2 Sanção jurídica

No mesmo passo em que a “norma jurídica” é merecedora de uma outra concepção, a partir da unidade do ordenamento jurídico na qual esta integra, a “sanção jurídica” apresenta-se como uma questão também merecedora de considerações por Romano, no âmbito da teoria institucionalista. Devido a sua freqüente menção nas demais definições reducionistas, o jurista siciliano igualmente atribui à “sanção jurídica” um outro sentido consoante à noção do ordenamento jurídico como uma unidade¹⁸².

O ordenamento jurídico, não obstante o fato de corresponder a um corpo social unitário o qual é em si e por si jurídico, justamente por ser organizado, pode também corresponder a uma “força”.¹⁸³ Força a qual, ainda que latente, atua de modo indireto sendo “[...] garantia prática que não dá lugar a nenhum direito subjetivo e, deste modo, a nenhuma norma da qual tal direito advenha, freio inato e necessário do poder social.”¹⁸⁴ Desse modo, a sanção jurídica não estaria contida ou ameaçada em alguma norma específica. Mas, sim, seria imanente, objetivamente, no próprio ordenamento jurídico unitário.¹⁸⁵

Por conseguinte, Romano refere-se a alguns entendimentos que acabam por favorecer sua noção de que a sanção jurídica não seria um elemento necessário e essencial do direito, enquanto norma jurídica. Como também, favoráveis até mesmo sua noção de que o direito não identificar-se-ia com as normas, esgotando-se nestas. O autor refere-se àqueles entendimentos no sentido de que a sanção consistiria em um elemento ou uma característica do direito, enquanto norma jurídica, bem como de que o direito consistiria em uma adição de

¹⁸² Cabe ressaltar que Romano ao abordar esta segunda questão, o da “sanção jurídica”, adverte que “Aqui não é o caso de mencionar as muitas questões sobre o que deve ser entendido por sanção, e, conseqüentemente, examinar se é oportuno substituir tal palavra por qualquer outra que nos forneça melhor conceito: se é possível falar de uma obrigatoriedade irrefragável do direito; se trata-se de uma coação ou, como alguns preferem dizer, co-atividade; se, ao contrário, baste, como acreditamos, uma simples garantia, direta ou indireta, imediata ou mediata, preventiva ou repressiva, segura ou somente provável, e conseqüentemente incerta, já que é, em certo sentido, pré-ordenada e organizada no mesmo edifício do ordenamento jurídico.” Cf.: ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 22.

¹⁸³ Idem. Ibidem., p. 23

¹⁸⁴ ROMANO, loc. cit.

¹⁸⁵ Nesse sentido, pode-se mencionar, a título ilustrativo, as leis do campo do direito constitucional. As quais, conforme Romano, são leis cuja garantia de observância “[...] é somente aquela que decorre do fato de que são elementos de uma instituição, à qual é imanente, mesmo latente, uma força de coerção, mesmo que seja indireta ou apenas moral.”

normas a outras que ameacem sanção, uma vez que ao se afirmar que a sanção é um elemento do direito, enquanto norma jurídica, levaria ao entendimento de que o direito não se esgota nestas. Expressaria, por outro lado, o sentido de que as normas jurídicas “[...] são ligadas, ou melhor, suspensas, por outros elementos de onde advém a sua força.”¹⁸⁶ Tais elementos se fariam presentes em momentos anteriores às normas jurídicas, fomentando a ampla definição do direito, não o reduzindo somente às normas.¹⁸⁷ Essa força se manifestaria em momentos anteriores ao da manifestação do direito, por meio de normas jurídicas. Conforme mencionado anteriormente, para Grossi o direito corresponderia a um “ordenamento observado”, e não um comando a ser obedecido. Segundo o mesmo autor, a observância refere-se a uma tomada de consciência, uma aceitação mais ativa, diferentemente da obediência, uma aceitação passiva. De modo que a sanção não consiste em um elemento necessário e essencial ao direito, a sua observância, o que vai ao encontro do posicionamento de Romano. No dizeres de Grossi, “A assim chamada “sanção”, definível como a medida colocada em ato para castigar a inobservância, é somente um expediente estranho à estrutura do direito, à sua fisiológica”. Grossi, então, adverte que

Nós somos muito freqüentemente ofuscados por aquilo que acontece no Estado, que é um ordenamento autoritário, onde o direito se deforma em comando e onde o evento terrível da sanção é uma espécie de apêndice normal do comando, tão normal a ponto de fazê-la tornar-se parte integrante desse comando. Mas trata-se de apêndice e que tem como objeto um evento absolutamente hipotético: a possível inobservância.¹⁸⁸

A partir da consideração, de que a sanção não é elemento necessário da norma jurídica, fica claro, portanto, a compreensão das espécies de normas jurídicas, destacadas por Romano, segundo a categoria da obrigatoriedade.¹⁸⁹ Justamente porque, ainda que indiretamente todas as normas jurídicas, segundo o referido autor, seriam obrigatórias. O que pode ocorrer, no entanto, é distinção quanto ao grau de tal obrigatoriedade, “absolutas ou cogentes” e

¹⁸⁶ ROMANO, Santi. O conceito de ordenamento jurídico. In: **O Ordenamento Jurídico**. cap. 1. p. 22-23.

¹⁸⁷ ROMANO, loc. cit.

¹⁸⁸ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. p. 24-25

¹⁸⁹ Ao versar sobre as várias espécies de normas jurídicas, Romano as distingue conforme as seguintes categorias: quanto à fonte, quanto ao conteúdo, quanto à obrigatoriedade, quanto à extensão e quanto à hierarquia. In: ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. p. 109-113.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)